

OPINIONES Y ENSAYOS



DOSSIER: PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

- FRANCO, JUAN E. - COE, FRANCISCO:** Universalidad y relativismo.
- BARBERO, EDUARDO:** Las proyecciones de derechos humanos: la teoría y el *elicté*.
- CARRASQ THERIAZ, ANTONIO A.:** La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional.
- BERNARDI, LEONARDO:** Protección de los derechos humanos bajo los límites de sitio o de excepción.
- COMOLINI, CÉSAR D.:** El genocidio: su normatividad ampliada con *optat*.
- FARRERAS, OSCAR L.:** Los progresos científicos y tecnológicos y los derechos humanos. La era informática.
- KALIN, WALTER - GOLDMAN, ROBERT K.:** Protección de los desplazados internos: el derecho internacional vigente.
- FERRI, MÓNICA:** Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas.
- JARA, LILIANA:** La evolución de las normas y mecanismos internacionales de derechos humanos en las Naciones Unidas.
- GLAZIO, LEONARDO:** La presencia en el terreno como nueva forma de protección internacional de los derechos humanos: la experiencia de Naciones Unidas en Guatemala.
- GLAZIO, FELIP:** Hacia la definición del rol del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos.
- GROSSMAN, CLAUDIO:** Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos.
- MARTEL, CLAUDIA E.:** Tendencias de las últimas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- RODRÍGUEZ CÁDIZ, HÉCTOR:** Las medidas provisionales para evitar daños irreparables a los permisos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.
- RODRÍGUEZ CÁDIZ, HÉCTOR:** La democracia en el sistema interamericano.
- FRANCO, JUAN E. - KRSTICIC, VIVIANA:** El proceso de reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en contexto.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES
ARGENTINA



LECCIONES Y ENSAYOS

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

Decano

Prof. Andrés A. J. D'Alesio

Vicedecano

Prof. Guillermo E. Manzayo

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Director

Prof. Héctor Raúl Sandler

Subdirectora

Mary Ana Beloff

Secretario

Carlos Parize

Consejo asesor

Prof. Héctor Alegría

Prof. Julio C. Cueto Rúa

Prof. Marcelo U. Salerno

Prof. Marcelo A. Sancinetti

Prof. Horacio Songuinetti

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1997)



Director: Leonardo G. Filippini

Subdirectora: Julieta Rossi

Secretario de Redacción: Martín Sigal

Redactores: Juana M. Kweitel

Luciano S. Botteri Domecq

Pablo Legón

Colaboradores: Rodrigo Freire Méndez

Andrea Galindo

Natalia Méndez

Carolina Varsky

Vanessa Bergaña

Gisela Hórsch

Violeta Paulero

Margarita Masís

Diego S. Espigo

Marcos N. Mollar

Adrián Minkowicz Almada

REVISTA LECCIONES Y ENSAYOS

Consejo Directivo (1998)

Director: Luciana S. Bottari Doméq
Subdirectora: Juana M. Kweitel
Secretaría de Redacción: Marcos N. Mellar
Redactores: Diego S. Espiga
Pablo Legón

Colaboradores: Rodrigo Freire Méndez
Natalia Méndez
Vanessa Borgoña
Cipela Hirsch
Violeta Paulero
Margarita Maszi
Adrián Minkowicz Almada
Alejandro Gardano
Matias Tuler

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES



LECCIONES Y ENSAYOS

1997/98 - 69/70/71



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

Esta publicación es tribuna libre de expresión de las ideas y opiniones de juristas y estudiantes. El Consejo Directivo no se solidariza con las expresiones vertidas por los autores en los artículos.

Correspondencia: Diríjete a
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
Departamento de Publicaciones

Figueras Alcorta 2243
1425 - Buenos Aires - Argentina

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S.A.E. e I.
Lavalle 1280 - 1048 - Buenos Aires - Argentina

I.S.S.N. : 0024-0079

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Se terminó de imprimir el día 31 de diciembre de 1998,
en Armas Gráficas CAYMA, sito en la calle Niágara 4462,
Buenos Aires, República Argentina.



EDITORIAL

*Por mucho que yo camine, nunca lo alcanzaré.
¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar.*
(Eduardo Galeano, *Las Palabras Andantes*)

Al invitar a prestigiosos profesores nacionales y extranjeros a participar de un *dossier* sobre protección internacional de los derechos humanos, pensábamos fundamentalmente que una obra dirigida a estimular la reflexión sobre la materia satisfaría, en alguna medida, la escasa presencia dentro del ámbito académico local de publicaciones especializadas dedicadas a su investigación y discusión.

La aceptación general que obtuvo nuestra sugerencia entre los autores convocados, parecería indicar que al menos aquella primera observación no había sido errada. Ello, además de reconfortarnos especialmente, provocó también que los trabajos correspondientes al *dossier* cubriesen la totalidad de las páginas del número.

Así parecería sugerirle también la colaboración generosa y el natural interés de todos los que oportunamente nos ofrecieron su consejo y asistencia, entre ellos, Martín Abregú, Celia Ballester, Santiago Pelgueras y Alejandro Kawabata. Debemos también nuestro profundo agradecimiento a muchos otros, sin perjuicio de omitirse su mención en estas líneas.

Con todo, por causas ajenas a nuestra voluntad y a la de la casa editorial, este número retrasó su salida bastantes meses más allá de lo esperado. En consecuencia, al momento de redactarse esta presentación, algunos de los que habíamos participado en la preparación del material no integramos actualmente el *staff* de la revista.

Ello ha generado algunos contratiempos que muy pronto se convertirán en una anécdota menor, pero, también, nos ha permitido confrontar nuestras expectativas iniciales, ya levemente lejanas, con la jurisprudencia nacional reciente en materia de derechos humanos, y en especial, la de nuestro máximo tribunal. Lamentablemente, la satisfacción por descubrir que la discusión propuesta en nada ha perdido interés a pesar del tiempo transcurrido, apenas disimula la desazón que sentimos por advertir que aquélla aún debe darse en un estadio inferior a aquél sobre el cual, tal vez algo ingenuamente, creíamos hallarnos cuando imaginamos este número.

En este contexto, ofrecemos nuestro trabajo, que ojalá resulte de utilidad para algunos de los tantos que todavía sufren el menoscabo de sus derechos elementales.

ÍNDICE

| | |
|-----------------|---|
| Editorial | 7 |
|-----------------|---|

DOSSIER:

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

| | |
|--|-----|
| Méndez, Juan E. y Cox, Francisco, Universalidad y relativismo | 13 |
| Rabossi, Eduardo, Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché | 41 |
| Cançado Trindade, António A., La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional | 53 |
| Despouy, Leandro, Protección de los derechos humanos bajo los estados de sitio o de excepción | 105 |
| González, César D., El genocidio: su necesaria ampliación conceptual | 183 |
| Fappiano, Oscar L., Los progresos científicos y tecnológicos y los derechos humanos. La era informática | 199 |
| Kalin, Walter y Goldman, Robert K., Protección de los desplazados internos bajo el derecho internacional vigente | 223 |
| Pinto, Mónica, Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito de las Naciones Unidas | 327 |

| | |
|---|-----|
| Voliña, Liliana, La evolución de las normas y mecanismos internacionales de derechos humanos en las Naciones Unidas | 343 |
| Franco, Leonardo, La presencia en el terreno como nueva forma de protección internacional de los derechos humanos: la experiencia de Naciones Unidas en Guatemala | 375 |
| Alston, Philip, Hacia la definición del rol del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos | 433 |
| Grossman, Claudio, Reflexiones sobre el sistema interamericano de protección y promoción de los derechos humanos | 457 |
| Martín, Claudia L., Tendencias de las últimas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos | 477 |
| Faúndez Ledesma, Héctor, Las medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos | 535 |
| Gros Espiell, Héctor, La democracia en el sistema interamericano | 595 |
| Dulitzky, Ariel E. y Krstićević, Viviana, El proceso de reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en contexto | 625 |

**DOSSIER:
PROTECCIÓN INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS**

UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO

JUAN E. MÉNDEZ
FRANCISCO COX

I. INTRODUCCIÓN

La universalidad de los derechos humanos es nuestra mejor arma. Por eso es importante que dediquemos esfuerzos a sustentarla y a defenderla de quienes la cuestionan. Al decir que es nuestra mejor arma no queremos significar que se trate de un recurso retórico o de una excusa para legitimar la existencia de burocracias internacionales dedicadas a la promoción de la idea de los derechos humanos. Más bien destacamos que la justificación ética, filosófica y jurídica del movimiento de derechos humanos descansa sobre la premisa de que compartimos un plexo de valores —plasmados en derechos— que consideramos de validez universal. Si no asumimos que estos derechos constituyen obligaciones solemnes que todos los Estados están obligados a respetar, no tendría sentido la denuncia de las violaciones, ni la solidaridad con sus víctimas, ni la promoción de nuevas normas, ni la educación en derechos humanos.

Y sin embargo, la universalidad de los derechos humanos está efectivamente cuestionada, de diversas maneras, en el mundo de hoy, y ese cuestionamiento dificulta seriamente la labor de los hombres y mujeres que forman el movimiento de derechos humanos. Los ataques a la universalidad de los derechos humanos no necesariamente asumen la postura de una interrogación radical sobre sus fundamentos filosóficos o doctrinales. En realidad, el relativismo cultural que parece como la forma más drástica de cuestionar los cimientos de los

derechos humanos, no se esgrime tanto en nuestra región como en Asia, África o el mundo islámico¹. Pero eso no quiere decir que no tengamos en nuestro hemisferio que confrontar formas más ocultas o atenuadas de poner en duda la aplicabilidad universal de los derechos humanos. Por ello, esta exposición estará dirigida en parte a identificar algunas de esas actitudes que postulan la particularidad o excepcionalidad de ciertas situaciones latinoamericanas, para ver si se justifican o si, por el contrario, merecen ser rebatidas en honor a la vigencia plena de los derechos.

Parece por lo menos paradójico que esta discusión haya cobrado fuerza en esta década, precisamente cuando desapa-

¹ Lo cual no significa que no pueda surgir el argumento. Recientemente se lo mencioné en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas, durante las conversaciones de paz de San Andrés, entre el Gobierno mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. En efecto, en la propuesta de los invitados y asesores del EZLN, de la Mesa 1 sobre Derechos y Cultura Indígena, se establece, al hablar de Derechos Humanos, que "La cultura de derechos humanos y el Estado de Derecho que sustentan no deben convertirse en mecanismo enmascarado de imposición cultural de parte de la cultura occidental moderna". Sin perjuicio de lo anterior la propuesta de los invitados y asesores del Ejército Zapatista establece que "Los derechos humanos deben convertirse en una cultura compartida por todos los mexicanos... La cultura de los derechos humanos debe hacer de la confrontación cotidiana, consciente y consensuada de la doctrina occidental de los derechos humanos con el derecho indígena". Diálogo para la Paz con Justicia y Dignidad. Mesa 1: Derechos y Cultura Indígena, Grupo 2 Garantías de Justicia a los Indígenas, Propuestas de Invitados y Asesores del EZLN, noviembre de 1995, pág. 8, en archivo de los autores. Es interesante ver que para los asesores del EZLN los derechos humanos son ajenos a la cultura indígena, sin embargo parecen plantear que a su vez los derechos humanos surgirían de una confrontación entre las dos culturas, con lo cual no es muy claro en ese punto. En los Acuerdos de San Andrés, el texto quedó de tal manera que se reconoce el derecho indígena en la medida que no esté en contradicción con los derechos humanos (cfr. "Acuerdos de San Andrés", pág. 16, en archivo de los autores).

Interesante también resulta que la propuesta del EZLN al referirse al tema de la mujer hace recepción de toda la cultura de los derechos humanos, optando por éstos en el evento de un conflicto con los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Vid. Propuesta, pág. 19. En Guatemala, donde también existe una mayoría de población indígena, en el Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas del 31-II-1995, el tema del derecho consuetudinario y su relación con los derechos humanos fue resuelto en favor de este último (Vid. "Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas", pág. 14).

rece la competencia entre dos grandes sistemas de pensamiento y de organización de la sociedad. La globalización parece que se aplica al comercio y a las finanzas, y que en ese campo se acepta sin mayores quejas, aun cuando amenace con profundizar la desigualdad social y económica y con hacer cada vez más difícil las condiciones materiales para una real autodeterminación. Sin embargo, los derechos humanos, que podrían concebirse como un aspecto benévolo de la globalización al establecer estándares mínimos de tratamiento digno a todos los seres humanos, no sólo no entran en el cuadro sino que son objeto de renovados ataques. Esto es no sólo falta de coherencia; es la hipocresía que está a flor de piel en muchas apelaciones al relativismo por parte de gobernantes despóticos y autoritarios, que en rigor sólo quieren darse a sí mismos una licencia para el abuso del poder. Pero no basta con desnudar esa intención. En la medida en que, como en todos los órdenes, los ataques a la universalidad se nutren de argumentos que tienen un núcleo de verdad y hasta de razonabilidad, es importante confrontarlos y rebatirlos.

Nuestra tesis no es, sin embargo, la de un universalismo a ultranza, ni consiste en despreciar por completo los relativismos. Especialmente el relativismo cultural tiene mucho que contribuir al mejor entendimiento entre los pueblos y es importante para sustentar la diversidad y la riqueza de los aportes que todas las culturas hacen a una experiencia humana en común. Por eso, lo que intentamos, en todo caso, es encontrar un lugar adecuado al relativismo cultural (y tal vez a otros relativismos también) en el marco general de una doctrina de los derechos humanos que preserve su esencial universalidad.

Además, postulamos que no es suficiente con proclamar la universalidad de los derechos humanos como si se tratara de un dogma. Por el contrario, creemos que la universalidad no es un hecho cumplido sino una tarea, una obra que ya ha logrado ciertos objetivos pero que debe continuarse. Uno de los grandes aportes de las críticas dirigidas desde sectores de la antropología a la universalidad de los derechos humanos es que no basta con una universalidad puramente jurídica para que las personas puedan gozar de sus derechos. Éstas deben ejercer sus derechos en sus comunidades y deben seguir viviendo en ellas, por lo tanto, un cambio jurídico, aunque un paso importante, no importa un cambio cultural con lo cual

las personas no tendrán la posibilidad real de ejercer ese derecho al interior de su grupo de pertenencia toda vez que serán discriminados por el resto. La universalidad de los derechos humanos requiere pues, constante atención. Esta construcción de la universalidad se hará fundamentalmente a través del diálogo entre las culturas², para el cual se necesitarán actitudes de respeto a la diferencia, de rechazo de nociones de superioridad y aceptación de la posibilidad del enriquecimiento mutuo entre esas culturas³.

II. DISTINTOS ASPECTOS DE LA UNIVERSALIDAD

Si usáramos el término en sentido meramente descriptivo, tendríamos que admitir que no hemos avanzado mucho desde que se empezó a hablar de derechos universales. Si se trata de observancia y respeto efectivo, la triste realidad es que aún los derechos más fundamentales se violan en forma deliberada y sistemática en algún lugar del mundo prácticamente a diario. Pero la realidad de la violación no vulnera el principio de la universalidad; incluso desde la perspectiva de su validez jurídica⁴, en todo caso sólo hace más urgente

² De hecho, como nos recuerda Donnelly, la Declaración Universal de Derechos Humanos es el fruto de un conjunto de culturas. Vid. Donnelly, Jack, "Cultural Relativism and Universal Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 6, nro. 4, nov. 1984, John Hopkins University Press, págs. 416-417.

³ Es necesario que el movimiento de derechos humanos tenga la sensibilidad necesaria para conocer y entender los valores de las culturas no occidentales e intente justificar el valor y la conveniencia de los derechos humanos. En palabras de Daniel A. Bell, "building human rights practices on traditional cultural resources is more likely to lead to long term commitment to human rights ideas and practices", Bell, Daniel A., "The East Asian Challenge to Human Rights: Reflections on an East West Dialogue", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, nro. 3, agosto 1996, John Hopkins University Press, pág. 637.

⁴ Es por todos conocida la distinción entre validez y vigencia de la norma. El incumplimiento de una norma jamás podrá mermar su validez, cuanto mucho una violación constante y generalizada puede mermar la vigencia.

insistir en él. De la misma manera que la persistencia del fenómeno de la criminalidad en todas las sociedades no le quita universalidad a las normas de derecho interno que criminalizan el robo o el homicidio.

Lo cierto es que, al menos para las violaciones más graves (genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, tortura), la práctica social tiene, de todos modos, una característica especial. A saber, que los que cometen estos hechos suelen negarlos o disfrazarlos de actos de guerra o de otra cosa. Por lo tanto, la imposibilidad de admitir en público que se incurre en ellos, consecuencia de su generalizada condena, revela el carácter universal de la norma que se viola. Usamos el término, por lo tanto, no en sentido descriptivo sino *prescriptivo*. Estableciendo que los derechos humanos deben ser universales, sin perjuicio de que en la actualidad lo sean o no.

Los derechos humanos tienen vocación de universalidad como norma jurídica. En este punto, es importante destacar que hablamos de un aspecto especializado del derecho internacional que aparece bastante recientemente. Como todo el resto del derecho internacional, el cuerpo normativo que llamamos *derecho internacional de los derechos humanos* sufre de una seria debilidad en cuanto a los mecanismos para asegurar su eficacia, aunque ello no significa que el derecho internacional no tenga sus propias formas de coacción y por ello es, efectivamente, *derecho*². De todos modos, en los aspectos sustantivos, la universalidad como norma jurídica es bastante incuestionable. La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Pactos Internacionales que con ella forman el núcleo central de este "Derecho Internacional de los Derechos Humanos" son normas jurídicas positivas. Los Estados que forman parte de la comunidad internacional —y que, además, son los principales órganos de creación de normas positivas en nuestra materia— han legislado y repetidamente ratificado el contenido de los estándares consagrados en tales instrumentos. Como obligaciones internacionales de los Estados, es difícil postular la falta de universalidad de normas que son voluntaria y solemnemente asumidas en los

² Kelsen, Hans, *Principios de Derecho Internacional Público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965.

actos de ratificación. Aun para Estados que no acostumbren ratificar los tratados multilaterales específicos, lo cierto es que si han ratificado la Carta de las Naciones Unidas o la Carta de la OEA; ambos tratados contienen explícitamente la aceptación de los derechos humanos incorporados a esas cartas por referencia, a la vez que consagran también el legítimo interés de la comunidad internacional por la vigencia de los derechos en cada Estado Parte.

Sin embargo, insistir en el carácter positivo de estas normas de derecho internacional es una herramienta importante, pero no resuelve nuestros problemas porque, como ya dijimos, los mecanismos de implementación de los derechos humanos son todavía bastante débiles⁶. Tanto es ello así que quienes los usan más asiduamente reconocen que por la vía de tales mecanismos tardaremos mucho tiempo en hacer realidad la vigencia efectiva de los derechos humanos. Por eso reconocemos que, en definitiva, sólo una cultura de observancia de los derechos humanos en cada país asegurará esa vigencia, sin perjuicio de lo mucho que puede aportar a la creación de esa cultura el uso sistemático de los mecanismos internacionales de protección. Precisamente porque lo que buscamos es la vigencia de los derechos —y no la estigmatización de un régimen por la estigmatización misma— es necesario enfrentar en forma decidida los argumentos relativistas que se oponen a la universalidad de nuestra preocupación, ya sea que se funden en la existencia real de obstáculos culturales o que invoquen falsamente apelaciones a la propia tradición para justificar ese rechazo.

Parte del ataque a la universalidad de los derechos se refiere no tanto a su existencia normativa sino a sus fundamentos filosóficos. Con Peces Barba, podríamos sencillamente decir que los derechos humanos son derechos cuando se positivizan, y que en tanto han sido consagradas como derecho positivo, no importa mayormente si provienen de una fuente universal o

⁶ Un reconocimiento en este sentido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuentra en el informe nro. 42/96 cuando en su párr. 102 establece: "Todos los órganos de los Estados Partes tienen la obligación de cumplir de buena fe las recomendaciones emitidas por la Comisión, no pudiendo ésta establecer el modo de ejecutarlas a nivel interno". *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*.

no⁷. Aun en este caso, insistir en la universalidad de la fundamentación filosófica puede ser importante por dos razones: (1) porque la positivización de una norma admitida como no universal permite que ella pueda derogarse y dejar de ser positiva con mayor facilidad; y (2) porque una adecuada fundamentación en valores universales le otorga un criterio crítico a la norma para determinar si se la interpreta y aplica correctamente o si, por vía interpretativa, se incurre en regresiones. Pero además, quedarnos en el argumento de que estas normas son derecho positivo es inadecuado porque nos trae de vuelta al punto de partida del debate con los críticos de la universalidad y clausura la indagación sobre si, en su origen, los derechos que llamamos derechos humanos son en efecto culturalmente determinados y responden exclusivamente a una visión eurocéntrica u occidental y, por lo mismo, poco representativa de la experiencia humana universal.

En este sentido, es bueno consignar que expertos como Antonio Casese⁸ y John Humphrey (este último presente en el acto de redacción de la Declaración Universal) sostienen inequívocamente que los instrumentos a que nos referimos recibieron aportes de todas las principales corrientes filosóficas de la humanidad, y no exclusivamente de las que se identifican con el pensamiento occidental, como el racionalismo o el jusnaturalismo. En el derecho de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario, cuyas normas inspiradas en la protección de personas son esencialmente similares a las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, está claro que es posible encontrar antecedentes similares sobre limitación de métodos y tácticas de guerra en todas las tradiciones bélicas de las distintas culturas⁹. No puede ser de otra manera, porque el sentido común que informa a las normas de de-

⁷ Vid. Pez Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1993, págs. 297-320.

⁸ Casese, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, págs. 58 y sigs. También *vid.* del mismo autor, *Human Rights in a Changing World*, Cambridge, 1990, págs. 66-67.

⁹ Zahed, Patrick, Conferencia dictada en el XV Curso Interdisciplinario de Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

rechos humanos y de derecho de la guerra no reconoce fronteras ideológicas ni culturales. Por un lado, el combatiente sabe que él mismo puede estar en la condición del vencido, ocasión en que aspirará a que se le respete la vida y la integridad física; por otro, sabe también que si respeta la neutralidad de la población civil habrá más posibilidad de que su enemigo también la respete. Esta explicación es subjetivista, en el sentido de quienes fundan la moral en el interés propio y en el hecho de que ese interés lleva a la cooperación mutua¹⁹. También se puede esbozar una justificación desde el imperativo categórico de Kant. Y aunque se afirme que tanto la primera forma de encontrar una justificación intersubjetiva de las normas de derechos humanos o de justificar una moral universal desde Kant, son ellas mismas culturalmente determinadas, en este caso las ofrecemos sólo como una posible explicación de la existencia de normas comunes a culturas radicalmente diferentes.

Además, la universalidad de las normas no depende sólo del hecho histórico de que en su formulación se hayan receptado aportes de todas las culturas, asunto que seguramente admite mucha mayor investigación científica y debate. La universalidad, en el fondo, se funda en una nota distintiva de estas normas de derecho internacional y no de otras: el que estén dirigidas a sostener la irreductible dignidad de la persona humana, materia en la que hay poco desacuerdo entre las distintas tradiciones culturales²⁰. En un cierto sentido, como dice Peces Barba, no son tanto las normas mismas de derechos humanos las que son universales, sino los valores que esas normas tratan de consagrar y proteger²¹. No hay duda, sin embargo, de la deuda intelectual importante que los derechos humanos, en su actual redacción, tienen con la tradición iluminista de Occidente. Pero aun en el supuesto de que efectivamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea descendiente directo de las ideas racionalistas

¹⁹ Sobre teorías del autointerés se puede consultar Nina, Carlos, *Ética y Derechos Humanos, un Ensayo de Fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1990, págs. 63 y sigs.

²⁰ Como veremos luego, hay sin embargo corrientes filosóficas que niegan universalidad al concepto de persona.

²¹ *Op. cit.*, pág. 317.

o liberales, ello no le privaría necesariamente de valor universal. Para nosotros, ciertos aspectos del pensamiento racionalista son adquisiciones de la humanidad y no de una ideología determinada, de tal modo que, con independencia de su origen filosófico, los principios que consideramos parte de los derechos humanos son un acervo común o un logro permanente de la civilización como tal¹³. Lo importante es construir por encima y más allá del liberalismo, no rechazarlo para empezar de nuevo desde el pre-liberalismo.

III. FALSA DICOTOMÍA ENTRE UNIVERSALIDAD Y RELATIVISMO

El cuerpo normativo de los derechos humanos internacionales constituye hoy un complejo de normas bastante desarrollado, que incluye disposiciones de diversos tipos. No nos referimos tanto a una gradación de derechos según su importancia, ni tampoco a posibles clasificaciones de derechos que se han ensayado¹⁴. Pero sí destacamos que los instrumentos internacionales contienen normas sustantivas y procesales, normas instrumentales a otros derechos, obligaciones de no hacer impuestas a los Estados y obligaciones de hacer —y dentro de éstas algunas de aplicación inmediata y otras de realización progresiva—. Siendo así, es difícil sostener que todas las normas incluidas en un texto multilateral como derecho positivo son automáticamente universales desde el punto de vista de su fundamentación o de su fuente. Por ésta y por otras razones, creemos necesario distinguir jerarquías de las normas.

En primer lugar, la doctrina establece con claridad que hay ciertos derechos que tienen categoría de *ius cogens*, es

¹³ Vid. Kooijmans, F. H., *Human Rights, Universal Values?*, Dies Natalis Address, Institute of Social Studies, 12-X-1993, pág. 7; también Schachter, O., "United Nations Law", *American Journal of International Law*, 1994, págs. 3-17. Como aparecen citados en Van Dijk, "A common standard of achievement. About universal validity and uniform interpretation of international human rights norms", *SOM Nederlandse Quarterly of Human Rights*, vol. 13, 1995, nro. 2, Kluwer, pág. 111.

¹⁴ Van Dijk, *op. cit.*, págs. 109-113.

decir, de normas imperativas que no admiten derogación y cuya obligatoriedad no depende de su adopción en un texto convencional. Segundo, ciertas obligaciones referidas a derechos humanos son reconocidas como *derecho internacional consuetudinario* y por lo tanto no requieren consagración en un tratado, aunque pueden ciertamente derogarse o modificarse por vía de tratados. Otras normas son obligatorias sólo en tanto y en cuanto los Estados las aceptan voluntariamente por vía de tratados, y dentro de éstas se pueden distinguir gradaciones también. Desde el plano de los efectos jurídicos de las normas también hay distinciones que hacer. La violación de algunos derechos constituye un *crimen de lesa humanidad* o en el caso del derecho internacional humanitario un *crimen de guerra* y hace surgir obligaciones y responsabilidades especiales, tanto para el Estado violador, como para los agentes, como para las demás naciones. Nos referimos a una obligación afirmativa de castigar tales crímenes y a sus correlatos: la jurisdicción universal, la obligación de extraditar o juzgar, la no prescripción. Pero ciertamente no toda violación de un derecho consagrado en los instrumentos internacionales tiene esos efectos.

Es evidente, por ello, que no todo lo que está consignado en un instrumento internacional goza automáticamente de la misma universalidad. Además, conviene consignar nuevamente el carácter dinámico de estas categorías: hay normas que tal vez deban ser universales pero que, por el momento, no han alcanzado aún ese carácter. De hecho, creemos que esto significa que algunas normas internacionales de derechos humanos son efectivamente relativas, en el sentido de que sus modalidades de aplicación admiten un campo más o menos amplio a la experimentación local. Por lo pronto, las mismas convenciones internacionales propician la existencia de un ámbito propio para las decisiones locales cuando aclaran que los derechos que consagran son un mínimo y no un máximo, y que no excluyen la posibilidad de normas locales que puedan proteger más ampliamente los derechos de las personas¹⁵.

¹⁵ Vid. art. 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con Jack Donnelly¹⁶, creemos que entre un relativismo total y un universalismo igualmente absoluto, existe una gama de posiciones —desde un relativismo fuerte y un universalismo débil a sus contrarios— que tratan de conciliar ambos extremos. El universalismo absoluto se parece mucho al imperialismo cultural y a la negación de la diversidad; el relativismo a ultranza niega por completo la existencia de principios rectores de la conducta de los Estados. Un poco más acá de ese relativismo a ultranza, reconocer la universalidad de algunos valores irreducibles pero no de normas destinadas a consagrarlos o a hacerlos efectivos nos dejaría con muy poco para explicar por qué la comunidad internacional construye estos edificios normativos. En esa gama de posibilidades intermedias, conviene distinguir —como sugiere Donnelly— entre: (a) la esencia de la norma de derechos humanos; (b) su interpretación; y (c) la forma de aplicación concreta. Para la esencia de la norma se requiere la mayor universalidad, aunque aquí también depende de a qué derecho específico nos referamos. La prohibición de la tortura, por ejemplo, no admite mayor discrepancia. En cuanto a la interpretación de qué constituye tortura, es en principio posible una mayor flexibilidad. Al introducir el concepto de severidad en la definición, la Convención para la Abolición de la Tortura abre una ventana a la consideración del contexto y de circunstancias de tiempo, de lugar y personales, incluidas las culturales. Sin embargo, una gran laxitud para que cada Estado interprete qué es tortura y qué no, desvirtúa la prohibición misma¹⁷. Finalmente, en cuanto a formas de aplicación del principio, es más fácil concebir diferentes enfoques, adecuados a realidades nacionales, con tal de que su propósito esté objetivamente dirigido a facilitar la vigencia efectiva de la norma¹⁸. Siempre en el ejemplo de la tortura, las

¹⁶ Donnelly, Jack, "Cultural relativism and universal human rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 6, no. 4, nov. 1984, John Hopkins University Press.

¹⁷ Un ejemplo negativo lo constituye Israel, el cual permite que se ejerza presión física y psicológica en ciertas circunstancias, interpretando que ello no constituye tortura.

¹⁸ La interpretación final debe ser realizada por los órganos intergubernamentales de protección de derechos humanos, de esta manera se asegura que este margen de apreciación no se traduzca en la anulación del derecho por la vía de la interpretación.

convenciones incursionan bastante en las formas al incluir la obligación de hacer punible la práctica y de negar valor probatorio a la confesión obtenida bajo tortura. En cambio, la doctrina del "fruto del árbol envenenado", que niega validez no sólo a la confesión sino también a toda otra prueba obtenida en la cadena que se inicia con medios originalmente ilícitos, no tiene por ahora consagración como norma de derecho internacional. Como su propósito es precisamente el de desalentar las prácticas de interrogación que fácilmente desembocan en la tortura, creemos que éste es un caso de norma que no es universal pero debería serlo, ya que su racionalidad y su utilidad concreta para los fines últimos de la prohibición de la tortura nos parece irrefutable. Nos parece que no debemos tenerle miedo a "universalizar" una práctica hasta ahora restringida a algunos Estados. Lo que importa es discutir racionalmente si una norma originada en una cultura es útil o no para avanzar sobre la protección de los derechos en otros contextos; si lo es, debemos proponer su extensión a ellos.

IV. ATAQUES A LA UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

No intentamos acá hacer un catálogo exhaustivo de las formas en que la universalidad se cuestiona en nuestros días, ni pretender tampoco que todos los ataques tienen la misma entidad. Si pensamos que es importante ver el peligro para la universalidad que subyace a ciertas posiciones aparentemente inocentes.

En primer lugar, queremos destacar que el asedio a la universalidad no viene exclusivamente de culturas no occidentales. Por razones más valederas o más espúreas, también desde Occidente mismo se ataca a la universalidad de los derechos humanos. Algunos de esos ataques son manifestaciones de un burdo etnocentrismo, como cuando se afirma que los derechos humanos son creación de la tradición jurídica anglosajona y que otras culturas no están preparadas para ellos. No se trata, ciertamente, de posiciones científicas serias, sino más bien de racionalizaciones que apenas disfrazan la intención de hacer negocios con los violadores de derechos humanos bajo cualquier circunstancia. En el Norte, esta vertien-

ta de negación de la universalidad de los derechos tiene larga trayectoria. Se explicita durante los ataques de la derecha a la política de derechos humanos de Jimmy Carter, cuando Jean Kirkpatrick y el mismo Ronald Reagan (antes de ser Presidente) usaban ese argumento para apoyar y proteger a las dictaduras "amigas de los Estados Unidos" invocando razones geopolíticas, ideológicas o simplemente comerciales.

Desde posiciones más desinteresadas, también se ataca la universalidad de los derechos humanos con las teorías posmodernas²⁹ o desde el llamado "realismo jurídico". Aunque estas escuelas tienen la virtud de hacernos ver las realidades de poder que están detrás de las ficciones políticas o jurídicas que a menudo se presentan en términos ideales, su aplicación a nuestra materia es con frecuencia inconveniente. Un integrante de la escuela crítica de estudios de derecho visitó el Uruguay durante la dictadura militar como parte de una delegación internacional y luego publicó un artículo que impugnaba la actitud de "misioneros" de quienes viajaban a tierras que no conocían para opinar sobre sus prácticas. Aunque su punto de vista fue muy útil para alertar sobre la necesidad de trabajar con mucha seriedad, no podemos dejar de pensar que no les ayudó mucho a los presos políticos uruguayos ni a sus familias. Del mismo modo, ver los esfuerzos por imponer la justicia a las violaciones masivas del pasado reciente como meras expresiones de las relaciones de poder es equivocado por varias razones: niega a las víctimas el fundamento ético de su reclamo y la seriedad de su insistencia en la justicia; da armas retóricas a los enemigos de la Justicia que afirman que esos juicios son expresiones de venganza o

²⁹ La posmodernidad ataca la pretensión de la modernidad, según ella, de elaborar relatos universales o mejor dicho fracasa, ya que dicha pretensión ha fracasado porque es imposible. De dicho fracaso, uno puede deducir que la teoría de los derechos humanos como "erucción de la modernidad" al tener la pretensión de universalidad también ha fracasado. En palabras de Jean-François Lyotard, "Estos últimos (los grandes relatos de legitimación que caracterizan la modernidad occidental) son cosmopolitas, como dirá Kant. Se ocupan precisamente de la 'superación' de la identidad cultural particular con vista a constituir una identidad cívica universal. Sin embargo, no está claro cómo puede llegar a producirse semejante superación". Lyotard, Jean-François, *La Posmodernidad. Explicando a los Niños*, Gedisa, Barcelona, 1990, pág. 45.

la continuación de la guerra por medios falsamente jurídicos; e ignora la contribución efectiva que la lucha por la Verdad y la Justicia puede hacer para crear las condiciones de una verdadera democracia. En manos del movimiento de derechos humanos, este realismo es una fórmula para el derrotismo.

En América Latina somos hoy testigos de formas amenguadas de relativismo que, sin embargo, pueden ser peligrosas. Hay quienes afirman un "modo latinoamericano de hacer las cosas" cuando se trata de derechos humanos, como si fuera diferente y superior a un supuesto modo norteamericano o del Norte de Europa. Lo cierto es que las tradiciones más nobles de trato al enemigo vencido, de respeto a la dignidad de los prisioneros, de afirmación de la dignidad de cada persona tienen fuerte raigambre en nuestras tierras. De hecho, el supuesto "modo latinoamericano" parece consistir en no tomar en serio las obligaciones contraídas al suscribir instrumentos internacionales o acuerdos de paz, o en introducir interpretaciones pretendidamente realistas sobre su verdadero significado. Por ejemplo, hacer ceder la prohibición de la censura previa ante la defensa del honor de las personas no es un modo latinoamericano de hacer las cosas: es una violación lisa y llana del artículo 13 de la Convención Americana. Argumentar, como lo hacen algunos, que los acuerdos de paz de Guatemala son demasiado ambiciosos, y por eso hay que cumplirlos sólo a medias, no es ser realista sino proponer la violación del espíritu y de la letra de compromisos asumidos ante el mundo como solemnes.

Existe, asimismo, lo que podríamos llamar un relativismo ideológico, aunque no cultural. Detrás de muchas posiciones que privilegian a los derechos económicos, sociales y culturales sobre los civiles y políticos hay una visión ideológica que identifica a estos últimos con el individualismo y el liberalismo, y a los primeros con las ideas socialistas o comunitaristas. Lamentablemente, esto no hace más que confirmar la falsa dicotomía creada en la década de los '50, cuando la guerra fría determinó que los derechos se bifurcaran de esta manera. Conviene recordar que la intención siempre fue la de reconocer validez a ambos conjuntos de derechos, no la de privilegiar a unos sobre otros.

En el Norte, algunos reconocen entidad de derechos humanos sólo a los civiles y políticos, mientras consignan a los económicos, sociales y culturales a la categoría de "aspira-

ciones". Esto es una forma de relativismo ideológico, aunque se postule la validez universal de los derechos que uno prefiere. La postura simétrica tampoco es anti-universalista en sentido estricto, porque insiste en la universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales mientras hace relativos y contingentes a los civiles y políticos. Pero ambas son igualmente atentatorias contra el acuerdo básico que dio origen a los derechos humanos como hoy los conocemos. Se ofrece como justificación de la segunda postura el supuesto hecho de que los derechos civiles y políticos responden a una visión individualista, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales responderían a una concepción comunitarista, que privilegia los derechos colectivos sobre los del individuo²⁰. Esto es simplista y falso: los derechos económicos, sociales y culturales son derechos de los individuos, en primer lugar, y de las colectividades sólo en algunos casos. El principio de no discriminación, que es el nexo principal entre ambas categorías de derechos, es esencialmente un derecho individual: a no ser tratado en forma desigual por el hecho de pertenecer a una categoría determinada de personas. Además, varios de los derechos civiles y políticos —como el de asociación y especialmente el de asociación sindical— son para ser ejercidos fundamentalmente por colectividades y no exclusivamente por individuos²¹. Por esta vía de preferir a un conjunto de derechos sobre otros no hacemos más que cristalizar el error original de la bifurcación de la década de los '50. Nos interesa destacar que la preferencia por los derechos mal llamados "de segunda generación" comete además un error histórico y una injusticia: las víctimas de tortura, desaparición y ejecución extrajudicial del pasado reciente sacrificaron

²⁰ Para nosotros, los derechos humanos internacionalmente reconocidos se nutren de aportes individualistas y comunitaristas, ambos igualmente universalistas.

²¹ Como señala Habermas: "La libertad, incluso la libertad personal y, sobre todo, la libertad de sufragio, únicamente puede pensarse en coacción interna con una red de relaciones interpersonales, esto es, en correspondencia con las estructuras comunicativas de una comunidad que asegura que la libertad de unos no se produce a costa de la libertad de otros. ... El individuo no puede ser libre en tanto no son todos libres y no todos pueden ser libres como no lo sean en comunidad". Habermas, Jürgen, *Ensayos Políticos*, Península, Barcelona, 1994, pág. 48.

su vida por establecer sociedades más justas. Defenderlos de la represión echando mano a los derechos civiles y políticos era, pues —y todavía lo es—, una manera de permitirles luchar por ideales de igualdad y justicia social y de otorgarles un marco concreto de seguridad y supervivencia para que pudieran hacerlo. Esto demuestra la interdependencia de los derechos de manera dramática y concreta. No debemos, por lo tanto, proclamar la interdependencia si no creemos realmente en la necesidad de defender ambos conjuntos de derechos humanos.

Otra forma de relativismo ideológico consiste en afirmar que el desarrollo económico es condición previa a toda política de respeto a los derechos humanos. Durante la Conferencia de Viena de 1993, los delegados de China y de Indonesia hicieron referencias expresas a esta supuesta prioridad, aunque en otros pasajes de sus discursos reconocieran la universalidad de los derechos humanos. Esta postura no es tan novedosa: los defensores de las dictaduras militares del Cono Sur a menudo ensayaron variantes de ella para oponerse a la condicionalidad de préstamos y garantías internacionales a esos gobiernos²². Los opositores a la política de derechos humanos pronto articularon una doctrina propia, según la cual debía apoyarse a los "amigos de los Estados Unidos" bajo cualquier circunstancia y reservar la crítica de derechos humanos sólo para los regímenes comunistas. El argumento era que las dictaduras de signo anticomunista abrían los mercados a la inversión extranjera, y que los mercados abiertos contribuirían a la larga a liberalizar también la vida social y política, mientras que los regímenes comunistas estaban cerrados para siempre.

Como se ve, la tesis de la prioridad del desarrollo no necesariamente busca la vigencia de los derechos económicos y

²² En 1978, el EXIMBANK, una agencia norteamericana de fomento a las exportaciones, se refusó a dar una garantía para que la firma Allis Chalmers participara en una licitación internacional para una obra hidroeléctrica en la Argentina, a menos que el gobierno del general Jorge R. Videla diera alguna explicación sobre los miles de desaparecidos y liberara a presos políticos. El mundo empresario y sus apoyos académicos en EE.UU. desarrollaron una activa campaña contra esta forma de interferencia, invocando la prioridad que debía darse al desarrollo sobre los derechos humanos.

sociales, al menos como se los concibe en el Pacto Internacional respectivo. Desde China, Indonesia y Singapur, hasta las economías de ajuste de América Latina, el crecimiento rápido basado en mercados abiertos a las finanzas internacionales resulta, al menos en un principio, en drásticas desigualdades, y de paso —aunque no siempre— también en represión de las libertades públicas. Pero aunque se logren efectivamente metas de distribución más justa, debemos consignar que no hay una relación lógica entre la supresión de los derechos civiles y políticos y el desarrollo económico sostenido²³. Un gobernante autoritario sólo presenta la ilusión óptica del orden y de la toma expeditiva de decisiones; la arbitrariedad en el ejercicio del poder tarde o temprano da paso a la corrupción y a la inseguridad jurídica, que a su vez pueden conspirar contra el éxito del programa económico.

No sólo no es demostrable que la supresión del disenso pueda contribuir a producir crecimiento económico. En algunos casos lo contrario sí se puede demostrar: todas las catástrofes humanitarias con miles de muertos por el hambre se han producido en países africanos que habían suprimido las libertades. A pesar de condiciones físicas comparablemente riesgosas, no se desataron hambrunas en otros países africanos que sí permitieron el ejercicio de la libertad de expresión y de información. Parece que en estos países, una ciudadanía alertada a esos peligros por el flujo de información y de ideas pudo hacer los ajustes necesarios —sin represión— para evitar la catástrofe²⁴. Por estas dos razones, nos parece que deben rechazarse las teorías que insisten en renunciar a ciertos derechos y valores en aras de la consecución de otros considerados más urgentes o prioritarios (*trade off*). Al menos, deberíamos exigir una explicación más detallada y precisa sobre

²³ Vid. Pallis, Adamantia, "Cultural relativism revisited: through a state prism", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, nro. 3, May 1996, John Hopkins University Press.

²⁴ Vid. Amartya, Sen, *Human Rights and Economic Achievement*, como aparece citado en Bell, Daniel, "The East Asian challenge to human rights: reflections on an East West dialogue", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, nro. 3, August 1996, pág. 645. También vid. De Waal, Alex, *Evil Days. 30 Years of War and Famine in Ethiopia*, Africa Watch, New York, 1991.

de qué manera es necesario esprimir el disenso para lograr índices de crecimiento de la economía o mejor distribución del ingreso. Este rechazo, desde luego, no debe ser desinteresado en los logros del sistema, especialmente si ellos contribuyen a financiar servicios de salud, vivienda o educación que ponen en vigencia importantes derechos económicos y sociales. En estos casos, sin perjuicio de elogiar esos logros, es lícito preguntar si para ellos es estrictamente necesario suprimir el disenso. A lo que nos resistimos es a la aceptación acrítica del *trade off* entre la libertad y el desarrollo.

Antes de pasar al relativismo cultural, todavía queremos consignar nuestra objeción a posiciones políticas y diplomáticas que postulan una cierta especialidad de la realidad latinoamericana para resistir el uso de mecanismos internacionales de protección. Nos referimos a las sugerencias de que el sistema interamericano de protección es para las dictaduras y no para las democracias; a la insistencia en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe hacer más promoción en desmedro de la protección; a que se quiera obligar a la CIDH a dar mayor deferencia a los órganos de investigación y protección locales (*ombudsmen* y otros) supuestamente porque ahora serían automáticamente democráticos; y, en general, a varias de las sugerencias ofrecidas en el debate actual bajo la excusa de "fortalecer" o "perfeccionar" el sistema interamericano. Estas propuestas no implican necesariamente anti-universalismo, ya que se refieren más propiamente a las formas de cumplir los derechos y no a su esencia ni a su interpretación, en la categorización de Donnelly ya citada. Y como vimos, es precisamente en las formas donde se puede concebir un juego más amplio de las experimentaciones locales o regionales. Pero eso no quiere decir que debamos aceptar tales sugerencias simplemente por contener un sabor local. Los que las ofrecen tienen la obligación de demostrar cómo van a resultar efectivamente en mayor protección y en menor desprotección para las víctimas del abuso y de la arbitrariedad. Entre tanto, si lo que de buena fe se busca es fortalecer las instancias locales —objetivo con el que estamos plenamente de acuerdo— nuestra experiencia demuestra que las protecciones internacionales eficaces contribuyen enormemente al desarrollo de la mejor protección en el orden local.

Varios gobiernos rechazan las críticas que se les formulan en materia de derechos humanos sin desconocer la va-

líder universal de los mismos sino impugnando más bien la legitimidad del interés de la comunidad internacional por asuntos que, se afirma, son de dominio exclusivo de las autoridades locales. Como en el caso anterior, esta postura no es exactamente relativista en cuanto a la esencia ni a la interpretación de los derechos, sino en cuanto a la forma de implementación: se invoca el principio de soberanía para argumentar que toda preocupación externa por la vigencia de los derechos humanos en el país constituye injerencia indebida en los asuntos internos. Si las apelaciones a los derechos humanos se basan en el derecho internacional (como lo hacen las mejor fundamentadas), debe reconocerse que ese derecho es parte de un orden jurídico internacional centrado principalmente alrededor del "Estado-nación" dotado de soberanía como un atributo del poder que ejercen, en forma peculiar, aquellos Estados cuya existencia jurídica es reconocida por el resto de la comunidad internacional. En aquellos casos en que está defensa se combina con un rechazo de dogmas considerados como pertenecientes a la cultura occidental o del Norte, es irónico que no se rechacen igualmente las ideas de "Estado-nación" y de "soberanía", eurocéntricas, occidentales y determinadas históricamente como las que más. Es bueno aquí recordar la anotación de Néstor P. Sagués²⁵ sobre Bedin y el origen doctrinario del concepto de soberanía, que implicaba el respeto a las obligaciones internacionales, otra irónica del recurso a la soberanía para violar los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Sin embargo, es notorio que el derecho internacional moderno asigna un lugar especial a la soberanía y a su correlato, el principio de la no intervención (Carta de Naciones Unidas, Carta de la OEA). Pero erigirlos en normas absolutas reduciría todas las referencias a los derechos humanos contenidas en los mismos instrumentos a la condición de letra muerta. A partir de 1945, no puede sostenerse con seriedad que el derecho internacional otorgue primacía absoluta a la soberanía y a la no intervención en todos los casos. Existe, por supuesto, una importante esfera de poderes y atribuciones reservada a las

²⁵ Conferencia dictada en el XV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

autoridades nacionales con exclusión de todo otro poder, pero esa esfera está expresamente limitada por otras normas igualmente importantes del derecho internacional, como los principios de no agresión y de resolución pacífica de las controversias. Los instrumentos de derechos humanos son un tipo especial de los tratados precisamente porque, aunque se celebran entre Estados, crean derechos en favor de las personas. Esta peculiaridad expresa la legitimidad de la preocupación de los demás miembros de la comunidad internacional por la forma en que un gobierno trata a sus propios ciudadanos, con fundamento no sólo en la dignidad intrínseca de la persona humana sino también en la frecuente vinculación —demostrada históricamente— entre las violaciones a los derechos humanos y la generación de peligro para la paz internacional.

Tampoco sería correcto sostener que toda materia relacionada con los derechos de las personas está completamente afuera de esa esfera exclusiva de soberanía. Al contrario, los instrumentos internacionales de derechos humanos imponen a los Estados la obligación primaria y original de aplicarlos, y dan legitimidad a la preocupación internacional por ellos sólo en forma subsidiaria. En rigor, la mejor defensa de los Estados contra las críticas internacionales por violaciones a los derechos humanos es demostrar que sus propias instituciones responden eficazmente a toda violación, investigándolas, sancionando a los responsables y dando satisfacción a las víctimas, de conformidad con leyes y prácticas nacionales ajustadas a los estándares internacionales mínimos. Sin embargo, cuando esta "respuesta institucional" está ausente, la preocupación internacional es legítima moral y jurídicamente.

No hay duda de que las expresiones críticas de terceros países sobre los derechos humanos en un país determinado a veces ocultan agendas diferentes a la sana preocupación por las víctimas, o se hacen en forma discriminatoria y hasta con exageración o abierta distorsión de los hechos. Cuando los derechos humanos se convierten en instrumento de otros objetivos de política exterior, se mina su legitimidad intrínseca, y esto debe denunciarse por lo que es. Pero la desproporción y el trato discriminatorio tienen solución, y no deberían conducir a la descalificación global de todas las iniciativas de derechos humanos. Los que invocan la politización de los derechos humanos y su uso como arma de fuertes contra débiles serían



mucho más creíbles si buscaran y aceptaran mecanismos imparciales de solución de controversias relativas a los derechos humanos. En cambio, algunos países han procurado, afortunadamente sin mayor éxito, imponer teorías que limitan la universalidad de los derechos humanos a sus puras esencias. Por ejemplo, en la Declaración de Bangkok, emitida en una de las reuniones regionales preparatorias de la Conferencia de Viena, se expresó que "la interpretación, la implementación y el monitoreo" de estos principios reconocidos como universales es facultad del Estado. Como dijimos anteriormente, nosotros creemos que la aplicación es *obligación primaria* del Estado (no sólo una *facultad*), pero la interpretación del contenido de las normas, su implementación subsidiaria y especialmente el monitoreo continuo de los derechos es responsabilidad compartida de las comunidades nacionales (Estado y sociedad civil) y de la comunidad internacional (organismos internacionales, no gubernamentales y otros Estados), aunque en este caso, ciertamente, en condiciones de subsidiariedad.

La intensidad y el alcance de la injerencia internacional habrá de depender de la gravedad de las violaciones y de la voluntad y capacidad de la autoridad nacional para resolverlas. No tiene sentido, por ejemplo, invocar la no intervención para rechazar gestiones de buenos oficios diplomáticos cuando se está cometiendo un genocidio, como tampoco tiene sentido caer sobre un país con todas las baterías de las sanciones comerciales y corte de ayuda al desarrollo por violaciones relativamente menos graves de algunos derechos. Para no contribuir a minar la legitimidad de la preocupación por los derechos humanos, es imprescindible insistir en principios de *proporcionalidad* y de *no discriminación* fundada en razones ideológicas, ni estratégicas, ni geopolíticas, ni comerciales. Para despolitizar los temas de derechos humanos, un punto de partida importante es construir mecanismos imparciales e independientes de monitoreo y de adjudicación de casos de violaciones a los derechos humanos y fortalecer los existentes.

Pero el asedio a la universalidad de los derechos humanos más grave viene desde el revitalizado relativismo cultural, ya que se trata de un ataque a las bases morales y doctrinarias mismas de la teoría de los derechos humanos. No es cierto que, en su formulación actual, los derechos humanos reflejen una filosofía individualista, que sería opuesta a tradiciones comunitaristas presuntamente prevalentes en

culturas no occidentales²⁶. Las ideas comunitaristas tienen también su lugar en la construcción de la universalidad real de los derechos humanos. Sin embargo, creemos que conviene detenerse un momento en la crítica al individualismo como subyacente a la doctrina moderna de los derechos humanos. Aunque fuera cierta su predominancia, ello no le quita automáticamente validez universal a la doctrina. Antes de desecharla, en lugar de fijarnos en sus orígenes filosóficos deberíamos ver su coherencia lógica con su objeto y fin, asumiendo que estamos de acuerdo en valorar el objeto y fin de la protección internacional de los derechos de las personas y de las comunidades. Si las consecuencias sociales de la universalidad de estos principios son más positivas que negativas para ese objeto y fin, estamos ante un buen argumento en favor de su universalidad. Si la fundamentación individualista resulta en un mayor desarrollo de la persona en sus dimensiones individuales y sociales, y además permite a cada uno optar por defenderse con sus valores tradicionales, esto en principio y todavía modestamente aconseja no rechazarla sin más.

De todos modos, los instrumentos que invocamos contienen elementos de varias vertientes filosóficas, y especialmente consagran derechos cuyo ejercicio está en manos de colectividades y no de individuos. Además, quienes invocan sus propias tradiciones para insistir en prácticas que son violatorias de los principios internacionales, casi nunca hacen un esfuerzo por demostrar la existencia concreta de la norma de origen tradicional que justificaría su conducta. Estamos de acuerdo en la necesidad de adquirir conocimiento de las realidades locales con rigor y en toda su riqueza²⁷, no sólo por respeto a la cultura sobre la que queremos incidir, sino también como condición de eficacia de las iniciativas externas de

²⁶ La división radical entre individualismo y comunitarismo resulta falsa, como señala Simmel, "Todos los acontecimientos y formaciones ideales del alma humana han de ser comprendidos, sin excepción, como contenidos y normas de la vida individual, pero también, sin excepción, como contenidos y normas de la existencia social", como aparece citado en Villacañas, José, "Tennies versus Weber" en *Liberalismo y Comunitarismo. Derechos Humanos y Democracia*, Conciencias, España, 1996, pág. 43.

²⁷ Vid. Bell, Daniel, op. cit. *supra* nota 24.

derechos humanos. Pero la necesidad de mejor conocimiento local no es contradictoria con requerir que quienes invocan normas tradicionales den razón de las mismas. Sospechamos que en muchos casos las víctimas de los abusos cuestionarían con algún conocimiento de causa la existencia y validez de la norma que se invoca para oprimirlas.

Las invocaciones al relativismo cultural parten, nos parece, de concepciones estáticas de la cultura. En primer lugar, niegan a los derechos humanos no sólo su carácter multicultural, materia en la cual admitimos que hay lugar para la discusión, sino también su capacidad de adaptación y de enriquecimiento con otros aportes. Aquí conviene recordar dos características de la moderna doctrina de los derechos humanos. Una es que constituye un *mínimo de acuerdo entre culturas y naciones*, expresado en la formulación contenida en la Declaración Universal: *a common standard of achievement* ("como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse"). Aunque esto refleje un cierto contractualismo y por ello no es del todo satisfactorio para resolver la cuestión, estamos convencidos de que el esfuerzo consistió, en su origen, en la búsqueda de elementos comunes a toda experiencia humana. La segunda característica a tener en cuenta es lo que llamamos el *desarrollo progresivo*, noción que implica que lo que reconocemos como universal hoy no es necesariamente definitivo, sino que admite incorporaciones. Desde luego, estas incorporaciones o modificaciones tienen un límite estricto: no se admiten regresiones sino sólo progresos, entendido que la norma a incorporar en el futuro debe ser tal que más perfectamente proteja a las personas y a las comunidades en sus derechos y no a la inversa. Si una nueva norma protege o no mejor ciertos derechos dependerá fundamentalmente de su contenido. Además, no se nos escapa que habrá ejemplos de la necesidad de elegir más protección para un derecho en desmedro de otro, como en el caso de la tensión entre la libertad de expresión y el odio racial o religioso. Sin perjuicio de estas dificultades, se podrá siempre argumentar que la generalización y la universalización de una norma contribuirá muy a menudo a una mejor protección, aunque ciertamente entre otros factores y no en forma automática.

Pero no sólo la doctrina de los derechos humanos es dinámica y cambiante bajo las condiciones aludidas. También es falso concebir a las culturas como realidades inmutables, y

mucho menos a las normas de conducta entre sus integrantes que resultan de esas culturas. Carece de sentido insistir en el determinismo histórico de los fenómenos culturales y no reconocer la capacidad de todas las culturas de cambiar y adaptarse a nuevas circunstancias²⁸. La cultura occidental y del Norte no empezó desde siempre con la noción de derechos; muy por el contrario, ella es rica en experiencias históricas que hoy consideramos invalidadas por los derechos humanos, como la Inquisición, las ordalías o "juicios de Dios" y la esclavitud. Esto no quiere decir que todas las culturas deban transitar el mismo camino que la cultura hoy considerada dominante, sino simplemente consignar que no debemos confundir tradiciones dignas de ser conservadas con atavismos que sólo se mantienen para tratar de legitimar el ejercicio abusivo y arbitrario del poder.

En definitiva, queremos también insistir en el hecho de que la cultura es obra de los hombres y de las mujeres, y no algo que se les impone²⁹. Sin caer en una desviación individualista, creemos que la persona humana es artífice y portadora de la cultura y no prisionero o prisionera de ella. En este sentido, valoramos la norma del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos que establece el derecho de toda persona a "gozar y disfrutar de su cultura", porque rescata los elementos positivos de las tradiciones de las que cada uno es parte y obliga a todos los demás a respetarlas, pero no las impone a cada persona como un chaleco de fuerza.

En este sentido, una autora propone un test mediante el cual se respetan las tradiciones culturales en tanto y en

²⁸ Una crítica a esta visión estática de sociedad y cultura se puede encontrar en Preis, Ann-Belinda, "Human Rights as Cultural Practice: An Anthropological Critique", *Human Rights Quarterly*, vol. 18, nro. 2, May 1996.

²⁹ Compartimos, a grandes rasgos, el punto de vista de Villacanas en el sentido de que "el proceso de socialización es en sí mismo un proceso de acción social; no se trata de un proceso mágico de constitución radicalmente incontrolada por los propios individuos, sino uno en el cual quien socializa cuenta siempre con la conciencia y la libertad del socializado", op. cit., pág. 40. La afirmación anterior tiene una doble implicancia, por una parte el individuo es en cierta medida responsable de los valores de su comunidad y, por otra, que él puede resistirse a dicha socialización.

cuanto cada persona esté en condiciones de elegir si se va a regir por ellas o no (*opting out*). Reconocemos que esta opción es de raigambre claramente liberal, porque pone el énfasis en la decisión individual y minimiza la voluntad de Dios, de la cultura o del grupo social. De todos modos nos parece bien, y de clara aplicación a fenómenos "culturales" como la mutilación genital femenina, ya que a pesar de lo opresivo de la práctica no es imposible concebir circunstancias sociales y familiares en que algunas mujeres decidieran regirse por una norma tal. Sin embargo, pensamos que el *opting out* no resuelve la cuestión de aquellas prácticas cuyo conflicto directo con normas universales es menos claro, o cuya bondad intrínseca es, por lo menos, defendible. Si todo fuera cuestión de la libertad de elegir la cultura no tendría mucho sentido hablar de relativismos. Nos parece, sin embargo, que estamos lejos de soluciones tan sencillas.

V. RESCATE DEL RELATIVISMO Y SU REINSERCIÓN EN LA TEORÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Lo peor que podemos hacer, sin embargo, es negar la existencia y la validez de las tradiciones culturales. Con muchas organizaciones feministas, pensamos que el movimiento de derechos humanos no puede darse el lujo de dejar en manos de los enemigos de esos derechos las banderas de la tradición y de la diversidad. Como lo hace Abdullahi An-Naim²⁸, debemos empezar por reconocer que la universalidad es deseable pero que es también una construcción, no una meta ya alcanzada definitivamente. En segundo lugar, debemos también reconocer que, en principio, toda cultura realmente existente tiene aportes positivos que hacer y algo que enseñar a todas las demás culturas. Éste es el sentido de la diversidad y de la riqueza de experiencias que de ella se deriva, y no simplemente la agregación de prácticas buenas, malas y regulares sin asignación de valor a unas u otras.

²⁸ Vid. An-Naim, A., *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives: A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1982.

En tercer lugar, reconocer que no hay en rigor ninguna superioridad efectiva de una cultura sobre otras en términos generales, aunque es innegable que algunas civilizaciones han perfeccionado ciertas formas de protección de los derechos más que otras. Lo que no hay es una cultura que sea superior en todos los aspectos de los derechos humanos a todas las otras. Por ejemplo, conviene recordar que la detención preventiva y el azote como castigo son un legado del colonialismo inglés que, en mayor o menor medida, todas sus ex-colonias han usado. Por eso, es doblemente ofensiva pero lamentablemente cierta la respuesta de los líderes de Singapur a la crítica internacional por la condena de un adolescente norteamericano a ser azotado. Singapur no estaba en ese caso apelando a sus tradiciones culturales más auténticas sino a las que heredó de Occidente.

Ciertas particularismos son a veces vistos como replanteos globales de la universalidad. En esto creemos que hay que diferenciar ciertos esfuerzos particularistas que, a nuestro juicio, no vulneran el principio de universalidad. Nos referimos al enfoque de género, al análisis especial de los derechos de los pueblos indígenas, al enfoque particularizado de los derechos de la niñez, al de los discapacitados. Estos enfoques plantean una nueva forma de ver los derechos humanos desde la situación especial de ciertos grupos o categorías de personas, sin asumir que están adecuadamente cubiertos por los derechos de aplicación general. Desde esa perspectiva, no nos parece que estos enfoques vulneren el principio de la universalidad, ya que su efecto es el de enriquecer el contenido de los derechos y transformarlos con mayor profundidad de significado. Si esto es relativismo, es ciertamente un relativismo positivo teniendo el principio *pro homine* y el carácter progresivo de los derechos humanos. Si se nos permite la expresión, del tipo que construye la universalidad desde la diversidad.

Pero no es menos cierto que hay particularismos de signo negativo. La insistencia en el rescate del lenguaje que puede estar en vía de extinción, por ejemplo, contribuye a toda la experiencia humana. Pero la prohibición del uso de los idiomas de las minorías en el mismo territorio es un grave atentado a la libertad de expresión, y a menudo es sólo el comienzo de un camino de exclusiones y de hostilidad e intolerancia étnica. Por la vía de identificar a la nación exclusivamente por el idioma, por la raza o por la religión se

termina en la "limpieza étnica" porque se niega la humanidad del que está fuera de la tribu. Aunque todos los países tienen derecho a definir las condiciones de pertenencia de sus ciudadanos a la Nación que tienen en común, son superiores las definiciones que incluyan factores como la diversidad cultural y —muy especialmente— la vocación de respetar las reglas de la convivencia entre los distintos.

Constatamos, pues, que existe aún una enorme brecha entre el ideal de la universalidad y la realidad concreta de tensiones entre las culturas. El modo de seguir construyendo la universalidad no es el de imponerla sino el de fomentar la comunicación y el diálogo entre las culturas. Para ello es necesario tener, fundamentalmente, una actitud de diálogo, que por cierto incluye una actitud de curiosidad y respeto por las culturas de otros²¹. Este diálogo requiere presupuestos: uno es la autonomía de la persona con la que dialogamos; otro es que los términos del debate sean tales que cualquier persona pueda participar en él; y finalmente, debe ser un diálogo que excluya el empleo de la fuerza. En esas condiciones, el diálogo no se confundirá con la aceptación acrítica de todo lo que suena distinto bajo el pretexto del relativismo cultural. Al contrario, bajo la condición del respeto a todo lo auténticamente cultural, deberíamos poder confrontar las ideas y preferencias de otros con las nuestras, y discutir las todas en forma racional y objetiva. Aunque se diga lo contrario, el movimiento internacional de derechos humanos está compuesta de hombres y mujeres con una extraordinaria capacidad de comprensión de la realidad del otro y profunda actitud de diálogo. Esos hombres y mujeres también se caracterizan por la cualidad de la solidaridad, que no solamente es

²¹ Agregamos aquí una nota de escepticismo. Somos conscientes de la existencia de corrientes filosóficas que niegan universalidad al mismo concepto de persona y que lo identifican con una concepción filosófica históricamente determinada. Nosotros usamos el término "persona" y no "individuo", precisamente para destacar sus dimensiones sociales y no las puramente individuales. Sin embargo, pensamos que la universalidad de los derechos humanos descansa únicamente sobre una noción de dignidad intrínseca de la persona humana; por lo tanto, la negación del concepto de persona parece eliminar toda base posible de diálogo entre posiciones filosóficas.

compatible con el respeto a las culturas diferentes; es tal vez la mejor manera de celebrar la riqueza cultural de la diversidad.

La actitud de respeto a la diversidad nos lleva a postular a la tolerancia como el eje central de la doctrina moderna de los derechos humanos y también como clave para resolver el conflicto entre universalidad y relativismo. La eficacia de los derechos humanos en una sociedad determinada debe medirse por el grado de respeto a la dignidad de la persona y por la tolerancia de la diversidad²². Los que exigen respeto de la diversidad en las relaciones internacionales deberían al menos contemplar la posibilidad de incluir un respeto parecido en el seno de las propias sociedades que gobiernan. Nos damos cuenta del hecho de que hemos vuelto en redondo a la tolerancia como eje de nuestras preocupaciones, y que la tolerancia como la entiende Locke es un principio rector de las relaciones sociales, es uno de esos aportes de las ideas liberales al patrimonio cultural de la humanidad. Sin embargo, la tolerancia no es de ninguna manera propiedad exclusiva de Occidente. Además, queremos significar que nuestra propuesta de edificar la universalidad alrededor de la idea de la tolerancia tiene una importante limitación. Nuestro umbral de tolerancia debe ser muy bajo para la crueldad, para la impunidad en el abuso del poder y para el atentado contra la dignidad humana.

²² Peces Barba, Gregoria, *op. cit.*, pág. 311.

LAS GENERACIONES DE DERECHOS HUMANOS: LA TEORÍA Y EL CLICHÉ

EDUARDO RABOSI

Las expresiones estereotipadas, los clichés, suelen ser útiles cuando se intenta comprender algo novedoso y no se cuenta con elementos suficientes de apoyo o cuando en una discusión se conviene dejar a un lado cuestiones espaciales concordando en una fórmula sintética o, simplemente, cuando se quiere salir del paso ante una pregunta imprevista.

- "El hombre es un animal racional".
- "La democracia es el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo".
- "Una cultura es un conjunto de patrones de comportamiento socialmente adquirido".

La lista puede ser ampliada con facilidad.

No hay nada de malo en apelar a un cliché. Cuando el contexto y la situación son propicios, nos permite "cortar camino", "ganar tiempo". Pero es bueno advertir que los clichés no surgen de la nada. Seponen, sin excepción, un marco teórico que suele ser compartido por los especialistas. La popularidad del cliché tiende a ocultar ese trasfondo técnico. A menudo, las consecuencias de ese olvido suelen ser graves.

La reiteración hace a la esencia del cliché, hace que un cliché sea tal, es la señal que indica que la fórmula estereotipada puede ser útil en ciertas circunstancias. Quien utiliza un cliché, que mero cliché, sólo pretende comprometerse con lo que la fórmula expresa de modo literal. Pero cuando se se-

le de ese estrecho ámbito utilitarista, la actitud debe ser otra. Hay que preguntar, al menos, por el contenido del marco teórico de fondo y por la disposición a asumirlo.

El discurso estándar de los derechos humanos suele incluir clichés, fórmulas estereotipadas. La que me interesa analizar es una de las más populares:

Los derechos humanos se han dado en tres generaciones: la primera abarcó los derechos humanos civiles y políticos (fin del siglo xviii y siglo xix); la segunda, los derechos humanos económicos, sociales y culturales (siglo xx); la tercera abarca los derechos humanos de solidaridad (años recientes).

Todos la conocemos. Muchos la usan. Recurre como cliché en una variedad de contextos, formales e informales, y es compartida por numerosos especialistas que le atribuyen un contenido importante y revelador. No hay duda de que la aceptación masiva en el plano doctrinario ha influido decisivamente en la formación del cliché.

La sencillez y obviedad que aparenta tener la tesis de las generaciones de derechos humanos hace que se pasen por alto sus presuposiciones e implicaciones teóricas y prácticas. Mi primer objetivo será, pues, ponerlas de manifiesto. Y como creo que el balance final es negativo, sostendré que conviene dejar la tesis a un lado. Tratar de convencer a sus adictos de que éste es el curso de acción más sensato, será mi segundo objetivo.

I

¿Cómo y por qué se comenzó a hablar de tres generaciones de derechos humanos? La historia se remonta a los comienzos de la década del sesenta cuando tomó forma la idea de regular lo que se dio en llamar "el derecho al desarrollo" (Gros Espiell, 1985a). Las discusiones se prolongaron más de una década e incluyeron otros temas: la paz, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad, la libre determinación de los pueblos. Como en el caso del desarrollo, se insistió en considerarlos no sólo derechos, sino derechos humanos. Surgió así la necesidad de justificar esta expansión de la extensa nómina ya estatuida en las declaraciones y convenciones internacionales. Se sostuvo entonces que no se trataba de una creación arbitraria, sino de una etapa más del

proceso histórico iniciado a fines del siglo XVIII, con la consagración de los derechos civiles y políticos, y continuado en el siglo XX, con la instauración de los derechos económicos, sociales y culturales. Karel Vasak expuso formalmente la tesis. En un artículo publicado en *El Correo de la Unesco*, escribió:

Los derechos que la Declaración Universal estatuye pertenecen a dos categorías: derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Pues bien, cabe preguntarse si la evolución reciente de las sociedades humanas no exige que se elabore una tercera categoría de derechos humanos que el director general de la UNESCO ha calificado de "derechos humanos de tercera generación". Mientras los derechos de primera generación (civiles y políticos) se basan en el derecho a oponerse al Estado y los de segunda generación (económicos, sociales y culturales) en el derecho a exigir al Estado, los derechos humanos de tercera generación que ahora se proponen a la comunidad internacional son los derechos de la solidaridad (Vasak, 1977: 29).

Dos años más tarde, en la lección inaugural de la Décima Sesión de Enseñanza del Instituto Internacional de Derechos del Hombre, Vasak redondeó el planteo:

Tratemos de abarcar el conjunto de la evolución de los derechos del hombre después de haber devenido, con la Revolución Francesa, una *noción global* (y no ya una serie de conceptos separados) y una *noción de parte y valor universal* (oíd. la discusión de Emil Boutmy con Georg Jellinek: "Los franceses escribieron para la enseñanza de la humanidad; los norteamericanos redactaron sus Declaraciones para la ventaja y comodidad de sus ciudadanos"). Se advierte que los derechos del hombre formulados globalmente y en dimensión universal al concluir el siglo XVIII, fueron casi exclusivamente derechos civiles y políticos que buscaban asegurar la *libertad*, permitiendo a los hombres liberarse de las restricciones y limitaciones del antiguo régimen feudal: ellos son los *derechos de libertad*. Por inspiración socialista y cristiana, con la revolución mejicana y, sobre todo, la revolución rusa, aparecieron los derechos del hombre formulados, también aquí, de modo global y en dimensión universal, al reconocerse los derechos económica, sociales y culturales: se trata de los derechos de la *igualdad*. ... ¿No debería haber derechos del hombre producidos por la evidente *fraternidad* de los hombres y por su indispensable *solidaridad*, derechos que los unan en un mundo

finito...? Ésta es el sentido de los nuevos derechos del hombre de la tercera generación" (Vasak, 1979:2. El énfasis en "fraternidad" es mío).

Pese a la apariencia, la tesis de Vasak dista de ser sencilla: introduce como categoría de análisis la noción de *generación*; propone una lectura esquemática y abarcativa de la génesis y del desarrollo histórico de la lucha por los derechos; extrapola eventos propios del ámbito legislativo nacional al ámbito internacional; afirma la existencia de diferencias categoriales entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales; admite, implícitamente, que la noción de derecho humano puede extenderse sin límites preconcebidos. En consecuencia, si la admisión de la tesis va a ser el resultado de una decisión fundada, corresponde analizarla y discutirla.

Es posible que esta actitud crítica sorprenda a muchos. La tesis de Vasak ha sido acogida por los especialistas como un artículo de fe que suele ser repetido maquinalmente y sin reservas. Nadie se ha propuesto desarrollarla sistemáticamente, nadie ha intentado perfeccionarla. La aceptación acrítica es tal que ni siquiera la disparidad en el uso que se hace de ella despierta la más mínima inquietud. Algunos especialistas la consideran útil para comprender el debate sobre el contenido y la extensión de los derechos humanos, decidir prioridades e identificar las escuelas de pensamiento y las ideologías que componen la tradición de los derechos humanos desde los tiempos modernos (cfr. Weston, 1985). Para este punto de vista, la tesis es un instrumento apto para el análisis histórico. Otros, en cambio, piensan que la tesis de Vasak ofrece una base firme para categorizar los diferentes tipos de derechos humanos (cfr. Zovatto, 1985). Advuértase que, en este caso, la dimensión histórica pasa a segundo plano: lo que importa es el criterio que la tesis ofrece para elaborar una tipología correcta de los derechos humanos. Hay, por fin, un tercer punto de vista, más cercano a la verdadera intención de Vasak. La tesis legitima el surgimiento de los llamados "derechos de tercera generación", justifica su existencia y, en gran medida, permite fundamentarlos (cfr. Ara Pinilla, 1990). En este caso, el análisis histórico y la categorización resultan secundarios. Lo que importa es contar con una plataforma para ubicar los "nuevos derechos".

El hecho de que una tesis sea interpretada de diferentes maneras, no debe escandalizar. Podría argüirse, con razón, que eso suele ocurrir cuando posee riqueza teórica. Concedo el punto. Pero mi observación apunta a otra cosa. Llama la atención que nadie advierta que el uso que hace de la tesis difiere de otros usos, que nadie se sienta obligado a justificarlo y/o a exigir que otros lo justifiquen. De tal manera, la tesis de Vasak resulta ser un recurso cómodo que cada cual emplea a su manera, sin que importe la ambigüedad que la pluralidad de usos pone de manifiesto.

II

Y bien, ¿qué hay de criticable en la tesis de las generaciones de los derechos humanos? La nómina de temas que he formulado más arriba sirve de guía para responder la pregunta.

A. Según el *Diccionario de la Real Academia*, una generación es "el conjunto de los vivientes coetáneos". La idea implícita es que una generación sucede a otra y que esa sucesión involucra el agotamiento o extinción de la generación anterior. En consecuencia, si tomamos la palabra "generación" en sentido literal, la tesis de Vasak es falsa. Sencillamente, no es cierto que la aparición de una nueva "generación" de derechos humanos haya implicado o implique la desaparición de las "generaciones" anteriores. Algunos autores han señalado el problema (Cançado Trindade, 1994:64; Donnelly, 1989:144). Otros han tratado de evitarlo sosteniendo que la tesis de las generaciones sucesivas de derechos humanos no debe interpretarse como implicando "el olvido, la eliminación o la sustitución de los anteriores por los nuevos" (Gros Espiell, 1985: 10). La aclaración es adecuada, pero implica reconocer que la palabra "generación" es usada metafóricamente. Vasak podría haber hablado de géneros, castas, especies, familias, líneas, estirpes, troncos o linajes de derechos humanos. ¿Habría tenido entonces la tesis el impacto que tuvo?

Esta crítica no es fundamental, pero tiene importancia. Quien acepta la tesis debe ser consciente de que "ha comprado" una metáfora acerca de la supuesta génesis de algunas supuestas categorías de derechos humanos.

B. Vasak propone una lectura esquemática y global de la génesis y del desarrollo histórico de la lucha por los derechos. ¿Es, además, una lectura correcta? Pienso que no. Cuando se estudia la historia de Occidente a partir del siglo XVIII, prestando atención a los cambios políticos, económicos y sociales, las ideologías y teorías en pugna y la manera como cristalizó el reconocimiento de los derechos en las legislaciones nacionales y en el plano internacional, se descubre un panorama complejo poco propicio para los esquemas globales. Además, se detectan circunstancias concretas que no conciben con la lectura propuesta por Vasak.

En primer lugar, los revolucionarios franceses no parcellaron su glorioso lema, "Libertad/Igualdad/Fraternidad"; no se dedicaron a la Libertad y dejaron que eventuales generaciones futuras, en otros lugares del planeta, lidiaran sucesivamente con la Igualdad y la Fraternidad. Se propusieron romper de modo radical con los resabios políticos, económicos y sociales del orden feudal, fundar sobre nuevas bases la legitimidad del orden político y generar un orden social y económico distinto. De tal modo, lo civil, lo político, lo económico y lo cultural se entrelazaron de manera íntima. Por ejemplo, la idoneidad, como único requisito para "las dignidades, puestos y empleos públicos", puso coto al privilegio económico de los aristócratas que monopolizaban los cargos públicos, y el ataque a las asociaciones se propuso romper con los privilegios económicos de gildas y hermandades medievales. Por otra parte, no es cierto que no visualizaron la necesidad de practicar medidas positivas para solucionar problemas económicos y culturales. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, estableció:

Art. 21. La beneficencia pública es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desgraciados, sea proporcionándoles trabajo, sea garantizando los medios de existencia a los que están incapacitados para trabajar.

Art. 22. La instrucción es una necesidad para todos. La sociedad debe favorecer con todo su poder los progresos de la razón pública y colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos.

Medio siglo después, la sección VIII del Prámbulo de la Constitución de 1848 estableció:

La República debe proteger al ciudadano en su persona, su familia, su religión, su propiedad y trabajo, y poner al alcance de cada uno la instrucción indispensable para todos los hombres; debe, por una asistencia fraterna, asegurar la existencia de los ciudadanos necesidades, sea procurando trabajo en los límites de sus posibilidades, sea otorgando en defecto de la familia, asistencia a los que no están en situación de trabajo.

Puede argumentarse que estas cláusulas no hablan de derechos oponibles al Estado, que apelan a la sociedad, la beneficencia y la fraternidad. Creo, sin embargo, que la cuestión no es tan simple. En las dos Declaraciones, los protagonistas son el pueblo francés, el Gobierno, los ciudadanos, la sociedad, la Nación. Hay artículos en los que se distingue la sociedad del gobierno (p. ej., el art. 1º, 1793). Otros en los que la sociedad es asimilada al gobierno (p. ej., el art. 8º, 1793: "La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades"). El argumento es, pues, discutible. Por lo demás, es indudable que en los textos transcritos se reconocen títulos suficientes como para reclamar políticas y medidas que protejan los intereses mencionados. Cabe poner en duda, pues, que durante el largo período que va desde fines del siglo XVII a bien entrado el siglo XX, hayan surgido los derechos civiles y políticos con exclusión de los derechos económicos, sociales y culturales y que no se haya visualizado la necesidad de políticas positivas por parte del Estado en materia económica, social y cultural. Sólo ha habido un mayor afán reglamentarista en favor de los primeros y el encubrimiento de derechos económicos bajo la rúbrica de derechos civiles. El caso típico es el del derecho a la propiedad. Como se sabe, el derecho a la propiedad —un derecho económico, si los hay— fue conceptualizado como una de las libertades básicas. Explicar cómo fue ello posible excede los límites de este trabajo. Baste decir que la transmutación se debió a un juego ideológico que asoció la libertad natural con la ausencia de límites para la acumulación de capital y la movilidad social y económica. El derecho a la propiedad pasó así a ser un derecho natural básico, necesario para el ejercicio de la libertad natural o derivado de ella (Donnelly, 1988:30). No es casual que la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos

(1776) afirma que "la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad", no la propiedad, son derechos inalienables, y que el derecho a la propiedad aparezca como tal, más tarde, en las Enmiendas 5ª (1791) y 14ª (1868) (Galston, 1991:216-231).

En otros escenarios se advierten situaciones paralelas. Las discusiones en Gran Bretaña sobre la extensión del voto sólo en apariencia concernieron a un derecho político. Su verdadera índole fue económica y social. La *franchise* de 1832 tuvo como consecuencia la incorporación a la agenda política de temas relativos a la extensión de los derechos y deberes del Estado en lo económico, social y cultural. Por ejemplo, en un célebre discurso en la Cámara de los Comunes, Thomas Macaulay criticó a quienes aplicaban a las cuestiones políticas y morales "principios que sólo son válidos cuando se aplican a cuestiones comerciales":

Ellos dicen: "Si la libre competencia es buena para los negocios tiene que ser buena para la educación. Dejamos que la provisión de otros bienes, azúcar, por ejemplo, se ajuste por sí misma a la demanda y la consecuencia es que tenemos una provisión mejor de azúcar que si el gobierno tuviera a su cargo proporcionarla. ¿Por qué tenemos que poner en duda que la provisión de instrucción será igual a la demanda, sin la intervención del Estado?"

Nunca hubo una analogía más falsa. Una buena provisión de azúcar es algo que concierne a un hombre individual. Pero que se le provea instrucción es algo que concierne a sus vecinos y al Estado. Si no puede pagar el azúcar, pasará sin ella. Pero no es correcto que porque no pueda pagar por su instrucción, deba quedar sin ella. (18-IV-1847, Cámara de los Comunes. Bullock y Slack, 1956:66-67).

Va de suyo que la legislación fue reflejando paulatinamente este tipo de planteos. Con otras motivaciones, Bismarck desarrolló en Alemania el llamado "socialismo de Estado", creó instituciones como el seguro social y reconoció derechos laborales. Recordemos, también, que el papa León XIII fijó en 1891 la doctrina social de la Iglesia. La *Rerum Novarum* reconoció la necesidad de políticas activas por parte del Estado y los consiguientes derechos de los trabajadores a un salario y condiciones de trabajo dignos.

Los ejemplos pueden multiplicarse. Basten estos comentarios para mostrar la endeblez de la lectura histórica que propone Vasak.

C. La tesis de Vasak sólo toma en cuenta el reconocimiento de los derechos en las constituciones nacionales, a las que atribuye un enigmático valor universal, extranacional. No toma en cuenta, en cambio, los desarrollos producidos en el plano internacional. La omisión es seria porque pasa por alto la falta de simetría que existe entre lo acaecido en uno y otro nivel. En el plano internacional las primeras convenciones internacionales concernieron al trabajo (Organización Internacional del Trabajo, 1919) y son anteriores a las convenciones sobre derechos civiles y políticos. "No hay así un paralelismo *pari passu* —que permita imaginar 'generaciones de derechos'— entre la evolución de la materia en el derecho constitucional y el derecho internacional" (Caçado Trindade, 1994:65).

D. La consecuencia más dañina de la tesis de las generaciones de derechos humanos es que implica y/o brinda un argumento a quienes sostienen que entre los derechos humanos civiles y políticos y los derechos humanos económicos, sociales y culturales existe una diferencia categorial de fondo, una distinción esencial. Vasak la plantea en estos términos:

[Los derechos civiles y políticos son] *derechos-atributo* de la persona humana, derechos que en lo esencial son oponibles al Estado, de quien se supone una actitud de abstención para que puedan ser respetados... los derechos económicos, sociales y culturales [son] *derechos de crédito* contra el Estado y la colectividad nacional e internacional organizada, son derechos exigibles al Estado para poder ser realizados... [Los derechos de solidaridad] son nuevos porque son, a la vez, oponibles al Estado y exigibles a él. (Vasak, 1979:2).

De esto se sigue que las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos son distintas. Los Pactos Internacionales respectivos han consagrado la diferencia. En el caso de los derechos civiles y políticos los Estados tienen que respetar y garantizar la vigencia; en el de los derechos económicos, sociales y culturales sólo se comprometen a adoptar medidas progresivas y hasta al máximo de los recursos disponibles. Pero, en realidad, no hay nada en el carácter de los derechos humanos que determine que ello tenga que ser así. Las diferencias entre unos y otros derechos emanan de un planteo ideológico que muchos teóricos han sabido aprove-

char para tratar de mostrar que la diferencia establecida por la legislación positiva refleja en realidad una distinción conceptual profunda: sólo los derechos civiles y políticos son verdaderamente derechos, los derechos económicos, sociales y culturales son, en el mejor de los casos, programáticos. No es difícil mostrar la vacuidad de este planteo. Ni la distinción derechos negativos versus derechos positivos, ni la de derechos estrictos versus ideales utópicos, ni la de derechos genéricos versus derechos específicos logran identificar clases excluyentes de derechos. En verdad, la garantía de la vigencia de un derecho humano supone siempre una política positiva por parte del Estado al diseñar y estatuir el marco institucional y político necesario. (Rabossi, 1993:1995).

Algunos defensores de la tesis de las generaciones de los derechos humanos son conscientes de este problema y para salvar la antinomia que conlleva argumentan que los derechos humanos tienen igual naturaleza pero poseen diferente carácter y, en consecuencia, están sujetos a distintos sistemas de protección (Gros Espiell, 1985b:11-12). Es claro que la estrategia no sirve. El carácter y el sistema de protección definen a cada derecho como tal y si se atribuyen caracteres diferentes a cada especie de derechos, se los coloca en categorías radicalmente diferentes. No hay manera, entonces, de zanjar la diferencia categorial por más que se insista en buscar una naturaleza ontológica común.

E. Hay, por fin, un tema adicional asociado a la tesis de las generaciones de derechos humanos. Concierno a la estrategia de estirar la extensión del concepto de *derecho humano* hasta abarcar casos en los que no se sabe con precisión quiénes son los titulares, cuál es el objeto (el interés jurídico que se protege) y cuál es la índole de la protección jurídica que merecen. No me interesa discutir aquí la índole específica de los llamados "derechos de solidaridad". Lo que importa es la posible afectación del concepto mismo de *derecho humano* que trae aparejada su justificación vía el recurso de las generaciones sucesivas. El concepto de *derecho humano* tiene un significado preciso cuando podemos identificar su titular o titulares, su objeto específico, el mecanismo que hace posible su reclamo, el (los) sujeto(s) pasivo(s) y algún tipo de sanción que su violación pueda traer aparejada. Introducir derechos humanos que no cumplen con estas condiciones no sólo crea

una clase dudosa, sino que proyecta una sombra de duda sobre la clase entera de los derechos humanos. Por lo demás, la estrategia tiene el peligro de que se la puede seguir utilizando indefinidamente para justificar la incorporación de supuestos nuevos "derechos". Sin embargo, es posible apelar a otras estrategias. Por ejemplo, dejar de hablar en estos casos de "derechos" y utilizar otras nociones, como la de *intereses difusos* (Bidart Campos, 1989:340-341).

III

He expuesto hasta aquí las implicaciones teóricas y prácticas más importantes de la tesis de las generaciones de los derechos humanos. He intentado mostrar que la tesis esté basada en una metáfora poco feliz, que propone una lectura inadecuada de la historia, que no conecta con éxito el plano interno con el internacional, que propone una diferenciación categorial de los derechos humanos que además de ser falsa fortalece la posición de quienes niegan la visibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y, por último, que produce una extensión criticable de la noción de *derecho humano*. Estas consecuencias son lo suficientemente graves como para poner la tesis bajo sospecha.

Como he anunciado al comienzo, la conclusión que prefiero es más drástica. Pienso que la tesis carece de un valor teórico efectivo y que, en consecuencia, ha llegado el momento de dejarla a un lado. No sé si convenceré a alguno de sus cultores a que siga mis pasos. Habré logrado en parte mi propósito si consigo, al menos, que revise críticamente las razones por las que la acepta.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ara Piñilla, Ignacio (1990). *Los Transformaciones de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- Bidart Campos, Germán (1989). *Teoría General de los Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Bullock, A. y Stock, M. (comps.) (1966). *The Liberal Tradition. From Fox to Keynes*, Londres, 1966.
- Cançado Trindade, Antônio (1994). "Derechos de solidaridad" *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, J. R. Cerdas Cruz y R. Nieto Lora (comps.), Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1994.
- Donnelly, Jack (1989). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell, Ithaca, 1989.
- Galton, William (1991). "Practical philosophy and the bill of rights: perspectives on some contemporary issues", *A Culture of Rights*, M. Lacey y K. Haakonson (comps.), Cambridge University Press, Cambridge, 1991.
- Gran Espinal, Héctor (1985a). "El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana". *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
- (1985b). "Derechos humanos, derecho internacional y política internacional", *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
- Rubio, Eduardo (1993). "Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica". *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 18, 1993.
- (1995). "Los derechos humanos económicos. Crítica a ciertos argumentos liberales", *El Trabajo Filosófico de Hoy en el Continente*, C. Gutiérrez (comp.), Universidad de Los Andes, Bogotá, 1995.
- Vasák, Karel (1977). "La larga lucha por los derechos humanos". *El Correo de la Unesco*, noviembre 1977, págs. 29-32.
- (1979). "Pour les droits de l'homme de la troisième génération: les droits de solidarité", *Leçon inaugurale*, Institut International des Droits de l'Homme, 1979.
- (1984). "Pour une troisième génération des droits de l'homme", en C. Swinarski (comp.), *Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honour of Jean Pictet*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1984.
- Weston, Burns (1985). "Human Rights". *Encyclopaedia Britannica*, 16ª edición, Encyclopaedia Britannica Inc., Londres, 1985.
- Zavatta, Daniel (1986). "Contenido de los derechos humanos. Tipología", AA.VV., *Educación y Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1986.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL PLANO INTERNACIONAL

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE*

I. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: DE LA COMPARTIMENTACIÓN A LA INDIVISIBILIDAD

La protección de los derechos económicos, sociales y culturales figura de modo destacado en la actual agenda internacional de los derechos humanos, en el sentido de asegurarles una protección más eficaz, por haber sido negligente en el pasado su implementación internacional. El tema asume importancia cada vez mayor, en el actual estado de deterioro de las condiciones de vida de vastos segmentos de la población en numerosos países. Al abordar este tema, soy consciente de la relevancia peregrina con que se reviste a los derechos civiles y políticos, formando, con los derechos económicos, sociales y culturales, un todo armónico e indivisible.

* Ph.D. (Cambridge). Vicepresidente de la Carta Interamericana de Derechos Humanos. Profesor titular de la Universidad de Brasilia. Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Costa Rica) y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo).

Traducido por Andrea Galindo Barragán, Julieta Rossi y Andrea Baboni.

Las raíces de la cuestión que se estudiará a continuación —el tratamiento distinto de las dos "categorías" de derechos, por un lado, los derechos civiles y políticos, y por otro, los derechos económicos, sociales y culturales— remontan a la fase legislativa de la elaboración de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, principalmente la decisión tomada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1951 de elaborar, en lugar de un Pacto, dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (adoptados en 1966), referidos respectivamente, a las dos categorías de derechos, dotados de medidas de implementación distintas y completando, asimismo, juntamente con la Declaración Universal de 1948, la llamada Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Se presumía en la época que, en tanto los derechos civiles y políticos eran susceptibles de aplicación "inmediata", requiriendo obligaciones de abstención por parte del Estado, los derechos económicos, sociales y culturales eran pasibles de una aplicación *progresiva*, requiriendo obligaciones positivas (actuación) del Estado¹. Pero ya en aquella época se podía constatar que tal dicotomía no revestía carácter absoluto, por cuanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos también prevé la "posibilidad de una realización progresiva" de ciertos derechos, y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene dispositivos susceptibles de aplicación a corto plazo; así, las diferencias entre las dos categorías de derechos no siempre son claras. Tal vez la distinción sea antes una cuestión de graduación o de énfasis, referida a las obligaciones generales que vinculan a los Estados Partes².

A pesar de que la distinción en este sentido fue consagrada en los dos Pactos de las Naciones Unidas³, se presentó

¹ Para esta tesis, cfr. Beauvy, M. "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels", *8 Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1975), págs. 785-820.

² Van Sover, Th. C., "Les critères de distinction des droits de l'homme", *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme* (ed. Karel Vintákl, Unesco, París, 1978), págs. 35-58.

³ Tanto el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2°), en el plano global, como la Carta Social Europea (art. 2°), en el plano regional, aceptaron la idea de que aquellos derechos sólo podían realizarse "progresivamente". Para uno de los primeros estudios al respecto, enco-

antes bien, como un reflejo de la profunda división ideológica del mundo en los inicios de los años cincuenta, al repercutir inexorablemente en los trabajos de Naciones Unidas. En esta materia, por ejemplo, el entonces "grupo occidental" enfatizaba los derechos civiles y políticos, al paso que el entonces "bloque socialista" privilegiaba los derechos económicos, sociales y culturales. No debe pasar inadvertido, no obstante, que tal compartimentación no había sido anticipada o propugnada por los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. En efecto, a pesar del claro énfasis de esta última en los derechos del individuo, las dos "categorías" de derechos ya constaban en la Declaración Universal (arts. 3^o-21 y 22-27, respectivamente). También en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que se anticipó en algunos meses a la Declaración Universal, aparecían en forma combinada las dos "categorías" de derechos.

Cabe recordar el testimonio de algunos protagonistas de la época. René Cassin, por ejemplo, uno de los redactores de la Declaración Universal, vislumbraba en ella el potencial de "un élan continu de l'individuel vers le social"⁴. El reconocimiento de que, sin los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos tendrían "poco sentido" para la mayoría de las personas, constituía —en la expresión de John Humphrey, otro importante protagonista de la época— la "principal característica" del abordaje preva-

mandado por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, señalando la variedad de los medios de implementación y el papel del Poder Legislativo nacional, cfr. Gajji, M. (rapporteur), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*, UN (Commission on Human Rights), N.Y., 1975, págs. 252, 275, 286-287 y 306-307.

⁴ Cassin, R., "La Déclaration Universelle et la mise en œuvre des droits de l'homme", 79 *Revue des Cours de l'Académie de Droit International* (1951) págs. 279 y 183; y en el mismo sentido, resaltando la "importancia fundamental" de todos los derechos humanos, cfr. *Los Derechos del Hombre, Estudios y Comentarios en torno a la Nueva Declaración Universal* Reunidos por la UNESCO, Fondo de Cultura Económica, México/ Buenos Aires, 1948, Apéndice II, págs. 233-246, esp. pág. 245. Y cfr. Cançado Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, Fabris, Porto Alegre/Brasil, 1997, págs. 31-56.

en el siglo XX en la implementación internacional de los derechos humanos⁵.

No obstante, la distinción, de corte ideológico antes señalada, persistió por algunos años en el plano global, y no sin sorpresa se hizo sentir en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. En el continente europeo, paralelamente a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, ampliada por sus once Protocolos hasta el presente, fue adoptada en 1961 la Carta Social Europea, incorporando los derechos económicos y sociales. Se deduce de los trabajos preparatorios de esta última, a los cuales se asoció la OIT, que a pesar de la vinculación y del carácter complementario de los dos tratados, la celebración de ambos, celebrando mecanismos de implementación distintos para las dos "categorías" de derechos, alimentó la convicción de que sería difícil asegurar la aplicación de los derechos económicos y sociales, mediante un control judicial o cuasijudicial comparable al previsto por la Convención Europea de 1950⁶.

El continente americano conoce un debate similar durante los trabajos preparatorios de la Convención Americana so-

⁵ Humphrey, J., "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Kluwer, Deventer, 1973, pag. 101. En la misma línea de pensamiento, Jenks, C. W., ex-director de la OIT, en 1960 llamó la atención sobre el hecho de que ciertos derechos económicos y sociales (ej. algunos derechos sindicales) se encontraban "most closely related to civil liberties and partake in substantial measure of their essential character", y además, son ellos, "more closely akin to civil liberties than to other economic and social rights", teniendo todos "a close bearing on personal freedom". Jenks, C. W., *Human Rights and International Labour Standards*, Stevens/Praeger, London/N.Y., 1960, págs. 8-9, y cfr. págs. 139-140. En el caso, por ejemplo, de la libertad de asociación para fines sindicales, de la no discriminación en materia de empleo y ocupación, del derecho a no ser sometido a trabajo forzado. Para un estudio reciente, cfr. Lavie, J. P., "La protection des droits économiques et sociaux de l'homme par l'Organisation Internationale du Travail", *J. Revue Universelle des Droits de l'Homme* (1991) págs. 61-69.

⁶ Cfr. Wieringhaus, H., "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Charte Sociale Européenne", *8 Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal* (1975), págs. 538-539; (K. Vaara) "La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre des organisations régionales", *3.08/3.08 Documentation française - Documents d'études - Droit international public* (1973), págs. 34-35.

bre Derechos Humanos de 1969. Dejando de lado las propuestas de inserción de los derechos económicos, sociales y culturales en el Proyecto de la Convención, presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 por Chile y Uruguay, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos siguió la solución prevaleciente en la época en Naciones Unidas y en el sistema europeo (*supra*), con la diferencia de que la Convención Americana se limitó a remitir en su artículo 26, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos 29-50 de la Carta enmendada de la OEA³.

Regresando al plano global, cabe recordar que la actuación de las Naciones Unidas en pro de ambas "categorías" de derechos estaba naturalmente lejos de agotarse en las disposiciones de los dos Pactos de Derechos Humanos, como indican las numerosas Convenciones "sectoriales" volcadas a la salvaguardia de determinados derechos humanos o del ser humano en determinadas condiciones o circunstancias⁴. Es cierto que los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto correspondiente, recaen en gran parte en la competencia de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas (tales como la OIT, la UNESCO, la OMS, la FAO), pero los ámbitos de acción de estas últimas se encuentran dirigidos a sectores específicos de la actividad humana, siendo pues, en este sentido, más circunscriptos⁵. No puede negarse

³ Cfr. para un examen de este punto, p.ej. Gros Espiell, H., "Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme", *146 Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1975) págs. 40-41 y 18; Uribe Vargas, D., *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Cultura Hispánica, Madrid, 1972, págs. 285 y 303-305; Vargas Carrozo, E., "Algunos problemas que presentan la aplicación y la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Secretaría General de la OEA, Washington, 1990, pag. 156; Dumbos de Abraham, C. A. (rapporteur), *Estudio Comparativo entre los Pactos de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales y los Proyectos de Convención Interamericana sobre Derechos Humanos*, OEA, doc. OEA/Ser.L/V/II.19-doc.18, de 04-IV-1988, págs. 34-35.

⁴ Cfr. Casquedo Trindade, A. A., *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, São Paulo, 1991, págs. 1-743.

⁵ Cfr. *inter alia*, Wolf, F., "Aspects judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme pour l'OIT", *4 Revue des Droits de l'Homme*!

que la expansión y la generalización de la protección internacional de los derechos humanos, testimonió en las últimas décadas, tentativas o propuestas de categorizaciones de derechos (ej., derechos individuales, sociales y de la solidaridad o de los pueblos), dentro de los cuales, la más próxima de las operaciones de los medios de implementación, ha sido precisamente la supuesta distinción entre derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales (*supra*).

Tal expansión y generalización también posibilitó que se vuelva la atención a los derechos atinentes a distintas categorías de *personas protegidas*, consideradas como necesitadas de protección especial, lo que llevó al enunciado de, por ejemplo, derechos de los trabajadoras, derechos de los refugiados y de los apátridas, derechos de la mujer, derechos de los niños, derechos de los ancianos, derechos de los discapacitados, derechos de los pueblos indígenas. También se intentó distinguir entre la protección de ciertos derechos vis-à-vis con el Estado (libertades fundamentales) y la garantía de otros derechos dada por el propio Estado¹². En todo caso, la implementación de los instrumentos volcados a la salvaguardia de los derechos de determinadas categorías de *personas protegidas*, ha de ser apropiadamente abordada en el entendimiento de que ellos son complementarios de los tratados *generales* de protección de los derechos humanos (ej., los Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, las tres Convenciones regionales —la Europea, la Americana y la Africana— de derechos humanos).

No transcurrió mucho tiempo antes de que se percibiera que, si dentro de los derechos económicos sociales y culturales estaban los que se aproximaban a "normas de organización", también estaban los que requerían una implemen-

Human Rights Journal (1971) págs. 773-838; Saba, H., "L'UNESCO et les droits de l'homme", *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme* (ed. K. Vassaki, UNESCO, París, 1978, págs. 479-504); Alston, Ph., "The United Nations Specialized Agencies and Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *18 Columbia Journal of Transnational Law* (1979), págs. 79-116.

¹² Sobre este punto, cfr. Bisch, P. M., "Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme", *Indivisibilité des Droits de l'Homme*, Univ. Fribourg, Fribourg, 1985, págs. 15-24.

tación semejante a la de los derechos civiles y políticos (los derechos clásicos de libertad), lo que vino a resaltar la unidad fundamental de concepción de los derechos humanos. Así como hay derechos civiles y políticos que requieren "acción positiva" del Estado (ej., derecho civil a la asistencia judicial como integrante de las garantías del debido proceso legal, derechos políticos atinentes a los sistemas electorales), también hay derechos económicos, sociales y culturales, ligados a la garantía del ejercicio de la libertad (ej., derecho de huelga y libertad sindical), lo que ha de acrecentar la vinculación de los llamados derechos fundamentales a la garantía efectiva de la persona humana¹¹.

Al recordar, a este respecto, que el núcleo de los derechos fundamentales posee un carácter inderogable (ej., los derechos a la vida, a no ser sometido a tortura o esclavitud, a no ser condenado por aplicación retroactiva de penas)¹², —que se encuentra indisolublemente ligado a la salvaguardia de la propia existencia, dignidad y libertad de la persona humana, producto de una corriente doctrinaria, pero también conquista definitiva de la civilización, respaldada por los tratados generales de protección—, se comprende que, en el transcurso de las tres últimas décadas, haya estado la puerta abierta a una reconsideración general de la dicotomía entre los derechos económicos sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos.

El divisor de aguas en ese sentido, fue la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Teherán en 1968, dos años después de la adopción de los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. La Conferencia proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos sociales y culturales¹³. Pocos años después los Estados

¹¹ Peces-Barba, G., "Reflections on Economic, Social and Cultural Rights", *J Human Rights Law Journal* (1981), págs. 284, 285-290 y 294.

¹² Cfr. Cançado Trindade, A. A., "A Evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas", *23 Revista de Informação Legislativa do Senado Federal - Brasília* (1986) nro. 90, págs. 359-363.

¹³ Cfr. U.N., *Final Act of the International Conference on Human Rights*, ONU Doc. A/Conf. 32/41, de 1968, págs. 4-5. Resoluciones adoptadas

socialistas, concibiendo a los derechos humanos no como una categoría abstracta e inalterable sino como fenómeno histórico, concordaron en su inserción en el Acta Final de Helsinki de 1975, que contiene una referencia expresa (Principio 7) al respeto a los derechos humanos, consonante con los principios y propósitos de las Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Con esta "concesión" de los Estados socialistas, se hallaba el campo abierto para la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la celebrada Resolución 32/130, de 1977¹⁴, sumándose a la perspectiva globalizante de la proclamación de Teherán de 1968. Subyacente a la nueva visión de las Naciones Unidas, existía la preocupación de promover el desarrollo económico-social y el reconocimiento de que urgía proceder a un análisis global de los problemas existentes en el campo de los derechos humanos, teniendo en mente las transformaciones fundamentales por las que atravesaba la llamada sociedad internacional desde la adopción de la Declaración Universal de 1948 (descolonización, capacidad de destrucción en masa, explosión demográfica, deterioro de las condiciones ambientales, aumento del consumo de energía, entre otras)¹⁵. En suma, entre las dos "categorías" de dere-

por la Conferencia de Teherán contienen referencias en el mismo sentido, cfr. *ibid.*, págs. 12 y 17. Cfr. también: Schwelb, Egon, "Some Aspects of the Measures of Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *J. Revue des Droits de l'Homme / Human Rights Journal* (1980) págs. 363-377; Gros Espiell, H., *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. II, IIDH/Civitas, San José/Madrid, 1988, págs. 345-348.

¹⁴ A esta seguirán otras resoluciones del mismo tenor de la Asamblea General de las Naciones Unidas, tales como las Resoluciones 39/145, de 1984, 41/117, de 1986, y 43/113, de 1988. En el mismo sentido, las Resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1987/19 de 1987 y 1988/22 de 1988.

¹⁵ Cfr. Golsong, H., "Evolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale", *Les Droits de l'Homme - Droits Collectifs ou Droits Individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), LGDJ/Fiches et Durand-Auzias, Paris, 1980, págs. 141-145; Trubek, D. M., "Economic, Social and Cultural Rights in the Third World: Human Rights Law and Human Needs Programs", *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Meron), vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1984, págs. 205-263, esp. pág. 212; Van Boven, Th. C., "United Nations

chos —individuales y sociales o colectivos— no puede haber sino complementariedad e interacción, y no compartimentación y antinomia.

II. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: DESARROLLOS RECIENTES EN LA BÚSQUEDA DE UNA PROTECCIÓN MÁS EFICAZ EN EL PLANO REGIONAL

Las presiones internacionales en favor de la búsqueda de una protección más eficaz para los derechos económicos, sociales y culturales, relegados en el pasado en lo que hace a su implementación, fueron acompañadas de la gradual cristalización, en el plano nacional, de la concepción de los llamados "welfare rights", en medio de una proliferación, especialmente en los países europeos, de tribunales nacionales atendiendo "reclamos industriales y de previsión social"¹⁶. Además la nueva visión, iniciada en el ámbito de las Naciones Unidas (*supra*), tendría rápidas y variadas repercusiones en los distintos sistemas regionales. Así, en el continente americano, esta visión se reflejó en el Informe de 1979-1980 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de haber resaltado prudentemente que era difícil establecer un "criterio que permita medir el cumplimiento de las obligaciones por parte de los Estados"¹⁷. En el continente europeo, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró en el caso "Airey" (1979) que, a pesar de que la Convención Europea consagra esencialmente derechos civiles y políticos, "muchos de ellos tienen implicancias de naturaleza social o económica", no habiendo división clara ("no watertight division") entre las dos "categorías" de derechos¹⁸.

Polities and Strategies: Global Perspectives", *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration* ed. B.G. Ramcharan, Nijhoff, The Hague, 1979, págs. 90-91.

¹⁶ Cf. Jacobs, F. G., "The Extension of the European Convention on Human Rights to Include Economic, Social and Cultural Rights", *3 Human Rights Review* (1978), pág. 167.

¹⁷ OEA, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1979-1980*, pág. 152.

¹⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Airey", sentencia del 9-X-1979, Serie A, vol. 32, pág. 125, párr. 26.

En el continente africano se procedió de modo distinto: los redactores de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 optaron por la inclusión, en una única convención, de un catálogo tanto de derechos civiles y políticos (arts. 3^o-14) como de derechos económicos sociales y culturales (arts. 15-18), acrecentados por los derechos de las colectividades, los llamados "derechos de los pueblos" (arts. 19-24), previendo en la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, un mecanismo de aplicación común a todos los derechos consagrados (arts. 46-59 y 62). Aunque el énfasis de la Carta Africana recayese en los derechos económicos sociales y culturales¹⁹, los propios jurinternacionalistas africanos entienden que es comprensible que la Comisión Africana se haya ocupado, al menos en sus primeros años de actuación, más directamente de los derechos civiles y políticos²⁰. En efecto, hasta mediados de 1992, la Comisión Africana se había ocupado de veintinueve casos; debido a algunas lagunas de la Carta Africana en el campo de los derechos civiles y políticos (principalmente en relación al proceso penal), en su undécima sesión la Comisión Africana dedicó especial atención al derecho a un proceso justo (*fair trial*)²¹.

¹⁹ Cfr. Obiana Okere, B., "The Protection of Human Rights in Africa and the African Charter on Human and Peoples Rights: A Comparative Analysis with the European and American Systems", 6 *Human Rights Quarterly* (1984) págs. 145-147 y 156; Kéba M'Baye, "Rapport introductif sur la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples", en *Droits de l'Homme et des Peuples en Afrique et la Charte Africaine* (Conférence de Nairobi, 1985), Genève, Commission Internationale de Juristes, 1986, págs. 29-31, y cfr. Partsch, K. J., "The Enforcement of Human Rights and Peoples Rights: Observations on Their Reciprocal Relations", *International Enforcement of Human Rights* (eds. R. Bernhardt y J.A. Jaiswal) (Heidelberg Colloquy, Max Planck-Institut, 1985), Springer-Verlag, Berlin/Heidelberg, 1987, págs. 23-29.

²⁰ Umozurike, U. O., "The African Charter on Human and Peoples Rights", 77 *American Journal of International Law* (1983) pág. 911; S.C. Neff, "Human Rights in Africa: Thoughts on the African Charter on Human and Peoples Rights in the Light of Case-Law from Botswana, Lesotho and Swaziland", 33 *International and Comparative Law Quarterly* (1984), pág. 332.

²¹ Benedek, W., "Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe (Conference Report)", en *Regional Systems of Human Rights Protection in Africa, America and Europe* (eds. W. Benedek y W. Heintz) (Proceedings of the Strasbourg Conference, June 1992), Brussels Office, Friedrich Naumann Foundation, 1992, págs. 10 y 12-13.

En la última década, han sido particularmente los continentes europeo y americano los que, a partir de la consagración de la tesis de la indivisibilidad de los derechos humanos, han dado pasos concretos en pro de la implementación más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. En el continente europeo, antes del dictado del fallo "Airey" (*supra*) por la Corte Europea de Derechos Humanos, la posibilidad de incorporar a la Convención Europea de Derechos Humanos algunos derechos económicos, sociales y culturales fue evocada en una declaración de los ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros del Consejo de Europa el 27 de abril de 1978. Posteriormente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó dos recomendaciones: la primera sugería el examen de la posibilidad de la incorporación de algunos derechos económicos, sociales y culturales fundamentales en la Convención Europea de 1960, con la reserva de no debilitar su mecanismo de protección (recomendación 838 del 27-IX-1978); la segunda prevé el fortalecimiento del sistema de supervisión de la Carta Social Europea de 1961 de modo de incluir en el sistema el derecho de petición junto con los informes (recomendación 839 del 28-IX-1978). Paralelamente, se estableció un Comité de Peritos *ad hoc*, por instrucción del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para formular las propuestas sobre el tema²².

Los derechos consagrados en la Convención Europea fueron tenidos como inseparables del mecanismo jurisdiccional en ella contenido, lo que llevó a sus redactores a excluir de la misma los derechos económicos, sociales y culturales. Los debates pasaron a girar en torno de los criterios que permitirían determinar qué derechos económicos, sociales y culturales eran verdaderamente fundamentales para responder a las exigencias de *justiciabilidad* de la Convención, y cuáles de ellos eran además pasibles de formulaciones de modo de crear verdaderas obligaciones para los Estados²³. De esos debates

²² Cfr. Berenstein, A., "Economic and Social Rights: Their Inclusion in the European Convention on Human Rights - Problems of Formulation and Interpretation", *J. Human Rights Law Journal* (1981) págs. 259-260; Van Dijk, P. - Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, Dordrecht, 1984, págs. 474-477.

²³ Se sugirió, por ejemplo, que deberían seleccionarse los derechos que pudieran ser extendidos a todas las personas ("Everyone has the right

resultó el entendimiento de que los derechos económicos y sociales parecían, en última instancia, una emanación del derecho al trabajo y de previsión y seguridad social, al paso que, en materia de derechos culturales, convenía dar particular énfasis al derecho a la educación²⁴.

Con la creciente atención otorgada al tema en los últimos años, se tomaron algunas iniciativas en el ámbito del Consejo de Europa. Al elenco original de la Convención Europea, se incorporaron algunos derechos "adicionales", como los consagrados en el Protocolo I (a la Convención Europea) de 1962, entre los cuales figura el derecho a la propiedad privada (art. 1º) y el derecho a la educación (art. 2º). Los países europeos, en tanto, procedieron con cautela: el Primer Protocolo (de 1987) a la Carta Social Europea, al ampliar la lista de los derechos protegidos por esta última y realizar en ese sentido un verdadero progreso, pareció por otro lado, insinuar que el Consejo de Europa aún no consideró que era el momento de situar ciertos derechos económicos, sociales y culturales dentro del mecanismo de protección de la propia Convención Europea de Derechos Humanos²⁵.

no (...)"), debiendo ser claramente "ejecutables" ("exécutable"), como, p.ej., ciertos derechos en materia laboral y previsional. Jacobs, F. G., *op. cit.* supra nota 17, págs. 166-178; Berenstein, A., *op. cit.* supra nota 22, págs. 257-280. Una cuestión capital era la de someter a justiciabilidad, por ejemplo, una decisión gubernamental que, bajo el pretexto de resolver problemas "económicos", viniese a generar o aumentar el desempleo y a afectar los derechos económicos y sociales; Matscher, F. (ed.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte - Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, Kehl/Strasbourg, N.P. Engel Verlag, 1991, pág. 395 (intervención de W.H. Balakjian). La Convención sobre Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias (1990) demuestra que es posible formular disposiciones convencionales sobre derechos económicos y sociales (p.ej., *inter alia*, art. 28, sobre asistencia médica de urgencia) de modo de "satisfacer todos los requisitos de justiciabilidad"; Scheinin, M., *op. cit.* infra nota 73, pág. 43.

²⁴ Vasak, K., "Les problèmes spécifiques de la mise en oeuvre internationale des droits économiques et sociaux de l'homme". *Vers une Protection Efficace des Droits Économiques et Sociaux* (Colloque de Louvain, 1972); Bruylant/Vandeur, Bruxelles, 1973, págs. 23-24; Danstein, Y., "Cultural Rights", en *Les Droits de l'Homme - Droits Collectifs ou Droits Individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), LGDJ/Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1980, págs. 148-167.

²⁵ Burgenthal, Th., *International Human Rights in a Nutshell*, West Publ. Co., St. Paul/Minn., 1988, pág. 132.

En 1991, tuvieron inicio los trabajos preparatorios del Proyecto del Segundo Protocolo a la Carta Social Europea, que significativamente proveía un procedimiento de reclamaciones colectivas, con el objeto de fortalecer la participación de actores sociales y de organizaciones no gubernamentales²⁶. La iniciativa culminó con la adopción, en 1995, de este nuevo Protocolo a la Carta Social Europea, el cual establece que pueden someter reclamaciones (colectivas), para el examen por el Comité de Peritos Independientes, organizaciones internacionales y nacionales de empleadores y sindicatos, y otras ONGs internacionales y nacionales²⁷. De este modo, el sistema de reclamaciones colectivas viene a complementar el sistema de informes, que permanece como el mecanismo básico de supervisión de la aplicación de la Carta, con el objeto de darle mayor eficacia, inspirándose para ello en la línea de los mecanismos existentes de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁸.

En el plano jurisprudencial, se acepta pacíficamente que los derechos civiles y políticos consagrados en la Convención Europea abarcan no sólo la obligación de abstención estatal sino también las medidas positivas por parte de los Estados, tenidas como perfectamente compatibles con el régimen de supervisión de la Convención. De acuerdo con tal jurisprudencia (de la Corte y de la Comisión Europea de Derechos Humanos), se requieren tales medidas para asegurar el derecho de acceso a la justicia (art. 6° de la Convención, caso "Airey", citado supra), el derecho al respeto a la vida familiar (art. 8°, casos "X e Y vs. Holanda", 1986, y "Powell y Rayner

²⁶ Conseil de l'Europe, Demande d'avis du Comité des Ministres à l'Assemblée sur le Projet du Deuxième Protocole Additionnel à la Charte Sociale du Conseil de l'Europe prévoyant un système de réclamations collectives, Strasbourg, C.D., doc. 6736, de 13-I-1993, págs. 1-13.

²⁷ En el caso de ONGs nacionales, se requiere una declaración por el Estado en cuestión reconociendo tal derecho. El informe del Comité de Peritos Independientes es enviado al Comité de Ministros, que adopta una resolución y, cuando considera que es apropiado, realiza una recomendación al Estado en cuestión.

²⁸ Council of Europe, *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints and Explanatory Report*, C.E., Strasbourg, 1995, págs. 3-29.

us. Reino Unido", 1990), el derecho de reunión pacífica (art. 11, caso "Plattform 'Ärzte für das Leben'", 1988). Se han interpretado las garantías del debido proceso legal (art. 6º) de modo de cubrir no sólo cuestiones de orden privado, sino también las que recaen en el ámbito del derecho público o social (ej., derecho al ejercicio de una profesión, reivindicaciones de beneficios de la seguridad social), y la obligación de tomar "providencias" para asegurar el respeto del derecho a la vida abarcaría no sólo la creación de un sistema eficaz de prevención del crimen (sistema penal) sino también de un sistema de salud hospitalaria pública hospitalaria, o sea, de servicios médicos y sociales mínimos (caso "Tavares vs. Francia", 1991)²⁰.

En el continente americano, a pesar de la adopción en 1948 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (como declaración de los "derechos sociales del trabajador"), persistió una laguna en el sistema interamericano de protección, en lo referido a los derechos económicos, sociales y culturales, hasta la adopción en 1988 del llamado Protocolo de San Salvador (*infra*). En efecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos se limitó a disponer (art. 26) sobre el "desarrollo progresivo" de estos últimos, al paso que, paralelamente, las normas económicas, sociales y culturales de la Carta emendada de la OEA, no tenían como objeto propiamente proteger o garantizar derechos humanos, sino antes bien determinar objetivos o líneas de conducta para los Estados miembros en este campo²¹. Solamente en 1980-1981 la Asamblea General de la OEA, por recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, remarcó la importancia de la observancia de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano²².

El artículo 77 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dejó abierta la posibilidad a los Estados Parte

²⁰ Pellonpää, Matti, "Economic, Social and Cultural Rights", en *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R. St. J. MacDonald, F. Matscher y H. Petzold), Nijhoff, Dordrecht, 1993, págs. 860-866.

²¹ Gross Espinell, H., *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, Libro Libre, San José, 1986, págs. 111-116.

²² Resoluciones AG/Res. 310 (X-0/80) y AG/Res. 543 (XI-0/81) de la Asamblea General de la OEA.

y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de someter a la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales a la Convención, de forma tal que se pudieran incluir progresivamente otros derechos en su sistema de protección. Por solicitud de la Asamblea General, en base a una propuesta de Costa Rica en 1982, el Secretariado General de la OEA preparó y sometió en 1983, un Anteproyecto de Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conteniendo veinticinco artículos. En el mismo año, la Asamblea General solicitó comentarios de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de los Estados miembros. Siguiendo el ejemplo del Secretariado General de la OEA, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos preparó un Anteproyecto de Protocolo Adicional sobre la materia. Además de los esfuerzos de ambos, la etapa final de los trabajos preparatorios (a partir de 1986) estuvo en manos de un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA, encargado de estudiar el tema³¹.

La adopción en 1988 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (llamado Protocolo de San Salvador) finalmente suprimió la laguna histórica del sistema interamericano relativa a la protección de tales derechos. Obsérvese no obstante que, aun antes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su *Informe sobre El Salvador* de 1978, tuvo en cuenta la situación de algunos derechos económicos, sociales y culturales, basándose en las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana de

³¹ Para un estudio detallado de los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cfr. Cançado Trindade, A. A., "A questão da implementação internacional dos direitos económicos, sociais e culturais: Evolução e tendências atuais", 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990), págs. 7-55, esp. págs. 32-48; Cançado Trindade, A. A., "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: Evolution et tendances actuelles", 75/78 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991), págs. 13-41, y en *34 Revue Générale de Droit International Public*, Paris (1990), págs. 913-948.

1948. En el mismo sentido, al año siguiente, en su *Informe sobre Haití*, tomó en consideración los derechos a la educación, a la salud y al trabajo³¹. Significativamente, en su *Informe Anual de 1979-1980*, la Comisión Interamericana constató la "relación orgánica" entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales³². En el *Informe Anual de 1985-1986*, la Comisión señaló que el futuro Protocolo a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debería tomar como punto de partida "el núcleo fundamental constituido por los derechos al trabajo, a la salud y a la educación", a los cuales se deberían agregar "otros derechos conexos" o a ellos vinculados, teniendo en cuenta su "concretización práctica"³³.

Existían, pues, estos antecedentes. Pero fue el Protocolo de San Salvador de 1988, el que vino a dotar de protección a los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de base convencional. El Proyecto Final, que se transformó en el referido Protocolo, invocó en su preámbulo, *inter alia*, la "estrecha relación" existente entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y de los derechos civiles y políticos formando un "todo indisoluble" (párr. 3). La obligación de no-discriminación, consagrada en el artículo 3º, se inspiró en la disposición equivalente (art. 2º [2]) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Lo mismo ocurrió con otros dispositivos: el artículo 4º, con-

³¹ Cfr. Caspado Triandade, A. A., "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, pág. 48; "La relación entre el desarrollo sustentable y los derechos económicos, sociales y culturales", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 2, IIDH, San José de Costa Rica, 1995, págs. 15-49.

³² *Id.*, *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights, 1979-1980*, págs. 151-152.

³³ OEA/CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986*, pág. 211. Para el argumento de que, así como en los derechos civiles y políticos la libertad ocupa una posición central, en los derechos económicos, sociales y culturales tal posición central es ocupada por el derecho a un nivel de vida adecuado, concretado mediante el ejercicio de los derechos al trabajo, a la educación, a la salud, a una alimentación adecuada, a la previsión social. Cfr. Mayorga Larca, R., *Notas sobre la Jurisprudencia de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2a. ed., Ed. Jur. de Chile, Santiago, 1990, págs. 21-63.

sagrando el principio de no admisión o prohibición de restricciones de los derechos, buscó inspiración en la disposición correspondiente (art. 5° [2]) de aquel Pacto de las Naciones Unidas, y el artículo 5°, determinando el alcance restrictivo de las restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos consagrados, se basó principalmente en disposiciones equivalentes del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 4°) y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 30).

El Protocolo de San Salvador de 1988 representó el punto culminante de un movimiento de concientización en el continente americano, paralelo a la evolución similar en el ámbito de las Naciones Unidas (*infra*) y en el sistema europeo, en pro de la protección internacional más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo estipuló inicialmente (art. 1°) la obligación de los Estados Parte de adoptar medidas (de orden interno y por medio de la cooperación internacional) "hasta el máximo de los recursos disponibles y teniendo en cuenta su grado de desarrollo", a fin de conseguir "progresivamente y de acuerdo a la legislación interna", la "plena efectividad" de los derechos en él consagrados. Los conceptos reflejados en las expresiones "máximo de los recursos disponibles" y "progresivamente" fueron extraídos del artículo 2° del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas. Subyacente a lo dispuesto en el artículo 1° del Protocolo de 1988, se encontraba, como aclaró el propio Grupo de Trabajo de la *C.A.P.* en su *Informe* de actividades referente a 1987, una nueva dicotomía, en el ámbito de los derechos reconocidos en el Protocolo, entre los de "exigibilidad inmediata" y los de "realización progresiva", siendo que, además, la "obligación de adoptar medidas" consagrada en el artículo 1° se aplicaba a esos últimos³⁶.

De ese modo, la dicotomía de la doctrina clásica (cfr. *su-*

³⁶ Para la historia legislativa de esas disposiciones y de esa nueva dicotomía, cfr. Cançado Trindade, A. A., *op. cit.* supra nota 32, págs. 32-48, 13-41 y 913-946, respectivamente; y cfr. Cançado Trindade, A. A., "Do direito econômico aos direitos econômicos, sociais e culturais", en *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado no Orden Constitucional - Estudos Jurídicos em Homagem ao Professor Washington Pinheiro Alvim de Souza* (coord. R.A.L. Canargo), Fabris, Porto Alegre, 1993, págs. 9-38.

pro), superada por la evolución de la materia, resurgió aunque matizada, en el interior del dominio de los derechos económicos, sociales y culturales propiamente dicho. El mecanismo consagrado por el Protocolo de 1988 representó el nivel mínimo aceptable, en el continente americano al final de los años ochenta, para la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, —lo que no nos impide esperar el día en que se logrará la adopción de un mecanismo menos tímido y más fortalecido y perfeccionado para la salvaguardia internacional de aquellos derechos—. El mecanismo consagrado resultó de la búsqueda de consenso a medida que avanzaban los trabajos preparatorios del Protocolo. Comprendió, además del sistema de informes —con el papel reservado a otros órganos distintos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (como el Consejo Interamericano Económico y Social —CIES— y el Consejo Interamericano para la Educación, Ciencia y Cultura —CIECC)— un sistema de peticiones o de comunicaciones individuales (reglamentado por los arts. 44-51 y 61-69 de la Convención Americana). Este último fue reservado tan sólo a los derechos consagrados en los artículos 8º (1) (a) y 13 (derecho de asociación y libertad sindical, y derecho a la educación) del Protocolo (art. 19 [6] de este último), como denominador común mínimo para alcanzar un consenso entre las delegaciones participantes. Otra vía de acción prevista residió en la posibilidad de la formulación, por parte de la Comisión Interamericana, de observaciones y recomendaciones que considerase pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales (consagrados en el Protocolo) en los Estados Parte (art. 19 [7]). Estas medidas abrirán nuevas perspectivas para una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales en nuestro continente, pero todavía resta un largo camino a recorrer.

En el plano sustantivo, el Protocolo de San Salvador incorporó al sistema interamericano la protección del derecho al trabajo (art. 8º), las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo (art. 7º), los derechos sindicales (art. 8º), el derecho a la seguridad social (art. 9º), el derecho a la salud (art. 10), el derecho a un medio ambiente sano (art. 11), el derecho a la alimentación (art. 12), el derecho a la educación (art. 13), el derecho a los beneficios de la cultura (art. 14), el derecho a la constitución y protección de la familia (art. 15), los derechos de la niñez (art. 16), y la protección de los an-

cianos (art. 17) y de los deficientes o discapacitados (art. 18). Más allá de lo dicho, se abrió la posibilidad de incorporar otros derechos o de ampliar los derechos ya reconocidos (art. 22, con antecedentes en los arts. 31 y 76 de la Convención Americana), pretendiendo así propiciar un perfeccionamiento gradual de ese instrumento.

Ocurre, no obstante, que el Protocolo de San Salvador todavía no logró obtener el número suficiente de ratificaciones para entrar en vigor (apenas tres hasta el presente), y la posibilidad de que esto ocurra en un futuro próximo es incierta. En tanto, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos abre otra posibilidad de acción (art. 42) mientras no entre en vigor el Protocolo. Dispone el artículo 42 de la Convención que los Estados Parte deben remitir a la Comisión Interamericana copias de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del CIJS y del CIJCC, a fin de que aquélla vele por la promoción de los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta enmendada de la OEA.

Surgen indicaciones de que la Comisión Interamericana está dispuesta a considerar más detenidamente la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en los Estados Parte en la Convención Americana: en su *Informe Anual* de 1991, por ejemplo, dedicó particular atención a la materia, basándose en los informes presentados por algunos Estados miembros de la OEA a los organismos internacionales²⁷ y en un estudio realizado por la Organización Panamericana de la Salud (OPS). Destacó la Comisión Interamericana que la década de los ochenta era considerada como una "década perdida" en el plano económico-social para los países latinoamericanos, por enfrentar, en su mayoría, el agravamiento de la crisis económica, del endeudamiento externo, del empobrecimiento, que afectan considerablemente los derechos económicos, sociales y culturales en la región²⁸. En el *Informe Anual* de

²⁷ Chile, México, Argentina, Colombia, Jamaica, República Dominicana y Costa Rica.

²⁸ Según el referido estudio, los problemas de mayor incidencia en la región son el gradual deterioro del nivel de vida de la población, la falta de recursos para la asistencia médica y la salud pública, el alto índice de mor-

1992-1993 volvió a incluir una sección dedicada al estado de los derechos económicos, sociales y culturales en la región, en el cual la Comisión, después de examinar las informaciones enviadas por los Estados miembros de la OEA, concluyó que la situación económico-financiera por la que está atravesando el hemisferio torna "muy difícil" que los Estados cumplan cabalmente lo establecido por los instrumentos internacionales de protección²⁹.

III. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: DESARROLLOS RECIENTES EN LA BÚSQUDA DE PROTECCIÓN MÁS EFICAZ EN EL PLANO GLOBAL

No sólo en el plano regional, sino también en el global, se han realizado esfuerzos en pro de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. En el ámbito de las Naciones Unidas, el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, especialmente encargado de la supervisión del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en las siete sesiones de trabajo realizadas en el período de 1987-1992, ha tomado algunas decisiones significativas. En la primera de ellas, logró adoptar sus decisiones por consenso: consideró los medios de garantizar el perfeccionamiento del sistema de informes sobre el Pacto (recurriendo a las fuentes alternativas, distintas de las emanadas de los Estados, incluyendo las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas así como las organizaciones

talidad infantil, las altas tasas de desempleo y subempleo y de analfabetismo, los altos índices de desnutrición, la escasez de viviendas adecuadas, el grave deterioro del medio ambiente, la inestabilidad de los sistemas económicos y, en algunos países, los altos índices inflacionarios, entre otros. Desde 1979-1980 la Comisión Interamericana viene insistiendo en la necesidad de la erradicación de la pobreza y de la atención a las necesidades básicas de la salud, nutrición y educación, alertando que un aumento de la renta nacional no se traduce, necesaria y correlativamente, en una mejora de los indicadores sociales, a no ser que se dé atención prioritaria a las "mayorías desposeídas". Cfr. Cançado Trindade, A. A., "La protección...", cit. supra nota 33, págs. 53-55.

²⁹ OEA, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*, pág. 252, y cfr. págs. 233-252.

no gubernamentales)⁴⁰, y se cuidó de garantizar su propia independencia⁴¹. En la práctica, el Comité, al concluir el examen de cada informe, adopta las llamadas "concluding observations", estructuradas de modo de contener cinco secciones, a saber: introducción, aspectos positivos, factores y dificultades que impiden la implementación del Pacto, preocupaciones principales, sugerencias y recomendaciones⁴².

En la segunda sesión (1968), el Comité se dedicó a definir con mayor precisión la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, a fin de darles un contenido normativo semejante al de los derechos civiles y políticos. Se adoptaron dos decisiones en ese sentido: la primera se inscribió en un contexto más amplio, estableciendo respeto a la elaboración por el Comité de "comentarios generales" sobre los artículos del Pacto, siguiendo así el ejemplo de lo que ya venía haciendo su "homólogo" sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (o Comité de Derechos Humanos); la segunda programó para cada año un debate profundo acerca de un determinado derecho o un artículo específico del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También en esta segunda sesión, el Comité buscó racionalizar y simplificar el sistema de informes. Era preciso evitar la pesada carga que recaía sobre los Estados Parte y en el propio, del número considerable de informes sobre grupos de artículos del Pacto. A su entender, esto implicaba una compartimentación excesiva de los derechos, y daba una visión parcial o fragmentada de la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, en las diferentes esferas de preocupaciones, intereses y atención de las agencias especializadas del sistema de las Naciones Unidas. Para mitigar esos inconvenientes, el Comité decidió solicitar a los Estados la presentación de un *único informe quinquenal*, que trate sobre el conjunto del Pacto⁴³.

⁴⁰ Para una ilustración de informes enviados por once al Comité, cfr. inter alia, Fundación Servicio Paz y Justicia (Argentina), *Informe al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (5to. período de sesiones, 26-XI-14-XII-1990), págs. 3-14 (mimeografiada).

⁴¹ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the First Session (1957)*, págs. 1-62.

⁴² UN, *Centre for Human Rights, The Committee...*, cit. *in/vo* nota 56, pág. 27.

⁴³ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Second Session (1968)*, págs. 1-81.

Guiado por la misma preocupación, el Comité programó para su tercera sesión (1989) la revisión y simplificación, y por consiguiente el perfeccionamiento, de las directrices sobre los informes de los Estados Parte⁴⁴. Hasta el final de su séptima sesión (1992), el Comité había examinado ciento cuarenta y cuatro informes iniciales, sesenta y un (segundos) informes periódicos y seis informes globales⁴⁵. En suma, tomando en cuenta su naturaleza "híbrida" de órgano de supervisión único (único en el sentido de que es el responsable ante los Estados Parte en el Pacto y ante el ECOSOC, uno de los principales órganos políticos de las Naciones Unidas), y tomando como ejemplo la práctica de otros órganos de supervisión (sobre todo la de su "homólogo" para el otro Pacto, el Comité de Derechos Humanos), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha esforzado por atribuir a los derechos consagrados en el Pacto correspondiente la misma importancia, tanto histórica como práctica, que a la reconocida a los derechos civiles y políticos.

En los debates del Comité en los inicios de 1990 (cuarta sesión) se insistió en el "contenido mínimo" de esos derechos, afectados por los problemas de la deuda, de los ajustes estructurales y del empobrecimiento⁴⁶. Los debates de 1991 del Comité (sexta sesión) se concentraron en los problemas de la utilización de indicadores económicos y sociales (en razón de su insuficiencia para asistir al trabajo del Comité), habiendo

⁴⁴ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Third Session (1989)*, págs. 1-116. Para comentarios sobre las primeras sesiones del Comité, cfr. Alston, Ph. - Simma, B., "First Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *81 American Journal of International Law* (1987), págs. 751-766; "Second Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *82 American Journal of International Law* (1988), págs. 603-618; Daniel Turp, "Le contrôle du respect du Pacte International relatif aux Droits Economiques, Sociaux et Culturels", en *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement*, Mélanges Michel Virally, Pédone, Paris, 1991, págs. 465-481.

⁴⁵ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session (1992)*, pág. 18.

⁴⁶ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fourth Session (1990)*, págs. 1-102, esp. págs. 65-72.

concluido que tales indicadores, para ser más suficientes y confiables, deberían buscar un equilibrio entre los conceptos de cantidad y sobre todo calidad, de modo de reflejar mejor la realidad de los derechos económicos, sociales y culturales, no sólo en relación a la sociedad como un todo, sino también en relación a determinados grupos vulnerables o marginados. En este sentido, se invocó la experiencia de agencias especializadas como la OIT y la OMS, y organismos como UNICEF, en el uso de indicadores económicos y sociales⁴⁷.

El Informe del Comité sobre su quinta sesión (fines de 1990) indicó haber procedido en la ocasión a revisar la elaboración de directrices que tuviesen los informes gubernamentales, de modo que contuviesen, *inter alia*, informaciones sobre indicadores económicos y sociales e indicaciones sobre el patrón de vida no sólo de la sociedad como un todo sino también de determinados grupos, particularmente los vulnerables (ej., derecho a la vivienda, derecho a la salud física y mental, derecho a la educación)⁴⁸. En la misma sesión del Comité y en la siguiente, se avanzó en la propuesta de elaboración de un Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, teniendo por objetivo el establecimiento de un sistema de peticiones o comunicaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en relación a algunos de éstos, para ser gradualmente ampliados). En esa ocasión se afirmó la necesidad de un estudio comparando la justiciabilidad de esos derechos en los Estados Parte del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y se observó que la base de tal Proyecto de Protocolo debía ser la doctrina de la interdependencia y la indivisibilidad de todos los derechos humanos⁴⁹.

El examen de la cuestión prosigue en la séptima sesión (1992) del Comité, en la cual sus miembros aprobaron la re-

⁴⁷ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session (1991)*, págs. 81-86.

⁴⁸ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session (1990)*, págs. 88-110. Para una evaluación de los trabajos de esta sesión del Comité, cfr. Scott Leckie, "An Overview and Appraisal of the Fifth Session of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *22 Human Rights Quarterly* (1991), págs. 545-572.

⁴⁹ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session (1991)*, págs. 87-90.

dación propuesta. En los debates de 1992 sobre la materia se argumentó, en favor de este proyecto de Protocolo Facultativo, que tal instrumento posibilitaría la exigencia a los Estados Parte de medidas concretas, fortalecería la responsabilidad internacional de los Estados, daría precisión concreta al tema de la indivisibilidad de los derechos humanos, propiciaría la formación de una jurisprudencia internacional al respecto, y fortalecería el sistema de investigación en este campo. Caba reducir las disparidades de procedimientos en relación a distintos derechos, debiendo su indivisibilidad reflejarse en la adopción de un sistema de peticiones, sobre todo considerando que muchos derechos económicos y sociales son perfectamente justiciables. Tal vez, en lugar de exigirse a los reclamantes la condición de víctimas, podría requerirse de ellos la indicación de la existencia de un "detrimento" o "perjuicio" sufrido⁴⁰.

En el periodo entre 1989-1995, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales elaboró y publicó seis "comentarios generales". El primero (1989) se dedicó precisamente al perfeccionamiento del sistema de informes para los Estados Parte del Pacto, a fin de permitir una mejor apreciación del progreso logrado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, capacitar al propio Estado Parte para el desarrollo de una mejor comprensión de los problemas encontrados para la realización de tales derechos e intercambiar experiencias en ésta área con los demás Estados, para asegurar una mejor supervisión de tales derechos y facilitar el examen público de las políticas gubernamentales en relación con ellos⁴¹. El comentario general número 2 (1990), sugirió al Comité medidas de asistencia técnica internacional (art. 22 del Pacto) concernientes a tales derechos,

⁴⁰ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session (1992)*, págs. 87-108. Y cfr. anteriormente, en el mismo sentido, Alston, Philip, "No right to complain about being poor: the need for an optional protocol to the economic rights covenant", en *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of Torvald Opsahl* eds. A. Eide y L. Helgesen, Norwegian University, Oslo, 1991.

⁴¹ UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Third Session (1989)*, págs. 87-89.

recomendando la incorporación de protección de estos últimos, en la medida de sus posibilidades, a los programas y políticas destinadas a promover ajustes estructurales²²; se refirió también a la propuesta de 1979 del secretario general de las Naciones Unidas de que las agencias de Naciones Unidas exigieran un "human right impact assessment" en relación a las actividades de cooperación para el desarrollo²³.

En el comentario siguiente (nro. 3 de 1990), de significativa importancia, el Comité insistió en las "Obligaciones Mínimas" de todos los Estados Parte de asegurar, por lo menos, la satisfacción de niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos consagrados en el Pacto²⁴. En su comentario general número 4 (de 1991), sobre el derecho a una vivienda digna (art. 11 [1] del Pacto), advirtió el Comité que cabe dar prioridad a los grupos sociales en condiciones desfavorables, dado que las obligaciones en relación con el Pacto continúan aplicándose, con mayor pertinencia todavía, en tiempos de recesión económica²⁵. Finalmente, los dos últimos comentarios (nro. 5 de 1994, y nro. 6 de 1995) se refirieron a personas discapacitadas, y sobre derechos económicos, sociales y culturales de los ancianos, respectivamente. Actualmente el Comité considera, para la adopción de nuevos comentarios generales, otros temas, tales como la aplicación del Pacto en el derecho interno de los Estados, las cláusulas de no discriminación contenidas en el Pacto (principalmente art. 2° [2]), el derecho a la salud, derecho a la alimentación, desapariciones forzadas (*forced evictions*) en el Pacto, entre otros²⁶.

Al examinar la naturaleza de las obligaciones contenidas en el Pacto (art. 2° [1]), el Comité de Derechos Económicos

²² Sobre este punto, *cf.* UN/Commission on Human Rights, *Question of the Realization in All Countries of the Economic, Social and Cultural Rights (L.) - Comprehensive Report of the Secretary General (L.)*, UN doc. E/CN.4/1994/17, del 24-EII-1993, págs. 24-29 y 37-38.

²³ *Id.*, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fourth Session (1990)*, págs. 86-88.

²⁴ *Id.*, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session (1990)*, págs. 83-87.

²⁵ *Id.*, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Sixth Session (1991)*, págs. 114-120.

²⁶ *Id.*, Centre for Human Rights, *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Fact Sheet n. 16/Rev. 1), UN, Geneva, 1996, pág. 39.

Sociales y Culturales señaló significativamente que, si, por un lado, el Pacto dispone que los derechos consagrados son progresivos, por otro impone varias obligaciones de efecto inmediato, a saber: a) obligación de "adoptar medidas" ("to take steps") poco después de la entrada en vigencia del Pacto (art. 2° [1]); b) compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos protegidos "sin discriminación"; c) aplicabilidad "inmediata" de determinadas disposiciones por órganos judiciales y otros, en los ordenamientos jurídicos internos (arts. 3°, 7° [a] [1], 8°, 10 [3], 13 [2] [a], [3] y [4], y 15 [3]); d) obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos; e) "obligaciones mínimas" ("minimum core obligations") en relación a todos los derechos consagrados y, en caso de no cumplimiento, obligación de probar que se utilizaron todos los medios que estaban disponibles (tanto en el plano nacional como mediante la cooperación y asistencia internacional) o, al menos, se intentó su utilización, para la realización de los derechos consagrados (arts. 11, 15, 22 y 23 del Pacto); f) en épocas de crisis económicas graves, de procesos de ajuste, de recesión económica, la obligación de proteger a los sectores y miembros más vulnerables de la sociedad, por medio de programas específicos de bajo costo relativo⁴⁷.

A mediados de 1992, también en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas, se estipularon recomendaciones concretas con el propósito de asegurar una protección internacional más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. Primeramente, se propuso el nombramiento, por

⁴⁷ Comentario general nro. 3 en UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Fifth Session* (1990), págs. 83-87. Y cfr. sobre la materia, anteriormente, Alston, Philip - Quinn, Gerard, "The nature and scope of state parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *9 Human Rights Quarterly* (1987), págs. 156-228; cfr. también "The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *9 Human Rights Quarterly* (1987), págs. 122-135. Para un estudio general sobre la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cfr. Craven, M.C.R., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 1-358.

la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (como ejemplo de lo que pasa en la propia Subcomisión), de relatores especiales para examinar o investigar determinados aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales (p. ej., pobreza extrema⁵⁸, y la efectividad del derecho a una vivienda digna), con mandatos semejantes a los de los actuales *rapporteurs* temáticos. Se propusieron también, en segundo lugar, recomendaciones por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a los Estados Parte del Pacto, acerca de las modificaciones legislativas y de las políticas públicas que fueran necesarias para armonizar plenamente la práctica de los Estados con las disposiciones del referido Pacto; paralelamente se sugirió que los Estados debían establecer los mecanismos adecuados (administrativos o judiciales) de control, a nivel nacional, de los derechos económicos, sociales y culturales. En tercer lugar, se recomendaron mayores avances en la propuesta del establecimiento de un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dotándolo de un sistema de comunicaciones y peticiones (cfr. *infra*), así como en la sistematización y consolidación del uso de indicadores en el proceso de control de tales derechos. Finalmente, en cuarto lugar, se insistió en la utilización del principio emergente de "obligaciones mínimas" relativos a los derechos económicos, sociales y culturales⁵⁹.

⁵⁸ Cfr., al respecto, p.ej., Naciones Unidas/Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Los Derechos Humanos y la Pobreza Extrema - Informe del Secretario General*, doc. E/CN.4/Sub.2/1991/36, del 27-V-1991, págs. 1-26; Naciones Unidas/CEPAL, *Magnitud de la Pobreza en América Latina en los Años Ochenta*, HUCEPAL, Santiago de Chile, 1991, págs. 7-177.

⁵⁹ Cucaque Trinidad, A. A., "La protección...", cit. *supra* nota 33, pág. 59. La Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, mediante su resolución 1992/29, convocó a los organismos financieros internacionales —particularmente al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial— a tener en cuenta las consecuencias de los programas de ajuste estructural, para la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y solicitó al secretario general de Naciones Unidas, que establezca directrices acerca de la relación entre los referidos programas de ajuste estructural y estos derechos, los cuales podrían ayudar a "desencadenar un diálogo" entre los órganos de supervisión de derechos humanos de Naciones Unidas y los organismos financieros internacionales;

Tales recomendaciones fueron propuestas con énfasis en la necesidad de la implementación, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. En efecto, la denegación o violación de los derechos económicos, sociales y culturales, materializada, por ejemplo, en la pobreza extrema, afecta a los seres humanos en todas las esferas de su vida (inclusiva civil y política), revelando así de modo evidente la interrelación o indivisibilidad de los derechos humanos. La pobreza extrema constituye, en última instancia, la negación de todos los derechos humanos. ¿Cómo hablar de derecho a la libre expresión, sin derecho a la educación? ¿Cómo concebir el derecho a entrar y salir (libertad de circulación), sin derecho a una vivienda? ¿Cómo contemplar el derecho a una libre participación en la vida pública, sin derecho a alimentarse? ¿Cómo referirse al derecho a la asistencia jurídica, sin tener presente, al mismo tiempo, el derecho a la salud? Y los ejemplos se multiplican. En definitiva, todos experimentamos la indivisibilidad de los derechos humanos, en la cotidianeidad de nuestras vidas, y ésa es una realidad que no puede ser dejada de lado. Ya no hay lugar a la compartimentación, se impone una visión integrada de todos los derechos humanos.

En el proceso preparatorio de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales insistió en que, precisamente en los períodos de crisis económica, se impone la plena vigencia de tales derechos, particularmente en relación con los miembros más vulnerables de la sociedad. Agregó que, desde hacía tiempo, se condenaban las prácticas discriminatorias en relación con los derechos políticos, las cuales existían y eran toleradas como lamentables "realidades" en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Remarcó que era necesario que todos los Estados ratificaran el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (y no sólo el de Derechos Civiles y Políticos), para lograr la indivisibilidad de los Derechos Humanos⁶⁰.

Coomans, F., "Economic, Social and Cultural Rights", en *Economic, Social and Cultural Rights - Collective Rights* (eds. F. Coomans y M. Galenkamp), SIM, Utrecht, 1992, pág. 39.

⁶⁰ Para el relato de la Conferencia de Viena, cfr. Cançado Trindade, A. A., "Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*

En su *Informe Final* (de 1992) a la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de las Naciones Unidas, el relator especial del tema "La Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales" reclamó la elaboración de "anti-poverty policies", mediante la elaboración de líneas o perfiles de pobreza para diferentes países; alertó que la pobreza extrema conducía a la exclusión social y a la consecuente incapacidad de los afectados de ejercer plenamente sus derechos humanos. Recomendó también, como otro punto de partida, el análisis de la materia desde el ángulo de la no discriminación, que requiere una creciente atención de "áreas de comportamiento discriminatorio generalmente ignorados en el plano internacional" (p. ej., status social, ingreso medio, acceso a atención médica, edad, propiedad, orientación sexual)⁸¹.

La UNESCO, a su turno, en un estudio de 1988, consideró la dificultad de medir las dimensiones de la pobreza crítica con cifras, porque esta última "también posee una dimensión cultural que no se puede medir", hay factores recurrentes in-

(1989) págs. 9-37; y sobre la participación del Comité en aquella Conferencia, cfr. UN, *Committee on Economic, Social and Cultural Rights - Report on the Seventh Session (1992)*, págs. 62-66 y 42.

⁸¹ Turk, Danilo (special rapporteur), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights - Final Report*, UN Doc. E/CN.4/Sub. 2/1992/16, del 3-VII-1992, págs. 39, 48, 59 y 55. Recuerda el relator especial que, en cuanto a las décadas de los cincuenta y sesenta, han sido marcadas, en medio de la descolonización, por el optimismo en cuanto al "desarrollo económico internacional", y los años atenta por el énfasis en la "satisfacción de las necesidades básicas y la redistribución a través del crecimiento económico". La década de los ochenta marcó un brusco cambio rumbo a los ajustes estructurales con el fin de asegurar las condiciones económicas necesarias para la satisfacción de las necesidades sociales, mientras que en la década de los noventa, se pasa a priorizar —mediante la formación de consenso— los grandes temas de reducción de la pobreza y del desarrollo humano; *ibid.* pág. 36. Sobre las diferencias entre el Relator especial de la Subcomisión y el Fondo Monetario Internacional (FMI) acerca del impacto de los programas de ajuste estructural del FMI en relación a los derechos humanos, cfr. Coomans, F., *op. cit.* supra nota 56, págs. 48-49; Tomasevski, K., "International Development Finance Agencies", en *Economic, Social and Cultural Rights - A Treatise* (eds. A. Eide, C. Krause y A. Rosas), Nijhoff, Dordrecht, 1995, págs. 404-405.

mensurables, como "la pérdida del sentimiento de dignidad, la disminución del sistema de valores, el quiebre de la confianza en sí mismo, o la desaparición de la conciencia de pertenecer a una sociedad global", todo esto genera resignación y violencia, además de conformar sistemas educativos —en los países más alcanzados por la pobreza— con relaciones prevalentes de poder, que justifican "la desconfianza que despiertan en las poblaciones pobres"⁶¹. Con estos elementos en mente, detengámonos, a continuación, en la cuestión de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, en el plano internacional, tal como se configura en la actualidad.

IV. LA EXIGIBILIDAD Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES EN EL PLANO INTERNACIONAL

Todos los esfuerzos en busca de una más eficaz protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional, en los últimos años, apuntan, en última instancia, a asegurar su exigibilidad y justiciabilidad (en los ámbitos regional y global). Este gran desafío requiere renovada creatividad y determinación por parte de la doctrina contemporánea sobre la materia. A la par de las ya mencionadas "obligaciones mínimas" de los Estados en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, expuesta en los llamados principios de Limburgo⁶² y también defendida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas⁶³ (*supra*), algunos otros enfoques doctrinarios van desarrollando el propósito de garantizar la exigibili-

⁶¹ UNESCO, *La Eradicación de la Pobreza Crítica en América Latina y el Caribe*, UNESCO, París, 1988, págs. 4-7, esp. pág. 6.

⁶² Cfr. "The Limburg...", cit. *supra* nota 57, págs. 122-135.

⁶³ Cfr. p.ej., el "comentario general" nro. 3 (de 1990) del Comité, sobre la naturaleza de las obligaciones sobre el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reproducido en el Informe de la 5ta. sesión (1990) del Comité, cit. *supra* nota 57, págs. 63-67.

dad y justiciabilidad de aquellos derechos. Ya nos hemos referido, en este sentido, a la identificación dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, de los derechos de aplicación inmediata (p. ej., entre otros, ciertos derechos sindicales, de igual remuneración por igual tarea, del derecho a educación primaria gratuita y obligatoria, de la libertad de investigación científica y trabajo creativo⁶⁵, *supra*). A tal principio podemos agregar otra formulación doctrinaria, a saber, las distintas obligaciones (de respetar, de asegurar, de proteger y de promover) alineadas a los derechos económicos, sociales y culturales⁶⁶. En la misma línea de pensamiento, otra iniciativa ha consistido en la identificación de los componentes justiciables de los derechos económicos, sociales y culturales.

Así, se han identificado como elementos justiciables, por ejemplo, el derecho a la educación, a la libertad de elegir en materia de educación, el derecho de acceder —libre de cualquier discriminación— a la educación pública, y el derecho a tener una educación primaria (obligatoria) gratuita —elementos éstos que no sólo son objeto de la jurisprudencia internacional sobre los tratados de derechos humanos, sino también han sido aplicados dentro de los ordenamientos jurídicos internos de muchos países—⁶⁷. Otro ejemplo enfático es el derecho a la salud —sobre todo en los aspectos atinentes a

⁶⁵ Así en el "comentario general" nro. 3 (de 1990) el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, da como ejemplo de derechos de aplicación inmediata y continuada a los artículos 8º, 7º (a1); 8º, 10(1); 13 (2)(a), (3) y (4) y 15 (3) del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

⁶⁶ Para el argumento de los distintos grados de obligaciones (de respetar, proteger, asegurar y promover) en relación con los derechos en examen, cfr. Van Hoof, G. J. H., "The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views", en *The Right to Food* (eds. Ph. Alston y K. Tomashevski), Nijhoff/SIJM, Dordrecht/Utrecht, (1994), págs. 97-110, esp. págs. 106-108; para un debate anterior centrado en la cuestión de la justiciabilidad de los derechos en estudio, cfr. Vierdag, E.W., "The legal nature of the rights granted by international covenant on economic, social and cultural rights", *9 Netherlands Yearbook of International Law* (1978), págs. 69-105, esp. págs. 76-105.

⁶⁷ Coomans, F., "Clarifying the core elements of the right to education" en *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights* (eds. F. Coomans y F. van Hoof), SIJ, Utrecht, 1995, págs. 19-21 y 24-25.

la no discriminación y al debido proceso legal— considerado como justiciable por haber sido aplicado por diversos tribunales y órganos de supervisión tanto en el plano internacional como nacional⁶⁶.

El derecho a una vivienda digna adecuada, también ha sido pasible de tratamiento judicial en diferentes áreas (generalmente ligadas a las llamadas "forced evictions" o a la discriminación en el acceso a la vivienda, a condiciones inadecuadas de vivienda, o a la falta de esta última), tal como lo ha demostrado en distintos casos la jurisprudencia tanto nacional como internacional⁶⁷. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo reconoció expresamente en su informe general número 4 (de 1991), dedicado precisamente a este derecho; también la Corte Europea de Derechos Humanos, en un caso decidido en 1986, advirtió que la vivienda constituía en las sociedades modernas, una necesidad social primaria, cuya reglamentación "no puede ser dejada enteramente al juego de las fuerzas del mercado"⁶⁸. Otros órganos de Derechos Humanos también se han pronunciado al respecto (en particular la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (CEER) de las Naciones Unidas, el Comité de Peritos Independientes de la Carta Social Europea); el *rapporteur* especial de las Naciones Unidas sobre Promoción de la Realización del Derecho a una Vivienda Adecuada, sistematizó en 1993 las obligaciones legales de los Estados de respetar, proteger y asegurar el derecho en cuestión⁶⁹.

Estos son apenas algunos ejemplos, a los cuales podemos agregar otros derechos y relacionarlos con la prohibición de discriminación. En realidad, el principio básico de igualdad o de no discriminación es el *leit-motif* que dirige todo el corpus

⁶⁶ Leary, V. A., "The right to complain: the right to health", en *The Right...*, cit. *supra*, nota 67, págs. 69-101.

⁶⁷ Luckie, S., "The justiciability of housing rights", en *The Right...*, cit. *supra* nota 67, págs. 36-37 y 56-65.

⁶⁸ Citada en *Ibid.*, págs. 58 y cfr. págs. 35-36; se trata del caso de *Jones y otros versus Reino Unido* (resolución del 21-II-1986).

⁶⁹ Cfr. *Ibid.*, págs. 63 y 66-67. Sobre la materia, cfr. también Naciones Unidas/Centro de Derechos Humanos, *El Derecho a una Vivienda Adecuada* (Folleto informativo nro. 21), GENEVA, 1994, págs. 1-52.

iuris de la protección de los derechos humanos¹². De esta forma, se aplica a todas las categorías de derechos. En el pasado la doctrina y la jurisprudencia desarrollaron las consecuencias jurídicas de las violaciones al principio de la no discriminación en relación a los derechos civiles y políticos, a las libertades clásicas, pero, curiosamente omitieron hacerlo en relación a los derechos económicos, sociales y culturales. Solamente en los últimos años se ha vuelto la atención a éstos. Se trata de un cambio de postura alentadora, ya que carecía de sentido llevar hasta las últimas consecuencias las violaciones al principio de la no discriminación, en lo que respecta a los derechos civiles y políticos, y continuar tratando las mismas violaciones en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, únicamente como meras consecuencias adversas de las políticas económicas y públicas de los Estados, o simplemente como lamentables fatalidades... Esta visión desequilibrada y distorsionada, ya no tiene lugar en nuestros días. La aplicación ecuaníme del principio de no discriminación, con todo su potencial, en relación a los derechos humanos, revela un camino amplio y fértil, en la actual búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, tan desatendidos en el pasado.

Como consecuencia, el enfoque integral de los derechos humanos también ha sido invocado, precisamente, para lograr una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre que también se invoque una violación a la cláusula de no discriminación consagrada en los tratados de derechos humanos (p. ej., el art. 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Así, en dos de tres casos *holandeses* relativos a previsión social, el Comité de Derechos Humanos concluyó que se había producido una violación de la cláusula de no discriminación, en el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos: en los casos "Zwaan de Vries vs. Holanda" y "Breeke vs. Holanda" (ambos de 1987), las quejas se referían a la legislación holandesa que negaba a las mujeres casadas ciertos beneficios de desempleo, que eran concedidos a las mujeres solteras y a todos los hombres (casados o no). El

¹² Leary, V. A. *The Right...*, cit. *supra* nota 88, pág. 50.

Comité consideró que el artículo 26 del Pacto no exigía a los Estados la adopción de una legislación sobre previsión social, pero cuando el Estado tomaba la iniciativa de adoptarla tenía la obligación de cumplir con el artículo 26 del Pacto. De ese modo entendió el Comité que la cláusula de no discriminación del artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos también se aplicaba en relación con el goce de los derechos económicos sociales y culturales⁷².

Otro ejemplo de esta acción en el plano regional (europeo), reside en las garantías del debido proceso legal (p. ej., el art. 6º de la Convención Europea de Derechos Humanos), que también puede extender su protección a los derechos económicos y sociales en algunos de sus aspectos. Así, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció, en el caso "Airy vs. Irlanda" (1979), en el derecho a asistencia jurídica gratuita, una dimensión social del derecho a un proceso justo (*fair trial*)⁷³. En los casos "Feldbrugge vs. Holanda" y "Deumeland vs. Alemania" (ambos de 1986), la Corte Europea, por primera vez, buscó extender el derecho de acceso a los tribunales y a una audiencia pública (art. 6º [1] de la Convención Europea) a los beneficios de la previsión social. Posteriormente, en el caso "Salesi vs. Italia" (1993), la Corte Europea confirmó que la aplicación del artículo 6º (1) en el campo de la previsión social, se había tornado "regla general". En el reciente caso "Schuler-Zgraggen vs. Suiza" (1993), la Corte Europea volvió a abrir nuevas posibilidades de protección de los derechos económicos, sociales y culturales sobre el artículo 6º de la Convención Europea, aplicado juntamente con la cláusula de no discriminación del artículo 14 de la Convención⁷⁴.

⁷² Scheinin, M., "Economic and social rights as legal rights", en *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook* (eds. A. Eide, C. Krause y A. Rosas), Nijhoff, Dordrecht, 1995, pág. 44.

⁷³ *Ibid.*, págs. 46-48.

⁷⁴ *Ibid.*, págs. 46-49. La cláusula de no discriminación consignada en los tratados de derechos humanos también ha posibilitado la "realización inmediata" de determinados derechos, sea por la modificación de la legislación en caso de discriminación *de iure*, sea por la adopción de nueva legislación para poner fin a la discriminación *de facto*; Andriessen, B.A. - Smith, A.G. - Stokke, H., "Compliance with economic and social human rights:

Otros derechos consagrados en los tratados de derechos humanos, tales como el derecho a la privacidad y a la vida familiar, y el propio derecho fundamental a la vida, pueden igualmente abrir caminos para una protección más amplia de los derechos económicos y sociales⁷⁴, así como culturales, mediante una visión integral de los derechos humanos. Hay otras disposiciones, por ejemplo, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de relevancia para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, como las atinentes a la igualdad ante la ley (art. 26), y el acceso sin discriminación a los servicios públicos⁷⁵. Considerando debidamente el propio derecho a la vida en su acepción amplia, abarcando no sólo el derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente sino también el derecho a vivir en condiciones dignas⁷⁶, resulta claro que este derecho fundamental no se limita, por ejemplo, a la prohibición de ejecuciones sumarias o arbitrarias; también abarca la prohibición de omisiones por parte del Estado que, dotado de recursos, hace poco o nada para reducir la mortalidad infantil, o combatir o impedir epidemias⁷⁷. El reconoci-

realistic evaluations and monitoring in the light of immediate obligations", en *Human Rights in Perspective - A Global Assessment* (eds. A. Eide y B. Hagvet), Blackwell, Oxford, 1992, pág. 257.

⁷⁴ Cfr. Scheinin, M., op. cit. supra nota 73, pág. 51. Cabe tener siempre presente que los derechos económicos, sociales y culturales han encontrado consagración, no sólo en el Pacto de Naciones Unidas dedicado específicamente a ellos, sino también en otros tratados de derechos humanos, como p.ej., la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre Derechos del Niño (1989); cfr. Kumada, K., "The monitoring of economic, social and cultural rights", 35 *Review of the International Commission of Jurists* (1993), págs. 99-104.

⁷⁵ Matscher, F. (ed.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte - Eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme*, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg, 1991, pág. 432 (intervención de K. Samson).

⁷⁶ Cfr. en ese sentido, p.ej. Cançado Trindade, A. A., *Derechos Humanos e Meio-Ambiente - Paradigma dos Sistemas de Proteção Internacional*, Cap. III, Fabris, Porto Alegre, 1993, págs. 71-81.

⁷⁷ Naciones Unidas/Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Seminario sobre la Muerte y la Denegación de los Derechos Humanos* (1992, octubre de 1994) - Nota de la Secretaría, ONU doc. E/CN. 4/1995/101, del 15-XII-1994, págs. 10-11.

miento de la dimensión social de los derechos humanos, a partir del propio derecho fundamental a la vida, abre amplias posibilidades de combatir la pobreza extrema mediante la afirmación de la vigencia de los derechos humanos.

El actual proyecto de dotar al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, de un sistema de peticiones o comunicaciones individuales mediante la conclusión, con este propósito, de un futuro primer Protocolo Facultativo del Pacto (cfr. *infra*), se basa en la premisa de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Lo mismo ocurre con un actual proyecto de un futuro Primer Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, fundamentado del mismo modo en la premisa de la justiciabilidad de los derechos consagrados en aquella Convención, entre los cuales figuran ciertos derechos económicos, sociales y culturales. En relación al referido Proyecto de Protocolo al Pacto, en los debates actuales se argumenta que tal vez el término "denegaciones", así como el de "no observancia", serían preferibles al de "violaciones", puesto que presumiblemente se ajustaría mejor a los derechos económicos, sociales y culturales⁸⁰. Como corolario, en lugar de la noción de "víctima" (íntimamente ligada al término "violaciones"), también se ha sugerido una fórmula concentrada tan sólo en la ocurrencia de un "detrimento"⁸¹.

A esta visión también se ha opuesto el sólido argumento de que, siendo todos los derechos humanos indivisibles, debe preferirse el término "violaciones" a simples "no observancias", de manera de dar el mismo tratamiento a todos los derechos humanos⁸². Además, sería difícil lograr una armonía entre los términos "detrimento" (sustituyendo al de "víctima") y las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos económicos, sociales y culturales⁸³. Asimismo la identifi-

⁸⁰ Cfr. Van Hoof, F., "Explanatory Note on the Utrecht Draft Optional Protocol", en *The Right...*, cit. *supra* nota 67, págs. 150, 152 y 154.

⁸¹ *Ibid.*, págs. 161-162.

⁸² Flinterman, C., "Comments on the Utrecht and Committee Draft Optional Protocols", en *The Right...*, cit. *supra* nota 67, pág. 208.

⁸³ Vierdag, B., "Comments on the Utrecht and Committee Draft Optional Protocols", en *Ibid.*, pág. 202.

cación de elementos o componentes justiciables de estos derechos, a pesar del avance doctrinario que representa, no deja de presentar una dosis de riesgo, por la posibilidad que abre de que un órgano internacional de supervisión de derechos humanos venga a decidir, en el curso del examen de una petición o reclamo, que ésta otorga respeto a un elemento que le parece no justiciable⁵⁴. No sorprende que ante tales incertidumbres o dificultades, se esté buscando una fórmula de consenso para el Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El referido Proyecto de Protocolo, dotando al Pacto de un sistema de peticiones, prevé tan sólo peticiones de individuos y grupos, pero no peticiones por parte de los Estados, para la inclusión de las cuales no ha habido suficiente apoyo. Como condiciones de admisibilidad, dispone el Proyecto de Protocolo que las peticiones o comunicaciones no pueden ser anónimas; deben contener alegaciones que, de ser probadas, constituyan una violación de derechos consagrados en el Pacto; no debe consistir en un abuso del derecho a presentar peticiones; no pueden referirse a actos u omisiones ocurridos antes de la entrada en vigor del Protocolo para el Estado en cuestión (exceptuados los efectos de violaciones continuadas). Además, el Proyecto de Protocolo prohíbe la litispendencia. En relación al requisito del previo agotamiento de los recursos internos previsto en él, agrega que no se aplicará cuando el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales considere que su aplicación no sería razonable⁵⁵. El Proyecto de Protocolo otorga al Comité la facultad de ordenar medidas provisionales de protección, durante la consideración de casos, para evitar daños irreparables. Prevé además la posibilidad

⁵⁴ *Ibid.*, pág. 200.

⁵⁵ En este sentido, la misma formulación se encuentra en el texto de Utrecht (*infra*) y tiene paralelo en el ya citado actual Proyecto de Protocolo Adicional a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, dotada también de un sistema de peticiones. Tal posición, de mayor flexibilidad y más sensible a las imperativas de protección, está más de acuerdo con la racionalidad de la regla del agotamiento de los recursos internos en el contexto específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; *cf.* Cançado Trindade, A. A., *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983, págs. 1-445.

de solución amistosa. En el examen de peticiones y comunicaciones, faculta al Comité a tomar en cuenta informaciones obtenidas de distintas fuentes. Si el Comité concluye que un Estado dejó de cumplir sus obligaciones respecto al Pacto, puede formular recomendaciones al Estado en cuestión para remediar cualquier violación e impedir que ocurra nuevamente. El Estado deberá implementar las recomendaciones y reparar los daños. El Proyecto de Protocolo prevé, finalmente, el seguimiento (*follow-up*) y supervisión, por parte del Comité, de las medidas tomadas por el Estado concernido⁶⁴.

Además de esta versión del Proyecto de Protocolo, elaborada por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, existe otra versión que ha sido preparada en una reunión de peritos, realizada en Utrecht, Holanda, del 25 al 28 de enero de 1988⁶⁵. En esta reunión surgió el dilema entre el uso del término "violaciones" y la constatación de situaciones en las que no se llegan a configurar violaciones de derechos humanos. A pesar de que la mayoría de los participantes prefirieron una terminología más blanda —p. ej., "falta en el cumplimiento de las obligaciones", en vez de "violaciones"— finalmente se llegó a una fórmula consensual que es la siguiente: mantener el término "violaciones" en el preámbulo y las primeras disposiciones sobre derecho de petición, y emplear la expresión más blanda de "falta en el cumplimiento de las obligaciones" en las disposiciones siguientes, particularmente en aquellas referidas al examen en cuanto al mérito de las peticiones y comunicaciones⁶⁶. Tales debates relativos al Proyecto de Protocolo al Pacto

⁶⁴ ver *Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Draft Optional Protocol Providing for the Consideration of Communications* (report by Ph. Alston), doc. E/C.12/1994/12, de 9-XI-1994, págs. 1-13; para el texto del Protocolo, cfr. *ibid.*, Anexo, págs. 14-18, y cfr. págs. 4-5.

⁶⁵ Cfr. texto en *The Right...*, *cit. supra* nota 67, págs. 233-238; el preámbulo del texto de Utrecht se refiere, *inter alia*, a la "importancia particular" atribuida por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos a los procedimientos facultativos de peticiones o comunicaciones.

⁶⁶ Todo esto sin perjuicio del uso del término "no observancia" en relación tanto a las "violaciones" como a las "faltas" de los Estados en cumplir con sus obligaciones. Van Hoof, F., "Discussion on the Draft Optional Protocol - Introduction to the Utrecht Draft Protocol", en *The Right...*, *cit. supra* nota 67, pág. 234.

han repercutido, naturalmente, en la construcción contemporánea sobre la materia.

Así también se ha advertido recientemente que, para contrarrestar las dificultades de la supervisión internacional de los derechos económicos sociales y culturales generadas por la característica de "realización progresiva" de estos últimos, cabría realizar un enfoque de las "violaciones" de esos derechos⁸⁹, de modo de establecer patrones de cumplimiento de las obligaciones en esta área y fomentar la formación de una jurisprudencia internacional que favorezca el propio monitoreo de esos derechos. Para aplicar este enfoque, también se ha sugerido categorizar las posibles violaciones, que podrían ser de tres tipos, a saber: actos o actividades del Estado violatorios de normas del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o prácticas que generen condiciones contrarias a la realización de los derechos en él consagrados; violaciones relativas a patrones de discriminación en violación del Pacto; y violaciones resultantes de la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas de la Convención⁹⁰. El enfoque de "violaciones" viene, además —cabe resaltar—, a establecer criterios de tratamiento equiparable a los derechos económicos, sociales y culturales, así como de los derechos civiles y políticos.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, son considerables los esfuerzos que se evidencian, en este final del siglo XX, en el sentido de asegurar una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales. Cabe tener siempre presente que, así como ocurrió en poco más de dos siglos con los derechos civiles y políticos en muchos países, también los derechos económicos y sociales seguidos de los culturales, gradualmente evolucionarán a partir de reivindicaciones de derechos (p. ej., la previsión social, a partir de los años treinta). Poco a poco se articularán como verdaderos derechos, a partir de una formación de conciencia social en este sentido, para que contribuyan a atribuirles un valor fun-

⁸⁹ Chapman, A. R., "A New Approach to Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *55 Review of the International Commission of Jurists* (1995), págs. 22, 26-27 y 30-31.

⁹⁰ *Ibid.*, págs. 33-37.

damental (más allá de consideraciones de orden meramente pragmático)⁹¹.

Los avances en esta área proseguirán en la medida en que los derechos económicos, sociales y culturales continúen contando con el apoyo de todos —instituciones públicas y sociedad civil, y de modo especial, a la par del Poder Ejecutivo, los Poderes Legislativo y Judicial— tratándolos como verdaderos derechos que son⁹². Cabe —sobre todo a los *ius internacionalistas*— proseguir resueltamente en la exploración de vías que propicien asegurar a esos derechos la misma protección que disfrutan los derechos civiles y políticos, en coincidencia con la tesis de la indivisibilidad de todos los derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

La visión compartimentada de los derechos humanos, pertenece al pasado, y la reflexión de confrontes ideológicos de otrora, ya se encuentra superada. El agravamiento de las disparidades socioeconómicas entre los países, y entre las clases sociales dentro de cada país, provocó una profunda recuperación de las premisas de categorización de derechos. La nefasta fantasía de las llamadas "generaciones de derechos", histórica y jurídicamente infundada, en la medida en que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmystificada⁹³. El fenómeno que hoy se puede testimoniar no es el de un suceso, sino, antes bien, de una expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos, consagrados en consonancia con una visión necesariamente integrada de todos los derechos humanos. Las razones histórico-ideológicas de la compartimentación han

⁹¹ Cf. *Economic and Social Rights and the Right to Health* (Interdisciplinary Discussion held at Harvard Law School in 1993), Harvard Law School, Cambridge/Mass., 1995, págs. 18 y 28-29.

⁹² *Ibid.*, págs. 40 y 42.

⁹³ Cançado Trindade, A. A., *Derechos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, Fabris, 1993, págs. 191-192; Cançado Trindade, A. A., "Derechos de Solidaridad", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. I, IIDH, San José de Costa Rica, 1994, págs. 63-73.

desaparecido; hoy se puede ver con claridad que los avances en las libertades públicas en algunos países en los últimos años, deben acompañarse necesariamente, no de retrocesos —como viene ocurriendo en numerosos países—, sino de avances paralelos en el campo de lo económico y social. El empobrecimiento a que vienen siendo sometidos amplios y crecientes segmentos de las poblaciones de los países endeudados constituye un grave atentado a los derechos humanos.

Estos últimos deben ser tomados en su conjunto. ¡Cuántos gobiernos, con el pretexto de buscar la "realización progresiva" de determinados derechos económicos y sociales en un futuro indeterminado, violaron sistemáticamente los derechos civiles y políticos (p. ej., en la América Latina las dictaduras, particularmente en la década de los setenta! ¡Cuántos gobiernos se vienen escudando en las conquistas de los derechos civiles y políticos para negar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales (p. ej., la América Latina de hoy! ¡Cuántos gobiernos se arrojan como "promotores" de algunos derechos económicos y sociales para continuar minimizando los derechos civiles y políticos (p. ej., los países fundamentalistas en los trabajos de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, además de varios países asiáticos hoy! ¡Cuántos gobiernos, en diferentes partes del mundo, insisten en "escoger" los derechos a "dar prioridad" y promover, postergando la realización de los demás a un futuro indefinido! Tales posturas hablan por sí mismas, revelando las incongruencias de visiones atomizadas o fragmentadas de los derechos humanos. A la integridad del ser humano corresponde la definitiva integridad de sus derechos.

Al poner la atención en las décadas pasadas, no deben negarse por ello los avances, tanto en el plano doctrinario como en la implementación, de los derechos económicos, sociales y culturales (particularmente los dos primeros de esta trílogía). Los continentes europeo y americano también han optado por soluciones distintas en la búsqueda de una implementación más eficaz de aquellos derechos: el continente europeo prefirió expandir el elenco de los derechos consagrados y protegidos en la Carta Social Europea mediante la adopción, en 1987, del Primer Protocolo a esta última, y dotar a la Carta de un sistema de reclamaciones colectivas merced a la aprobación, en 1995, de un Segundo Protocolo. En cuanto el continente americano, optó por la adopción, en 1988, de un

Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Consejo de Europa ha preferido por el momento, colocar ciertos derechos económicos y sociales adicionales en el sistema (perfeccionado) de protección de la Carta Social Europea y no de la Convención Europea de Derechos Humanos (también perfeccionado por sus once Protocolos); los redactores del Protocolo de San Salvador, en cambio, prefirieron llenar la laguna histórica hasta entonces existente en el sistema interamericano de protección (en particular en el *corpus* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien encontramos, por un lado, que el enfoque por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa —respecto de los medios para lograr una mayor eficacia en la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales—, parece estar pautado por la prudencia —al no estar dispuestos a asumir compromisos adicionales o más amplios sobre los cuales no tengan certeza absoluta de su real capacidad de cumplirlos—, no por eso, por otro lado, se justificaría semejante actitud por parte de los Estados del continente americano en el proceso de elaboración del Protocolo Adicional de 1988 a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los Estados europeos, a diferencia de los Estados americanos, ya disponían de mecanismos que aseguraban un cierto grado de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Así, paralelamente a la Convención Europea de Derechos Humanos, la ya mencionada Carta Social Europea de 1961 se dedica a la protección de los derechos económicos y sociales del individuo (derecho al trabajo, a la libertad sindical, a la seguridad social, entre otros), mediante un sistema de control que se asemeja al de la OIT²⁴: sistema

²⁴ Ya se observó que los mecanismos de la OIT han sido más eficaces que los procedimientos de supervisión de la Carta Social Europea y, más recientemente, que los del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Beites, L., "The International Implementation of Economic and Social Rights by ILO", *6 Netherlands Quarterly of Human Rights* (1988), págs. 29-42.

de informes, bienales, en relación a disposiciones aceptadas de la Carta, y no regulares, en relación a disposiciones no aceptadas por el Estado en cuestión. La Carta prevé la posibilidad de aceptación "parcial" facultativa, *ratione materiae*⁶⁵. No obstante, a pesar de toda esta flexibilidad, también se ha desarrollado cierta "jurisprudencia" por parte de los distintos órganos de supervisión, y la Carta también ha acarreado consecuencias prácticas tanto para la legislación como para la práctica de las naciones, en el ámbito del derecho interno de los Estados Parte, los que, por su parte, también han presionado recientemente en el sentido de fortalecer los sistemas de control⁶⁶ (inclusi- ve mediante el reciente Segundo Protocolo a la Carta adoptado en 1995). Al mismo tiempo, gradualmente, se va formando, como vimos, jurisprudencia sobre la propia Convención Europea de Derechos Humanos, tendiente a considerar no solamente cuestiones "privadas", sino también las que se sitúan en el ámbito del derecho público o social.

Además de todo, no hay ninguna imposibilidad lógica o jurídica de que se amplie el elenco de derechos protegidos por la Convención Europea, por medio de nuevos Protocolos a ella, que se sumen a los once ya existentes. Se trata de un sistema de protección regional abierto a las transformaciones económico-sociales por las que pasa la sociedad europea⁶⁷. Además, los tratados que establecieron las instituciones comunitarias europeas tienen dispositivos referidos al campo de acción propio de los derechos del trabajo y seguridad social en el ámbito de la Unión Europea (p. ej., disposiciones sobre

⁶⁵ Artículo 20, y cfr. artículo 33.

⁶⁶ Wiebringhaus, H., "La Charte Sociale Européenne: vingt ans après la conclusion du traité", *Annuaire Français de Droit International* (1982), págs. 934-947; Betten, L., "The European Social Charter", 6 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1988), pág. 82, y cfr. más recientemente, Kenny, T., *Securing Social Rights across Europe - How NGOs Can Make Use of European Social Charter*, Oxfam, London, 1997, pág. 24.

⁶⁷ Así lo admite, p. ej., Castberg, para quien hay un "relativistic approach" y un "elemente dinámico" en aquel sistema regional de protección: así los instrumentos internacionales que lo componen no representan un catálogo completo de derechos humanos "whose form and substance have been determined once and for all"; Fredo Castberg, *The European Convention on Human Rights*, Leiden/Dobbs Ferry N.Y., Sijthoff/Gordon, 1974, págs. 186-187.

la libre circulación de los trabajadores, seguridad social de los trabajadores y sus familias, Fondo Social Europeo, y armonización de legislaciones y políticas sociales)⁹⁸.

En contrapartida, en el continente americano (como un todo desprovisto, como se sabe, de un cuadro institucional integracionista como el de la Unión Europea, a pesar de los esfuerzos subregionales del Grupo Andino, y más recientemente del Mercosur) subsiste una laguna histórica —que debería rellenarse— en el sistema regional de protección, por cuanto se optó inicialmente por la inserción en la Convención Americana sobre Derechos Humanos tan sólo de derechos civiles y políticos, y una única disposición sobre el “desarrollo progresivo” de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 28). Además de eso, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales de 1948, revestía carácter esencialmente declarativo. Urgía, pues, establecer normas para la protección efectiva de aquellos derechos, que además aumentara el slenco de derechos garantizados y fortaleciera la medida o el grado de protección de los individuos y grupos en el campo económico, social y cultural. Con ese propósito, se optó por la adopción del Protocolo Adicional (de 1988) a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Mientras que el Protocolo no entre en vigor, subsisten posibilidades de acción en este campo, a través de los mecanismos convencionales existentes.

Los desarrollos recientes en búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, en los planos tanto regional como global (Naciones Unidas) y sobre todo en este último, son testimonio de la aceptación virtualmente universal en nuestros días de la tesis de la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos. Existe un consenso general en torno de ese concepto, expuesto en la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos en Teherán en 1968 y reiterado en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en Viena en 1993, que atende a una noción integrada de los derechos humanos. Esta consagración en el plano doctrinario, no debe convertir en abstractos los esfuerzos

⁹⁸ Cfr. páj. arts. 2-3, 48-51 y 117-128 del Tratado de Roma CEE; para un estudio, cfr. Seché, J. C., *Salarios et Droit Social*, Bruxelles, CEE, (mimeografiada, de circulación interna).

de identificación en el plano normativo, de un núcleo común universal de derechos fundamentales inderogables. Este logro alentador, como conquista definitiva de la civilización, no se acompañó hasta el presente, de desarrollos equivalentes *pari passu* en el campo procesal, en el que aún prevalece una ausencia de "jerarquía" entre los diferentes mecanismos de protección (en los planos global y regional), en gran parte debido a la propia evolución histórica de esos mecanismos como respuestas a distintas violaciones a derechos humanos²⁴.

A pesar de esta diversidad de medios de protección, no hay imposibilidad lógica o jurídica de continuar avanzando rumbo a la consagración, en el plano sustantivo, de un núcleo universal más enriquecido de derechos inderogables, y rumbo a una protección, en el plano procesal, cada vez más eficaz y perfeccionada de todos los derechos humanos, inclusive los derechos económicos, sociales y culturales, desatendidos en el pasado. Es significativo que ya se comienza hoy a considerar lo que constituirá un "núcleo fundamental" de derechos económicos, sociales y culturales. Existen quienes, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, argumentan que tal núcleo estaría constituido por los derechos al trabajo, a la salud y la educación. En recientes reuniones internacionales de peritos también se han referido, como posibles componentes de aquel núcleo, a los llamados "derechos de subsistencia" (p. ej., derecho a la alimentación, derecho a la vivienda, derecho a la atención médica y derecho a la educación). Los debates apenas se han iniciado y ciertamente se prolongarán con el correr de los próximos años, que nos conducen a un nuevo siglo.

Aunque hasta ahora no hay respuestas definitivas, no deja de ser alentador que ya se haya dado inicio a la consideración de la formación de un núcleo fundamental de derechos económicos, sociales y culturales, en forma semejante a lo que ha pasado en la formación y consagración del núcleo fundamental de los derechos civiles y políticos hoy univer-

²⁴ Cançado Trindade, A. A., "Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights (At global and regional levels)", 202 *Revue des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987), págs. 1-435.

salmente reconocidos, en el propio Derecho Internacional Convencional de Derechos Humanos (núcleo de derechos inderogables), conformado por los derechos a la vida, a no ser sometido a torturas o esclavitud, a no ser condenado por aplicación retroactiva de la ley penal. Jurídica y epistemológicamente nada impide, en razón y consecuencia de la propia indivisibilidad de todos los derechos humanos, que determinados derechos económicos, sociales y culturales básicos puedan en el futuro llegar a componer un núcleo más enriquecido de derechos fundamentales inderogables.

El propio derecho a la vida, tenido como el más fundamental de todos los derechos, tomado en su amplia dimensión abarca también las condiciones de vida (derecho a vivir con dignidad); pertenece al mismo tiempo tanto al dominio de los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales¹⁰⁸. No puede, naturalmente, limitarse sólo a los llamados "derechos de subsistencia": hay que ir mucho más allá. La experiencia en la promoción y protección de los derechos humanos no se ha limitado a la satisfacción de las necesidades humanas básicas, que constituyen tan sólo el mínimo, el paso inicial; se ha vislumbrado un horizonte más amplio, a través de la capacitación en materia de derechos humanos, del ejercicio pleno del derecho de participar en todos los campos de la actividad humana. Los mecanismos internacionales de protección de los derechos económicos, sociales y culturales poco lograrán sin modificaciones profundas concomitantes, en el seno de las sociedades nacionales, dictadas por los imperativos de la justicia social, para que todos puedan beneficiarse del progreso social. Cabe situar a la persona humana en el centro de todo proceso de desarrollo, lo que requiere un espíritu de mayor solidaridad en cada sociedad nacional, y la conciencia de que la suerte de cada uno está inexorablemente ligada a la suerte de todos.

Hay que reconocer los considerables esfuerzos doctrinarios que se han venido haciendo en pro de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional. En ese sentido también se ha orien-

¹⁰⁸ Cançado Trindade, A. A., *Diréctas...*, cit. supra nota 93, págs. 71-81.

tado a la identificación, en el elenco de estos últimos, de los derechos de aplicación inmediata, así como de los elementos o componentes justiciables de tales derechos; la identificación de las distintas obligaciones —de respetar, proteger, asegurar y promover— afines a los derechos económicos, sociales y culturales y de las obligaciones mínimas relativas a ellos; la comprensión de la prohibición de la discriminación aplicándose a todos los derechos humanos, no sólo de los derechos civiles y políticos sino también de los derechos económicos, sociales y culturales. Todos estos esfuerzos doctrinarios se han desarrollado a la luz de una visión necesariamente integral de todos los derechos humanos.

En fin, en lo que concierne al futuro de los mecanismos de protección internacional, es de esperar que el Proyecto de Protocolo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales así como el Proyecto de Protocolo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sean adoptados y entren prontamente en vigor, para finalmente establecer, en el ámbito de los tratados sobre derechos humanos de Naciones Unidas, un sistema de peticiones, reclamos y denuncias en relación a determinados derechos económicos, sociales y culturales. Solamente así se reducirán y superarán las disparidades actualmente existentes entre los procedimientos de implementación internacional de esos derechos y de los derechos civiles y políticos. Son igualmente significativas, y también merecedoras de todo apoyo, las recientes iniciativas y propuestas, adelantadas del mismo modo en el plano global (Naciones Unidas), en el sentido del perfeccionamiento del sistema de informes sobre derechos económicos, sociales y culturales y de la designación de *rapporteurs* especiales para examinar e investigar aspectos de estos derechos. Tales medidas, plenamente concretizadas, propiciarán conjuntamente un mayor equilibrio en la implementación internacional de los derechos civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales. Esto significa, en última instancia, dar finalmente una expresión real y concreta, no sólo en la doctrina sino también en la práctica, a la tesis de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

Brasília, 2 de abril de 1997

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Economic and Social Rights and the Right to Health* (Interdisciplinary Discussion held at Harvard Law School in 1993), Cambridge/Mass., Harvard Law School, 1995.

Alston, Philip, "No right to complain about being poor: The need for an optional protocol to the economic rights covenant", *The Future of Human Rights Protection in a Changing World - Essays in Honour of Torbjørn Ophof* (eds. A. Eide e L. Helgesen, Norwegian University Press, Oslo, 1991).

— "The United Nations' Specialized Agencies and implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Columbia Journal of Transnational Law*, 1978, vol. 18.

Alston, Philip - Quinn, Gerard, "The nature and scope of state parties' obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quarterly*, 1987, vol. 9.

Berenstein, A., "Economic and social rights: Their inclusion in the European Convention on Human Rights - Problems of formulation and interpretation", *Human Rights Law Journal*, 1981, vol. 2.

Bernhardt, R. - Jolowicz, J. A. (eds.), *International Enforcement of Human Rights* (Heidelberg Colloquy, Max-Planck-Institut, 1985), Berlin/Heidelberg, Springer-Verlag, 1987.

Bisch, P. M., "Différents sens de l'indivisibilité des droits de l'homme", *Indivisibilité des Droits de l'Homme*, Ed. Univ. Fribourg, Fribourg, 1985.

Bessuyt, M., "La distinction juridique entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels", *Revue des Droits de l'Homme* / *Human Rights Law Journal*, 1975, vol. 8.

Buergenthal, Th., *International Human Rights in a Nutshell*, West Publ. Co., St. Paul/Minn., 1986.

Caetano Trindade, A. A., *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. 1, Fabris, Porto Alegre, 1987.

— *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, Saraiva, São Paulo, 1991.

— *Direitos Humanos e Meio-Ambiente-Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Fabris, Porto Alegre, 1993.

— "A questão da implementação internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais: evolução e tendências atuais", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, 1990, vol. 71.

— "La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: Evolution et tendances actuelles", *Revue de Sociologie Brésilière de Droit International*, 1991, vol. 75/76, y *Revue Générale de Droit International Public*, Paris, 1990, vol. 94.

— "La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, IIDH, San José de Costa Rica, 1994.

— "La relación entre el desarrollo sustentable y los derechos eco-

nómicas, sociales y culturales", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 2, IIDH, San José de Costa Rica, 1995.

— "Derechos de Solidaridad", *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, vol. 1, IIDH, San José de Costa Rica, 1994.

— "De direitos económicos aos direitos económicos, sociais e culturais", en *Desenvolvimento Económico e Intervenção do Estado no Ordenamento Constitucional - Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington P. Albino de Souza* (coord. R.A.L. Camargo), Fabris, Porto Alegre, 1995.

Cassin, R., "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International - Hais*, 1951, vol. 79.

Chapman, A. R., "A new approach to monitoring the international covenant on economic, social and cultural rights", *Review of the International Commission of Jurists*, 1995, vol. 55.

Coomans, F. - Galenkamp, M. (eds.) *Economic, Social and Cultural Rights - Collective Rights*, SIM, Utrecht, 1995.

Coomans, F. y Van Hoof, F. (eds.) *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, SIM, Utrecht, 1995.

Council of Europe, *Additional Protocol to the European Social Charter Providing for a System of Collective Complaints and Explanatory Report*, C.E., Strasbourg, 1995.

Craven, M. C. R., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

Dinastria, Y., "Cultural rights", *Les Droits de l'Homme - Droits Collectifs ou Droits Individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), LGDJ/Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1980.

Gaupp, M. (rapporteur), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Problems, Policies, Progress*, in (Commission on Human Rights), N.Y., 1975.

Golsong, H., "Evolution de la conception des droits collectifs dans la politique internationale", *Les Droits de l'Homme - Droits Collectifs ou Droits Individuels* (Actes du Colloque de Strasbourg, 1979), LGDJ/Pichon et Durand-Auzias, Paris, 1980.

Gros Espiell, H., *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano*, San José, Libro Libre, 1996.

— *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. II, San José/Madrid, IIDH/Civitas, 1988.

Humphrey, H., "The International Law of Human Rights in the Middle Twentieth Century", *The Present State of International Law and Other Essays* (Centenary Celebration of the International Law Association 1873-1973), Kluwer, Dordrecht, 1973.

Jacobs, F. G., "The extension of the European Convention on Human Rights to include economic, social and cultural rights", *Human Rights Review*, 1978, vol. 3.

Jenks, C. W., *Human Rights and International Labour Standards*, Stevens/Praeger, London/N.Y., 1960.

Kenny, T., *Securing Social Rights across Europe - How NGOs Can Make Use of European Social Charter*, Oxfam, London, 1987.

Kumada, K., "The monitoring of economic, social and cultural rights", *Review of the International Commission of Jurists*, 1995, vol. 55.

Lavie, J.-P., "La protection des droits économiques et sociaux de l'homme par l'Organisation Internationale du Travail", *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1991, vol. 3.

Matscher, F. (ed.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte - Eine rechtsergleichende Bestandsaufnahme*, N.P. Engel Verlag, Kehl/Strasbourg, 1991.

Mayanga Lora, R., *Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 2a. Ed., Ed. Jur. de Chile, Santiago, 1980.

Naciones Unidas/Certral, *Magnitud de la Pobreza en América Latina en los Años Ochoenta*, *INCEPAL*, Santiago de Chile, 1991.

Peces-Barba, G., "Reflections on economic, social and cultural rights", *Human Rights Law Journal*, 1991, vol. 1.

Pellenpää, M., "Economic, social and cultural rights", en *The European System for the Protection of Human Rights* (eds. R.St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold) Nijhoff, Dordrecht, 1993.

Schminn, M., "Economic and social rights as legal rights", en *Economic, Social and Cultural Rights - A Textbook* (eds. A. Eide, C. Krause y A. Hussai), Nijhoff, Dordrecht, 1995.

Schwellb, E., "Some aspects of the measures of implementation of the international covenant on economic, social and cultural rights", *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal*, 1988, vol. 1.

Truback, D. M., "Economic, social and cultural rights in the Third World: human rights law and human needs programs", *Human Rights in International Law: Legal and Policy Issues* (ed. Th. Marant, vol. 1, Clarendon Press, Oxford, 1984.

Türk (special rapporteur), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights - Final Report*, O.N., 1992.

Turp, D., "Le contrôle du respect du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels", *Le Droit International au Service de la Paix, de la Justice et du Développement*, Mélanges Michel Virally, Paris, Pédone, 1991.

UNESCO, *La Erradicación de la Pobreza Crítica en América Latina y el Caribe*, Paris, 1988.

Van Boven, Th. C., "United Nations policies and strategies: Global perspectives?", *Human Rights Thirty Years after the Universal Declaration* (ed. B.G. Ramcharan), Nijhoff, The Hague, 1979.

Van Dijk, P. - Van Hoof, G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Deventer, Kluwer, 1984.

Van Hoof, G. J. H., "The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views", *The Right to Food* (eds. Ph. Alston y K. Tomasevski), Nijhoff/SIJM, Dordrecht/Utrecht, 1984.

Vasak, K., "Les problèmes spécifiques de la mise en oeuvre internationale des droits économiques et sociaux de l'homme", *Veux une Protection*

Effector des Droits Économiques et Sociaux? (Colloque de Louvain, 1972), Bruylant/Vandeur, Bruxelles, 1973.

— (ed.), *Les Dimensions Internationales des Droits de l'Homme*, UNESCO, Paris, 1978.

Vierdag, E. W., "The legal nature of the rights granted by the international covenant on economic, social and cultural rights", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1978, vol. 8.

Wicheringhaus, "La Convention Européenne des Droits de l'Homme et la Charte Sociale Européenne", *Revue des Droits de L'homme/Human Rights Journal*, 1975, vol. 8.

Wolf, F., "Aspects judiciaires de la protection internationale des droits de l'homme par l'OIT", *Revue des Droits de l'Homme/Human Rights Journal*, 1971, vol. 4.

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO LOS ESTADOS DE SITIO O DE EXCEPCIÓN*

LEANDRO DESPOUY

I. INTRODUCCIÓN

Visión general

1. No cabe duda de que entre los cambios más trascendentes que han tenido lugar a lo largo de este siglo figura la evolución operada en el campo de los derechos humanos, donde se ha producido un paulatino desplazamiento del tradicional protagonismo del Estado hacia una nueva visión, más centrada en los seres humanos que en las estructuras que ejercen el poder. En la actualidad, la legitimidad de éstas, resulta menos de su autoridad formal que de la manera en que permiten a las personas y los pueblos el goce efectivo de sus derechos y libertades fundamentales.

2. En esta perspectiva, el reconocimiento de la dimensión internacional de los derechos humanos, y la emergencia del individuo como sujeto de derecho internacional constituyen las primeras dos grandes conquistas de esta época e introdu-

* Transcripción del Informe realizado por Leandro Despouy para las Naciones Unidas en su calidad de Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos, y publicado como E/CN.4/Sub.2/1997/19 del 23-VI-1997.

con una dimensión ética a las relaciones jurídicas internacionales. Paradójicamente, en el momento mismo en que estos logros normativos entraban en vigor, el mundo se veía contaminado por una suerte de epidemia institucional de estados de excepción que, como una enfermedad contagiosa, estaban gangrenando los cimientos democráticos de muchas sociedades, se perennizaban en el tiempo y se iban propagando en muchos países de casi todos los continentes, sobre todo a partir de la década del sesenta.

3. De esta manera, en toda una serie de casos, los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendían "legalizar" los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades. Casi ninguno de los regímenes dictatoriales de la época resistió a la tentación de intentar justificar tanto su irrupción o su mantenimiento en el poder, como su accionar represivo concreto. Desde las bambalinas del poder, destacados tecnócratas de la ciencia del derecho supieron comportarse como fieles servidores del "príncipe" pretendiendo dar visos de legalidad a lo que no era sino el reino de lo arbitrario.

4. Además, esta verdadera proliferación de estados de excepción tenía lugar en el marco de la dura confrontación ideológica de la guerra fría y de la que muchísimos gobiernos se sirvieron para combatir su propia disidencia interna. Acontecía con notoria frecuencia que quienes disintían de un gobierno no eran tratados como legítimos opositores sino como enemigos internos, agentes del enemigo internacional, y por lo tanto, factores de riesgo e inseguridad para la nación. La versión más perversa de esta concepción del Estado y del ejercicio del poder fue "precisamente" la llamada "doctrina de la seguridad nacional", que en algunas regiones sirvió de fundamento político e ideológico a las más crueles y aberrantes dictaduras de las décadas pasadas.

5. Lo que surge de estas experiencias es que, en todos los casos, la proclamación del estado de excepción, o la aplicación lisa y llana de medidas de esta naturaleza, fue el instrumento jurídico del que se sirvieron muchos dictadores para suprimir los derechos humanos de la mayoría de la población y

aniquilar toda forma de oposición política. A su vez, la llamada "doctrina de la seguridad nacional" y sus variantes (condenada más tarde por la Comisión de Derechos Humanos en tanto doctrina contraria a los derechos humanos) fue en realidad el arsenal ideológico que pretendió dar legitimidad a este tipo de comportamiento.

6. En este contexto se puede comprender la enorme significación que tuvo el estudio realizado por la Sra. Nicole Questiaux en 1982³, al fijar con precisión las condiciones y los requisitos que definen la legalidad del estado de excepción y hacen que su correcta aplicación sea compatible con la vigencia de los derechos humanos y con las formas democráticas de gobierno. Se trataba entonces de un verdadero combate del derecho, impuesto por quienes lo negaban y en el que lo que estaba en juego era la supervivencia del *imperio del derecho*, que es, precisamente, uno de los principios más caros de la ciencia jurídica contemporánea.

7. No obstante esta toma de conciencia, hubo que vencer aún toda una serie de obstáculos en el camino de la protección de los derechos humanos en las situaciones de excepción. En forma un tanto esquemática, nos limitaremos a señalar dos de ellos, ambos de carácter interpretativo:

- El primer obstáculo, fundado en una interpretación restrictiva de la supervisión internacional, pretendía limitar la operatividad de los derechos humanos a las situaciones de paz o de normalidad. Muchos gobiernos entendían que en los momentos de crisis, cuando lo que estaba en juego era la seguridad nacional o la estabilidad del régimen, por ejemplo, las autoridades debían sentirse liberadas de todo tipo de control, sea interno o internacional, pudiendo recurrir a cualquier medio o instrumento para conjurar la crisis.

- El segundo obstáculo consistía en el argumento falaz y perverso de decir, en lo interno, que el país vivía en un estado de guerra "sucio", no convencional, que obligaba a las autoridades a suspender el ejercicio de los derechos humanos

³ ECN.4/Sub.2/1982/15.

y sostener, en el orden internacional, que los convenios del derecho internacional humanitario no eran aplicables por no tratarse de un conflicto armado internacional, y menos aún de una guerra declarada. Se configuraba así una suerte de "no man's land" jurídico en el que todo estaba permitido, incluso los comportamientos más crueles y aberrantes y las violaciones más graves de los derechos humanos.

8. Afortunadamente, como lo demuestra este estudio, en los últimos años se ha consolidado la idea de que el estado de excepción es una *institución del Estado de Derecho* y, como tal, debe reunir determinadas condiciones y requisitos que obran a la manera de garantías jurídicas para preservar los derechos humanos en las situaciones de crisis. Asimismo, y como lo pone de manifiesto la labor realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, los distintos órganos regionales de control y la práctica del propio Relator Especial, la supervisión internacional se ha visto reforzada por tratarse justamente de situaciones en las cuales, como está ya comprobado, los derechos humanos están más expuestos a ser violados y por lo tanto requieren mayor protección. La tarea de supervisión internacional se ha transformado en una actividad incontestable y de esta manera, se ha reforzado.

9. Más aún, la jurisprudencia de los órganos de supervisión ha ampliado la nómina de los derechos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión, confiriendo este carácter a otros derechos no enunciados en forma explícita en los propios instrumentos jurídicos internacionales.

10. Otra gran conquista que debe señalarse consiste en la armonización y la complementariedad tuitiva que se reconoce hoy a las normas del derecho internacional humanitario con las normas del derecho internacional de los derechos humanos. Más aún, otros órganos, con competencia específica como los de la OIT, o con competencia general como la Corte Internacional de Justicia de La Haya, han generado una jurisprudencia convergente, configurándose así una suerte de estándar internacional de normas y principios que rigen las situaciones de excepción y que han servido de marco jurídico de referencia al Relator Especial.

11. Pero este rápido panorama sería incompleto si no se señalara, aunque sea brevemente, la preocupante dimensión que han adquirido los conflictos armados en los últimos tiempos, las modalidades de su desarrollo y el impacto terrible que los mismos tienen sobre los derechos humanos del conjunto de la población. Viejos demonios que creíamos enterrados para siempre han vuelto a emerger y han estado presentes en contextos tan dramáticos como el de la antigua Yugoslavia. El componente étnico, asociado a otros de origen político, económico, histórico y cultural, está socavando los frágiles cimientos políticos de África con unas secuelas desgarrantes de enfrentamiento, en las que las principales víctimas son las poblaciones civiles, y un resurgimiento del crimen de genocidio. A su vez, la pobreza, sobre todo en su forma más extrema y, en algunos casos, hasta el empobrecimiento de los sectores medios, configura en la actualidad una de las principales causas de tensiones sociales y políticas, como se nota en Albania y otros países. En efecto, en los últimos tiempos, la pobreza ha adquirido niveles de conflictividad mayor que la que había tenido en las décadas pasadas e incide a su vez sobre otros factores de la misma índole como son las presiones migratorias, el comercio ilegal de estupefacientes, el terrorismo, que definen las causas estructurales de nuevos fenómenos de violencia. Muy a menudo, estos fenómenos dan lugar, en una u otra forma, a la declaración del estado de excepción o a su aplicación *de facto*, o bien están en la base de grandes estallidos de violencia generalizada. Evidentemente, los logros alcanzados en materia de protección de los derechos humanos y de regulación de los estados de excepción, así como en la supervisión internacional de su aplicación, resultan insuficientes para hacer frente a estas nuevas modalidades. Por ello, en forma complementaria a los controles que se ejercen, se impone la necesidad de atacar las causas estructurales de los conflictos, de establecer mecanismos para prevenir su desencadenamiento y articular instrumentos de "alerta temprana" para actuar con mayor eficiencia.

Antecedentes del estudio

1. *Inclusión del tema en la agenda de las Naciones Unidas y designación de un Relator Especial*

12. La Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y

Protección a las Minorías, profundamente preocupada por la frecuencia con que algunos países aplicaban las disposiciones que regulan las situaciones llamadas de estado de sitio o de excepción y por la forma en que recurrían a las mismas, convencida de que existía una cierta relación entre dicha aplicación y el deterioro de los derechos humanos en esos países, mediante su Resolución 10 (XXX) del 31 de agosto de 1977, solicitó al Consejo Económico y Social (por intermedio de la Comisión de Derechos Humanos), autorización para llevar a cabo un análisis detallado de esta cuestión.

12.1 Fue así como, por primera vez, las Naciones Unidas decidieron proceder a un estudio en profundidad sobre este tema², confiando a la experta de la Subcomisión, Sra. Nicole Questiaux, la realización del mismo. Luego de varios años de labor, la Sra. Questiaux presentó un informe completo a la Subcomisión en su 35º período de sesiones (E/CN.4/Sub.2/1982/15).

12.2 El estudio marcó un paso decisivo en la comprensión de esta temática, en la identificación de sus consecuencias sobre el conjunto de los derechos humanos y formuló, entre otras recomendaciones, la de realizar un seguimiento permanente de la cuestión.

12.3 Por ello, en su Resolución 1983/30, la Subcomisión decidió incluir en su programa de trabajo un tema titulado: "El ejercicio del derecho de suspensión previsto en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la violación de los derechos humanos". Profundizando este enfoque, más tarde decidió examinarlo como asunto de gran prioridad, en el marco del tema titulado "La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos: b) cuestión de los derechos humanos y los estados de excepción"³. En 1985, por su Resolución 1985/37, el Consejo Económico y Social hizo suya la recomendación de la Comisión y la Subcomisión de designar a un relator especial entre los expertos de la Subcomisión, Sr. Leandro Despouy, con el mandato que a continuación se detalla.

² Vid. Resolución 10 (XXX) de la Subcomisión, Resolución 17 (XXXV) de la Comisión, y Resolución 1978/34 del Consejo Económico y Social.

³ Vid. Resolución 1987/25 de la Subcomisión.

2. Mandato del Relator Especial

13. A partir de 1985, el *mandato originario* del Relator Especial —que dio lugar a diez informes anuales— abarca las siguientes tareas:

- establecer y actualizar cada año la lista de países que, desde el 1º de enero de 1985, han proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción;
- analizar en dichos informes anuales, el respeto de las normas internas e internacionales que garantizan la legalidad del estado de excepción;
- estudiar las repercusiones que las medidas de excepción adoptadas por los gobiernos tienen sobre los derechos humanos;
- recomendar medidas concretas con miras a garantizar el respeto de los derechos humanos en situaciones de estado de sitio o de excepción.

14. A raíz de las deliberaciones llevadas a cabo en el seno de la Subcomisión, y en respuesta a solicitudes expresas de la Comisión, el Relator Especial:

- elaboró directrices⁴ a modo de normas tipo para la redacción de disposiciones legislativas nacionales relativas al estado de excepción;
- analizó en profundidad la cuestión de la ampliación de los derechos humanos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión de conformidad con la jurisprudencia actual⁵;
- prestó asistencia técnica a varios Estados que lo solicitaron (el Paraguay, la Federación de Rusia, Colombia, entre otros) en el marco de los servicios de asistencia técnica del Centro de Derechos Humanos y de otras instituciones.

15. El Relator Especial dio respuesta también a distintas solicitudes de asesoramiento por parte de diversas organizaciones internacionales.

⁴ E/CN.4/Sub.2/1991/25/Rev.1, Anexo I. En el presente informe, algunas de las normas tipo han estado actualizadas.

⁵ E/CN.4/Sub.2/1995/20.

16. Al cumplirse doce años de continua labor, la Subcomisión pidió al Relator Especial que, además de la confección de la lista anual, presentara sus conclusiones finales sobre la protección de los derechos humanos durante los estados de excepción. El presente estudio trata de recoger la evolución operada en el ámbito internacional en este campo a partir de la labor desplegada por los órganos internacionales de control, de la experiencia acumulada por el propio Relator Especial, de la práctica de los Estados y del tratamiento de que ha sido objeto el tema por parte de la Comisión y la Subcomisión. Esta última, pidió también al Relator Especial que presentara recomendaciones precisas sobre la manera de enfocar esta cuestión en el futuro⁶.

3. *Objetivo del presente estudio*

17. En cumplimiento de este mandato, el presente estudio tiene por objeto:

- *pasar revista* a la evolución que se ha operado en el campo de la supervisión internacional en situaciones de crisis;
- *poner de relieve* la forma en que los distintos precedentes de los órganos de control internacional y la propia práctica del Relator Especial han servido para consolidar ciertos criterios y principios jurídicos que rigen el estado de excepción;
- *poner de manifiesto* las consecuencias positivas de una adecuada aplicación de las reglas que regulan el estado de excepción y, por el contrario, los efectos nefastos que tiene para los derechos humanos y para la paz su incorrecta aplicación;
- *ofrecer* a la Subcomisión y la Comisión un panorama, lo más completo posible, de la situación mundial en materia de estado de excepción, mediante el análisis de la lista de Estados que hayan proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción a partir del 1º de enero de 1985;

⁶ Vid. Res. 1996/20 de la Subcomisión y Decisión 1997/10 de la Comisión de Derechos Humanos.

- formular recomendaciones para su mejor tratamiento futuro por parte de los Estados y de los distintos órganos de las Naciones Unidas.

4. Fuentes de la información recibida

18. Tanto para la confección de sus informes anuales como para este estudio, el Relator Especial ha recibido como directriz de la Subcomisión recurrir a toda fuente de información fidedigna. Un detalle de las fuentes de información y la metodología empleadas para la confección de la lista anual de Estados que han proclamado, prorrogado o suspendido el estado de excepción, aparece reseñada en la introducción de cada uno de los informes anuales presentados, como en este décimo informe, que figura en el documento anexo (E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add.1). Para el presente estudio, las fuentes de información prioritarias han sido:

- las respuestas de los propios Estados a las solicitudes formuladas por el Relator Especial;
- las constataciones y observaciones formuladas por el *Relator Especial* en sus precedentes informes;
- los precedentes establecidos por los *órganos de supervisión de competencia universal o regional*, en particular el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Comisión y la Corte Europea de Derechos Humanos, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos;
- las instituciones especializadas de las Naciones Unidas, en particular la OIT y su Comité de la Libertad Sindical, así como su Comisión de Expertos en Aplicación de Convenciones y Recomendaciones, la UNESCO, la FAO, y la OMS;
- la jurisprudencia de la *Corte Internacional de Justicia*;
- los precedentes establecidos por otros órganos, no convencionales, como el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria;
- las organizaciones no gubernamentales competentes, las cuales han contribuido desde el comienzo a la labor del Relator Especial.

19. El Relator Especial aprovecha esta oportunidad para expresar su gratitud a todas estas fuentes de información y más especialmente a los Estados que, con más de doscientas comunicaciones, han contribuido en forma continua y decisiva a su labor, probando así el interés y la importancia que reviste esta materia.

5. Terminología

20. En este estudio, se utiliza la expresión "estado de excepción" por su precisión jurídica y su empleo corriente en la ciencia jurídica contemporánea. Además, dicha expresión abarca el conjunto de situaciones cubiertas por los términos: "estado de emergencia", "estado de sitio", "estado de urgencia", "estado de alarma", "estado de prevención", "estado de guerra interna", "suspensión de garantías", "ley marcial", "poderes de crisis", "poderes especiales", "toque de queda", etcétera. Incluye también, todas aquellas medidas adoptadas por los gobiernos que impliquen mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las que regularmente se autorizan en situaciones ordinarias.

6. Marco jurídico de referencia

21. Por tratarse de un mandato de alcance universal, el Relator Especial, a lo largo de sus doce años de ininterrumpida labor, pudo consolidar un marco jurídico de referencia apoyado esencialmente en las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que regulan el estado de excepción, en particular en el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los precedentes establecidos por su órgano de control, el Comité de Derechos Humanos.

22. La circunstancia de que el artículo 4º del Pacto contenga disposiciones relativamente similares a las consagradas en los artículos 27 de la Convención Americana y 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos³, hace que, en la

³ No obstante muchos tratados importantes de derechos humanos no contienen una disposición sobre la suspensión, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Convenios de la OIT nos. 29, 87, 98 y 103 sobre el trabajo forzoso y la abolición del trabajo

práctica, la jurisprudencia y los precedentes de sus respectivos órganos de control enriquezcan, y se enriquezcan, con los establecidos por el Comité.

23. Completan este marco jurídico de referencia los distintos precedentes establecidos por otros órganos de supervisión internacionales que se han pronunciado sobre esta materia y que, generalmente, confirman a los anteriores, y en otros casos los completan. Nos referimos en particular a los precedentes establecidos por el Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas, el Comité de la Libertad Sindical de la OIT y la propia Corte Internacional de Justicia.

24. A partir de ellos, el Relator Especial ha consolidado una suerte de estándar internacional de reglas y principios aplicables a las situaciones de excepción⁴, y que ha constituido su marco jurídico de referencia, tanto en su actividad de supervisión internacional como en sus actividades de asesoramiento a los Estados que han solicitado su concurso para la reforma de su legislación interna (el Paraguay, la Federación de Rusia, Colombia, etc.).

25. También, a partir de él, y contando con la colaboración de un equipo de especialistas, procedió al establecimiento de una guía para la elaboración de normas a nivel nacional.

26. Lo que más jerarquiza y confiere un alcance universal a este estándar de normas y principios aplicables en circunstancias excepcionales, es el hecho comprobable de que los mismos resultan de una práctica de supervisión de más de una década y en la que han participado los Estados, las

trabajo, la libertad sindical y el derecho de sindicalización, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y obviamente, por estar llamado a regir en situaciones excepcionales, las distintas convenciones del derecho internacional humanitario.

⁴ Inspirado en los que ya fueron establecidos por la Sra. Questiaux en su informe de 1982 y que fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos.

organizaciones intergubernamentales, las organizaciones no gubernamentales, y donde se ha recogido el aporte de los expertos de la Subcomisión y de los miembros de la Comisión que, año tras año, han podido hacer su aporte durante la consideración de los distintos informes anuales.

II. EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS BAJO EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

A. De la soberanía absoluta de los Estados al reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional

27. A la luz de los importantes cambios operados en los últimos cincuenta años en el ámbito de los derechos humanos, no deja de resultar un tanto sorprendente recordar que, hasta épocas muy recientes y a lo largo de casi toda la historia de la humanidad, han sido los soberanos (monarcas, emperadores, etc.), y más tarde los Estados, los que detentaron la potestad absoluta de fijar los derechos que reconocían a sus súbditos y de establecer los mecanismos internos para su protección. Fue durante este siglo, y en particular luego de la Segunda Guerra Mundial, que los derechos humanos adquirieron dimensión internacional mediante la incorporación de sus normas a una gran diversidad de tratados y convenios de alcance regional y universal, transformándose así en una de las ramas más dinámicas y revolucionarias del derecho internacional público contemporáneo. El reconocimiento del individuo como sujeto de derecho internacional puso de relieve las profundas transformaciones operadas en el campo de las relaciones jurídicas internacionales y en el ámbito de las relaciones internacionales en general.

28. Ello explica que, en la hora actual, la noción de "no injerencia en las cuestiones internas de los Estados", se ha desdibujado y carece de legitimidad cuando lo que está en juego es la dignidad del hombre. La prueba más contundente de esta afirmación es la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que engendran los tratados y convenios de derechos humanos. Vale decir, sus normas se aplican a todos por igual. Además, ellas contienen una doble dimensión: la obligación

de cumplirlas y la de reclamar si otros no lo hacen. En esto hay, claro está, un verdadero compromiso de lucha por la vigencia universal de los derechos humanos, que enfatiza la dimensión ética que estos instrumentos han incorporado a las relaciones internacionales muy recientemente.

29. Es importante destacar que los convenios de derechos humanos no regulan relaciones recíprocas entre Estados sino que, en el centro de la protección está el ser humano, creándose así una suerte de "orden público internacional" donde, por primera vez, la persona humana, y no los Estados, constituyen el eje principal de preocupación.

30. Poco a poco, se ha ido afianzando en los pueblos y en los gobiernos la convicción de que el prestigio de un país no se funda sólo en su poderío económico o militar, sino también en la forma en que sus habitantes acceden al pleno goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

B. Avances significativos en la supervisión internacional

31. Estas transformaciones decisivas no se operaron fácilmente. Debieron abrirse camino en un contexto internacional sumamente adverso como fue el de la guerra fría y en un momento en el que la llamada "doctrina de la seguridad nacional" se consolidaba en muchos países en desarrollo y en casi todo el continente americano. Como se recordará, a fines de la década del setenta, oportunidad en la que el Comité de Derechos Humanos iniciaba su labor y los otros órganos de control regional intensificaban sus actividades, el mundo vivía una verdadera epidemia institucional de estados de excepción. En América Latina, por ejemplo, más de los dos tercios de los países que la integran se encontraban en esa situación.

32. Ello explica que, en un comienzo, los progresos alcanzados en el campo de la supervisión internacional no lograron suscitar, para las situaciones de crisis, los mismos niveles de aceptabilidad que sí obtuvieron para las situaciones de normalidad. En ese sentido, el principal obstáculo que hubo que vencer fue de orden casi interpretativo toda vez que, a medida que las actividades de supervisión a nivel inter-

nacional se iban imponiendo con mayor fuerza, algunos gobiernos alegaban su improcedencia, al menos cuando el país se confrontaba con una emergencia⁸. Según esta testitura, producida una situación de crisis, sólo los gobiernos estaban en condiciones de evaluar su gravedad, la oportunidad y la amplitud de las medidas necesarias para conjurarla. Se alegaba, con insistencia, que cualquier control exterior, además de indebido, podría resultar pernicioso, al debilitar los mecanismos defensivos del Estado.

33. Afortunadamente, el criterio que se impuso fue el opuesto. Hubiese resultado superfluo y hasta contradictorio promover a nivel internacional actividades de supervisión de la vigencia de los derechos humanos en situaciones ordinarias y al mismo tiempo negar su operatividad en los períodos de crisis o inestabilidad, cuando se sabe que es precisamente bajo este tipo de situaciones donde, con mayor frecuencia, se producen los más graves atentados a los mismos y a las libertades fundamentales. Lejos de ello, y tal como veremos a lo largo de este estudio, la supervisión internacional en las situaciones de crisis se ha impuesto y paulatinamente se ha ido reforzando.

C. *Situaciones que autorizan la declaración del estado de excepción*

34. Sin privilegiar ni excluir ninguna situación en particular, el presente estudio abarca todas aquellas situaciones de emergencia que resultan de una crisis grave que afecte al conjunto de la población y que ponga en peligro la existencia misma de la comunidad organizada sobre la base del Estado. Como veremos más adelante, ésta es la interpretación que

⁸ En este sentido, sería oportuno recordar los ardorosos debates que tuvieron lugar en el seno de la Comisión de Derechos Humanos y de la Subcomisión a lo largo de la década del sesenta, en los que la mayoría de los gobiernos autoritarios de la época se oponían a todo tipo de supervisión internacional. Más tarde, cuando aquella terminó por imponerse, dichos gobiernos sostenían que debía limitarse a las situaciones de paz y normalidad.

más nos aproxima a la noción de "peligro público" o de "situaciones excepcionales" contenida en los artículos 4º, 15 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Convención Europea y de la Convención Americana de Derechos Humanos, respectivamente, y que dichos instrumentos presuponen o exigen como prerequisite para la proclamación de un estado de excepción. De esta manera, tanto la guerra internacional, como los conflictos armados internos, al igual que las fuertes tensiones o perturbaciones interiores que resultan de factores políticos, económicos, sociales o culturales, cuando van acompañados de enfrentamientos, actos de violencia, vandalismo, confrontaciones interétnicas, atentados terroristas, etcétera, constituyen un "peligro público" o "situación excepcional" (en el sentido que le confieren a ambos términos dichos instrumentos internacionales) en la medida en que se trate de hechos de tal gravedad que configuren una "amenaza actual o al menos inminente para el conjunto de la comunidad".

35. Esta interpretación se ajusta a los debates que tuvieron lugar durante los trabajos preparatorios del artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que no excluían entre las causales de una situación excepcional a las catástrofes naturales (como terremotos, ciclones, etc.) o ambientales, siempre y cuando éstas asuman proporciones de tal magnitud que pongan en peligro a la comunidad. Por último, cabe precisar que si bien el artículo 4º del mencionado Pacto, a diferencia de los artículos 15 de la Convención Europea y 27 de la Convención Americana, no prevé explícitamente a la guerra entre las posibles causales de un estado de excepción, ello no significa que la excluya. Avalan esta interpretación los trabajos preparatorios del ya mencionado artículo 4º del Pacto, que en su versión original, hasta 1952, mencionaba a la guerra. Luego esta formulación se abandonó en favor de otra más genérica como son las "situaciones excepcionales", para no dar la impresión de que las Naciones Unidas autorizaban la guerra, o al menos, la aceptaban.

D. Causales invocadas para declarar el estado de excepción

36. Por tratarse de un acto jurídico, la declaración del estado de excepción debe ser motivada, es decir, contener, entre

otros elementos, una explicitación clara de los motivos por los que se implanta. Como fuera dicho, el derecho internacional no enuncia en forma taxativa las causales que autorizan tal declaración y se limita a subrayar la necesidad de que la crisis provocada por ellas constituya una situación excepcional. De allí que los argumentos esgrimidos por los gobiernos en sus comunicaciones al Relator Especial son muy disímiles y en oportunidades un tanto genéricas, aunque invariablemente evocan una amenaza grave al Estado, a las instituciones y/o a la población. A título ilustrativo se señalan los siguientes motivos: amenaza a la seguridad del Estado, al orden público, a la vigencia de la Constitución y de las instituciones democráticas, existencia de actos de violencia, subversión o terrorismo, vandalismo, ataque o amenaza de ataque exterior, motines o rebeliones internas, intento de golpe de Estado, asesinato de miembros del gobierno, etcétera. También se invoca con frecuencia la necesidad de hacer frente a calamidades públicas, catástrofes naturales (particularmente terremotos, ciclones, etc.) o provocadas por el hombre. En forma creciente se mencionan cuestiones étnicas y/o perturbaciones internas resultantes de tensiones sociales provocadas por factores económicos vinculados a la pobreza, el empobrecimiento o la pérdida de ventajas sociales por parte de segmentos importantes de la población.

E. Normas aplicables a los estados de excepción

37. En lo esencial, dos ramas del derecho internacional público tienen por vocación ofrecer un marco jurídico de contención y de regulación a las situaciones de crisis: nos referimos al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario. El primero, además de su aplicación corriente en las situaciones de normalidad, contiene un conjunto de normas específicas destinadas a entrar en aplicación cuando la crisis asuma una gravedad tal que constituya una amenaza real para el conjunto de la comunidad.

38. Desde el ángulo del derecho internacional humanitario (cuya vocación es precisamente la de regir en situaciones de excepción), al menos tres hipótesis diferentes pueden distinguirse:

- guerra internacional (sea ésta interestatal o de libe-

ración nacional), en cuyo caso son aplicables la mayoría de sus normas y, en particular, aquéllas contenidas en los dos Convenios de La Haya de 1899 y 1907 y en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, como así también su Protocolo Adicional I.

- conflicto armado interno de "alta intensidad" (cuya aplicación supone un cierto grado de organicidad de los grupos insurgentes y el control de una parte del territorio). En este caso entrarían en aplicación las normas contenidas en el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949; y, por último,
- conflicto armado interno de "relativa intensidad" (en la hipótesis de que la intensidad de las hostilidades y la organicidad de los contendientes no alcancen los niveles exigidos en el anterior Protocolo), en cuyo caso entran en aplicación las disposiciones previstas en el artículo 3º, común a los cuatro Convenios de Ginebra.

39. Desde el ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, la noción de "situaciones excepcionales" o de "peligro público" contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en ambas convenciones, cubre tanto los conflictos armados (internos e internacionales) como aquellas situaciones de tensiones o perturbaciones internas en las que pueden estar presentes actos de violencia o de confrontación que justifiquen la implantación de un estado de excepción, aun cuando la intensidad de las hostilidades no permita encuadrar la crisis dentro del concepto de "conflicto armado", tal cual se encuentra previsto en el Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra y en el artículo 3º común a dichos Convenios de 1949.

F. Complementariedad de las normas que regulan las situaciones de crisis

40. Como podemos ver, lo que diferencia a los derechos humanos del derecho internacional humanitario no es su común vocación tutelar o protectora, sino más bien los caminos inversos que han marcado sus respectivas trayectorias. Los derechos humanos comenzaron siendo protegidos exclusivamente en el ámbito interno y fueron escalando, poco a poco, hasta alcanzar, recién en la última mitad de este siglo, una

dimensión internacional. A la inversa, el derecho internacional humanitario nació para regir los conflictos armados en el orden internacional y fue descendiendo paulatinamente hasta ingresar en las esferas nacionales y cubrir los conflictos armados internos¹⁹.

41. De esta suerte, en una situación de paz y normalidad, el criterio que se impone es el del goce irrestricto de los derechos humanos. Si, por el contrario, de lo que se trata es de hacer frente a una situación de crisis que no reviste el carácter de un conflicto armado pero que sí constituye un "peligro público" que entrañe una amenaza grave para el conjunto de la comunidad, entonces podrá declararse el estado de excepción. Ahora bien, si la crisis adquiere el carácter de un conflicto interno o internacional, en ese caso y en forma simultánea a la aplicación de las normas internas e internacionales que protegen los derechos humanos bajo el estado de excepción, entrarán en aplicación, en perfecta armonía y complementariedad, las normas tuitivas del derecho internacional humanitario.

G. Fundamento de los estados de excepción

42. En realidad, todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que los gobiernos puedan adoptar medidas excepcionales para hacer frente a situaciones de crisis. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados (cualquiera sea su fundamento teórico o filosófico), como el derecho internacional admitan que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales. Esto último puede parecer una paradoja, y de alguna manera lo es, puesto que se trata de la posibilidad legal de suspender el ejercicio de ciertos derechos como el único

¹⁹ Más aún, en virtud de su estatuto, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede ofrecer sus servicios, de naturaleza estrictamente humanitaria, como es la visita de detenidos, por ejemplo, aun en aquellas situaciones que no revisten el carácter de un conflicto armado pero que, por tratarse de perturbaciones graves al orden público interno, dan lugar a detenciones por razones de seguridad.

medio para garantizar el goce efectivo de los más elementales. Así, por ejemplo, es comprensible y hasta resulta razonable que allí donde se libra una batalla o tiene lugar una calamidad pública, como un terremoto por ejemplo, pueda suspenderse transitoriamente la libertad de circulación para salvaguardar el derecho a la vida, ostensiblemente expuesto y amenazado en ambas situaciones.

43. Este razonamiento constituye, como veremos más adelante, la médula espinal del estado de excepción tal como aparece regulado por el derecho internacional contemporáneo, y define el carácter tuitivo y no represivo que lo fundamenta. Ya en el orden interno, este fundamento aparece vinculado generalmente a la defensa de la constitución o de las instituciones fundamentales del Estado, que tienen en sus manos la responsabilidad de garantizar la libertad y la seguridad de todos los ciudadanos¹¹. En ese sentido, la noción de legítima defensa "de las instituciones esenciales del Estado" o "de la constitución, transitoriamente amenazada por una conmoción interior o ataque exterior", que "ponga en peligro el ejercicio de la misma o los derechos humanos de la población", etcétera, es una formulación bastante corriente en la mayoría de las constituciones elaboradas a lo largo de los dos últimos siglos.

44. Tanto el carácter tuitivo de los derechos humanos más fundamentales como la defensa de las instituciones que los garantizan y dan fundamento a la suspensión transitoria de algunos derechos y libertades, explican que, cada día con mayor precisión y claridad, los distintos órganos de supervisión internacional vinculen el ejercicio de esta facultad excepcional a la defensa de la democracia, entendida esta última no solamente como una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino como un sistema que "establece

¹¹ Ya los romanos, que por cierto hicieron una aplicación abusiva de la institución que dio origen a la figura actual del estado de excepción, señalaban que, "el fundamento de la dictadura (atribución de poderes extraordinarios) no podía ser otro que la defensa de la república y no su aplastamiento".

límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana¹².

H. Naturaleza jurídica

45. Por lo expuesto, resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que la emparentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis. Lejos de ello, por tratarse de una institución jurídica, su aplicación no sólo está condicionada a la existencia de una emergencia grave que afecte al conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son, por ejemplo, la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, al igual que muchos otros elementos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o de los llamados "poderes de crisis", obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.

46. Históricamente, la primera garantía, y quizás la más importante, consistió en preestablecer las reglas del juego; vale decir "prever lo imprevisible". Esta ha sido y es, sin duda, una de la más arduas tareas del legislador, que debe fijar de antemano las reglas que servirán de base y de límite al poder para conjurar las crisis.

47. La preexistencia de normas que el propio Estado de Derecho prevé (y de alguna manera mantiene en reserva en los períodos ordinarios) nos está definiendo la naturaleza jurídica de los estados de excepción. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede estar ajena a sus reglas y principios.

¹² Opinión Consultiva 887 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

48. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claramente establecido, en su Opinión Consultiva 9/87, que si bien la suspensión de garantías constituye una situación excepcional, esto no significa que la misma "comporte la supresión temporal del Estado de Derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad, a la que en todo momento deben ceñirse". Recordó además que "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables"¹².

III. NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

49. Este capítulo detalla, en forma de enunciados o principios, todos aquellos requisitos que los estados de excepción deben reunir para que su regulación se ajuste a las exigencias de las normas internacionales que conforman el marco jurídico de referencia del Relator Especial en su tarea de supervisión. Contiene también las recomendaciones que se formulan a los gobiernos, a través de normas tipo, con la finalidad de lograr una estricta concordancia de las legislaciones nacionales con las crecientes imposiciones del derecho internacional público contemporáneo.

A. Principio de legalidad

50. Consustancial a la naturaleza de institución del Estado de Derecho que reviste el estado de excepción, este requisito indica:

- la necesaria preexistencia de normas que lo regulan;
- la existencia de mecanismos de control, tanto internos

¹² En *The International Law of Human Rights and States of Exception with special reference to the preparatory works and the case-law of the international monitoring organs*, 1996, Ms. A. -I. Svensson-McCarthy afirma: "La noción de una sociedad democrática es inherente al derecho internacional de los derechos humanos y por lo tanto constituye un parámetro objetivo para determinar la finalidad legítima y la necesidad de dichas restricciones".

como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas.

51. En un comienzo, este principio sólo tuvo vigencia en el orden interno, pero hoy reviste un alcance universal debido al gran número de Estados que han ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, como a la circunstancia de que el mandato del Relator Especial abarca todos los países miembros de las Naciones Unidas, incluso aquellos que no son parte en dichos instrumentos.

52. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *Relator Especial propone, como norma tipo*, la siguiente:

El estado de excepción sólo podrá declararse o prorrogarse de conformidad con la constitución o la ley fundamental y las obligaciones que impone el derecho internacional en esta materia. Para ello, los Estados deberán adecuar su legislación interna a las normas y principios internacionales que regulan la legalidad del estado de excepción. Para evitar reformas legislativas circunstanciales, la regulación del estado de excepción deberá tener rango constitucional y regular todas aquellas situaciones excepcionales (cualesquiera sea la denominación) susceptibles de entrañar algún tipo de limitación al ejercicio de los derechos humanos.

B. Principio de proclamación

53. Se trata de un requisito de forma, consistente en la necesidad de que la entrada en vigor del estado de excepción vaya precedida de una medida de publicidad, bajo la forma de declaración oficial. Es inherente a la forma republicana (*res publica*) de gobierno y tiende a evitar los estados de excepción *de facto*.

54. El significado de la proclamación es asegurar que la población afectada tenga exacto conocimiento de la amplitud material, territorial y temporal de la aplicación de las medidas de emergencia y su impacto en el goce de los derechos humanos. En efecto, resulta impensable que se pueda ocultar a

la población que se vive una situación de crisis y menos aún la existencia de restricciones al ejercicio de sus propios derechos.

55. Por otra parte, la proclamación del estado de excepción, en tanto requisito jurídico para su puesta en aplicación, no sólo es una condición indispensable para su validez, sino que apunta también a la apreciación de la autoridad nacional competente para tomar la decisión.

56. Si bien el artículo 4º del Pacto es la única disposición que exige en forma expresa la proclamación por un acto oficial, los órganos regionales de control lo han interpretado también como un requisito. Así, por ejemplo, la Comisión Europea estimó, en el caso "Chipre vs. Turquía"¹⁴, que para poder invocar el derecho de derogación reglamentado por el artículo 15 de la Convención Europea, el Estado derogante debía justificar la existencia de un acto de proclamación oficial. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, desde el comienzo mismo de sus trabajos, en reiteradas oportunidades ha llamado la atención de los gobiernos ante el incumplimiento de este requisito. Así, por ejemplo, en ocasión del examen del primer informe periódico de Surinam, el representante de este país reconoció ante los expertos del Comité la existencia de un estado de emergencia de hecho con ocasión del golpe de Estado de 1980, puesto que ni el estado de sitio ni el estado de urgencia habían sido declarados oficialmente¹⁵. A su vez, y como se desprende de la lista anual, el Relator Especial ha realizado numerosas observaciones de esta naturaleza, incluyendo en la categoría de países bajo estado de excepción de facto a aquellos que habían implementado medidas de urgencia sin haber dado cumplimiento al requisito formal de una proclamación oficial. Por ejemplo, formuló observaciones coincidentes con las del Comité de Derechos Humanos en el caso del Togo, el Líbano, Namibia y África del Sur, con anterioridad a los cambios institucionales operados en ellos.

¹⁴ Quejas (reparte) nros. 6780/74 y 6800, informe del 10-VII-1976, párr. 527.

¹⁵ Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo quinto período de sesiones, Suplemento nro. 40 (A/35/40), párr. 297.

57. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *Relator Especial propone, entre las normas tipo, las siguientes:*

La legislación deberá disponer que la declaración del estado de excepción se lleve a cabo por un acto oficial y que la misma será nula si no es ratificada, sea por el Poder Legislativo nacional, sea por otro órgano constitucional competente, en un breve plazo establecido por la ley. Además, ésta deberá ofrecer garantías de operatividad a los órganos de control durante las situaciones de crisis.

Asimismo, el acto de proclamación deberá exponer :

- i) las circunstancias que lo justifican (vale decir, la "situación excepcional", que lo motiva);
- ii) el ámbito territorial a que se aplica;
- iii) el período por el cual se implanta;
- iv) las medidas que autoriza;
- v) las disposiciones de la constitución, de la legislación nacional, así como de las legislaciones resultantes del derecho internacional que han sido afectadas por dichas medidas.

58. Reviste particular importancia comprender la complementariedad que existe entre este principio y el de legalidad, puesto que la referencia a una situación excepcional "proclamada oficialmente" que contiene el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —y que fue una iniciativa francesa— tiene por objeto, entre otros, asegurar que el reconocimiento del derecho a suspender las obligaciones resultantes del Pacto no pueda invocarse para justificar una violación de las disposiciones jurídicas constitucionales internas relativas a los estados de excepción²⁸.

²⁸ Vid. el resumen de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos preparado por el secretario general, documento A/2329 (1955), párr. 41, citado en O'Donnell, *Commentary to the Syracuse Principles*, párrs. 25 y 26.

C. Principio de notificación

59. A diferencia de la proclamación, que en tanto medida de publicidad está dirigida fundamentalmente a informar a la comunidad del país, la notificación tiene como ámbito específico la comunidad internacional. Los destinatarios son:

- los otros Estados Parte, tratándose de un convenio;
- el conjunto de los Estados Miembro de las Naciones Unidas, tratándose de la labor del Relator Especial.

60. El objetivo sustancial de esta formalidad, es el de hacer efectiva la obligación que tiene todo Estado Parte de una convención de comunicar a los otros Estados Parte la imposibilidad de cumplir transitoriamente ciertas obligaciones estipuladas en la misma. Por lo tanto, la regla general es el cumplimiento de las obligaciones asumidas —en este caso el respeto irrestricto de todos los derechos reconocidos en el instrumento— pero, en el supuesto de que exista imposibilidad transitoria, se debe informar a los otros Estados a través del depositario del tratado: el secretario general de las Naciones Unidas en lo que respecta al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, en cuanto a las dos Convenciones regionales, el secretario general de la Organización de los Estados Americanos y el secretario general del Consejo de Europa, respectivamente.

61. La comunicación, que debe ser inmediata, debe señalar expresamente las disposiciones cuya aplicación se suspende y las razones que motivan dicha suspensión. Igualmente, los Estados están obligados a notificar, por el mismo conducto, el levantamiento del estado de excepción.

62. No obstante tratarse de un requisito formal, la notificación juega un papel sumamente importante en tanto prerequisite cuyo cumplimiento habilita a los Estados a prevalerse de las cláusulas de derogación que, en forma excepcional y transitoria, el derecho internacional admite. De esta manera, un país que ha declarado el estado de excepción, aunque lo haya hecho de conformidad a las normas nacionales, si no lo ha comunicado, no podrá invocar frente al orden internacional el derecho que éste le reconoce de suspender ciertas normas en circunstancias excepcionales.

63. Este criterio ha sido claramente establecido por el Comité de Derechos Humanos en reiteradas oportunidades. Así, por ejemplo, al examinar el informe complementario presentado en 1980 por Colombia, país que no había comunicado el estado de sitio declarado en 1976, los expertos, en su pedido de explicaciones, recordaron al Gobierno que el derecho de derogación no puede ser invocado frente al orden internacional, si el Estado Parte que lo ejerce no ha cumplido con la obligación de comunicar a los otros Estados Parte las disposiciones que han sido derogadas, al igual que la amplitud y la necesidad de éstas. Igualmente, con respecto a Egipto, el Comité lamentó que el Gobierno de ese país no haya informado a los demás Estados Parte por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, las disposiciones cuya aplicación ha suspendido y los motivos que suscitaron dicha suspensión, como lo exige expresamente el párrafo 3 del artículo 4° del Pacto¹⁷. En forma un tanto similar, el Comité formuló observaciones de la misma índole respecto de la inobservancia de este requisito por parte de las autoridades del Camerún (referidas al estado de excepción proclamado en ocasión de los acontecimientos ocurridos en 1992 en la región noroccidental del país) y del Togo (referidas a los toques de queda establecidos durante el periodo de transición en abril y noviembre de 1991)¹⁸.

64. Fuera del marco convencional, pero al interior del sistema de las Naciones Unidas, distintas resoluciones estipulan la obligación de los Estados de comunicar al Relator Especial la declaración, la prórroga o el levantamiento del estado de excepción. El mandato del Relator incluye la facultad de interpelear a los Estados, si éstos no lo hacen, estableciéndose así un procedimiento contradictorio que puede desembocar en un debate público, en el marco de la Subcomisión o de la Comisión de Derechos Humanos.

¹⁷ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones (A/48/40)*, párr. 690.

¹⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones (A/49/40)*, párrs. 189 y 253, respectivamente.

65. El Relator Especial ha adoptado como práctica la de enviar una nota verbal a todos los Estados, solicitando información lo más completa posible, acerca de: la existencia o no de un estado de excepción en cualquiera de sus formas o variantes y, en caso afirmativo, a) la legislación aplicable, con indicación de las disposiciones constitucionales en que se funda la declaración, así como toda otra información jurídica o de hecho que resulte pertinente, para evaluar la legalidad del mismo, y b) el alcance de las medidas y su impacto sobre el ejercicio de los derechos humanos.

66. En general, los gobiernos han accedido a este pedido. En el supuesto de que el Relator Especial haya tomado conocimiento por la prensa o a través de una organización no gubernamental de la existencia de un estado de excepción, se ha dirigido a las autoridades del país concernido, señalando la fuente y pidiendo aclaraciones e informaciones detalladas. Normalmente, el procedimiento ha sido bastante ágil aunque, en algunos casos, haya implicado un intenso intercambio de correspondencia. La publicación de la lista anual y su tratamiento en la Subcomisión y la Comisión de Derechos Humanos permite a los gobiernos aportar elementos adicionales de clarificación sobre la exactitud de la información contenida en la misma.

67. Así, por ejemplo, cuando el Relator Especial —actuando a partir de informaciones de fuentes no gubernamentales— incluyó en su lista anual a un país que más tarde acreditó la inexactitud de las mismas, dicho país —República de Corea— fue retirado de la lista¹⁸. Cabe señalar, sin embargo, que en todos los demás casos en que la información no procedía de los propios gobiernos, éstos confirmaron explícita, o al menos tácitamente, la veracidad de la información contenida en la lista, ya que la misma es objeto de un tratamiento público por parte de la Subcomisión y de la Comisión de Derechos Humanos.

¹⁸ La reinscripción de la República de Corea en el informe de 1997 se funda en la información brindada por el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, luego de su visita al país (*id.*, E/CN.4/1996/38/Add. 1, párr. 21).

68. Para garantizar el riguroso cumplimiento de este requisito, el *Relator Especial propone*, que:

- la propia legislación nacional deberá prever que la declaración, conteniendo los elementos arriba mencionados, sea notificada de inmediato a todos los órganos internacionales pertinentes.

D. Principio de temporalidad

69. La enunciación de este principio, implícito en la naturaleza misma del estado de excepción, apunta fundamentalmente a señalar su *necesaria limitación en el tiempo* y evitar así la indebida prolongación del mismo. El artículo 27 de la Convención Americana lo consagra expresamente al señalar que las medidas que se adopten deben serlo "por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación".

70. Presupuesto en los antecedentes jurisprudenciales europeos (caso "Lawless", por ejemplo), el principio de temporalidad aparece claramente explícito en los precedentes de otros órganos de supervisión internacional. Así, por ejemplo, el Grupo de Trabajo especial sobre Chile (creado en el seno de la Comisión de Derechos Humanos para examinar la situación de los derechos humanos en este país durante el régimen de Pinochet) señaló en varias oportunidades²⁰ que si bien el estado de sitio había sido levantado en este país, el Gobierno continuaba aplicando —sin justificación objetiva— medidas reservadas a situaciones excepcionales en razón del mantenimiento del estado de urgencia. Haciéndose eco de estos argumentos, el Comité de Derechos Humanos, en ocasión del análisis del primer informe presentado por Chile en virtud del artículo 40 del Pacto, consideró insuficientes las informaciones vertidas por el Gobierno en razón de que éstas no precisaban los efectos del estado de urgencia sobre el conjunto de los derechos reconocidos en el mismo. Se argumentó también, como fundamento para solicitar la presentación de un informe complementario, que "las restricciones admitidas por el Pacto son, por su naturaleza, limitadas en el tiempo y en el espacio, en

²⁰ Vid. los documentos A/33/331 y E/CN.4/1310.



tanto que en Chile se habían transformado en restricciones institucionales en todo el país y por un tiempo indeterminado⁷¹.

71. Subrayando el carácter temporario del estado de excepción, el Comité de Derechos Humanos ha entendido, en su Observación General número 5 sobre el artículo 4° del Pacto, que la obligación de informar inmediatamente a los otros Estados Parte los derechos que hayan sido suspendidos, incluye las razones que lo motivan y la fecha en que terminará la suspensión.

72. Resulta interesante señalar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aun antes de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos, basándose en las normas contenidas en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, ya había reafirmado el principio de temporalidad en distintas oportunidades, denunciando el carácter "rutinario" de la aplicación del estado de excepción en países tales como Haití (informe especial de 1979) y el Paraguay (visita *in situ* de 1965 e informe especial de 1978), y había recomendado el levantamiento del estado de excepción con respecto al Uruguay (informe anual de 1980) y en Argentina (informe especial de 1980). En este último caso, la Comisión solicitó que "el Gobierno considere la posibilidad de derogar el estado de sitio en vista de que, según las reiteradas declaraciones del Gobierno de Argentina, no persistirían las causas que lo motivaron".

73. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria había señalado, en 1978: "Resulta del artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Kenya el 1° de mayo de 1972, que las medidas derogatorias autorizadas por el mismo sólo pueden tener un carácter excepcional y transitorio"⁷².

⁷¹ Vid. el documento OCPH/AMed. 25.

⁷² Vid. *Funcionamiento y Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria* - 1° de

74. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *Relator Especial propone*, entre sus normas tipo, las siguientes:

- La legislación nacional deberá indicar que:
- Ningún estado de excepción podrá estar vigente más allá del período estrictamente necesario.
- Las autoridades competentes pondrán término inmediatamente al estado de excepción si las circunstancias que fundamentaron la declaración del mismo dejan de existir o si la amenaza en que se fundaba asume proporciones tales que las restricciones permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias son suficientes para retornar a la normalidad.

75. Para evitar la aplicación abusiva del estado de excepción y su perennización, otra de las normas tipo que se propone es:

La revisión periódica (en un plazo que no debería exceder de tres meses), por parte del órgano o los órganos de control, de las razones que justifican su mantenimiento o su prórroga.

E. Principio de amenaza excepcional

76. Este principio define la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (comoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etc.) que conforman el concepto de "circunstancias excepcionales".

enero de 1977 - 4 de febrero de 1983, Despouy, Leandro, pág. 37, caso KEN03-CL/78/123. Algunos años más tarde, en un caso de Malasia donde un estado de excepción estaba vigente desde el 13-V-1988, el Consejo Interparlamentario reiteró que "si bien la imposición de medidas restrictivas de los derechos y libertades consagrados por los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos es concebible 'en situaciones excepcionales que pongan en peligro la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente', es sin embargo imperativo que dicha imposición sea 'en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación', y que sea excepcional y con carácter transitorio" (caso Mal97-14-CL/88/142).

77. Por tratarse de un principio que ha sido consolidado por numerosos pronunciamientos jurisprudenciales, se pasará revista brevemente. A este respecto, los precedentes europeos son sumamente claros. Tanto en el caso "Lawless" como en el de Grecia²², se estimó que el peligro debía ser actual o al menos inminente, lo que invalida toda restricción adoptada con fines meramente oportunistas, especulativos o abstractos. Esto último fue también señalado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el informe de Chile, oportunidad en la que sostuvo con marcada insistencia que argumentos tales como los de "seguridad nacional" o "subversión latente" no justificaban suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto.

78. En cuanto a sus efectos, la situación de peligro debe afectar:

- a toda la población: caso "Lawless"²³, por ejemplo;
- a la totalidad del territorio o una parte del mismo: así, por ejemplo, con respecto a las medidas derogatorias adoptadas por el Gobierno del Reino Unido en Irlanda del Norte, la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea al igual que el Comité de Derechos Humanos entendieron que una emergencia geográficamente limitada puede afectar a la población en su conjunto y constituir, por lo tanto, una amenaza para la vida de la nación.

79. Por su parte, en el caso de Grecia²⁴, la Comisión Europea señaló que una situación de emergencia pública, para constituir una amenaza a la nación, debe reunir, por lo menos, estos cuatro requisitos:

- Ser actual o inminente.
- Sus efectos deben involucrar a toda la nación.
- Debe ser de tal gravedad que pongan en peligro la continuidad de la vida organizada de la comunidad; y

²² Vid. Informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, 1969, documento 15.

²³ Vid. Comisión Europea de Derechos Humanos, serie B, 1960-61.

²⁴ *Ibid.*, nota 8.

- La crisis o el peligro debe ser excepcional, en el sentido de que "las medidas o restricciones ordinarias permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud o el orden público, resulten manifiestamente insuficientes". Aquí se contemplan las llamadas "cláusulas de restricción", que son aquellas que autorizan la restricción de algunos derechos en situaciones ordinarias, en la medida en que ello resulte imprescindible para garantizar la seguridad pública, la salud o el orden público²⁶.

80. Cabe señalar que ya en el caso "Chipre"²⁷, la Comisión europea se había declarado competente para pronunciarse en cuanto a la existencia de un "peligro público". En el caso "Lawless", la Corte precisó los elementos de este concepto. En el caso de Grecia, la Comisión siguió el mismo criterio y estimó que la carga de la prueba recaía en el gobierno replicante. Ya sobre el fondo de la cuestión, concluyó que el análisis objetivo de las informaciones vertidas por el Gobierno de Grecia y demás elementos que obraban en poder de la Comisión (en cuanto a los sucesos del 27 de abril de 1967, mundialmente conocidas como "golpe de Estado de los coroneles"), no constituían en ese momento un peligro público conforme a los términos del artículo 15 de la Convención Europea, por lo que se estimó que las restricciones impuestas invocando ese fundamento ("peligro público") eran contrarias a la Convención. El Comité de Ministros seguía el mismo criterio en el momento en que Grecia, ante la inminencia de ser expulsada, se retiró del Consejo de Europa.

²⁶ Aunque en términos más amplios todavía, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Americana habilitan también esta posibilidad, permitiendo la restricción del ejercicio de derechos específicos en situaciones de normalidad, cuando ello obedezca a razones de orden público, seguridad nacional, moral pública y los derechos de los demás: *id.*, entre otros, los artículos 12.3, 18.3, 19.3, 21, 22.2 del Pacto, los artículos 12.3, 15 y 16 de la Convención Americana.

²⁷ Se trataba de una denuncia que formuló Grecia contra el Reino Unido a raíz de la declaración del estado de emergencia en Chipre, entonces colonia británica.

81. Por último, aun cuando una emergencia localizada en una parte del territorio de un país puede significar una amenaza para el conjunto de la población, el estado de excepción debe aplicarse en forma limitada al ámbito territorial donde exista la perturbación del orden y las medidas deben tener alcance y validez solamente en dicho ámbito. Tal fue el criterio establecido por el Relator Especial en el intercambio de notas verbales con el Gobierno del Paraguay durante el régimen de Stroessner frente a la notoria ilegalidad de las detenciones ordenadas por el Poder Ejecutivo en el interior del Paraguay, cuando en realidad el estado de sitio sólo estaba en vigor en la ciudad de Asunción: la práctica era entonces el inmediato traslado de los detenidos a la capital, donde permanecían arrestados por periodos sumamente prolongados.

82. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el Relator Especial propone, como norma tipo, la siguiente:

La legislación preverá que la autoridad competente sólo podrá declarar el estado de excepción:

- i) en caso de perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; o
- ii) en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones; y
- iii) sólo a fin de salvaguardar los derechos y la seguridad de la población, así como el funcionamiento de las instituciones públicas dentro del Estado de Derecho.

F. Principio de proporcionalidad

83. Este requisito apunta a la necesaria adecuación que debe existir entre las medidas adoptadas y la gravedad de la crisis. Enunciado de manera similar tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en la Convención Europea y la Convención Americana, implica que las restricciones o suspensiones impuestas lo sean "en la medida estrictamente limitada a la exigencia de la situación".

84. Este principio, al igual que su fundamento —la legítima defensa— supone la existencia de un peligro inminente y exige una relación de adecuación entre éste y los medios utilizados para repelerlo. A su vez, éstos, para ser legítimos, deberán ser proporcionales a la gravedad del peligro. De manera tal, que todo exceso en el empleo de los medios convierte en ilegítima “la defensa”, la que se transforma así en agresión.

85. Ya antes de la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la vigencia del principio de proporcionalidad en el derecho internacional había sido puesta de manifiesto, entre otros, por la Comisión Especial creada en el seno de la OIT en ocasión de la suspensión de la aplicación de los Convenios 87 y 98 por parte del gobierno de facto que tomó el poder en Grecia el 27 de abril de 1967²⁴. Es importante analizar los fundamentos por los que la Comisión se declaró competente, pues entendió que “todos los sistemas jurídicos, de una manera o de otra, admiten que sea la justicia la que se encargue de apreciar los argumentos que pretendan fundarse en la legítima defensa”. Por esta razón, “si la excusa del estado de excepción debe ser tratada en el derecho internacional como un concepto jurídico, es necesario que su apreciación sea de la competencia de una autoridad imparcial a nivel internacional”²⁵.

86. En cuanto al derecho aplicable²⁶, la Comisión entendió que “el principio general que se desprende, tanto de la práctica

²⁴ Informe presentado por la Comisión Especial creada en virtud del artículo 26 de la Constitución de la OIT para estudiar las denuncias relativas a la suspensión, por parte de Grecia, del Convenio nro. 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación de 1948 y del Convenio nro. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949, en ocasión del golpe de Estado de los coronales.

²⁵ *Vid.* igualmente Oppenheim, *International Law*; Giraud, M., *Recopilación de Cursos en la Academia de Derecho Internacional*, y Jessup, A., *Modern Law of Nations*.

²⁶ Cabe señalar que ambas Convenciones no contenían ninguna previsión en materia de excepción, de manera que el informe debió elaborarse sobre la base de principios generales del derecho internacional.

nacional como de la costumbre internacional, se funda en la presunción de que el no cumplimiento de una obligación jurídica no se justifica, sino en la medida en que se pruebe la imposibilidad de proceder de otra manera, que de aquella que es contraria a la ley". Se señaló, por último, que "la acción cuya justificación se pretendía debía ser limitada, tanto en su extensión como en su duración, a lo que es necesario en lo inmediato". Este precedente prueba el alcance universal del principio de proporcionalidad con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

87. En sorprendente contraste, el principio de proporcionalidad en el contexto europeo aparece bastante más desdibujado: "Las medidas deben —al menos— parecer, permitir, atenuar o suprimir la situación concreta de peligro, aunque, frente a la Convención, su justificación no depende de la cuestión de saber si ellas alcanzarán efectivamente su objetivo... El principio de proporcionalidad debe considerarse respetado si el rigor aparentemente excesivo de las medidas tomadas —principalmente si se trata de la suspensión de garantías ordinarias— es compensado por la instauración de garantías extrajudiciales de sustitución"²¹. El Relator Especial considera este precedente de muy dudosa equidad, puesto que la práctica de los Estados —tal como se desprende de sus informes— muestra la escasa eficacia de las llamadas "garantías de sustitución", en particular la que consiste en designar de oficio a un defensor oficial por estar prohibido a los detenidos nombrar a su propio abogado defensor.

88. Por el contrario, el Comité de Derechos Humanos ha reafirmado el principio de proporcionalidad en reiteradas oportunidades, sea en ocasión del examen de los informes generales a que se refiere el artículo 40 del Pacto, sea como consecuencia de las observaciones formuladas en virtud de lo estipulado en el artículo 5.4 del Protocolo Facultativo al mismo. En el primer caso, el Comité fijó, como criterio de orientación general, que el principio de proporcionalidad no debía ser analizado en abstracto (examen del informe de

²¹ Caso de "Irlanda vs. Reino Unido".

Chile) ni globalmente, sino suspensión por suspensión (examen del informe presentado por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). En el segundo caso, el Comité estableció un significativo precedente en 1975 al tratar una denuncia de cinco ciudadanos uruguayos privados de todos sus derechos políticos por un decreto gubernamental que establecía la proscripción, por un período de quince años, de todas aquellas personas que se hubiesen presentado como candidatos en las elecciones nacionales de 1966 y 1971. El Comité estimó que "el Gobierno uruguayo no había podido demostrar que el hecho de reducir al silencio a todos los disidentes políticos sea necesario para resolver una presunta situación de emergencia y abrir el camino hacia la libertad política". Vale decir, que el órgano de control (que desconoció toda virtualidad jurídica a la notificación formulada por las autoridades uruguayas que se limitaba a señalar la existencia de una situación excepcional "universalmente conocida") consideró lesionado, y en cierta forma desfigurado, el principio de proporcionalidad al rechazar el argumento por el cual el Gobierno del Uruguay pretendía demostrar que la destrucción de los derechos políticos tuviera por finalidad restablecer las libertades políticas y el Estado de Derecho³².

89. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han abogado por el respeto del principio de proporcionalidad. La primera, al formular observaciones en distintos informes anuales o especiales sobre países: por ejemplo, en el informe anual de 1978 y de 1980 sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y en el informe especial sobre Argentina de 1980, en particular, su respuesta al mencionado Gobierno a propósito del examen del caso 3390. Por su parte, la Corte, en su Opinión Consultiva 8/87, señaló que la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar las distintas situaciones especiales que pueden presentarse, dependerá del carácter, de la intensidad, de la profundidad y del particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las disposiciones respecto de ella.

³² "Landinelli, Silva y otros" (A/36/40).

90. Dada su importancia en cuanto al resguardo de los derechos humanos, la correcta aplicación del principio de proporcionalidad, al igual que de los demás, *presupone una revisión periódica por parte de los órganos nacionales competentes, en particular el Poder Legislativo y el Poder Judicial.*

91. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *Relator Especial propone, entre otras, como normas tipo, las siguientes:*

- durante el estado de excepción, las restricciones que se imponen al ejercicio de los derechos humanos deberán serlo en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, habida cuenta de las demás exigencias establecidas en el orden interno e internacional;
- cuando un estado de excepción afecta el ejercicio de ciertos derechos humanos susceptibles de derogación, en la medida de lo posible, se adoptarán medidas administrativas o judiciales destinadas a atenuar o reparar las consecuencias adversas que esto entraña para el goce de dichos derechos.

G. Principio de no discriminación

92. El artículo 27 de la Convención Americana, al igual que el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, exige que las restricciones impuestas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Obviamente, la palabra "únicamente" tiende a acentuar el móvil discriminatorio de las medidas. El artículo 15 de la Convención Europea omite esta exigencia, pero debe interpretarse en relación con el artículo 14 que tiene alcance general y que prohíbe todo tipo de discriminación en el ejercicio de cualquier derecho reconocido en la Convención.

93. El Relator Especial ha entendido³³ que el hecho de que la prohibición de toda forma de discriminación no figure entre los derechos enumerados en el párrafo 2 del artículo 4°

³³ Véase E/CN.4/Sub.2/1990/33, párr. 17.

del Pacto y en el párrafo 2 del artículo 27 de la Convención Americana, no constituye un obstáculo para considerarlo implícitamente inderogable, pues ambos textos consideran el principio de no discriminación como una condición esencial para ejercer el derecho de suspensión que dichos instrumentos reconocen a los Estados Parte. Coincidentemente, en su Observación General 5/13, el Comité de Derechos Humanos sitúa el principio de no discriminación en el mismo plano y hasta lo incluye en la misma frase que los derechos cuyo ejercicio no se puede suspender cuando afirma: "Sin embargo, el Estado Parte no puede suspender ciertos derechos ni puede adoptar medidas discriminatorias por diversas causas"²⁴.

94. Para garantizar una adecuada regulación de este principio, el *Relator Especial propone*, que:

La legislación nacional deberá estipular explícitamente que el principio de no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, no acepta ningún tipo de limitación ni derogación.

H. Principios de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional

95. Estos tres principios tienden a armonizar las distintas obligaciones asumidas por los Estados en el orden internacional y a reforzar la protección de los derechos humanos en las situaciones de crisis mediante la aplicación concordante y complementaria del conjunto de normas establecidas para salvaguardar dichos derechos bajo un estado de excepción.

96. Con respecto al principio de compatibilidad, tanto el Pacto como las dos Convenciones regionales ya referidas, prevén que los Estados podrán, bajo las condiciones antedichas, suspender las obligaciones contraídas en virtud de estos instrumentos, "siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho

²⁴ Vid. *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento nro. 40 (A/36/40), Anexo VII.*

internacional". Este principio tiene como finalidad compatibilizar las distintas normas internacionales que regulan la materia, puesto que un mismo Estado puede a la vez ser parte en varias convenciones internacionales y regionales. Por ejemplo, un país que es Parte en la Convención Americana y en el Pacto, no podría invocar ante la Comisión Interamericana, a raíz de este principio, la suspensión del ejercicio de un derecho admitido en el Pacto pero prohibido en la Convención Americana. Como lo observa el Dr. Manfred Novak²⁶, los términos "demás obligaciones que impone el derecho internacional" abarcan tanto al derecho internacional consuetudinario como al derecho contenido en los tratados internacionales, en prioridad a las distintas convenciones de derechos humanos y los convenios de derecho internacional humanitario.

97. Lo que está implícito en esta exigencia de compatibilidad es la preeminencia de las normas más favorables a la protección de los derechos humanos. A su vez, estas últimas no se excluyen sino que se complementan y refuerzan recíprocamente. Esto aparece con absoluta claridad en las situaciones de crisis graves provocadas por conflictos armados de fuerte o relativa intensidad, donde se da una aplicación simultánea y complementaria del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

98. El principio de concordancia entre la finalidad de la derogación y los derechos reconocidos en el orden internacional aparece claramente establecido en el artículo 5.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando estipula que las restricciones impuestas no pueden estar "encominadas a la destrucción de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto".

99. En este sentido, el Relator Especial tuvo la oportunidad de señalar, en reiteradas oportunidades, el carácter ilegal que revestían las medidas de emergencia adoptadas por el Gobierno racista de Sudáfrica, toda vez que las mismas tendían

²⁶ En *U.N. Covenant on Civil and Political Right - CCFR Commentary*, 1993.

a perpetuar el régimen del *apartheid* e implicaban una supresión del derecho a la igualdad racial, consagrado en la Declaración Universal y en muchos otros instrumentos. El mismo criterio cabría aplicar frente a cualquier gobierno colonial que implantase medidas de excepción para perpetuar dicha situación de dominación colonial, ya que las mismas estarían encaminadas a destruir el derecho de libre determinación, consagrado en el artículo 1° de los dos Pactos Internacionales.

100. Este criterio se aplica también en el supuesto de que la suspensión de las garantías constitucionales haya sido declarada por un gobierno surgido de un golpe de Estado, con la finalidad de afianzarse y/o perpetuarse en el poder. A este respecto, es importante destacar que la Corte Interamericana ha entendido que *la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa* a que alude el artículo 3° de la Carta de la OEA. Asimismo, la Corte ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca del artículo 29, inciso c), que establece que las restricciones previstas en la Convención Americana no pueden ser interpretadas en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática, representativa de gobierno", señalando en forma contundente que las garantías que se desprenden de este artículo "no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar, sino la necesidad de que ésta esté amparada por garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho".

101. En una palabra, de conformidad con los criterios establecidos por la Corte Interamericana, *los estados de excepción o de emergencia tienen como única justificación válida la defensa del sistema democrático*, entendiendo por tal aquel que establece límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona humana. *De esta manera, el Estado de Derecho es el marco jurídico de regulación de los estados de excepción. La única justificación es la defensa del orden democrático, el que a su vez está definido no como un sistema político sino como un conjunto de valores que se apoya en el conjunto de los derechos hu-*

manos. Estado de Derecho, democracia y derechos humanos conforman así una unidad que la emergencia no puede romper ni en forma excepcional ni transitoria.

IV. INTANGIBILIDAD DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES

102. Si bien es cierto que se trata de uno de los principios más importantes que rigen la legalidad del estado de excepción, pues pone límites infranqueables al ejercicio de los poderes de crisis, hemos preferido darle un tratamiento separado del capítulo anterior al solo efecto de poder exponer en detalle algunos aspectos relevantes de su rica evolución.

A. Normas internacionales que la consagran

103. Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como la Convención Europea y la Convención Americana, estipulan con precisión aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio no puede ser objeto de suspensión o de restricción²⁶. En algunos casos, dicha intangibilidad abarca derechos comunes a los tres instrumentos de referencia: derecho a la vida, prohibición de la tortura, de la esclavitud, y no retroactividad de la ley penal. La Convención Europea limita su enunciado a los casos precedentemente citados, en tanto que para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana son igualmente intangibles el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de conciencia y religión. De manera particular, el Pacto Interna-

²⁶ No obstante, muchos tratados importantes de derechos humanos no contienen una disposición sobre la suspensión, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los convenios de la Organización Internacional de Trabajo nos. 29, 87, 98 y 103 sobre el trabajo forzoso y la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y el derecho de sindicalización, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la Carta Africana de Derechos Humanos y de las Poblaciones, y obviamente, por estar llamados a regir en situaciones excepcionales, los distintos convenios del derecho internacional humanitario.

cional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la prisión por deuda contractual (art. 11). Por su parte, la Convención Americana, de lejos la más protectora en la materia, extiende la intangibilidad a la protección de la familia (art. 17), a los derechos del niño (art. 19), a la nacionalidad (art. 20) y a los derechos políticos (art. 23), así como a las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Sin embargo, esta intangibilidad que el derecho internacional reconoce al ejercicio de ciertos derechos se ha visto reforzada por varias circunstancias.

B. Imposibilidad de formular reservas con respecto a ciertos derechos

104. En ocasión del examen por el Comité de Derechos Humanos del informe de Francia, en 1983, se desarrolló una discusión sumamente esclarecedora acerca de la validez de las reservas hechas por aquel país al artículo 4.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁹⁷. El experto de la República Democrática Alemana afirmó que Francia había confirmado la permisibilidad de reservas al artículo 4º, a lo que el representante francés aclaró que las reservas se limitaban al inciso 1º. En realidad, el único Estado que ha emitido reservas al inciso 2º del artículo 4º del Pacto es Trinidad y Tobago, pero los gobiernos de la República Federal Alemana y de los Países Bajos consideraron dichas reservas incompatibles con el objeto y el propósito del mismo, y se opusieron formalmente a ellas. El resultado de estos debates permite afirmar que, si bien el Comité podría aceptar reservas al artículo 4.1, las reservas al inciso 2º son incompatibles con el objeto y el propósito del Pacto, según el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En ese sentido, también son aplicables algunas de las conclusiones a las que llegó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 3/83 relativa a las restricciones a la pena de muerte.

⁹⁷ Vid. Nevak, Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*, 1993.

C. Reforzamiento de la intangibilidad por la entrada en vigor de otros convenios sobre derechos humanos

105. En efecto, la intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos, estipulada en el inciso 2° del artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se ha visto reforzada o ampliada por la entrada en vigor de otros instrumentos internacionales. Tal fue el caso de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos. De igual modo, el párrafo 2 del artículo 2° de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes vino a reforzar el carácter intangible del derecho a la integridad física, psíquica y moral, al prohibir la tortura aun en circunstancias excepcionales, tales como el estado de guerra o cualquier otra emergencia pública. La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, que no contiene referencia alguna al derecho de suspensión, se inscribe en esta perspectiva. El carácter intangible de las normas que confieren al niño "el derecho a una protección especial" o aquellas que se refieren "al interés superior del niño" se ve a su vez reforzado por una pluralidad de normas internacionales que le otorgan ese carácter. Este mismo criterio debe aplicarse con respecto a la prohibición de aplicar la pena de muerte a los menores de 18 años que, además de estar prevista expresamente en la Convención, debe ser interpretada como una norma de derecho internacional consuetudinario.

D. Reforzamiento de la intangibilidad debido a los progresos registrados en el derecho internacional en general

106. Asimismo, es importante destacar que este doble fenómeno —reforzamiento y ampliación de los derechos cuyo ejercicio es intangible— no sólo se registra en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino también en otras ramas del derecho internacional. De ahí el interés y la necesidad de estudiar la evolución que se ha operado en el conjunto del derecho internacional contemporáneo. Para llevar a cabo dicha tarea, el Relator Especial organizó, con el concurso del Centro de Derechos Humanos y de la Asociación de Consultores Internacionales en Derechos Humanos, dos seminarios en Ginebra, cuyas conclusiones fueron expuestas en el octavo informe anual (E/CN.4/Sub.2/1995/20) y las distintas contribuciones de los participantes fueron recopiladas en una

publicación³⁸ a la que, por razones de brevedad, nos remitimos. El enorme interés de la misma radica en la visión integral que se logra sobre la evolución operada en este campo luego de examinar en profundidad el carácter intangible del derecho a la libre determinación, de ciertas normas que protegen a las personas pertenecientes a una minoría, a los valiosos precedentes establecidos por los órganos de control de las convenciones de la OIT y, en particular, la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia que, en varios casos, ha establecido la intangibilidad del ejercicio de ciertos derechos con arreglo al derecho internacional consuetudinario.

E. El recurso de hábeas corpus como recurso inderogable para garantizar la protección del ejercicio de los derechos humanos fundamentales

107. Las razones que conducen al Relator Especial a incluir este recurso como garantía inderogable, obedecen a la circunstancia de que se trata de una garantía judicial indispensable para la protección de ciertos derechos cuyo ejercicio no es susceptible de suspensión. En esencia, esto ha sido el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, en su Opinión Consultiva nro. 8 emitida el 30 de enero de 1987 a petición de la Comisión Interamericana, señaló que los procedimientos jurídicos establecidos por los artículos 25.1 (amparo), y 7.6 (hábeas corpus) de la Convención Americana no pueden ser suspendidos en virtud del artículo 27.2 de la misma Convención porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse, según dicho precepto, en los estados de emergencia.

108. La Opinión Consultiva 9, dictada el 6 de octubre de 1987 a solicitud del Gobierno del Uruguay, fue todavía más lejos que la anterior pues, además de reiterar la intangibilidad de los recursos de amparo y hábeas corpus, otorga la misma categoría a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o

³⁸ Association de Consultants Internationaux en Droits de l'Homme, *Droits Intangibles et États d'Exception*, ed. Bruylant, Bruxelles, 1996.

tribunales competentes destinados a garantizar el respecto a los derechos y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención. Agregó la Corte que también deben considerarse como no suspendibles los procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados Parte como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los propios derechos no suspendibles y cuya limitación o suspensión comporta la indefensión de tales derechos.

109. Esta segunda opinión puede servir de apoyo a una interpretación progresiva, ya que no sólo insiste en el carácter no suspendible de los clásicos derechos de amparo y hábeas corpus, sino que abarca también los instrumentos que poseen funciones similares en el continente americano, tales como el *mandato de segurança* brasileño (que algunos autores traducen al español como "mandato de amparo"), así como el "recurso de protección" chileno y la "acción de tutela" colombiana.

110. Además, al referirse la Corte Interamericana a la intangibilidad de los procedimientos judiciales cuya suspensión se traduce en la indefensión de los derechos no susceptibles de derogación, aun en los estados de emergencia, invoca los lineamientos esenciales del debido proceso y del derecho de defensa. En forma coincidente, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido —al referirse al art. 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— que ni aun en los estados de excepción puede admitirse como prueba cualquier declaración o confesión obtenida mediante tortura o malos tratos y que, aun en los mismos estados de excepción, toda persona detenida debe disponer cuanto antes de defensa letrada para garantizar al propio detenido tanto la protección de su integridad física como la preparación de su defensa.

111. Otro elemento importante para esta clarificación son las enseñanzas que se desprenden de la práctica de los Estados, pues la experiencia indica que, en general, los gobiernos entienden que el hábeas corpus no debe sufrir limitaciones en las situaciones de urgencia. Prueba de ello es que el Relator Especial recibió sólo una notificación en la que se invocaba la suspensión de este recurso y esto fue hace ya diez

años²⁹. En forma coincidente, el Comité de Derechos Humanos, en respuesta a una resolución de la Subcomisión que proponía la elaboración de un proyecto de protocolo destinado a prohibir toda derogación de los artículos 8º, 3º y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se declaró convencido de que los Estados Parte, en general, comprenden que los recursos de hábeas corpus y de amparo no deben limitarse en las situaciones de urgencia. En el mismo sentido, el Comité, a raíz del examen del informe de un Estado Parte observó que las medidas adoptadas por un gobierno para combatir el terrorismo no deben afectar el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el Pacto, en particular en los artículos 6º, 7º y 9º. En lo que respecta al artículo 14, el Comité estimó que ninguna de sus disposiciones admitía derogación alguna.

112. Esta línea de pensamiento parecería consolidarse en el marco de los precedentes establecidos por este órgano de control en la Comunicación 328/1988 ("Zelaya vs. Nicaragua") adoptada el 20 de julio de 1994, en la que el Comité estableció la violación de los artículos 7º, 9º, 10 y 14 del Pacto. En este precedente, como en las opiniones que se recogen de los resúmenes analíticos confidenciales de los debates relativos a las comunicaciones de particulares, los miembros del Comité estimaban, como regla general, que un Estado no puede derogar aquellas garantías judiciales que son indispensables para hacer valer los derechos no susceptibles de derogación como son el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a torturas, etcétera.

113. Debido al carácter complementario y no excluyente que revisten las normas tuitivas del derecho internacional, es sumamente importante examinar la articulación positiva que se establece con el derecho internacional humanitario y, en particular, cuando entra en aplicación el artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra que establece también "garantías fundamentales" durante los conflictos armados internos. Más aún, la Corte Internacional de Justicia, en su sentencia sobre

²⁹ Notificación de Nicaragua del 18-VI-1987; *id.* E/CN.4/Sub.2/1987/19/Rev.1.

las actividades militares y paramilitares en Nicaragua, entendió que incluso dichas garantías debían aplicarse a los conflictos armados de carácter internacional. Debe tenerse en cuenta que este artículo —que para la mayoría de la doctrina reviste el carácter de *ius cogens*— exige el respeto de “las garantías judiciales reconocidas como indispensables para los pueblos civilizados” en caso de guerra civil, y por vía jurisprudencial en los conflictos internacionales, con mayor razón debería aplicarse cuando la amenaza que pesa sobre la vida de la nación es aún de menor gravedad.

114. Por último, a juicio del Relator Especial, el argumento más contundente a favor de la intangibilidad del *habeas corpus* resulta del propio articulado del Pacto y, en particular, del artículo 2.1 y 2 en virtud del cual “Cada uno de los Estados Parte... se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio... los derechos reconocidos en el ...Pacto”, e incluso a adoptar medidas, en el supuesto de que fueran necesarias, para hacerlos efectivos. Más importante aún, el inciso 3º de dicho artículo 2º garantiza a todas las personas la posibilidad de interponer un “recurso efectivo” en el supuesto de que alguno de los derechos reconocidos en el Pacto pudiera ser violado. Ahora bien, el derecho a la vida como el derecho a la integridad física, por ejemplo, son derechos cuya protección debe ser garantizada en todo momento o circunstancia, por lo que es evidente que el “recurso efectivo” al que se refiere este artículo tampoco puede dejar de ser inderogable.

V. PRINCIPALES ANOMALÍAS O DESVIACIONES EN LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

115. El estudio de la Sra. Nicole Questiaux puso en evidencia que una adecuada regulación del estado de excepción y una correcta aplicación de la misma salvaguardan el equilibrio de los tres poderes del Estado, posibilitando el buen funcionamiento de los mecanismos de control interno, por lo que el impacto de las medidas de excepción sobre el ejercicio de los derechos humanos es transitorio, limitado y compatible con el sistema democrático de gobierno.

116. Por el contrario, en la medida en que el estado de excepción se aparta de la legalidad que lo regula, se producen toda una serie de anomalías institucionales que entrañan graves consecuencias en el goce de los derechos humanos. En este capítulo se examinarán dichas alteraciones mediante la presentación, en forma de tipología, de aquellas anomalías más graves que se registran en tales circunstancias, para analizar luego, en los capítulos V y VI, las consecuencias que las mismas tienen sobre las instituciones y el Estado de Derecho y sobre el ejercicio del conjunto de los derechos humanos en particular.

A. Estados de excepción de facto

117. Esta desviación reconoce dos variantes:

- adopción de medidas excepcionales sin proclamación previa del estado de excepción;
- mantenimiento de dichas medidas no obstante el levantamiento oficial del mismo.

Desde el punto de vista jurídico, ambas situaciones conducen al mismo resultado, pues se trata del incumplimiento del requisito de publicidad con que deben ser acompañadas las medidas de excepción. Reflejan también el desconocimiento de los mecanismos nacionales de control, sea para su puesta en vigor, como para su prórroga o mantenimiento.

118. Lamentablemente se trata de una anomalía bastante frecuente, por lo que el Comité de Derechos Humanos y algunos otros órganos de control han tenido oportunidades de señalar su incumplimiento en reiteradas oportunidades.

119. Por su parte, el Relator Especial, a lo largo de su trabajo entre 1985 y 1997, ha podido confirmar la existencia de, por lo menos, una veintena de países que durante este período, o en algún momento del mismo, se han encontrado bajo un régimen de excepción de hecho. En algunos casos, el Relator Especial no ha podido comprobar la existencia de dicha situación sino algún tiempo después y luego de un prolongado intercambio de correspondencia con las autoridades del país o con fuentes no gubernamentales. Tal fue el caso del Togo que, en su respuesta del 10 de junio de 1987, le señaló

que no obstante haber debido hacer frente a perturbaciones internas graves no hubo necesidad de declarar el estado de excepción, habiéndose limitado a decretar el toque de queda durante algunos días. Con posterioridad, el Relator Especial comprobó que las limitaciones impuestas por el toque de queda en ese país equivalían a un estado de excepción de hecho y por ello lo incorporó en su lista anual. Más recientemente, en oportunidad del examen del último informe periódico del Togo, el Comité de Derechos Humanos entendió también que los distintos toques de queda proclamados por las autoridades togolosas significaban, en realidad, la suspensión del ejercicio de ciertos derechos amparados por el Pacto.

120. En otras oportunidades, han sido las propias autoridades las que, en un acto que merece ser estimulado, han reconocido encontrarse o haberse encontrado en dicha situación. Así, por ejemplo, el Gobierno de Filipinas informó al Relator Especial, por carta del 10 de diciembre de 1987, que desde el 1° de enero de 1985 no se había proclamado ni suspendido ningún estado de excepción pero que durante la revolución y con ocasión de una tentativa de golpe de Estado, el 28 de agosto de 1987, había tenido lugar un estado de excepción *de facto*, de carácter temporal, de sólo algunos días de duración y que se había vuelto a la normalidad inmediatamente después.

121. A raíz de la frecuencia con que este tipo de anomalías se presentan en la actualidad, a solicitud de la Comisión y de la Subcomisión, el Relator Especial prestó una atención particular a este tema y procedió a la realización de un estudio en profundidad de las consecuencias que ellas entrañan para el goce de los derechos humanos. A este efecto llevó a cabo, *in situ*, un estudio de la repercusión sobre los derechos humanos del estado de excepción de hecho imperante en Haití con anterioridad al regreso del presidente constitucional Jean Bertrand Aristide⁴⁰, y al que nos referiremos en extenso en el capítulo VI.

⁴⁰ Vid. E/CN.4/Sub.2/1993/23, cap. III.

122. El criterio jurídico empleado por el Relator Especial para determinar si una medida concreta reviste o no el carácter de "excepcional", ha consistido en verificar si la misma supera las restricciones permitidas en situaciones ordinarias. Si este fuese el caso, estaríamos en presencia de una medida de naturaleza excepcional, sólo susceptible de entrar en aplicación en el contexto de un estado de excepción oficialmente declarado. Como fue señalado anteriormente con relación al principio de amenaza excepcional, el derecho internacional —al igual que el derecho interno de los Estados— admite ciertas restricciones al ejercicio de algunos derechos humanos en situaciones de normalidad, siempre y cuando ello sea necesario para el mantenimiento del orden público, la moral y la salud públicas, el derecho de los demás, etcétera. En consecuencia, *todas aquellas medidas que impliquen restricciones que superen las limitaciones autorizadas en períodos ordinarios son, aunque no lo confiesen, de naturaleza excepcional.*

123. El Relator Especial ha llamado la atención de la Comisión y la Subcomisión acerca de la incompatibilidad con el derecho internacional y con los criterios coincidentes por él establecidos, de aquellas legislaciones —generalmente inspiradas en el *common law* y fundadas en la seguridad nacional— que permiten la adopción de medidas excepcionales (tales como detenciones administrativas prolongadas, severas limitaciones a la libertad de expresión, a la libertad de reunión y manifestación, o bien castigando con severas penas cualquier infracción de las mismas), sin que sea necesario proceder a la proclamación del estado de excepción. Más aún, habiendo verificado la aplicación de las mismas, procedió a incluirlos en la lista anual de países bajo estado de excepción, por entender que en ellos se configuraba una situación de *facto*.

124. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria ha puesto en evidencia que la mayoría de los países del *Commonwealth* incluyen en su arsenal jurídico leyes especiales que, con el pretexto de preservar la seguridad nacional, —aun en el supuesto de que no esté vigente el estado de excepción—, ciertas autoridades gubernamentales (generalmente el ministro del Interior o de Defensa) se encuentran habilitadas para ordenar la detención de personas por un período deter-

minado, el que normalmente puede ser prorrogado sucesivamente. La Unión Interparlamentaria ha tenido oportunidad de intervenir en varios casos de legisladores que, en base a este tipo de legislación, han pasado más de veinte años en detención sin acusación ni proceso⁴¹.

B. Estado de excepción no notificado

125. Se trata, claro está, del incumplimiento de un requisito formal cuyos destinatarios son, como ya fuera señalado en el capítulo anterior, los otros Estados Parte en una Convención, en el supuesto de un convenio, y el conjunto de los Estados Miembro de las Naciones Unidas, en cuanto a la labor que desempeña el Relator Especial. Si bien el incumplimiento de este requisito no prejuzga acerca de la conformidad, o no, de la proclamación del estado de excepción con la legislación interna de un país, *generalmente la falta de notificación va acompañada de otras anomalías*.

126. Tanto el Comité de Derechos Humanos como los órganos regionales de control han exigido una aplicación estricta de este requisito y, como vimos al tratar el principio de notificación en el capítulo II, han negado a los Estados la posibilidad de invocar el derecho de suspensión que la normativa internacional les reconoce, si la declaración del estado de sitio no ha sido debidamente notificada. Más aún, para que esta última tenga relevancia jurídica, debe contener toda una serie de precisiones (véase cap. III), tal como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos con relación al Uruguay⁴² en ocasión del examen de varias comunicaciones individuales presentadas. El gobierno militar de entonces se había limitado a señalar al Comité como causal de la proclamación del estado de excepción, que el país vivía "una situación excepcional universalmente conocida". En casi todos los casos, el Comité estableció que la mera comunicación de la adopción de "medidas prontas de seguridad" (que implicaban severas restricciones al funcio-

⁴¹ Despouy, Leandro, *Fonctionnement et Jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme des Parlementaires de l'Union Interparlementaire*, 1^{er} janvier 1977 - 4 février 1983, 1983, pág. 307.

⁴² Caso *Landivelli Silva*, 1978.

namiento de las instituciones y al ejercicio de los derechos humanos), en virtud de la presunta existencia de una situación de excepción, no era suficiente, conforme a los términos del artículo 4° del Pacto, para invocar el derecho de derogación previsto para casos estrictamente definidos. En consecuencia, el Comité, luego de constatar la veracidad de los hechos alegados por los peticionantes y de subrayar *la insuficiencia del contenido de la notificación* realizada para justificar las derogaciones impuestas, señaló la responsabilidad del entonces gobierno de facto del Uruguay en la violación de múltiples disposiciones del Pacto, llegando incluso a reclamar el levantamiento de las mismas y el resarcimiento de las víctimas.

C. Perennización del estado de excepción

127. Esta anomalía consiste esencialmente en la aplicación rutinaria del estado de excepción y puede obedecer a la perpetuación lisa y llana del mismo, o bien a su renovación o prórroga constante. En las décadas pasadas, ésta fue una de las desviaciones más comunes en el contexto latinoamericano; el Paraguay conoció esta situación en forma ininterrumpida de 1954 a 1967 y el informe de la Comisión Interamericana de 1978 puso de manifiesto que, en realidad, el estado de sitio había estado vigente en el Paraguay desde 1929; otro ejemplo similar es el de Colombia, donde el estado de excepción, bajo diversas formas, ha estado vigente en forma casi ininterrumpida desde hace unos cuarenta años; asimismo Chile, la Argentina, el Uruguay, El Salvador, entre otros, han conocido largos periodos de estado de excepción, generalmente bajo regímenes militares.

128. En el capítulo anterior hemos visto la labor desarrollada por el Comité de Derechos Humanos y las observaciones formuladas en ocasión del examen de los informes periódicos presentados por los Estados, en los que regímenes de excepción se encontraban en vigor desde hacía mucho tiempo. A la luz de la lista anual elaborada por el Relator Especial, son más de treinta los países que han conocido este tipo de situación.

129. Lo grave de estas anomalías consiste en el desconocimiento del principio de temporalidad que define el ca-

rácter transitorio de los estados de excepción. Se ignoran los principios de actualidad e inminencia del peligro o de la crisis. La discrecionalidad sustituye a la proporcionalidad. En una palabra, lo transitorio se transforma en definitivo, lo provisorio en constante, lo excepcional en permanente, vale decir, la excepción se convierte en la regla.

D. Sofisticación e institucionalización del estado de excepción

130. Se trata de dos anomalías que guardan un evidente parentesco, puesto que la primera es condición de la segunda y ambas describen un perverso engranaje donde las normas de excepción reemplazan al orden constitucional y legal ordinario, y finalmente ambas buscan su autolegitimación.

131. La primera de estas desviaciones presenta como característica tangible la proliferación de normas de excepción cuya complejidad aumenta en la medida en que están destinadas a regir de manera paralela al orden constitucional ordinario, o bien se acumulan a éste, aunque muchas veces fijan reglas retroactivas o establecen regímenes transitorios⁴³. Vale decir, el orden jurídico normal subsiste pero, de manera paralela, se va conformando un orden jurídico especial, paraconstitucional, basado muchas veces en las llamadas "actas institucionales"⁴⁴ o su equivalente que, en la mayoría de los casos, se consideran superiores a la propia constitución nacional, de tal manera que el orden jurídico normal sólo queda vigente en lo que no ha sido derogado por aquél.

132. Aunque carece de significación jurídica, utilizamos la palabra sofisticación por ser ésta la que mejor describe la trama de esta desviación cuya complejidad adquiere contornos indecifrables cuando nos confrontamos a leyes que, basadas en ese orden paraconstitucional, se presentan como ordi-

⁴³ Vid. Informe de la Sra. N. Questiaux, E/CN.4/SUB.2/1982/15, "Estados de excepción complejos", párrs. 118 a 128, y documento del Consejo de Europa nro. AS/Pol/PR/COLL/DHAL/33, de octubre de 1981, por Despouy, Leandro, "La excepción es la regla en América Latina".

⁴⁴ Como fue el caso en Brasil, la Argentina, Chile y el Uruguay, durante los últimos regímenes militares.

narias en el sentido de que su vocación es la de regir independientemente de toda situación de excepción⁴⁵. En el fondo, la lógica que inspira tamaña sofisticación no es otra que la de disponer de un arsenal jurídico extremadamente complejo que permita a las autoridades recurrir, según las necesidades de cada momento, sea al orden jurídico normal, sea al orden jurídico especial, aunque, claro está, en la práctica, lo corriente es que el primero sea abandonado en beneficio del segundo. En una palabra, la perennización y la sofisticación de los regímenes de excepción, no son sino el anverso y el reverso de una misma moneda. En uno, la excepción es la regla, en el otro, lo ordinario es excepcional.

133. Por último, el fenómeno de la institucionalización de los regímenes de excepción es quizás la variante más refinada y peligrosa de todas, en la medida en que presupone las desviaciones anteriores y pretende legitimarlas y consolidarlas mediante un reordenamiento integral del sistema jurídico e institucional del país.

134. Para lograr este objetivo, la mayoría de los gobiernos dictatoriales han recurrido a la convocatoria de pseudconsultas populares, a través de plebiscitos o referéndum, generalmente en un contexto de severas restricciones al ejercicio de los derechos civiles y políticos y de las libertades públicas, como fue el caso en Filipinas bajo el Gobierno del presidente Marcos en 1973 y más tarde en 1979, en Chile bajo Pinochet y en el Uruguay donde se intentó, sin éxito, en ocasión del referéndum constitucional de 1980.

135. Más allá de los aspectos políticos y de las irregularidades con que se llevan a cabo, estos procesos de reforma constitucional, tienen en común el propósito de:

- legalizar (sería más correcto decir "proclamar") la legalidad de los actos realizados bajo las "actas institucionales";

⁴⁵ Como fue el caso de la mayoría de las leyes de seguridad nacional en Brasil, la Argentina, el Uruguay.

- incorporar dichas "actas institucionales" en el texto de la nueva constitución, o bien en sus disposiciones transitorias, que prevén, por lo general, un largo período de vigencia;
- conferir rango constitucional a la práctica jurídica del estado de excepción.

136. En síntesis, esta desvirtuación, a diferencia de los regímenes de excepción *de facto* en los que la excepción recurre al anonimato para esconder su verdadero rostro, en la institucionalización, la excepción se disfraza de Estado de Derecho, para de esa manera negarlo y subvertirlo.

E. Ruptura del orden institucional

137. Como se desprende de las situaciones descritas, en casi todos los casos las desviaciones registradas suponen la existencia de una autoridad *de iure* o *de facto* que representa al Estado y que, como tal, es responsable del incumplimiento de algunas o algunas de las exigencias básicas que regulan el estado de excepción. No obstante, en esta parte del informe analizaremos brevemente aquellas situaciones en las que la crisis es de tal intensidad que el propio marco institucional del Estado se ha roto, la violencia se ha generalizado, alcanzando en principal medida a la población civil. Vemos entonces que grandes sectores de la misma se desplazan y el equilibrio institucional se rompe como consecuencia de un proceso generalizado de violencia y desintegración.

138. La notoria proliferación de los conflictos que se registran en la actualidad y las sorprendentes modalidades en que se desarrollan, exigen un estudio en profundidad de esta nueva tipología de situaciones de crisis.

139. Si bien desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la aplicabilidad de las normas de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, la preocupación de fondo surge como consecuencia de la *escasa aplicación y de la falta de eficacia de las mismas para impedir las consecuencias más graves de la crisis*. Esta notoria insuficiencia de las normas jurídicas para contener, por sí

seas, la expansión de los conflictos, plantea la imperiosa necesidad de conocer sus causas y la forma en que los mismos se desarrollan, para estar en condiciones de poner en marcha mecanismos idóneos en materia de prevención. Esto último adquiere particular urgencia frente al enorme costo en vidas humanas que a diario entrañan los conflictos, y que afectan predominantemente a la población civil⁴⁶, particularmente a mujeres y niños. Asimismo, la experiencia indica —y el trágico destino de los refugiados ruandeses en el ex Zaire lo acredita— la escasa perdurabilidad de las acciones de socorro que sólo se limitan a dar una respuesta coyuntural a los imperativos humanitarios resultantes de la emergencia, sin tener el propósito ni la vocación de atacar los factores estructurales o de otra índole que la provocan.

140. Lo que da una idea aproximada de la envergadura que reviste la problemática de los conflictos en la actualidad, es que más del 40% de la ayuda oficial al desarrollo canalizada por las Naciones Unidas en los últimos años ha sido destinada a operaciones de socorro y de emergencia. En sólo tres años, las Naciones Unidas invirtieron en Somalia más de 2.000 millones de dólares⁴⁷.

141. Estrechamente vinculado al aumento y las modalidades en que se desarrollan los conflictos, otro fenómeno —la pobreza— también de alcance universal, no sólo se expande por la mayoría de los países, sino que también se intensifica, adquiriendo perfiles dramáticos en algunas regiones del planeta. Paradójicamente, con sugestiva frecuencia —como es el caso de África al sur del Sahara— ambos fenómenos se yuxtaponen. Ello muestra la relación de perversa reciprocidad y de retroalimentación que vincula a ambos flagelos de la humanidad, pues si bien la pobreza incide en la gestación y el desarrollo de los conflictos, éstos, a su vez, son grandes generador-

⁴⁶ A diferencia de la Primera Guerra Mundial, donde sólo el 3% de las víctimas fueron civiles, el porcentaje asciende al 80 a 90%.

⁴⁷ Los cuatro primeros meses de despliegue de tropas en Somalia costaron a los Estados Unidos 750 millones de dólares, vale decir, un monto equivalente al presupuesto anual del ONICR.

res de pobreza. En ese sentido, es sumamente ilustrativo el caso de Sierra Leona que, el 25 de mayo de 1997 (oportunidad en la que el Relator Especial estaba a punto de concluir la confección del presente informe), declaró el toque de queda como consecuencia de un golpe de Estado que derrocó al Gobierno del presidente Ahmad Tajen Kabbah. No cabe duda de que en este país los largos años de guerra civil han implicado daños económicos incalculables, que han empujado a más del 70% de la población a vivir bajo la línea de pobreza como consecuencia de una disminución del salario real superior al 20%. Sin embargo, tampoco caben dudas de que fue la larga decadencia económica de la década de los ochenta, donde el salario real perdió un 80% de su valor, lo que creó las condiciones fácticas que propiciaron la explosión posterior.

142. La crisis económica que precedió a los tótricos acontecimientos que están teniendo lugar en la región de los Grandes Lagos en África, presenta algunas semejanzas. Más allá del notorio predominio de los factores culturales, no se puede desconocer la negativa influencia que tuvo la degradación económica precedente, los sucesivos ajustes estructurales y la repercusión que ellos tuvieron sobre el achicamiento del Estado y el agravamiento de las tensiones étnicas que la disminución de las oportunidades laborales trajeron aparejadas. Por último, la pobreza no debe ser examinada solamente en su vinculación directa con los conflictos, sino también en su impacto sobre otros factores conflictuales como son, por ejemplo, las enormes presiones migratorias, tanto internas como internacionales, que provocan, a su vez, grandes desplazamientos masivos. Estos, por su parte, generan desarraigo y un mayor empobrecimiento⁴⁸.

143. Otro fenómeno sumamente preocupante es la forma en que, en la actualidad, este tipo de conflictos afectan a las minorías u obedecen a factores de origen étnico, religioso, nacional, etcétera, reemplazando el predominio ideológico que

⁴⁸ Vid. *Conflict Prevention and Poverty Alleviation*, Organization for Economic Cooperation and Development, documento DCD 897 e/ANN2, elaborado por el Relator Especial a solicitud del FEUD.

tuvieron hasta finales de la década pasada. Esto explica, en parte, las nuevas modalidades que asumen los conflictos, y la marcada tendencia a la generalización de la violencia afectando predominantemente a la población civil.

144. Se estima que más de setenta países cuentan con minorías significativas entre su población. Más allá de los factores culturales e históricos que muchas veces inciden en la gestación de los conflictos, no se puede desconocer que ciertos fenómenos de naturaleza eminentemente económica, como es la prosperidad de unos y el empobrecimiento de otros, cuando ello afecta en forma predominante a ciertos sectores más que a otros, constituye en muchos países una fuente creciente de tensiones sociales susceptibles de desembocar en conflictos de esta naturaleza. Además, todo esto se da en el contexto de un paulatino repliegue del Estado y, en muchos casos, de un franco abandono de las funciones sociales que tradicionalmente ha cumplido. Esto último, sin duda, ha debilitado el importante papel que hasta hoy ha jugado el Estado como malla de contención de la conflictiva social y como marco institucional a través del cual la población se siente participe en la construcción de un destino común. El desamparo que él genera, la fractura social que se produce y, sobre todo, la ausencia de una perspectiva que incluya por igual a todos los miembros de la sociedad, no sólo subrayan y acentúan las diferencias en el interior de la misma, sino que muchas veces exacerban sus rivalidades. Es en este contexto de sociedades frecuentemente golpeadas por traumas de origen económico, social, cultural, o político, que este tipo de situaciones límite tienen lugar, y en las que la ruptura del orden institucional abre las compuertas a la violencia generalizada, las masacres a la población civil, y desembocan con frecuencia en verdaderos genocidios.

VI. EFECTO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LAS INSTITUCIONES Y EL ESTADO DE DERECHO

A. Impacto sobre las instituciones

145. Si observamos el funcionamiento regular de las instituciones bajo el estado de excepción, podremos comprobar

que la regla general es que alguno de los tres poderes —de ordinario el Legislativo— se pronuncie acerca de la legalidad de la declaración realizada por otro poder —con frecuencia el Ejecutivo (con o sin acuerdo del Consejo de Ministros)— y que el Poder Judicial tenga facultades para examinar, en los casos concretos, la legalidad de las medidas que afectan el ejercicio de los derechos humanos. Mas aún, en algunos países, por ejemplo, a raíz del examen de un recurso de hábeas corpus, el Poder Judicial puede, incluso, estar facultado para pronunciarse acerca de la legalidad del estado de excepción como tal.

146. En una palabra, aun en situaciones de crisis el Estado de Derecho intenta preservar un verdadero equilibrio entre los distintos poderes del Estado, para lo cual preestablece ciertas reglas de funcionamiento que buscan impedir la concentración de los mismos. Sin embargo, como hemos podido comprobar, en todos los casos en que se registran anomalías bajo los estados de excepción (y en la medida en que éstas se acentúan), el equilibrio de las instituciones se altera, los mecanismos de supervisión se debilitan, llegando incluso a desaparecer.

147. Así, por ejemplo, la sofisticación y la institucionalización del estado de excepción han presupuesto, como regla general, el ejercicio de amplias potestades por parte de quienes ejercen el Poder Ejecutivo (Presidente de la Nación, junta militar), y a menudo han ido acompañadas de la aniquilación de la independencia del Parlamento, la persecución y/o detención de sus miembros⁴⁹, y hasta la disolución lisa y llana de la institución parlamentaria. Para colmar el vacío provocado por la ausencia de Parlamento, muchas veces el propio Poder Ejecutivo establece comisiones que desempeñan actividades de asesoramiento legislativo sin cumplir funciones legislativas propiamente dichas⁵⁰.

⁴⁹ Entre 1977 y 1993, una importante proporción de las reclamaciones tratadas por el Comité de Derechos Humanos de los Parlamentarios de la Unión Interparlamentaria concernía a parlamentarios de países bajo estado de excepción, declarado o *de facto*.

⁵⁰ Tal fue el papel desempeñado en Chile y el Uruguay por el Consejo de Estado y en la Argentina por la Comisión de Asistencia Legislativa durante los gobiernos militares.

148. Si examinamos el caso del Paraguay, podremos observar que durante las casi cuatro décadas que duró el régimen de Stroessner, en forma rutinaria, cada seis meses, el Parlamento aprobaba la renovación del estado de sitio propuesto por el Ejecutivo, confiando así legalidad a lo que no era sino un manifiesto abuso en el empleo de este recurso. En Haití, bajo el régimen de Duvalier, durante más de dos décadas, fue práctica corriente que la Legislatura, al término de sus breves sesiones anuales, confiera plenos poderes al Ejecutivo durante el largo período de receso y suspendiera por igual término las garantías constitucionales más importantes. Como es lógico suponer, en estas circunstancias, el Poder Judicial, de hecho o de derecho, carece de facultades para controlar la oportunidad y la legalidad de la implantación del estado de excepción (potestad que está reservada a las autoridades políticas) y tampoco puede hacer cesar el alcance de las medidas concretas que afectan los derechos humanos de las personas, tratése de una detención, de una expulsión del territorio, una relegación o un confinamiento en alguna parte del territorio, etcétera.

149. En estos casos, lo corriente es también que los miembros del Poder Judicial, en su mayoría, sean removidos y que los tribunales ordinarios sean reemplazados por los tribunales militares para juzgar los presuntos delitos políticos, culminando con una corte suprema de justicia que legalice la validez de las "actas institucionales" o su equivalente, o le confiera carácter supraconstitucional a las normas de emergencia adoptadas por el régimen. En este sentido, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la independencia del Poder Judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados, ha puesto de manifiesto que tras la promulgación de decretos que instituyen el estado de excepción, a menudo se produce la destitución en masa de magistrados, la creación de tribunales especiales y la restricción o suspensión de la revisión judicial. Corroborando sus propios dichos, el Relator afirma que la castración de la judicatura y el hostigamiento de los abogados no son infrecuentes durante los estados de excepción.

150. En conclusión, estas desviaciones entrañan una verdadera mutación institucional, cuyo principal efecto es la sustitución del principio de separación e independencia de po-

darles por el de jerarquización de los mismos, a favor del Ejecutivo y éste, a su vez, en algunos casos, está subordinado al poder militar.

151. Para evitar esta clase de anomalías y su nefasta repercusión sobre las instituciones, el *Relator Especial propone como normas tipo* las siguientes:

Poder Judicial

La legislación deberá estipular que nada de lo que se haga de conformidad con un estado de excepción habrá de:

a) restar validez a las disposiciones de la constitución o la ley fundamental como a la legislación relativa al nombramiento, al mandato o a los privilegios e inmunidades de los miembros de la judicatura, ni a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial;

b) restringir la jurisdicción de los tribunales:

i) para examinar la compatibilidad de la declaración del estado de excepción con las leyes, la constitución y las obligaciones que impone el derecho internacional, y para determinar que dicha declaración es ilegal o inconstitucional, en caso de que haya incompatibilidad;

ii) para examinar la compatibilidad de cualquier medida adoptada por una autoridad pública con la declaración del estado de excepción;

iii) para iniciar actuaciones jurídicas destinadas a hacer respetar o proteger cualesquiera derechos reconocidos por la constitución o la ley fundamental y el derecho nacional e internacional, cuya efectividad no sea afectada por la declaración de excepción;

iv) para entender asuntos de carácter penal, incluidos los delitos relacionados con el estado de excepción.

Poder Legislativo

La legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender el Parlamento en ocasión de un estado de excepción y que se deberán mantener intactas las inmunidades y los privilegios de los legisladores para que éstos estén en condición de vigilar sobre el goce de los derechos humanos de

sus mandantes. Asimismo, la legislación deberá disponer que no se podrá disolver o suspender otro órgano de control constitucionalmente establecido.

La legislación deberá conceder a los miembros del Parlamento (u otro órgano constitucional encargado de controlar la legalidad de la proclamación del estado de excepción), inmunidad en relación con todas las medidas adoptadas de conformidad con la declaración y que puedan impedir o restringir su participación en las deliberaciones acerca de la ratificación del estado de excepción dispuesto por el Poder Ejecutivo, su prórroga o su levantamiento.

B. Impacto sobre el Estado de Derecho

152. Desde el punto de vista jurídico, las anomalías descritas precedentemente van acompañadas por lo general de grandes transformaciones en la legislación penal de fondo (calificación de las infracciones y la escala de las penas) y de forma (garantías procesales) como de las normas de competencia⁵¹. En lo que hace a las normas de forma, las restricciones más manifiestas suelen estar vinculadas al derecho de defensa y al carácter público de las deliberaciones. En Sudáfrica, por ejemplo, durante el régimen racista, la publicación sin autorización de la policía del nombre de una persona detenida en virtud del *Terrorism Act* estaba prohibida y severamente penada por la *Second Police Secret Act*, número 1306 de 1980.

153. En cuanto a las normas de fondo, se verifica una peligrosa tendencia al establecimiento de calificaciones sumamente imprecisas que hacen posible que un gran número de personas pueda encontrarse en infracción, acompañado de la ampliación de los elementos constitutivos de la complicidad, la alteración de la presunción de inocencia, etcétera. Igualmente, la agravación de la represión suele obedecer a la modificación de las normas sobre competencia, en particular, mediante la aplicación retroactiva de la legislación penal de forma que, a diferencia de la de fondo, no está prohibida pero que, sin

⁵¹ Véase informe de la Sra. Nicole Questiaux, E/CN.4/Sub.2/1992/15, párr. 163.

embargo, tiene consecuencias similares bajo el estado de excepción. A este respecto, basta imaginar la situación de aquellas personas que están siendo juzgadas por un tribunal ordinario y, a raíz de la declaración de un estado de excepción, son sometidas, por el mismo delito, al juzgamiento secreto de un tribunal militar.

154. Esta regresión constante del principio de legalidad entraña finalmente una verdadera mutación del Estado de Derecho, donde el estado de excepción degenera en un elemento de agravación de la crisis y se transforma en un instrumento de regresión de la oposición y la disidencia. En definitiva, el impacto de ambas mutaciones sobre el conjunto de los derechos humanos es, como veremos a continuación, tan grave y pernicioso que hemos preferido darle un tratamiento separado.

VII. EFECTOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

155. Las enseñanzas más valiosas que se extraen tanto de la práctica de los distintos órganos de supervisión internacional como de la experiencia del propio Relator Especial, son la comprobación y la certeza de que, en la medida en que se respeten las normas y los principios que regulan el estado de excepción, su impacto sobre el funcionamiento de las instituciones, la vigencia del Estado de Derecho y el goce de los derechos humanos será necesariamente limitado y compatible con un sistema democrático de gobierno.

156. Por otra parte, como se desprende del análisis de los informes anuales elaborados por el Relator Especial, las modalidades de aplicación tienen gran incidencia en los efectos que el estado de excepción tiene sobre los derechos humanos:

- Ha habido oportunidades en las que el estado de excepción ha sido implantado por corta duración y con efectos jurídicos limitados. Tal fue el caso, por ejemplo, en Wallis y Futuna, donde las medidas estuvieron en vigor sólo algunos días, del 26 al 30 de octubre de 1985; en la Argentina donde las medidas de excepción sólo afectaron la libertad de movimiento de doce personas, y

por un período menor a treinta días, en mayo de 1988; en Panamá, donde el estado de excepción estuvo en vigor del 10 al 29 de junio de 1987; o en Canadá, donde se implantó el estado de excepción en la provincia de Manitoba del 23 de julio al 4 de agosto de 1989.

- En otras oportunidades el estado de excepción ha sido implantado por un período más largo, abarcando solamente la suspensión de algunos derechos susceptibles de derogación. Tal fue el caso, por ejemplo, de cuando se declaró el estado de excepción en Nueva Caledonia del 12 de enero de 1985 al 30 de junio del mismo año; en Kuwait, del 26 de febrero al 26 de junio de 1991; o en Senegal, del 29 de febrero al 20 de mayo de 1988, y más tarde del 28 de abril al 19 de mayo de 1989.
- Por último, en aquellas situaciones en que la vigencia del estado de excepción se perpetúa y, a medida que se perenniza, las anomalías se acumulan, el número de derechos humanos cuyo goce es afectado aumenta, llegando a abarcar incluso derechos cuyo goce es intangible. Tal fue el caso, entre otros, de los países del Cono Sur que se encontraban bajo una dictadura militar durante las décadas del setenta y parte del ochenta, y de Sudáfrica y Namibia durante los regímenes que aplicaban el sistema del *apartheid*.

157. Es a partir de esta creciente perversión en la aplicación del estado de excepción que intentaremos explicar la degradación que se produce en el ámbito de los derechos humanos.

A. Derechos regularmente afectados

158. Del análisis de la información brindada al Relator Especial por los gobiernos, se desprende⁵² que los derechos cuyo ejercicio se suspende con mayor frecuencia son los siguientes:

- derecho a la libertad y seguridad personal, contemplado en el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

⁵² Véase los cuadros sinépticos realizados por el Relator Especial en los informes de 1987 y 1988.

- derecho a la libertad de residencia y circulación en todo el territorio, previstos en el inciso 1° del artículo 12 del Pacto y, en menor medida, derecho a salir libremente de cualquier país y el de regresar al propio, contemplado en los incisos 2° y 4° del mismo artículo;
- derecho a la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, contemplados en el artículo 17 del Pacto;
- derecho de reunión pacífica y de manifestación, contemplados en el artículo 21 del Pacto;
- derecho a la libertad de opinión y de expresión, contemplados en el artículo 19 del Pacto;
- derecho de huelga —uno de los más afectados en este tipo de situaciones— contemplado en el inciso d) del artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que, a diferencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no prevé derogación alguna a los derechos que consagra, aun en situaciones de crisis.

159. En cuanto al hábeas corpus, por el contrario, sólo una notificación, realizada por el Gobierno de Nicaragua el 18 de junio de 1987, daba cuenta al Relator Especial de la suspensión del mismo "en caso de delitos contra la seguridad y el orden público". Luego, esta regulación fue suprimida, entre otras razones debido a que la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en su Opinión Consultiva 8 la incompatibilidad de la suspensión del hábeas corpus, por entender que se trata de una de las garantías esenciales prevista en el inciso 2° del artículo 27 de la Convención Americana.

160. Algo similar acontece con el derecho a un proceso justo, contemplado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de cuya suspensión el Relator Especial ha recibido una sola notificación, la de Sri Lanka, referida exclusivamente al inciso 3° (que prevé los derechos del procesado) y sólo en lo que respecta al derecho de defensa²⁹.

²⁹ Vid. notificación del Gobierno de Sri Lanka en el cuadro sinóptico contenido en E/CN.4/Sub.2/1987/19/Rev.1, pág. 47.

B. Detenciones arbitrarias y estado de excepción

161. El ejercicio del derecho a la libertad personal, previsto en el artículo 9º del Pacto, es el que con más frecuencia se ve afectado en este tipo de situaciones, al extremo de que son raras las oportunidades en las que el estado de excepción no va acompañado de la suspensión del mismo. Esto hace aconsejable pasar revista, aunque más no sea brevemente, a las particularidades que revisten las detenciones en el ámbito específico del estado de excepción, y que van desde el arresto en locales especiales hasta la detención en establecimientos penitenciarios. Hay casos en los que la internación se lleva a cabo en campos de "reeducación" o en lugares secretos, lo que ha posibilitado con frecuencia la práctica de la desaparición forzada de personas. En fin, estas detenciones, que asumen modalidades muy disímiles, se distinguen tanto por su sorprendente magnitud como por la duración, diversidad y complejidad de las mismas.

Magnitud

162. Para ofrecer una idea de la magnitud de las detenciones que se operan en este tipo de situaciones basta mencionar que, en el último informe enviado al Relator Especial por el Gobierno de Chile, se señala que, durante el régimen *de facto*, en el período comprendido entre 1973 y 1980, unas doscientas mil personas fueron privadas de su libertad. Según fuentes fidedignas, una de cada tres personas fueron detenidas o interrogadas en el Uruguay durante la vigencia de las "medidas prontas de seguridad", implementadas por el régimen militar que gobernó el país de 1971 a 1985. En Sudáfrica, donde también se recurrió a este tipo de medidas para perpetuar el flagelo del *apartheid*, en aplicación de la *Internal Security Act* (Ley de Seguridad Interna) entre junio de 1986 y agosto de 1987 unas treinta mil personas fueron detenidas durante un período de más de treinta días, de las cuales el 40% eran menores de 18 años. Por último, según un informe presentado por el Relator Especial sobre la práctica de la detención administrativa, el Sr. Louis Joinet, a raíz de la guerra de Vietnam, entre 1975 y 1976, de diez mil a quince mil personas fueron sometidas a detención en campamentos de "reeducación"²⁴⁴.

²⁴⁴ E/CN.4/Sub.2/1980/29, párr. 41.

Duración

163. Es frecuente que, durante el estado de excepción, las personas que se encuentran detenidas a disposición del Poder Ejecutivo, sobre todo por razones de seguridad, y muchas veces a título preventivo, permanezcan en esta condición en forma indefinida. Ha habido casos en que las autoridades han ordenado la detención administrativa de personas que, habiendo sido acusadas de delitos, habían sido absueltas por los tribunales, o bien han procedido a mantenerlas en detención después de cumplir la pena. En el mismo informe del Sr. Joinet, se señala que ciento veinte personas detenidas en campamentos de reeducación en Vietnam estaban a punto de cumplir quince años de internación. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado, en reiteradas oportunidades, la pereñización del estado de excepción en el continente americano y el carácter abusivo de las prolongadas detenciones que acompañan dicho proceso. Constataciones similares han sido formuladas por muchos otros mecanismos de supervisión internacional²².

Complejidad

164. En situaciones excepcionales, es frecuente que los gobiernos suelen recurrir a la aplicación de medidas procesales ordinarias (por ejemplo, la detención fundada en una acusación formal) y al mismo tiempo, o consecutivamente, a la aplicación de medidas de excepción. Esta yuxtaposición de medidas es muy frecuente en el continente americano y en algunos países africanos y asiáticos. A este respecto, la Unión Interparlamentaria ha tenido la oportunidad de tratar casos de legisladores de países africanos, asiáticos y latinoamericanos que han estado detenidos durante años en virtud de este doble juego de disposiciones. En la Argentina, por ejemplo, durante los distintos regímenes de facto anteriores al 10 de diciembre

²² Vid., por ejemplo, en el capítulo II, los casos de parlamentarios de países del *common law*, tratados por la Unión Interparlamentaria, que han permanecido detenidos durante muchos años, llegando incluso a veinte años, en virtud de una ley de seguridad nacional. La misma organización también ha tratado casos de parlamentarios detenidos durante décadas en campos de "reeducación" en Vietnam.

de 1983, millares de ciudadanos fueron detenidos a disposición del Poder Ejecutivo y la mayoría de los que fueron inculcados y se les inició proceso quedaron sujetos, además, a la detención administrativa. De esta manera, no podían gozar de la libertad anticipada, ni de la libertad condicional, y ni siquiera de la libertad definitiva, por inocencia probada o cumplimiento de la pena. En una palabra, el juez podía disponer la libertad pero el Ejecutivo ya había ordenado la detención.

Diversidad

165. Por último, se presentan ciertas situaciones, no necesariamente identificables con la palabra detención, pero que sin embargo pueden generar graves atentados al derecho a la libertad personal. Nos referimos al "arresto", por ejemplo, en virtud del cual, durante el estado de sitio, el Poder Ejecutivo puede, por razones de seguridad, alejar a determinadas personas en "lugares que no sean cárceles". En la práctica, esta situación se da raras veces y las personas son alojadas en establecimientos carcelarios, transformando así el arresto en detención y esta última en arbitraria. Más aún, la jurisprudencia chilena durante el régimen de Pinochet llegó a sostener que la facultad de "arrestar" autorizaba la incomunicación. En muchos otros casos, la inexistencia de una norma que exija la publicidad del recinto donde la persona se encuentra reclusa ha legitimado el recurso de la detención secreta. La restricción a la libertad de circulación que se introduce cuando se establece el toque de queda, o la prohibición a determinadas personas de abandonar algún lugar, pueden transformarse, en ciertas circunstancias, en un grave atentado a la libertad personal. Nos referimos, por ejemplo, a las relegaciones o permanencias obligatorias en determinados lugares o localidades que, por su aislamiento o incomunicación pueden ser más penosas que un establecimiento carcelario. Además, estas medidas suelen ir acompañadas de continuos traslados a puntos distantes del propio territorio, dificultando enormemente el contacto con la familia.

C. Impacto sobre los derechos humanos de las medidas excepcionales de facto

166. Mas allá de las anomalías que desde el punto de vista jurídico e institucional, entrañan los estados de excep-

ción de facto, el impacto negativo de los mismos sobre el conjunto de los derechos humanos, suele ser de ordinario tan grave como prolongado. Se confirma así la regla que indica que mientras más grave y prolongada sea la desviación, más nefasto y profundo será el impacto de la misma sobre el conjunto de los derechos fundamentales.

167. El caso de Haití (que, como se señala en la introducción, fue objeto de un estudio particular por parte del Relator Especial), durante el período que abarcó el golpe de Estado del 29 de septiembre de 1991 hasta el regreso del presidente Aristide, dos años más tarde, pone de manifiesto las múltiples consecuencias que regularmente tienen este tipo de anomalías. En efecto, paralelamente al derrocamiento del Presidente constitucional, las autoridades militares, sin mediar proclamación alguna del estado de sitio previsto en la Constitución nacional, procedieron a la adopción de severas restricciones al ejercicio de la mayoría de los derechos humanos, configurándose así un estado de excepción de facto que trajo aparejado un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas de los mismos. En los meses posteriores al golpe de Estado, más de mil personas murieron, la mayoría de ellas como resultado de ejecuciones extrajudiciales. En sólo un año se registraron 5.096 casos de detenciones ilegales realizadas en establecimientos carcelarios donde corrientemente se practicaban torturas y otros actos de brutalidad. Como consecuencia de las limitaciones impuestas a la libertad de opinión y de expresión, los periodistas de la prensa oral y escrita fueron objeto de múltiples amenazas y actos de intimidación; algunos fueron asesinados o debieron abandonar el país, y muchas radios fueron atacadas y vandalizadas.

168. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos, al examinar el último informe periódico presentado por el Togo, luego de haber constatado el incumplimiento de la obligación de notificar al secretario general de la suspensión de algunos derechos amparados por el Pacto —como consecuencia de los toques de queda proclamados durante el período de transición a la democracia—, el Comité deploró “los numerosos casos de ejecuciones sumarias y arbitrarias o ilegales practicadas por miembros del ejército, las fuerzas de seguridad u otras fuerzas durante el período que se examina. Asimismo, manifestó su

preocupación porque esas violaciones no habían sido objeto de indagaciones o investigaciones, que no se hubiera enjuiciado ni castigado a los que perpetraron tales actos y que tampoco se hubiese indemnizado a las víctimas⁵⁵.

D. Impacto sobre los derechos intangibles de los estados de excepción cuando éstos registran un cúmulo de anomalías

169. El principal provecho que se ha podido extraer del examen acerca de la evolución operada en la aplicación de los estados de excepción, durante un largo período, es la verificación de la peligrosa tendencia a acumular anomalías cuando se aplican en forma abusiva y se perennizan en el tiempo. De esta forma, a medida que las desviaciones se acentúan, se va ampliando el número de derechos humanos que se afectan, llegando incluso a alcanzar aquellos derechos fundamentales cuyo ejercicio reviste carácter intangible. Tal es lo que se desprende de los numerosos atentados al derecho a la vida, a la integridad física, psíquica y moral, etcétera, de que dan cuenta los sucesivos informes de los Relatores Especiales de la Comisión de Derechos Humanos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias y sobre la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, al igual que los sucesivos informes presentados por el Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada o Involuntaria de Personas, y de los distintos órganos de supervisión internacional, en particular el Comité de Derechos Humanos. En este sentido, es muy interesante el estudio realizado por Amnistía Internacional sobre la práctica de la tortura y las reiteradas violaciones del derecho a la vida durante el estado de excepción, pues pone de relieve la forma en que el ejercicio abusivo e incorrecto de este instituto puede, de hecho, facilitar la violación de los derechos cuyo ejercicio es inalienable⁵⁶.

E. Violencia generalizada

170. Se trata de aquellas situaciones que hemos descrito en el capítulo IV, en las que la violencia se generaliza y

⁵⁵ Véa. publicación de Amnistía Internacional SO/PQ/CO/GR, Londres, julio de 1988.

adquiere niveles incontrolables, que desembocan en la ruptura del orden institucional y que afectan el conjunto de los derechos humanos en forma masiva y generalizada. Es en este contexto que numerosos integrantes de milicias involucrados en los enfrentamientos que culminaron con la disolución de la ex Yugoslavia, se encuentran acusados de haber cometido crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad³⁷. Es también el contexto que dio lugar a las grandes masacres perpetradas en la región de los Grandes Lagos en África.

171. En cuanto a las consecuencias que entraña este tipo de conflicto, resulta sumamente ilustrativa la ley 9/96 del 8 de septiembre de 1996 aprobada por las autoridades de Ruanda. En sus considerandos, la Asamblea Nacional reconoce que "desde el 6 de abril de 1994, la República de Ruanda ha conocido una situación excepcional amenazando la existencia de la nación en el sentido del artículo 4º, párrafo 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos". Luego, reconoce que el país ha vivido una situación de graves perturbaciones y de conflicto armado interno que han impedido el funcionamiento de los tribunales judiciales. Más aún, la ley reconoce que dicha situación trajo aparejada la desintegración completa de las instituciones y del Poder Judicial. Por último, en los propios considerandos de la norma, se señala que en Ruanda se ha cometido genocidio y masacres que constituyen crímenes contra la humanidad.

F. Impacto sobre los derechos económicos, sociales y culturales

172. Contrariamente a lo que muchos creen, esta anomalía no sólo afecta la vigencia de los derechos civiles y políticos, sino también, y en forma considerable, los derechos económicos, sociales y culturales. En su estudio sobre la situación en Haití, el Relator Especial abordó en profundidad esta importante cuestión. Haití es, como se sabe, el país más pobre de América Latina y se encuentra entre los veinte más pobres del planeta. La represión desatada durante el régimen *de facto* agravó aún más la precaria situación de los derechos

³⁷ Tribunal de La Haya creado por el Consejo de Seguridad en su Resolución 827 (1993) de 25-V-1993.

económicos, sociales y culturales de su pueblo, a tal extremo que el derecho a la vida estaba tan amenazado por la represión desatada por los militares como por las condiciones económicas y sociales generadas por ellos. Además, la represión golpeó fuertemente a los pequeños organismos de autoayuda que fomentaban proyectos agrícolas, de alfabetización o de mejoras de los barrios, etcétera. A su vez, los trabajadores sociales, laicos y religiosos, los miembros de organizaciones comunitarias, fueron duramente perseguidos y la mayoría de los albergues para niños de la calle fueron sistemáticamente atacados por los militares. El clima de inseguridad y temor generado por la represión obligó a gran parte de la población a desplazarse y buscar refugio en otras provincias, abandonando sus hogares y sus pequeños cultivos, o a abandonar el país. En su informe de 1993 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que dichos desplazamientos masivos habían afectado a más de trescientas mil personas.

G. Impacto del estado de excepción sobre los derechos humanos de algunos grupos vulnerables o sectores de la población

173. En varios de sus informes anuales, el Relator Especial ha puesto de relieve la necesidad de reforzar la protección de todas las personas, o grupos de personas que, por diversas circunstancias, se encuentran en una situación particularmente vulnerable. Tal es el caso de los refugiados, las víctimas de los conflictos armados, las minorías, las poblaciones autóctonas, los trabajadores migrantes, los discapacitados y demás grupos vulnerables, etcétera.

174. El ACNUR ha señalado al Relator Especial, en reiteradas oportunidades, que las violaciones masivas de los derechos humanos engendran persecución, lo que en muchos casos obliga a las víctimas a buscar asilo. A su vez, la existencia de un estado de excepción en el país de asilo suele incidir negativamente en la protección de los refugiados (que manifiestamente se encuentran en una situación más vulnerable que los nacionales), sobre todo cuando las medidas de excepción entrañan limitaciones básicas a los derechos humanos.

175. Evidentemente, a las categorías arriba mencionadas

podrían agregarse, por la naturaleza de sus actividades, a los periodistas, los dirigentes sindicales, los parlamentarios, los defensores de los derechos humanos, etcétera.

176. En el caso de los parlamentarios, como hemos visto, no deja de ser frecuente que durante los estados de excepción, "anómalos", la disolución del Parlamento vaya acompañada de la detención y/o expulsión del país de los propios parlamentarios. Los periodistas que se resisten a aceptar las restricciones a la libertad de expresión son, con frecuencia, destinatarios de medidas similares. Otro sector regularmente afectado es la dirigencia sindical, como lo demuestra la actividad del Comité de la Libertad Sindical de la OIT. Sólo a título ilustrativo, se recuerda que, en su informe de 1989, el Relator Especial dio a conocer que disponía de información según la cual las fuerzas de seguridad sudafricana, bajo un régimen de excepción, habían matado, en un solo día, a siete trabajadores que estaban en huelga.

177. Según el último informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos por el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos en Afganistán (Doc.E/CN.4/1997/59), se señala que, en diversas partes de país bajo el control del movimiento de los talibanes, las mujeres se confrontan —bajo amenaza de malos tratos y hasta de muerte— a la estricta prohibición de recibir educación y de tener un empleo fuera de la esfera doméstica. Las justificaciones más frecuentes de las autoridades son: "Estamos en una situación de emergencia". Vale decir, que: "Sólo habrá reanudación del empleo y la educación femeninos cuando se restablezcan las condiciones de seguridad" pues, "estamos en una situación de guerra y queremos restablecer la paz". Este ejemplo habla por sí solo de las nefastas consecuencias que, en materia de género, pueden entrañar algunas medidas abusivas adoptadas en situaciones de crisis.

178. Finalmente, la situación de los niños, sobre todo los niños de la calle, es particularmente grave durante un estado de excepción. A título meramente ilustrativo, en su informe de 1989, el Relator Especial dio a conocer que disponía de información según la cual las fuerzas de seguridad sudafricanas,

bajo un régimen de excepción implantado por las autoridades de la época, habían matado a más de doscientos niños. En este sentido, tiene gran relevancia el informe titulado "Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños", presentado a la Asamblea General por la Sra. Graba Mache en 1996. El Relator Especial no puede sino coincidir plenamente con la experta del secretario general cuando, en sus conclusiones, señala, entre las cuestiones que requieren investigación ulterior, las "cuestiones operacionales que afectan la protección de los niños en situaciones de emergencia (y) enfoques centrados en los niños para la prevención de los conflictos y la reconstrucción y el desarrollo" (A/51/306, párr. 315).

VIII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

179. Tomando como fuente los sucesivos informes presentados por el Relator Especial, *desde enero de 1985 hasta mayo de 1997, puede constatarse que unos cien Estados o territorios —lo que equivale a más de la mitad de los Estados Miembro de las Naciones Unidas— han vivido, de derecho o de facto, en algún momento de dicho plazo, bajo estado de excepción*⁶⁸. La

⁶⁸ A continuación se transcribe la lista establecida por el Relator Especial sobre los países o territorios en los que está o ha estado en vigencia el estado de excepción entre el 1° de enero de 1985 y el 31 de mayo de 1997 (véase doc. E/CN.4/Sub.2/1997/19/Add. 1).

Países o territorios en los que al 31 de mayo de 1997 se encontraba vigente algún tipo de Estado de Excepción: Afganistán, Albania, Argelia, Azerbaiyán, Bosnia y Herzegovina, Brunei Darussalam, Burundi, Colombia, Croacia, Ecuador, Egipto, Federación de Rusia, Georgia, Irak, Israel, Kirguistán, Líbano, Liberia, Mali, Myanmar, Nepal, Nigeria, Perú, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Árabe Siria, República de Corea, República Democrática del Congo (ex Zaire), Ruanda, Sierra Leona, Somalia, Sri Lanka, Sudán, Tayikistán, Tímer Oriental, Turquía, Uganda, Venezuela, Yemen, Yugoslavia y Zambia.

Países o territorios en los que estuvo vigente —por distintos períodos— algún tipo de Estado de Excepción a partir del 1° de enero de 1985: Angola, Argentina, Armenia, Bangladesh, Bolivia, Burkina Faso, Camboya, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Congo, Djibouti, El Salvador, Eritrea, Estados Unidos de América, Etiopía, Fiji, Filipinas, Francia,

circunstancia de que, en el mismo periodo, muchos de ellos han prorrogado medidas excepcionales o bien las han reimplantado luego de haber procedido a su levantamiento, pone de manifiesto que en sólo algo más de una década, el estado de excepción ha sido proclamado, prorrogado o mantenido de una u otra forma, con mucha más frecuencia.

180. Si transfiriéramos a un mapa geográfico del mundo la lista de países que han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción durante los últimos doce años, tal cual resulta del presente informe, comprobaríamos con preocupación que cubriría casi las tres cuartas partes de la superficie terrestre, sin que ninguna región geográfica escape a esta realidad. Comprobaríamos también que en países tan alejados geográficamente, con sistemas jurídicos tan dispares como los Estados Unidos y China, o ubicados en extremos polares tan opuestos como la Federación de Rusia y la Argentina, pasando por regiones altamente conflictivas como el Medio Oriente, la ex Yugoslavia y algunos países africanos, en todos los casos, de hecho (como en los últimos citados) o de derecho (como los citados en primer término), los gobiernos han optado por la adopción de medidas excepcionales para hacer frente a sus sucesivas crisis.

181. Una lectura política de este original mapa jurídico del mundo nos estaría indicando no sólo la falta de estabilidad que está viviendo la humanidad, sino también *la peligrosa tendencia a que la excepción se transforme en la regla.*

Recomendaciones

I. Recomendaciones dirigidas a los Estados

182. El Relator Especial insta a todos los Estados a que, si no lo han hecho hasta ahora:

Gabón, Gambia, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, Honduras, India, Irlanda, Jordania, Kazakstán, Kenya, Kuwait, Lesotho, Madagascar, Malasia, Malawi, Mauritania, Moldavia, Mozambique, Namibia, Nicaragua, Niger, Pakistán, Panamá, Papua-Nueva Guinea, Paraguay, República Centroafricana, Senegal, Singapur, Sudáfrica, Surinam, Tailandia, Tanzania, Togo, Trinidad y Tobago, Uzbekistán y Zimbabue.

- procedan, con urgencia, a la adecuación de sus respectivas legislaciones nacionales, a las normas y los principios establecidos por el derecho internacional en materia de estado de excepción;
- al hacerlo, refuercen los mecanismos de control interno para garantizar una adecuada aplicación de las normas que lo regulan;
- que en este proceso de adecuación, se sirvan de los principios y las normas tipo elaborados por el Relator Especial a ese efecto, y que figuren en el presente estudio; y
- que, con ese fin, soliciten el concurso de los Servicios de Asesoramiento del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas;
- que, en todos los casos en que se hubiesen adoptado medidas de excepción arbitrarias, los gobiernos indemnizen adecuadamente a las víctimas de dichas medidas.

183. Asimismo, recomienda a los Estados que continúen cooperando con el Relator Especial y le brinden la información más detallada posible en caso de proclamación, prórroga o suspensión del estado de excepción. Esta recomendación adquiere particular relevancia con respecto a la obligación de notificar a los otros Estados a través de los depositarios de los tratados internacionales en los que fueran partes.

2. Recomendaciones dirigidas al Comité de Derechos Humanos

184. El Relator Especial se felicita del nuevo Reglamento del Comité de Derechos Humanos que permite solicitar un informe especial a los gobiernos que han procedido a la declaración del estado de excepción, debido a que esto agiliza y refuerza los mecanismos de control.

185. El Relator Especial propone al Comité de Derechos Humanos que examine la posibilidad de:

- establecer un mecanismo que le permita mantener en examen a aquellos países en que se han adoptado medidas excepcionales, a los efectos de examinar en forma continua la evolución y el impacto de dichas medidas sobre los derechos humanos protegidos en el Pacto;

- establecer una nueva opinión general sobre el artículo 4º que recoja la evolución operada, las normas y principios, los criterios de supervisión y la extensión que, por vía de precedentes, se ha generado en el núcleo de derechos cuyo ejercicio no puede ser suspendido, y en particular el hábeas corpus.

3. Recomendaciones dirigidas a los relatores especiales y a los grupos de trabajo

186. El Relator Especial *sugiere* a los relatores especiales, temáticos o por país, y a los grupos de trabajo, que presten particular atención al impacto que las situaciones excepcionales tienen en el ámbito específico de sus respectivos mandatos y que, tal como lo ha manifestado en reiteradas oportunidades el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, se sirvan de la inestimable colaboración y asesoramiento que podría brindarles el Relator Especial sobre estados de excepción.

4. Recomendaciones dirigidas al Alto Comisionado de Derechos Humanos

187. El Relator Especial *sugiere* al Alto Comisionado que:
- *dé alta prioridad* a las actividades de asesoramiento del Centro de Derechos Humanos en materia de estado de excepción;
 - *establezca* una lista de especialistas en los distintos sistemas jurídicos para desarrollar esta tarea;
 - *asegure* el incremento de la presencia de observadores de derechos humanos en el terreno en donde hay graves crisis o conflictos, y el establecimiento de un cuadro coherente de directivas a los mismos, así como de criterios y directrices acerca del uso, dentro del sistema de las Naciones Unidas, de las informaciones recogidas por estos observadores;
 - en estrecha colaboración con el secretario general, *despliegue* crecientes esfuerzos en el desarrollo de actividades vinculadas a la prevención de conflictos, a la resolución pacífica de los mismos, a la mediación y demás mecanismos de diplomacia preventiva;
 - *examine* la posibilidad de organizar, en coordinación con otros organismos del sistema de las Naciones Unidas,

- un seminario internacional de expertos para analizar la cuestión de los conflictos en vistas a recoger propuestas tendientes a atacar sus causas, prevenir su desencadenamiento y atenuar sus consecuencias;
- establezca un mecanismo ágil a través de un "punto focal" que ponga en relación a los relatores especiales, los miembros de los grupos de trabajo y los integrantes del Comité de Derechos Humanos, cuya labor abarca la aplicación del artículo 4°.

EL GENOCIDIO: SU NECESARIA AMPLIACIÓN CONCEPTUAL

CÉSAR DANIEL GONZÁLEZ

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto establecer parámetros para alcanzar un concepto más amplio y omnicomprensivo del delito de *genocidio*, conforme la redacción actual de la Convención Internacional que lo penaliza, y realizar una apelación a la comunidad internacional, a fin de efectivizar su condena.

En efecto, a juicio de quien suscribe, resulta sin lugar a dudas insuficiente el concepto y alcance de tan aberrante delito en el Derecho Internacional, unánimemente repudiado por la humanidad toda, al socavar el mismo sus más elementales principios y valores.

Por lo apuntado, es alarmante la realidad de muchas naciones del mundo, en donde se cometen atroces crímenes que, hoy por hoy, no encuentran tipificación alguna en el marco de la Convención contra el Genocidio, sancionada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 1948.

Las actuales represiones y asesinatos en naciones tales como Burundi, Nigeria, Ruanda, Sudán, Irán, Turquía, entre otras, se encolumanan en sistemáticos exterminios de todo lo que implique expresión política opositora, además de otros factores (Amnistía Internacional, 1996). Estas acciones resultan repudiables desde la misma dignidad del hombre, hacia

todo el extenso abanico de la conciencia universal y reprochables como crímenes aberrantes y de lesa humanidad.

Lamentablemente, tales ejemplificaciones no son ajenas a la realidad vivida, en el pasado no muy lejano, en algunos países de América Latina, en particular, Argentina. La represión política en este país durante el gobierno de facto de 1976 a 1983 adquiere la actualidad de los ejemplos precedentemente señalados, atento a la característica de "delito de perpetración continuada"¹, que implica la desaparición forzada de personas, en el marco de represiones imponentes por motivaciones políticas. En tal sentido, es menester que se realice un pronunciamiento jurídico por parte de la comunidad internacional, de lo que fuera la desaparición sistemática de 30.000 personas² y en virtud de lo que, según el Informe Final de la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, fue "un verdadero exterminio masivo"³.

A modo de necesario encuadramiento positivo y en virtud de intentar aproximar las primeras consideraciones jurídicas al respecto, se esbozarán en un principio, los antecedentes históricos que fueron configurando el concepto de crimen de lesa humanidad, la jurisprudencia del Tribunal Permanente de los Pueblos, de similares características al Tribunal Russell y el concepto de genocidio en la propia Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Poste-

¹ La Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada, en su artículo 17, inc. 1° establece: "Todo acto de desaparición forzada es considerado como un delito continuado, mientras sus autores continúen ocultando la suerte de la persona desaparecida y el lugar donde se encuentra o no se hayan esclarecido los hechos..." (La Revista, no. 49, pág. 62).

² Las denuncias recibidas por la Comisión Nacional para la Desaparición de Personas (órgano establecido por el gobierno constitucional de 1984) ascendieron a 10.000 casos aproximadamente. Sin embargo, cálculos estimativos establecieron que de cada tres personas una se denunciaba, con lo cual se estableció la cifra de 30.000 desaparecidos.

³ "Hubo miles de muertes. Ninguno de los casos fatales tuvo su definición por vía judicial ordinaria o castrense, ninguno de ellos fue la derivación de una sentencia. Técnicamente expresado, son homicidios calificados... El régimen... organizó el crimen colectivo, un verdadero exterminio masivo..." (Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, CONADEP, págs. 223-224).

riormente, me introduciré en el tópico que entiendo, es necesario abordar y que en definitiva, forma parte del objeto esencial que me convoca, esto es, los grupos políticos como víctimas del genocidio, los cuales no se encuentran insertos en la configuración legal del acto criminal en tratamiento. Serán, entonces, materia de análisis, las opiniones doctrinarias en uno y otro sentido, sus críticas y la elaboración final de las conclusiones personales sobre el particular.

En este aspecto, debe tenerse en cuenta que no se refiere, la postura planteada, a los grupos políticos que se encuentran en lucha armada contra las autoridades constituidas de determinado Estado. Esta situación, de profundas aristas y delicados ribetes, sin dudas excede el acotado marco de análisis del presente trabajo. Por ello, sólo me referiré a civiles no armados, que mantienen oposición política, y que se encuadran dentro del elemental derecho humano a pensar políticamente como deseen, libertad de pensamiento que, cabe acotar, se encuentra protegida por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Esta cuestión se impone como causal en la tipificación prevista por la Convención contra el Genocidio, pues de lo contrario se generará, y de hecho ha ocurrido, ocurre y continuará persistiendo, la configuración de un indeseable "espacio gris", una "laguna del derecho" ante casos de intencionadas y sistemáticas represiones políticas a grupos y/o sectores políticos opositores.

II. LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

1. Antecedentes histórico-jurídicos

El Tribunal Militar Internacional, más conocido como Tribunal de Nuremberg, introdujo en 1945 la tipificación de los *crímenes de lesa humanidad*, que se incorporaron así, al Derecho Internacional.

Conforme al artículo 6°, inciso c) del Estatuto del Tribunal de Nuremberg, los crímenes de lesa humanidad se definen como "...el asesinato, la exterminación, la reducción a la esclavitud, la deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, cometidos antes o durante la guerra, como

también las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos..." (Pueblos, 1991:4, la bastardilla me pertenece).

Asimismo, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 65 "I", confirma los auspiciosos principios sentados por el Estatuto del Tribunal de Núremberg. Como lo indica la Liga Colombiana por los Derechos y la Liberación de los Pueblos, la comunidad internacional no sólo reiteraba estas bases fundamentales, sino que además las extendía más allá del ámbito de los conflictos armados, para ser aplicadas, por ende, en todo tiempo y lugar (*ibíd.*).

Posteriormente, en 1950, la Asamblea General de las Naciones Unidas recepta, mediante la Resolución 448 "V", los mismos principios establecidos por el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, en particular (y sobre esto me referiré más adelante), los motivos políticos que, entre algunos otros, constituyen un basamento viable para configurar los delitos de lesa humanidad (*ibíd.*).

Otro antecedente importante es lo establecido en el Proyecto de Código de Delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, el cual es adoptado por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1954, y aprobado en primera lectura por las Naciones Unidas en 1994, que a través de su articulado reitera a "los motivos políticos", como causal, también entre otras, que tipifican al crimen de lesa humanidad. En dicho Proyecto, en su artículo 2º, párrafo 11 se dice que son crímenes de lesa humanidad: "...Los actos inhumanos, tales como el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación o las persecuciones por motivos sociales, políticos, raciales, religiosos o culturales..." (*ibíd.*, pág. 6, la bastardilla me pertenece).

Estos antecedentes, que fueron los más importantes dentro del derecho internacional consuetudinario, son la antecala de la propia Convención Internacional para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, adoptada por medio de la Resolución 360A "III" de las Naciones Unidas, el 9 de diciembre de 1948.

2. El Tribunal Permanente de los Pueblos: historia, concepto y jurisprudencia

Este Tribunal tiene, como antecedentes lejanos, los de

Nuremberg y Tokio, posteriores a la Segunda Guerra Mundial y al Tribunal Internacional contra los Crímenes de Guerra perpetrados en Vietnam, el que dará su nombre el filósofo y matemático Bertrand Russell, quien lo ideó. Posteriormente, el senador italiano Lelio Basso, tomó la iniciativa de convocar en Roma a un Tribunal Russell II, el que durante los años 1974 a 1976 examinó las violaciones a los derechos humanos en América Latina (Pueblos, 1991).

Al finalizar esta labor, Lelio Basso propuso crear un Tribunal Permanente de los Pueblos (T.P.P.), siendo el mismo un "Tribunal de Opinión", que tiene como tarea la promoción del respeto universal y efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos, determinando si estos derechos son violados, examinando las causas de estas violaciones y denunciando ante la opinión pública mundial a los autores de estas violaciones. Varias de sus sentencias han sido presentadas y debatidas en la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Pueblos, 1989).

Así las cosas, al finalizar su Segunda Sesión llevada a cabo en Ginebra (Suiza), el 3 y 4 de mayo de 1980, con el fin de examinar la violación a los Derechos Humanos perpetrada por el proceso militar en Argentina, durante los años 1976/1983, y en una importante resolución el T.P.P. estableció que es acotado el concepto de genocidio en la Convención pertinente, atento a que por razones políticas se ocasionan verdaderas masacres, realizándose así la eliminación de opositores políticos. Asegura, además, que tal limitación implica la supresión de estos grupos, de la debida protección internacional y que sólo los sectores tipificados tienen el amparo de las Naciones Unidas, llamando a las Organizaciones No-Gubernamentales con *Status Consultivo* ante las Naciones Unidas, a los organismos humanitarios y a la opinión pública internacional para unir sus esfuerzos en el pedido de ampliación de la "cuestión política" del artículo 2º de la Convención respectiva (*ibid.*).

III. LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL DELITO DE GENOCIDIO

El artículo 2º de la Convención dice: "En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos

mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, o religioso, como tal: a) matanza de miembros del grupo; b) lesión grave a la integridad física o mental...; c) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo" (*United Nations*, 1993: 669-670).

En la descripción transcrita se resaltan tres elementos que es de suprema importancia indicar: a) la "intencionalidad" en el obrar en el sujeto activo de la acción; b) las enumeraciones taxativas, tanto de las posibles víctimas como de las conductas que se encuadran dentro de este delito; y c) los diversos grupos, sujetos pasivos del delito de genocidio.

La "intencionalidad" y las conductas insitas dentro del genocidio, escapan al objeto del presente trabajo.

Por el contrario y con relación al tercer elemento indicado, ¿son acaso suficientes los grupos tipificados en la Convención, contra los cuales se puede cometer genocidio? Me inclino por una respuesta negativa a tan punzante pregunta, máxime cuando la historia de la humanidad nos ha dado ejemplificaciones por demás elocuentes, que demuestran la acotada definición establecida en la Convención.

La fundamentación al planteo precedentemente expresado, lejos de ser un sistema de arcaicas elaboraciones doctrinarias, a la luz de los antecedentes inmediatos a la Convención, es una sincera respuesta al teorema inconcluso que nos plantea la cruel realidad de innumerables conflictos, con desgraciadas consecuencias para la dignidad del hombre.

Es así que debe analizarse la problemática en tratamiento, en función de lo que implica la misma en el Derecho Internacional y en la Costumbre, en donde, sin lugar a dudas, los crímenes de lesa humanidad, han tenido especial atención, fundamentalmente, durante la segunda posguerra. En este sentido, debe enmarcarse al "genocidio" dentro de esta clasificación, independientemente del marco contextual de su origen. Por lo apuntado, su cronológico análisis deviene necesario y aporta precedentes jurisprudenciales fundamentales para el cambio que se promueve en el presente reclamo.

IV. LOS ARGUMENTOS PARA LA EXCLUSIÓN Y LA INCLUSIÓN DEL "ELEMENTO POLÍTICO" COMO MOTIVO PARA LA CONFIGURACIÓN DEL GENOCIDIO

Las razones expuestas para excluir el "motivo político" dentro del artículo 2º de la Convención fueron variadas, y según dice el Dr. Eduardo L. Gregorini Clusellas (1961), se basaron fundamentalmente en que los grupos políticos carecen de la cohesión y permanencia de los grupos caracterizados, como también señaló Whitaker (1985), en el hecho de que no son un grupo necesario y homogéneo, pues sólo dependen de la voluntad de sus miembros para constituirse como tal.

Además, Gregorini Clusellas (1961) señala el inconveniente que sería tal inclusión para que los Estados ratificasen la Convención, atento a que en la práctica se presentarían muchos problemas, por ejemplo, la persecución a una ideología totalitaria, como el nazismo, que era un grupo político pero cuya expresa condena no había sido incluida en la Convención, o el caso de los países latinoamericanos quienes no comprendían al genocidio en virtud del apasionamiento de las luchas políticas propias de los países jóvenes.

Asimismo, señala Gregorini Clusellas (*ibid.*), como otro de los elementos, el hecho de haberse sostenido que la inclusión del genocidio político en la Convención, mezclaría a las Naciones Unidas en las luchas políticas internas de los Estados y acarrearía el intervencionismo en las cuestiones internas de dichos Estados.

Whitaker (1985) ha señalado que uno de los factores que motivó la exclusión del "elemento político", fue la dificultad que encontrarían los gobiernos legalmente establecidos, en su accionar contra los grupos subversivos, mencionando además que la protección a los sectores políticos debería estar asegurada fuera del ámbito de la Convención, a través de las leyes nacionales y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Respecto de los planteamientos que cuestionaron la exclusión del "elemento político", los que, a mi juicio, pecan de insuficientes a la hora del análisis, se destacan los que aportaron una serie de prestigiosos doctrinarios, entre los cuales es menester nombrar al catedrático español Adolfo Miaja de la Muela (1951), quien indicó que los motivos políticos llevan a perpetrar actos genocidas en los que no es perceptible una motivación de tipo nacional, religiosa, racista o étnica.

Es interesante además, el planteo del mencionado autor contra la supuesta movilidad de los grupos políticos, pues los partidos opositores al gobernante u en peligro de eliminación física, tuvieron una exposición ante la sociedad, difícil de ocultar y de cuya actividad o militancia quedan innumerables pruebas escritas y orales, siendo esto mucho más elocuente para la persecución, que los propios caracteres somáticos que acrediten la pertenencia al grupo racial o étnico implicado. Como magistralmente recuerda Gregorini Clusellas (*ibid.*), los nazis persiguieron no sólo a los judíos, sino también a los miembros de sus partidos socialdemócrata y comunista, mediante una serie de decretos por los que se los puso fuera de la ley y se estableció que el nazismo fuera el único partido legal en Alemania.

Por otra parte, el mismo Rafael Lemkin, sindicado, conforme lo sugiere Pablo A. Ramella (1986) como el "padre del concepto de genocidio", ha dicho que este delito implica la planificación de un plan tendiente a la destrucción de un grupo y buscando como objetivo la desintegración de las instituciones políticas y sociales.

En el debate sobre los alcances de la Convención, el representante de Francia alegó que si no se sancionaba el "elemento político", en el futuro se cometerían genocidios contra grupos de tal carácter, por no encontrarse prevista esa temática (Whitaker, 1985). El Dr. Nicodeme Rughashyanikiko (1973) luego de establecer importantes consideraciones respecto del carácter general o específico del concepto de genocidio, subraya las argumentaciones de la Comisión Internacional de Juristas (1973), organización no gubernamental que abogó por la extensión del concepto de genocidio, a fin de que se incluya a los grupos políticos, entendiendo que la matanza de dichos sectores es tan criminal como la de los otros tipificados. También, la Sociedad Internacional de Profilaxis Penal se pronunció en igual sentido (Rughashyanikiko, 1973).

Para finalizar con los prestigiosos autores que se han expuesto a favor de la inclusión, el Dr. Pieter N. Drost (1959) ha sostenido que a través de la redacción final de la Convención, se dejó un extenso y peligroso margen para la violación de los derechos humanos, so pretexto de razones de seguridad, orden público o cualquier otra razón de Estado, y que en definitiva, la destrucción deliberada de la vida física es lo importante, por el mero hecho de ser miembros de una colectividad humana.

V. CONSIDERACIONES CRÍTICAS RESPECTO A LOS ARGUMENTOS QUE IMPOSIBILITAN LA INCLUSIÓN DE LOS "GRUPOS POLÍTICOS"

Si bien en doctrina se han reiterado los argumentos que motivaron y, de hecho, motivan actualmente la exclusión de los "grupos políticos" del artículo 2º de la Convención, no se visualizan, por el contrario, las importantes limitaciones que tales consideraciones denotan, a la luz de una mirada conceptualmente crítica y progresista.

Dentro de las cuestiones que sistemáticamente ordena Whitaker (1985), se encuentra, en primer término, la supuesta "inestabilidad" y "falta de permanencia" de los grupos políticos, que no lo hacen un grupo necesario y homogéneo basándose sólo en la voluntad de sus miembros.

A mí entender, esta consideración es absolutamente errónea desde una concepción protectora de los derechos humanos, pues, "restringir" la tutela de los más elementales derechos, lo cual no es poco, en función de una hipotética carencia de signos estables (determinada raza, nacionalidad, entre otros) deviene en una actitud limitativa, cuando el criterio, por su misma naturaleza protectora, debería ser ampliatorio. Sin lugar a dudas, *cuanto más se amplía y dimensiona, más se protege.*

Además, la "religiosidad" (cuestión amparada en la Convención), ¿no es acaso un elemento dependiente de la voluntad? ¿No son susceptibles, los grupos religiosos, de experimentar variaciones, inestabilidades o falta de permanencia? ¿No entra acaso la religiosidad dentro de la esfera de libertad de nuestra propia conciencia? ¿No es entonces esto último parte de nuestro propio libre albedrío o voluntad? En este sentido, la propia Convención ostenta una contradicción en su normativa.

La circunstancia de que un Estado persiguiese a una ideología totalitaria como el nazismo, no es óbice a la inclusión de los grupos políticos dentro del concepto de genocidio. Esto deviene así, atento a que la contienda con las ideologías totalitarias, las cuales sin dudas deben erradicarse, se debe realizar al amparo de la ley y con la imperativa observancia del derecho a la vida y dignidad de la persona. Por ello, ¿significa

caso que la exclusión permitiría "exterminar" a los simpatizantes de ideologías totalitarias? La respuesta es negativa, aunque tampoco ello implica permitir la vigencia de ideologías que contradicen la propia esencia de la Convención, es decir, el elemental derecho a la vida, cuestión que no garantizaba el nazismo.

Otro de los puntos analizados fue la circunstancia que impediría que la Convención fuera aceptada por el mayor número de Estados (*ibid.*). A modo de aclaración, no cuestiono la búsqueda del "consenso" dentro del marco de la comunidad internacional, a los efectos de lograr progresivos avances en materia de protección y punición de violación a los derechos humanos, máxime siendo ellos delitos que hieren al hombre en su esencia y a la humanidad en su conjunto. Pero, también es cierto que estos supuestos "consensos" deben estar edificados sobre basamentos fundamentales, en los que la "materia negociable" no sea elemental o de importancia decisiva. Así las cosas, se puede discutir la apariencia de una edificación y hasta su propia técnica de construcción, pero no un elemento vital de la misma que la erige y le da identidad como tal. Por otra parte, siempre hay margen para acuerdos parciales o tratados multilaterales, pero entonces, no facilitemos grandes "espacios grises" y sin resolver, so pretexto de una Convención Internacional, fundamentalmente, cuando ese "espacio gris" se llama derecho a la vida, y más aún, cuando se favorece indirectamente a la impunidad.

La circunstancia de que la inclusión de los grupos políticos impediría el accionar de los gobiernos "legalmente establecidos" contra los "elementos subversivos" (*ibid.*), resulta a mi criterio absolutamente inadmisible, a la luz de las tristes experiencias desarrolladas, desde la sanción de la misma Convención. El concepto "subversivo", independientemente de su etimología y definición, ha sido ideológicamente manipulado a través de la historia reciente, en la medida en que dicho aditamento significó la estigmatización y señalización del opositor político, bajo el paradigma del "enemigo" a vencer, con cualquier método y lamentablemente, como así la historia lo demuestra, sin la ley, las instituciones democráticas y el derecho como sustentos.

La realidad vivida en Argentina entre los años 1976 a 1983, con sus consecuencias hasta el presente, así como la de muchos países latinoamericanos, movimientos independen-

tistas en África y, en general, opositores políticos en diversos países, son testigos de tal configuración, a la hora de diagramarse metodologías de "confrontación" contra todo sesgo opositor. Por el contrario, la sana puja de ideas políticas y la promoción del pluralismo en la libertad de expresión de ellas, hace a la esencia misma de la Democracia.

Finalmente, se ha sostenido que la protección de los grupos políticos debería estar asegurada fuera del marco de la Convención, por las leyes nacionales y la Declaración Universal de Derechos Humanos (*ibid.*). Tal aseveración deviene insuficiente, dentro de lo que debe ser una global y articulada cobertura del sistema internacional de protección a los derechos humanos, tanto desde el plano instrumental como institucional.

En efecto, no es admisible ni aconsejable, fragmentar la protección internacional de los derechos humanos, estableciendo que determinadas afrentas contra la humanidad, como por ejemplo el genocidio, queden tipificadas en un solo cuerpo "aislado" de todo el resto del andamiaje legislativo en la materia. Los derechos humanos son un todo "indivisible e integral", y si bien los mismos representan diversos niveles de tutela y promoción, no debe renunciarse a la posibilidad de la articulación e interrelación legislativa, que a modo de "estructuras contenedoras" o "red normativa", proteja todo el amplio abanico de los Derechos del Hombre de una forma orgánica.

Los grupos políticos necesitan estar amparados en la Convención contra el Genocidio, independientemente de estar los mismos protegidos por algún otro tipo de normas y por más importante que éste o estos últimos instrumentos jurídicos sean. En definitiva, el genocidio debe "necesariamente" alcanzar mínimos parámetros de vinculación con el resto de los cuerpos de normas en la materia, sean de índole internacional o regional.

⁴ "Todos los derechos humanos son universales, individuales e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso..." (Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, párr. 31).

VI. CONCLUSIONES

Para finalizar con el presente trabajo, y sin perjuicio de la crítica expuesta a las argumentaciones contrarias sobre la admisión del "elemento político" dentro de la Convención contra el Genocidio, cabe explicitar la naturaleza jurídica de esta variante, que dentro de los delitos contra la humanidad, ha quedado sistemáticamente al margen de toda tipificación.

En este marco, cabe recordar lo que estableciera Julio Ángel Juncal (1968) respecto del *ius cogens* (i.e., mínimo inderogable de derechos)⁵. El mencionado autor, luego de coincidir con Verdross (Verdross en Juncal, 1968) acerca de los elementos que componen el *ius cogens*, los cuales se encuentran en los principios de la Carta de las Naciones Unidas y las normas internacionales de derecho humanitario, establece que esta norma imperativa de derecho internacional se encuentra en la pirámide del derecho internacional contemporáneo.

En tal sentido, la moderna comunidad internacional confluye en una auténtica realidad y concepto jurídico, distinto de las soberanías individuales de cada uno de sus miembros, y que requiere (pues es "comunidad" y no una simple suma de Estados soberanos) de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de las normas internacionales de derecho humanitario, como fuente constante de retroalimentación y perfeccionamiento.

Ahora bien, las normas del *ius cogens*, que se transforman en imperativas dentro del orden público internacional, pues conforme la Carta de las Naciones Unidas, reflejan la esencia y dignidad misma de la persona humana, ¿no se encuentran acaso vulneradas con la incompleta normatividad que previene y reprime al genocidio?

⁵ Se han realizado innumerables definiciones sobre el término *ius cogens*, incluso ha habido quienes lo negaron, tales como Charles Rousseau, Gastano Morelli, Georg Schwarzenberger y Paul Guggenheim, citados por Julio Ángel Juncal (i.l., 133-1303-See. Doctrina). Una definición muy acertada es la que ha dado el Dr. Antonio De Luna que dice: "El *ius cogens* constituye el mínimo indispensable para la existencia de la comunidad internacional, es derecho positivo creado por los Estados, no como entes individuales sino como ténganos de la comunidad internacional, con objeto de salvaguardar la existencia de ésta. Este derecho positivo puede progresar" (Comisión de Derecho Internacional, pág. 40; en Juncal *ibid.* I).

Por ello, y concidiendo con Alberto Luis Zuppi (1993), la idea del Nuevo Orden Público Internacional se basa sobre principios y reglas imperativas vinculantes, con efecto *erga omnes* (i.e., todos igualmente sujetos a la ley)⁶ y cuya violación necesariamente acarrea la responsabilidad por parte del Estado que las haya lesionado. Con esta misma línea de análisis, la propia Corte Internacional de Justicia, en sentencia del 5 de febrero de 1970, reconoció que en el genocidio (así como en otras criminales conductas) no se respetaban las obligaciones *erga omnes*, violándose así el *ius cogens*, atentado a su carácter de norma imperativa, vértice supremo de la estructura jurídica en la que se sustenta la comunidad internacional (*ibid.*).

Pero no debemos olvidarnos que, como indica el mismo autor citando a Reuter (1972), el *ius cogens* es un concepto dinámico, que evoluciona, se amplía, en la medida que también progresa la comunidad internacional en su identidad de tal. Adolfo Pérez Esquivel, Premio Nobel de la Paz 1980, en tal sentido señala el carácter evolutivo de los derechos humanos (los cuales contienen los principios de *ius cogens*) expresando que aquellos son un referente para la construcción de un orden social más justo y humano, funcionando también como instancia crítica "por medio de la cuales los pueblos puedan concebir y construir nuevos espacios de justicia y libertad" (1995:108).

Es esta cuestión la que también me inclina a sostener la necesidad de ampliar la base de protección jurídica contra el genocidio, pues, sin perjuicio de las discusiones existentes en doctrina, sobre los hipotéticos alcances del derecho imperativo (cuestión que excede al objeto del presente trabajo) debe visualizarse, en un sentido progresivo y más abarcador, la conceptualización, cognoscitividad y existencia misma del sagrado imperio del *ius cogens*.

No se puede soslayar que el Orden Público Internacional ha cambiado. Han mutado las condiciones geopolíticas, tras-

⁶ El término *erga omnes* significa: "contra todos". Expresa que la ley, el derecho o la resolución atarca a todos, hayan sido partes o no y se encuentren mencionados u omitidos en la relación que se haga (Cabanelas, 1992:301).

pasando de la posguerra, por la "guerra fría" y de dicho conflicto a un Nuevo Orden Internacional al que el derecho debe necesariamente dar respuesta. En ese marco, los principios y fundamentos que otorgan una nueva y auspiciosa dimensión a la comunidad internacional han tenido un proceso de fortificación y expansión, en el cual se destaca un intenso mecanismo de tipificación, otorgando así, un andamiaje protector de los derechos humanos más consistente.

Por ello, y aunque precedentemente lo he cuestionado, podría resultar, hace casi cincuenta años, en cierto modo excusable la postergación de los grupos políticos en la Convención contra el Genocidio. Pero los avances comentados indican que debe imperiosamente replantearse el debate, con un sentido crítico y contemporizador, sin resignar ese "mínimo inderogable de derechos" que, a mi juicio, hoy no se encuentra protegido en su totalidad.

Esto último tiene que ver con el concepto de progresividad en la protección internacional de los derechos humanos, que muy bien plantea el prestigioso jurista internacional Pedro Nikken (1987), y esto a su vez, es absolutamente funcional con la extensión del *ius cogens*, el reaseguro de su carácter de norma imperativa, la consiguiente consolidación de la comunidad internacional como entidad autónoma y la imperiosa necesidad de que el conjunto de normas internacionales se encuentren articuladas entre sí, dejando sin tutelar violación alguna a los derechos humanos, que signifique un paso atrás para la Humanidad.

Asimismo, la desaparición forzada de personas, atento su carácter de "delito continuado" y las innumerables conductas criminales perpetradas en Argentina durante la segunda mitad de los años setenta, han sido y consecuentemente son, por "motivos políticos".

Finalizando entonces y sin perjuicio de los avances evidentemente experimentados a través de estos últimos años, a mi entender se vulneran los fundamentales principios que sustentan la Comunidad Internacional, toda vez que la Convención Internacional que reprime el delito de genocidio, no tipifica a los grupos políticos como sujetos pasivos de tan aberrante delito que hiere, en definitiva, a la humanidad toda.

BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional, *Informe Anual*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (IEAI), 1996.
- Cabanellas, Guillermo, *Repertorio Jurídico de Principios Generales del Derecho, Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*, 4ª ed. ampliada, Heliasta, Buenos Aires, 1992.
- Comisión de Derecho Internacional. 828 sesión de su 17º período de sesiones, nota 27 bis, pág. 40, citada por Juncal, Julio Ángel en "La Norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens): los criterios para juzgar su existencia", *I.L.* 133-1302.
- Comisión Internacional de Derechos Humanos, Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, *Informe sobre su 52º Período de Sesiones. Asuntos de Derechos Humanos*, Ginebra, 1995.
- Comisión Internacional de Juristas, Documento del 18-I-1973.
- Comisión Internacional de Juristas, *La Revista*, nro. 49, 1992.
- Comisión Nacional para la Desaparición de Personas, CONADEP (1984), *Nunca Más*, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1994.
- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 - 25-VI-1993. Publ. de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos - Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, 14 a 25 de junio de 1993. Publ. de la Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 3er. Período de Sesiones, Parte I, Comisión 8, Sesiones 69, 74, 75 y 128.
- Drost, Pieter N., *The Crime of State: Book II, Genocide*, Leyden, A. W. Sythoff, New York, 1959.
- Glawer, Stefan, *Droit International Penal Coercitio-nel*, Bruylant, Bruxelles, 1959.
- Gregorini Clusellas, Eduardo L., *Genocidio: Su Prevención y Represión*, Akelido-Ferrat, Buenos Aires, 1961.
- Juncal, Julio Ángel, "La Norma Imperativa de Derecho Internacional General (ius cogens): los Criterios para Juzgar su Existencia", *I.L.*, 133-1202.
- Levin, Rafael, "Le crime du Genocide", *Revue de Droit International*, Paris, 1946.
- Miña de la Muela, Adolfo, "El genocidio, delito internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 4, nro. 2, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1951.
- Naciones Unidas, *Convención Internacional para la Sanción y Prevención del Delito de Genocidio*, Departamento de Información Pública de las Naciones Unidas, Nueva York, 1991.

- Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos y su Desarrollo Progressivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ciudad, Costa Rica, 1967.
- Pérez Esquivel, Adolfo, "Caminar... junto a los pueblos". *Experiencias no Violentas en América Latina*, Publ. del Instituto de Estudios y Acción Social, Lugar, Buenos Aires, 1965.
- Pueblos, *Boletín de la Liga Colombiana por los Derechos de los Pueblos*, no. 12, 1969.
- no. 14, Bogotá, 1991.
- Ramella, Pablo A., *Crímenes contra la Humanidad: El Genocidio*, Depalma, Buenos Aires, 1966.
- Reuter, P., *Introduction au Droit des Traités*, Presses Universitaires, Paris, 1972.
- Rubashyankiko, Nicodeme, *Estudio sobre la Cuestión de la Prevención y Sanción del Crimen de Genocidio*, Publ. del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 26 Período de Sesiones, 1973.
- United Nations, *Human Rights: A Compilation of International Instruments*, vol. 1 (Second Part), Center for Human Rights, Geneva, 1993.
- Whitaker, B., *Examen de los Nuevos Acontecimientos Ocurridos en las Esferas de que se ha Ocupado la Subcomisión*, Publ. del Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 26 Período de Sesiones, 1995.
- Zuppi, Alberto Luis, "El derecho imperativo (ius cogens) en el nuevo orden internacional", *E.D.*, 147.

LOS PROGRESOS CIENTÍFICOS Y TECNOLÓGICOS Y LOS DERECHOS HUMANOS. LA ERA INFORMÁTICA

OSCAR LUJÁN FAPPIANO

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

No podemos desconocer que la evolución del mundo contemporáneo tiene su causa en el progreso científico y tecnológico.

Hasta comienzos del siglo XX la humanidad estaba convencida de que dicho progreso sólo redundaría en su beneficio. Pero pronto la devastación causada por las dos guerras mundiales puso en evidencia que, aunque neutral en sí mismo, en manos del hombre podía ser empleado para su propia destrucción.

Mientras los avances en disciplinas como biología, bioquímica, medicina han permitido la prevención de muchas enfermedades, la sanidad de otras, la reducción de la mortalidad infantil y en general la prolongación de la esperanza de vida, el progreso también ha posibilitado la producción de armas nucleares.

La destrucción que causó la Segunda Guerra Mundial como resultado del progreso científico y tecnológico cambió el concepto tradicional de la guerra. Quiénes conocieron tanto la amargura de la derrota como la exaltación del triunfo aprendieron que ya no podía ser controlada. Necesitaba ser abolida.

Las atrocidades cometidas demostraron que era urgente un cambio de mentalidad porque el hombre, hoy vencedor, ma-

hana tal vez vencido, caminaba hacia su propia destrucción. Sin dudas, quedó en evidencia como el azote más maligno, el pecado más grande de la humanidad. Era imperioso encontrar medios más eficaces y equitativos para arreglar las disputas entre las naciones, para resolver pacíficamente los litigios.

II. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

La incapacidad para impedir la Segunda Guerra Mundial demostró el fracaso de la Sociedad de las Naciones. Por ello, el 1° de noviembre de 1943 los Estados Unidos, el Reino Unido, la Unión Soviética y China, en la Declaración de Moscú, acordaron la necesidad de establecer una nueva organización internacional más fuerte para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, reuniéndose en Dumbarton Oaks entre agosto y octubre de 1944 para discutir las propuestas. Sobre las bases de esta reunión y de la Conferencia de Yalta (febrero de 1945), se firmó en San Francisco, el 26 de junio de 1945, la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

El mantenimiento de la paz es de la esencia de la Carta de las Naciones Unidas firmada por cincuenta y un Estados después de cincuenta y un días de concluido el conflicto en Europa. El Preámbulo dice: *"Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles... Y con tales finalidades a practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos..."*. Consecuente con esta declaración preambular, el artículo 1° preceptúa:

"Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

"1. Mantener la paz y la seguridad internacionales..."

"2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal.

"3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales ..."

Durante medio siglo las Naciones Unidas se han esfuerza-

do para lograr el cumplimiento de estos propósitos. Al cumplir el cincuentenario (1995) el secretario general presentó un documento titulado justamente "Un Programa de Paz".

Las violaciones masivas de los derechos humanos durante la guerra instó a las Naciones, por medio de esta organización internacional, a servir de centro para alcanzar esos propósitos (art. 1.4.), sobre la base del compromiso de promover el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La Carta no es una mera declaración de buenos propósitos con los que, seguramente, no hay discrepancias. Lo valioso de ella es que el artículo 55. c), no solamente repite ese reconocimiento del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (art. 1.3.), sino que agrega: "y la efectividad de tales derechos". No es un mero reconocimiento: "*Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjuntas o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55*" (art. 56).

Alfred Verdross dice que si comparamos los principios que fija el artículo 2° para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1°, con los derechos fundamentales de los Estados según el Derecho Internacional Común, veremos que los apartados 1°, 2°, 3° y 7° no representan ninguna innovación puesto que ya el Derecho Internacional Común obliga a los Estados a respetar mutuamente su independencia y a la solución pacífica de todas las controversias. Pero, "más allá del Derecho Internacional Común van aquellos principios del Preámbulo y del artículo 1° que propugnan el respeto general de los derechos humanos, así como una colaboración de los Miembros en los campos económico, social, cultural y humanitario (art. 1.3). Según la Carta, los deberes fundamentales de los Estados no consisten, pues, en simples deberes de abstención (*non facere*) como en Derecho Internacional Común, sino que la Carta exige también de los Estados un *facere*, es decir, una colaboración activa para poder alcanzar en común los fines de las Naciones Unidas. Por eso el nuevo orden sólo podrá convertirse en realidad con la buena voluntad de todos los Estados de cooperar lealmente en esta gran tarea. Mas siendo inconcebible una lealtad impuesta por medio de la coacción, el funcionamiento del nuevo Derecho Internacional depende, an-

te todo, de fuerzas morales" (Verdross, A., *Derecho Internacional Público*, Aguilar, Madrid, 1969, pág. 431).

En sentido coincidente, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, dispone: "Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos".

III. 1968: AÑO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Tomando nota de que en 1968 se cumpliría el vigésimo aniversario de la aprobación y proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), instrumento de la máxima importancia para proteger y fortalecer los derechos de los individuos y fomentar la paz y la estabilidad y reconociendo que si bien se había progresado considerablemente, la aplicación efectiva de los derechos humanos y de las libertades fundamentales seguía siendo poco satisfactoria en ciertas partes del mundo, la Asamblea General por Resolución 1961 (XVIII) del 12 de diciembre de 1963 decidió designar a 1968 como Año Internacional de los Derechos Humanos, en el que se efectuaría una evaluación internacional en esta materia. Consideró que una celebración adecuada induciría, a todos los Estados Miembro y a las organizaciones interesadas, a redoblar sus esfuerzos en los años que faltaban para esa fecha, a fin de poder mostrar en 1968 el mayor progreso posible. Decidió, también, preparar un programa de medidas y actividades que representarían una contribución duradera a la causa de los derechos humanos.

Basándose en esta Resolución y para fomentar aún más los principios enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, desarrollar y garantizar los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales, y para poner fin a toda discriminación y denegación de los derechos humanos y las libertades fundamentales por motivos de raza, color, sexo, idioma o religión y en especial para conseguir la supresión de la política de *apartheid*, la Asamblea General por Resolución 2081 (XX) del 20 de diciembre de 1965, decidió celebrar en 1968 una Conferencia Internacional de Derechos Humanos a fin de examinar los avances logrados, evaluar la

eficacia de los métodos utilizados por las Naciones Unidas en materia de derechos humanos y preparar un programa para el futuro. Asimismo, instó a todos los Estados Miembros a ratificar, antes de 1968, las convenciones ya concertadas en materia de derechos humanos.

IV. CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

El evento al que aludimos precedentemente se reunió en Teherán, Irán, del 22 de abril al 13 de mayo de 1968 y asistieron a él delegaciones de 84 Estados. Aprobó 29 resoluciones y una Proclamación (13-V-1968) en la que declaró solemnemente que era indispensable que la comunidad internacional cumpliera su obligación de fomentar y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna. Que la Declaración Universal de Derechos Humanos enunciaba una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declaró obligatoria para la comunidad internacional.

La Proclamación de Teherán también hizo referencia a las nuevas oportunidades que ofrece el rápido progreso de la ciencia y la tecnología. En el párrafo 18 declaró: *"Si bien los recientes descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos han abierto amplias perspectivas para el progreso económico, social y cultural, esta evolución puede, sin embargo, comprometer los derechos y las libertades de los individuos y por ello requerirá una atención permanente"*.

De esta manera la Proclamación sintetizó cuanto había aprobado en su Resolución XI relativa a "Los Derechos Humanos y los Progresos Científicos y Tecnológicos" (12-V-1968) cuando, desde un punto de vista positivo, consideró que los descubrimientos científicos y sus aplicaciones tecnológicas abrían inmensas perspectivas de progreso y de elevación del nivel de vida y que ello podría constituir un factor decisivo en lo que respecta a la realización efectiva de los derechos humanos para todas las personas y todos los pueblos. Pero, también es cierto que podían entrañar peligros para los derechos de la persona o de grupos de personas y para la dignidad humana y que, en esos casos, su utilización plantearía compli-

cada problemas de orden ético y jurídico, desde el punto de vista de los derechos humanos.

Frente a este conflicto la Conferencia consideró que estos problemas requerían ser estudiados a fondo, tanto en el plano nacional como en el internacional, por especialistas en diversas disciplinas a fin de formular, a partir de esos estudios, normas apropiadas.

El gran desafío de este siglo que culmina es utilizar este progreso exclusivamente en beneficio de la humanidad, para promover y fomentar el respeto universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Mantener la paz y utilizar el progreso científico y tecnológico en interés de la misma y en beneficio de la humanidad, como lo recomienda la Asamblea General en su Resolución 3384 (XXX) del 10 de noviembre de 1975, es objetivo permanente de esta Organización. Para ello es primordial desarrollar las políticas nacionales en un marco de cooperación internacional, a fin de que ese progreso sea utilizado de acuerdo a los principios de la Resolución.

V. DE LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL A LA REVOLUCIÓN DE LA INFORMACIÓN

Así como el mundo ha experimentado la llamada "Revolución Industrial", posiblemente la segunda mitad del siglo xx sea conocida como la "Revolución de la Información". Se ha pasado de una sociedad caracterizada por la industrialización a una sociedad caracterizada por la información, al extremo de sostenerse que quien posee la información tiene el poder (para un desarrollo mayor de esta aseveración, ver Toffler, Alvin, *Los Cambios del Poder*, Plaza y Janés, editores, Barcelona, 1992): "En las sociedades informatizadas del presente el poder ya no reposa sobre el ejercicio de la fuerza física, sino sobre el uso de informaciones que permiten influir y controlar la conducta de los ciudadanos, sin necesidad de recurrir a medios coactivos. Por ello, la libertad personal y las posibilidades reales de intervenir en los procesos sociales, económicos o políticos se hallan determinadas por el acceso a la información", afirma Pérez Luño (Pérez Luño, *Los Derechos Humanos en la Sociedad Tecnológica*, Centro de Estudios Constitucionales,

Madrid, 1989, pág. 138). En un lenguaje más directo y llano lo grafica un ensayista inglés: "Hasta ahora la ametralladora ha sido considerada el símbolo de la tiranía moderna, podría considerarse quizás, que ya ha sido suplantada por el teléfono y el fichero" (Hartley, *A State of England*, Hutchinson, London, 1963).

VI. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ERA INFORMÁTICA

En la tecnología de la información tiene su causa el rápido progreso de la humanidad. Al principio se aplicó a la investigación científica; luego se extendió en materia de estadísticas y con relación a la función administrativa y fiscal del Estado. Hoy la informática se utiliza en las actividades industriales, comerciales, económicas de la sociedad y en la actividad profesional de los particulares.

Es cierto que la devastación causada por las dos guerras mundiales, posibilitada en gran medida por esos progresos, suscitó dudas en cuanto a la conveniencia de los mismos. No podemos ignorar que este desarrollo tiene y tendrá efectos negativos a los cuales nos referiremos en otra oportunidad.

El desarrollo de esta tecnología mejora la vida de las personas promoviendo así una mayor realización de los derechos humanos. Dicho de otra manera, existen ciertos derechos cuyo ejercicio puede facilitarse por esta Revolución Informática, entre ellos:

a) Derecho a la comunicación y libertad de información

La Revolución Informática facilita el ejercicio de este derecho que se apoya en tres pilares básicos: la facultad de buscar, difundir y recibir informaciones. Aparece ya en la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión" (art. 19).

Posteriormente, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se dispone: "2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad

de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección".

La Convención Europea de los Derechos del Hombre aprobada por el Consejo de Europa preceptúa: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la de recibir o comunicar informaciones o ideas sin injerencia de autoridad pública alguna y sin consideración de fronteras"* (art. 10).

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre expresa: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y de difusión del pensamiento por cualquier medio"* (art. IV).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula: *"Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección"* (art. 13.1).

Para Newman y Vasak, estos preceptos comprenden tanto la denominada "libertad de opinión", "esto es, el derecho a decir lo que uno piensa y a no ser perseguido por tener una determinada opinión" y la "libertad de expresión" en sentido restringido, que incluye el derecho de "buscar, recibir e impartir informaciones e ideas, sin limitaciones de fronteras, bien oralmente, por escrito o mediante imágenes, en forma de arte o por cualquier otro medio de comunicación que uno elija" ("Derechos civiles y políticos", en la obra colectiva *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, Serbal-UNESCO, pág. 233). Y añaden: *"Cuando la libertad de expresión es puesta en acción por los medios de comunicación social, adquiere una nueva dimensión y se convierte en libertad de información"*. Actualmente se reconoce la existencia de una nueva libertad que abarca los múltiples requisitos de estos nuevos elementos y que incorpora a un tiempo su carácter individual y colectivo, y sus implicaciones tanto en forma de "derechos" como de "responsabilidades": se trata del derecho *"a la comunicación"* (Newman y Vasak, *op. cit.* y nota 85. Cfr.: Respuesta de la UNESCO del 3-IX-1975 al cuestionario del secretario general de las Naciones Unidas sobre limitacio-

nes al ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, en *La Libertad del Individuo ante la Ley*, ONU, cuaderno 3, págs. 107/113.

La reforma de nuestra Constitución Nacional en 1994 reconoce, entre los nuevos derechos y garantías, que "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho en la relación de consumo... a una información adecuada y veraz" (art. 42). El artículo 41 obliga al Estado nacional a proveer a la información y educación ambiental. El derecho a la información se introduce legalmente en nuestro país a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana ya citada, según la cual ninguno de los Estados partes, grupo o persona, pueden "suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella" (art. 29. a)).

Obvio resulta destacar que, por imperio de la reforma constitucional de 1994, ambos instrumentos internacionales poseen "jerarquía constitucional", integrando el "bloque de la constitucionalidad federal" (art. 75, inc. 22).

La Constitución Nacional en su artículo 14 reconoce a todos los habitantes de la Nación el "derecho de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa".

El derecho a la información responde a un concepto mucho más amplio que la clásica libertad de prensa. A partir de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre todo individuo tiene derecho a investigar, recibir y difundir informaciones a todos. Ya no se trata solamente del que dispone de los recursos económicos para organizar y transmitir la información. Estamos en presencia de un sujeto universal: todo individuo por su sola condición de tal.

La Declaración agrega: "sin limitación de fronteras". En el plano internacional se trata de asegurar la mayor libertad posible de circulación de la información. Entre otras razones para promover y fomentar el respeto universal de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales.

Esta era informática favorece el desarrollo de este Derecho a la Información que ha desbordado las fronteras de los Estados.

Nos enfrentamos a una multiplicidad de instrumentos como la telefonía celular móvil o los sistemas de fibra óptica que se basan en la transmisión de haces de luz a través de

delgadas fibras de vidrio. Asimismo, los satélites han incrementado la posibilidad cuantitativa de la difusión de señales, utilizados para propósitos de todo tipo.

Cuando hablamos del progreso tecnológico no nos referimos únicamente a la aparición de otros materiales y nuevos sistemas, sino a la permanencia en el tiempo de antiguas tecnologías enriquecidas con nuevas experimentaciones. Por ejemplo, la televisión interactiva posibilita el regreso de la información del receptor al emisor.

Las autopistas de la información constituyen la última señal del avance tecnológico.

Para muchos el embrión de este tercer milenio se nutre en lo que llaman "la galaxia bit".

Internet, una red de redes de computadoras unidas por líneas telefónicas, fibras ópticas, cables submarinos y enlaces por satélite, se expande a pasos agigantados. "En 1993 Internet no existía. En julio del año pasado ya había 488.000 sitios o 'webs' para visitar, y en seis meses el número de webs, que se esperaba que llegara a 650.000, se elevó a 828.000" (*La Nación*, 9-VIII-1997, pág. 14).

Esta autopista informática que suscita curiosidad y miedos entre la sociedad, se está instalando en el mundo.

Ea, quizás, uno de los medios más democráticos porque permite que todos nos comuniquemos con todos. Expresiones o informaciones que pueden estar prohibidas o limitadas en un país encuentran una importante alternativa en esta red, para que esos mensajes sean conocidos por otros. Por ejemplo, a través de Internet el diario *Osobondoje* (Liberación) que acompañó la resistencia de Sarajevo, sitiada por los serbios, pudo burlar el silencio que le imponían y transmitir su información al mundo.

Se convierte así en un arma muy poderosa para asegurar este derecho a la información que las autoridades de los Estados tienen la tentación de cercenar.

En otro sentido, el soporte para intercambiar información (enviar y recibir) es caro, por lo cual algunos tienen posibilidades tecnológicas de acceso en detrimento de otros.

Asimismo, la comprensión de la información sólo es posible para los usuarios que conozcan un lenguaje internacional.

De manera que existen factores de exclusión de algunos de la sociedad global de la información. Una asimetría entre las

personas, las sociedades y los Estados en la que será necesaria una cooperación internacional concertada para superarla.

De los artículos 13 y 14 del Pacto de San José de Costa Rica se infiere que esa información, que toda persona tiene derecho de buscar, recibir y difundir debe ser veraz, requisito que, tal como se ha visto anteriormente, dispone de modo expreso nuestra Constitución (art. 42).

En este aspecto la "red de redes" plantea un obstáculo. La red es anárquica, sólo algunos enlaces de ella están controlados por un gobierno o por una autoridad académica, lo que reduce el caos de datos. De todas maneras, la autenticidad de la información que circula, al no existir un control central, queda planteado como un supuesto a debatir, entre otros, acerca del futuro de esta autopista.

¿Qué ocurrirá con Internet? Es difícil hacer un pronóstico de cara al futuro.

Echando una mirada retrospectiva podemos detenernos en una tecnología que produjo un gran impacto en su época: la imprenta. Ella es fundamental en la historia de Occidente; sin embargo, en Oriente se la utilizó muchísimo tiempo antes y, ello no obstante, no produjo ninguna revolución cultural. Porque no son las tecnologías por sí mismas sino el contexto en que nosotros las desarrollamos las que producen dichos cambios.

En Occidente la imprenta introdujo una revolución cultural porque se unió a un acontecimiento no técnico, de origen espiritual, el protestantismo, dentro del cual se incluyen todas las doctrinas y confesiones religiosas a que dio origen la Reforma.

Fundamentaban la fe en las Sagradas Escrituras libremente interpretadas por la razón individual y no en la tradición definida por los Papas y los Concilios.

No se hubiera podido hablar de una interpretación de cada cristiano de las mismas si no hubieran existido Biblias impresas.

A la imprenta y al protestantismo se sumó el desarrollo de la escuela, sin el cual las personas de la época no hubieran podido leerlas.

Tomando este ejemplo, entre muchos otros de la historia, es difícil predecir el futuro de Internet. Tal vez lo más aproximado sea aventurar que así como su acceso es actualmente asimétrico, la revolución cultural que esta tecnología produzca será diferente en tiempo y espacio.

Internet es un desafío. El peligro mayor es tener respuestas muy rígidas, cerradas o rotular muy rápidamente avances tecnológicos como éste, que se van desarrollando a mayor velocidad de la que nosotros podemos emplear para analizarlos en profundidad.

Hay conclusiones a las que si estamos en condiciones de arribar en relación con este Derecho a la Información del que venimos hablando.

1. La circulación de información es diferente —como ya lo señalamos— porque trasciende las fronteras. Las nuevas redes de comunicación no coinciden con las fronteras políticas de los Estados, por el contrario, se entrecruzan. Y no hay mayor distancia entre un lugar y otro porque las operaciones y los tiempos en los que solicitamos y recibimos información son idénticos.

2. Quizás se atenúa la dicotomía entre algunos que producen la información y otros que la consumen por un proceso continuo de circulación en el que el sujeto activo en el acto informativo es el sujeto universal y ya no solamente el empresario o quien ejerce la profesión de periodista. Un espacio en el que todos somos productores y consumidores a la vez.

3. Lo que el progreso tecnológico posibilita en los umbrales del siglo XXI es la posibilidad de interactuar en estos espacios virtuales.

En los años cincuenta los procesos de computación y de comunicación eran considerados distintos e independientes. Con el tiempo las telecomunicaciones integraron la informática, por eso hoy hablamos del Derecho a la Comunicación.

En la Conferencia Mundial de Viena de 1993 —a la que nos referiremos más adelante— se destacó la importancia del desarrollo como derecho humano. La creciente interdependencia entre telecomunicaciones y desarrollo es reconocida por la comunidad internacional desde la Conferencia de Plenipotenciarios de la UIT realizada en Nairobi en la que se analizaron tres grandes aspectos: a) la importancia de las telecomunicaciones como infraestructura para el desarrollo; b) la creciente relevancia para el progreso social y económico; y c) los desequilibrios que se producen a medida que aumentan las brechas en materia de telecomunicaciones.

En la citada Conferencia se dejó sentado que la efectiva realización de los derechos humanos necesita no solamente

de una sociedad democrática sino que también está vinculada con el desarrollo. Y si relacionamos el desarrollo con las telecomunicaciones no es difícil concluir que uno de los desafíos del siglo XXI será que la democracia implique, igualmente, idéntico acceso a la información de todos los individuos; democratización necesaria también entre los Estados que, por falta de desarrollo, quedan excluidos de la sociedad global de la información.

b) Derechos económicos, sociales y culturales

La computadora hace posible almacenar una enorme cantidad de información en pequeños dispositivos transportables, accesible, en su forma original o elaborada, a través de un sistema de participación simultánea, mediante la conexión con la unidad central de terminales de entrada y salida de datos. La posibilidad de elaborar modelos para, posteriormente, someterlos a diversas técnicas como la proyección y la simulación resulta un instrumento útil para evaluar situaciones con la rapidez necesaria para que las medidas que se adopten sean eficaces y no resulten tardías. En tanto que esas decisiones facilitan el ingreso al empleo, la construcción de viviendas a precios más accesibles para las personas de escasos recursos, una rebaja en los productos de la llamada canasta familiar, una mejor asistencia a la salud, la prevención de enfermedades, una más adecuada planificación y asignación de los recursos naturales, la reducción del nivel de contaminación, mayor seguridad en las vías de comunicación, etcétera, podremos afirmar que esta era informática favorece el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales. En este punto vamos a detenernos un poco más, analizando los trabajos efectuados por las Naciones Unidas a raíz de la relación que tiene con el progreso tecnológico del que venimos hablando.

En el informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos en su 30º Período de Sesiones, el secretario general se refirió a la utilización de las computadoras, en los procesos de formulación de políticas y gestión.

La computadora se utiliza no solamente para presentar información. Con las grandes cantidades de datos que puede almacenar una computadora es posible, mediante la utilización de ciertas técnicas, pronosticar o calcular una gama de

probabilidades como consecuencia de diversas acciones. Sin duda que la decisión final la va a tomar el individuo, pero la computadora constituye un valioso auxiliar en la adopción de la misma.

Con los datos que es capaz de almacenar una computadora es posible elaborar el modelo de una situación determinada. Ese modelo puede posteriormente someterse a diversas técnicas para facilitar la adopción de decisiones. Las principales son: la proyección y la simulación.

1. *Proyección.* Las proyecciones se efectúan para determinar, sobre la base de datos procedentes de condiciones pasadas, las condiciones presentes o futuras en una determinada esfera. Se utilizan de diversas maneras. Por ejemplo, para proyectar necesidades presentes o futuras en materia de aulas, vivienda, transporte de determinados alimentos o productos industriales, la producción prevista de los mismos, la demanda prevista de personal capacitado en diferentes especialidades y profesiones, etcétera.

2. *Simulación.* Las simulaciones se utilizan para determinar los efectos probables de varias acciones posibles en condiciones variables y, de esa manera, la combinación de variables que producirá la solución más adecuada para el problema formulado.

En economía, por ejemplo, se emplean las simulaciones para ensayar las repercusiones de diferentes políticas sobre industrias enteras o sobre la economía en su conjunto o para diversos aspectos del planeamiento urbano que tienen consecuencias sociales o económicas, como la ubicación de escuelas, hospitales, cuarteles de bomberos, etcétera.

La telemática, es decir, la interconexión de la informática y las telecomunicaciones ofrece a la humanidad infinitas posibilidades de comunicar y de interactuar.

Este progreso brinda opciones culturales distintas a las que estamos acostumbrados.

En la medida que se facilite el acceso de todos los hombres a las redes —lo que implica una considerable inversión— el consumo de bienes culturales se efectuará a través de vehículos electrónicos sustituyendo a aquellos que requieren el desplazamiento del usuario a bibliotecas, universidades, conferencias... Esta llamada revolución informática implica una verdadera revolución cultural.

Desde este punto de vista podríamos concebir a Internet, empleando la expresión del vicepresidente de Estados Unidos Al Gore, como una "biblioteca numérica mundial. Esto permitiría que millones de estudiantes, de investigadores y de hombres de negocios hallen la información que necesitan, estén en Albania o en Ecuador".

La evolución es de interés no sólo para el usuario individual de los medios de información, sino para el educador, investigador, bibliotecario, planificador, profesional.... que pueden acceder a una multiplicidad de datos que hasta hoy eran difíciles de obtener.

Podrán, por ejemplo, explorar las bibliotecas de distintos países desde un soporte electrónico. Aprovecharán los beneficios del hipertexto que es un sistema de enlaces que permite pasar de un texto a otro con palabras claves; dialogar con otras personas compartiendo conocimientos e inquietudes. Esta comunicación interactiva permite a un grupo completamente disperso trabajar reunido simultáneamente en equipo.

La información que circula puede mezclar la palabra, el sonido y la imagen (multimedia) favoreciendo la educación, pues cuantos más sentidos intervienen en el proceso de conocimiento mayor es el grado de aprendizaje.

Buscar y seleccionar información limitando las opciones que ofrecen las autopistas, desechando la navegación errática producto de nuestros impulsos, implica una nueva actitud del usuario acostumbrado a recibir la información organizada de una manera más imperativa.

Según Albert Camus: "La libertad no es sino la oportunidad de ser mejor", es decir, la oportunidad de tomar decisiones que contribuyan al adelanto de la vida y al crecimiento de la especie humana.

Según Archibald Mc Leish, poeta, jurista y estadista norteamericano y uno de los inspiradores de la creación de la UNESCO, la libertad es el derecho a escoger, el derecho a crearse posibilidades de elección. Las autopistas de la información le dan al usuario la posibilidad de dirigir su propio proceso de conocimiento.

Cuanto más amplia sea la información que disponemos y mayor el número de los que pueden acceder a ella se favorecerá la plena efectividad de los derechos culturales.

La UNESCO ha estudiado el desafío cultural que plantean las nuevas tecnologías de la comunicación.

Los informes han reflejado que: "El considerable predominio de los materiales de origen occidental en el intercambio internacional plantea cuestiones fundamentales de relación con su impacto sobre las culturas nacionales. La difusión de estos productos, en la mayor parte de las regiones del mundo, se ha considerado un factor de nivelación de las culturas y una amenaza para la preservación de las culturas endógenas. Sin embargo, las tecnologías de comunicación han dado lugar también a la aparición de nuevas formas de cultura, aún mal conocidas, que se derivan de la interacción de la tradición y la modernidad, y que atraen el interés de los investigadores" (*Las Nuevas Tecnologías de Comunicación: Orientaciones de la Investigación*, nro. 105, UNESCO, 1993, Francia, pág. 39).

Asimismo, la UNESCO sostiene que: "La diversificación de los instrumentos interactivos desarrolla las posibilidades de autoaprendizaje, mientras que las nuevas redes de transmisión de información modifican profundamente las modalidades de educación a distancia" (*op. cit.*, pág. 47).

c) Derechos políticos

Si bien nos estamos refiriendo a cómo el avance tecnológico favorece la realización de los derechos humanos, quisiéramos hacer algunos breves comentarios respecto de los peligros que, en relación con los derechos políticos, se debatieron en el seno de las Naciones Unidas.

El secretario general —en el informe referido— puntualizó que existe el peligro de que las computadoras tengan demasiada influencia en decisiones importantes. Si a través de su uso se adopta una determinación y sólo un grupo dispone de toda la información, es muy difícil disentir con la decisión resultante.

La utilización de estas técnicas puede traducirse en una pérdida de control del órgano legislativo en beneficio de la autoridad ejecutiva o administrativa, alterándose el equilibrio de poderes que debe existir en una sociedad democrática. Se teme, así, que la función de la Legislatura quede reducida a un simple sello de aprobación. De esta manera no cumpliría su misión relativa a que todos los ciudadanos participen, por medio de sus representantes, en el gobierno de su país.

Las Naciones Unidas han advertido, en este sentido, que muchas legislaturas nacionales o locales han tratado de superar este problema creando sus propias comisiones encargadas de temas especializados como impuestos, defensa, etcétera. Pero, en general, los instrumentos de trabajo de que disponen los legisladores no son comparables con los de las autoridades ejecutivas o administrativas, cuya tecnología es más avanzada.

Se daría, así, un desplazamiento de poder no solamente del Legislativo al Ejecutivo, sino dentro de éste, a los que manejan las computadoras. Con lo cual el poder lo ejercería una "tecnocracia".

Las Naciones Unidas han sostenido que el personal que maneja las computadoras carece de formación en derecho y los que en definitiva deben decidir, carecen de conocimientos técnicos. Pero, éstos son los responsables y a quienes ha elegido el electorado. No es necesario puntualizar que la toma de decisiones, desde el punto de vista político, es mucho más que señalar qué es eficaz desde el punto de vista técnico.

Retomando nuestro tema de cómo el progreso tecnológico puede favorecer la realización de los derechos políticos, cabe recordar que una de las características principales de un sistema democrático es la participación de los ciudadanos. No hay democracia sin participación.

Nuestra Constitución Nacional reformada en 1994 hace posible una mayor participación ciudadana. Entre otras: a) el derecho de iniciativa que tienen los ciudadanos para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados (art. 39); b) la consulta popular sobre proyectos legislativos a iniciativa de la Cámara de Diputados (art. 40); c) la posibilidad de participación de las asociaciones de consumidores y de usuarios en los organismos de control (art. 42); d) la incorporación constitucional de la acción de amparo interpuesta no solamente por el afectado sino por el Defensor del Pueblo y las asociaciones que propendan a los fines enunciados en el segundo párrafo del artículo 43; e) la posibilidad de interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos —y de la finalidad de su almacenamiento— referidos a la persona que lo interpone que consten en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes y, en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización (art. 43, tercer párrafo).

Pero, el acto más conocido y universal de participación ciudadana es la elección de los representantes a través del voto. En este sentido, el desarrollo tecnológico ha facilitado la confección de los padrones electorales indispensables para que todos los ciudadanos elijan a sus gobernantes.

Asimismo, hace posible que la ciudadanía cuente con mayor información respecto de sus representantes y de los actos de gobierno. Por lo cual, esta era informática que vivimos no favorece solamente la elección —en cuanto al acto electoral en sí mismo— sino que la información de que disponen los ciudadanos contribuye a que éstos cuenten con mayor cantidad de datos al momento del voto y con más elementos para una mejor fiscalización de los actos de gobierno.

El campo donde más puede incidir la informática con innovaciones verdaderamente revolucionarias es en el de la participación política, aunque todavía no ha sido explorado suficientemente ni, mucho menos, experimentado.

El favorecimiento que puede prestar la informática al desarrollo del derecho a la participación política ha sido señalado por Alvin Toffler: "... *Utilizando computadores avanzados, satélites, teléfonos, televisión por cable y otros medios, una ciudadanía instruida puede, por primera vez en la historia, empezar a tomar muchas de sus propias decisiones políticas ... Existen poderosos medios de abrir y democratizar un sistema que se halla próximo a desmoronarse y en el que pocos, si es que hay algunos, se sienten adecuadamente representados. Pero debemos empezar a pensar fuera de los trillados caminos de los últimos trescientos años. No podemos resolver ya nuestros problemas con las ideologías, los modelos o las estructuras residuales del pasado de la segunda ola. Preñadas de inciertas implicaciones, estas nuevas propuestas exigen una cuidadosa experimentación local antes de que intentemos aplicarlas en gran escala. Pero, con independencia de lo que sintamos acerca de esta o aquella sugerencia, las viejas objeciones a la democracia directa se van haciendo más débiles precisamente en el momento en que se tornan más fuertes las objeciones a la democracia representativa. Por peligrosa e incluso grotesca que pueda parecer a algunos, la democracia semidirecta es un principio moderado que puede ayudarnos a crear nuevas y viables instituciones para el futuro... Debemos estar preparados para utilizar las herramientas más avanzadas a nuestro alcance: desde satélites y computadores, hasta video discos y televisión interactiva...*"

Toffler, coincidiendo con el informe del secretario general de las Naciones Unidas, afirma que los legisladores han ido apoyándose cada vez más en su personal de expertos y asesores para la elaboración de las leyes. Dice: "Nuestros representantes elegidos saben cada vez menos acerca de las innumerables medidas sobre las que deben decidir y se ven obligados a confiar cada vez más en el criterio de otros... la quiebra de la negociación, el atasco decisional, la cada vez más grave parálisis de las instituciones representativas significa, a la larga, que muchas de las decisiones que ahora son tomadas por pequeños números de pseudorepresentantes pueden tener que ir siendo gradualmente desplazadas nuevamente hacia el propio electorado. Si nuestros intermediarios no pueden concluir acuerdos en nuestro nombre, tendremos que hacerlo nosotros mismos".

Sostiene que "... la cuestión no está planteada en términos disyuntivos. No se trata de democracia directa frente a democracia indirecta, de intervención personal frente a representación por otros. Pues ambos sistemas tienen ventajas y existen formas altamente creativas de combinar la participación directa de los ciudadanos con la representación en un nuevo sistema de democracia semidirecta".

Y señala: "... las antiguas limitaciones en el campo de las comunicaciones no se interponen ya en el camino de una ampliada democracia directa. Espectaculares avances realizados en la tecnología de las comunicaciones abren, por primera vez, un extraordinario despliegue de posibilidades para la participación ciudadana en la toma de decisiones políticas".

"No hace mucho tiempo —relata— tuve el placer de pronunciar un discurso de presentación de un acontecimiento histórico —el primer ayuntamiento electrónico del mundo— por el sistema de televisión por cable Qube de Columbus (Ohio). Utilizando este sistema interactivo de comunicaciones, los habitantes de un pequeño suburbio de Ohio participaban realmente, por medio de la electrónica, en una reunión política de su comisión local de planificación. Oprimiendo un botón en su sala de estar, podían votar instantáneamente sobre propuestas relativas a cuestiones prácticas tales como establecimiento de distritos, códigos de vivienda y construcción de carreteras. Podían no sólo votar por sí o no, sino también participar en la discusión y hablar realmente en ella. Podían incluso, oprimi-

miendo un botón, decir al presidente cuándo debían pasar al punto siguiente del orden del día ...".

El autor da un ejemplo con relación a Suecia a mediados de los años setenta, cuando el Gobierno convocó al pueblo a participar en la formulación de una política energética nacional:

"Comprendiendo que la mayoría de los ciudadanos carecían de adecuados conocimientos técnicos sobre las diversas opciones energéticas, desde la solar hasta la nuclear o la geotérmica, el Gobierno creó un curso de diez horas sobre energía e invitó a todos los suecos a que se inscribieran en él, o en otro equivalente, para hacer recomendaciones formales al Gobierno.

*"Simultáneamente, sindicatos, centros de educación de adultos y partidos de todas las sectores del espectro político crearon también sus propios cursos de diez horas. Se esperaba que participaran hasta diez mil suecos. Para sorpresa general fueron entre sesenta y ochenta mil los que acudieron a las discusiones organizadas". (Toffler, *La Tercera Ola*, 1ª edic., Plaza y Janés, Barcelona, 1980, cap. xxviii).*

¿Por qué destacamos la importancia de una Sociedad Democrática?

Porque, como lo sostenemos en nuestra obra (*El Derecho de los Derechos Humanos*, que aparecerá próximamente), los derechos humanos tienen más posibilidades de ser cumplidos en un sistema democrático. A la inversa, la democracia no puede existir si no se respetan los derechos humanos. Son dos conceptos inseparables de una misma y única ecuación.

En junio de 1993, se realizó en Viena, Austria, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos —recordemos que la primera había tenido lugar en Teherán en 1968— en la que representantes de 171 Estados aprobaron la Declaración y Programa de Acción de Viena, culminación de un largo proceso y debate acerca de la situación actual de los derechos humanos en el mundo, señalando el inicio de un renovado empeño por potenciar y dar mayor aplicación al conjunto de instrumentos de derechos humanos elaborados a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

En su discurso de apertura de la Conferencia, el 14 de junio, el secretario general Sr. Boutros Boutros Ghali expresó, entre otros conceptos: "Desearía formular un voto solemne: que esta Conferencia esté a la altura del tema que va a tratar y que se sitúe bajo la égida de una triple exigencia, de

lo que yo llamaría los tres imperativos de la Conferencia de Viena: Universalidad, Garantías, Democratización. El imperativo de la democratización es a mi juicio el elemento fundamental que está en juego en este fin de siglo. Sólo la democracia, dentro de los Estados y dentro de la comunidad de Estados, es verdadera garante de los derechos humanos. Sólo la democracia concilia los derechos individuales y los derechos colectivos, los derechos de los pueblos y los derechos de las personas. Sólo la democracia concilia los derechos de los Estados y los derechos de la comunidad de los Estados. A mi juicio, el proceso de democratización es indisoluble de la protección de los derechos humanos. La democracia constituye el proyecto político en el que debe inscribirse la garantía de los derechos humanos. Ese enunciado no constituye una mera afirmación de principios o una concesión a la moda del momento, sino antes bien la comprobación de que la democracia es el sistema político mediante el cual se afirman con mayor libertad los derechos individuales y que, por ende, la acción que realizan las Naciones Unidas en favor de los derechos humanos no se puede disociar de la instauración de sistemas democráticos en la sociedad internacional... La democracia no es patrimonio exclusivo de nadie (...) no es un modelo que haya que copiar de ciertos Estados, sino un objetivo para todos los pueblos*.

En su documento final, la Conferencia postula que "... la democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida..." (art. 8°).

En oportunidad de considerar como miembro de la CIDH la "autoamnistía" dispuesta por el régimen militar que derrocó al gobierno constitucional del Presidente Allende, en Chile, tuvimos la ocasión, en nuestro voto separado, de reseñar tanto la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuanto la de la CIDH en la materia. Allí expusimos lo siguiente: "La tesis que sostiene encuentra apoyo en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tanto define como 'leyes' a 'la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Parte para la formación

de las leyes' (OC-6/86, párr. 38); definición a la que llegó con base en el análisis de los principios de legalidad y de legitimidad y del régimen democrático dentro del cual hay que entender el sistema interamericano de derechos humanos (OC-6/86, párrs. 23 y 32), según explicita en su Opinión Consultiva 13, párrafo 25. Para la Corte, 'el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables' (OC-8/87, párr. 24). La adhesión decidida al régimen democrático ha sido señalada por la Corte en estos términos: 'La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte' (OC-13, párr. 34) lo cual completa sus criterios sobre 'las justas exigencias de la democracia' que deben orientar la interpretación de la Convención, particularmente de aquellos preceptos que están críticamente relacionados con la preservación y funcionamiento de las instituciones democráticas' (OC-5/85, párrs. 44, 67 y 69).

Para concluir. Hablamos de la Libertad de Información y del Derecho a la Comunicación. Pero esta era informática en la que estamos inmersos nos permite hablar de una nueva rama del Derecho llamado "Derecho Informático" y un nuevo derecho fundamental, de tercera generación, llamado "Libertad informática", por el cual se reconoce a toda persona el derecho a disponer de la información que le concierne. No es el antiguo *right to privacy* en tanto derecho a negar información sobre sí mismo en protección de su privacidad. Sino, lo que la doctrina y jurisprudencia germanas han denominado el "derecho a la autodeterminación informativa" que implica garantizar a cada persona el acceso y control de sus datos, de poder disponer de toda la información almacenada sobre la propia personalidad a fin de preservar la identidad informática y, en caso necesario, intervenir el dato para su rectificación, actualización o cancelación. Nace así el "hábeas data" como garantía procesal de tal derecho, el que ha sido consagrado en nuestro texto constitucional reformado en 1994 en el artículo 43, como acción de amparo específica.

Igualmente, es posible infringir la ley, cometer delitos de tipo tradicional por medio de formas inimaginables con un alcance transnacional, frente a los cuales las legislaciones de los Estados se revelan insuficientes para la protección de los derechos, por lo que se impone la cooperación internacional para su efectiva tutela.

En un diario de nuestro país del 6-V-1996, se publicó la siguiente nota: *'En EE.UU. están indefensas. El delito por computadora. San Francisco. EE.UU. (Reuter)*. Cerca de 500 organizaciones de los Estados Unidos —entre las que se encuentran empresas, dependencias del gobierno y universidades— reconocieron no estar equipadas para defenderse de la vinculación de sus sistemas electrónicos. El Instituto de Seguridad en la Computación (CSI) realizó una encuesta, utilizando como base las preguntas sugeridas por el escuadrón internacional contra la delincuencia por computadoras del FBI. 'La era de la informática ya llegó, pero la preparación de la mayoría de las organizaciones es pésima', dijo el director del CSI, Patrice Rapalus, y agregó que la tecnología ha facilitado a los delincuentes cometer crímenes, espionaje o sabotaje sin ser detectados. Las 428 organizaciones estadounidenses que participaron en la encuesta 'confirmaron que sus sistemas informáticos están amenazados', dijo CSI. El 41 por ciento experimentó algún tipo de intrusión o uso no autorizado de sus sistemas de computación en el último año. Veintidós organizaciones dijeron que sufrieron diez o más 'ataques' a sus sistemas en el último año. La adulteración no autorizada de datos es el tipo de atentado más común contra los institutos médicos y financieros. La mayoría de los encuestados consideran a los fanáticos de la computación y a los empleados descontentos como las fuentes más probables de los incidentes de espionaje. Pero más de la mitad también mencionó como posibles autores de atentados a rivales comerciales" (Cifra, 6-V-1996, pág. 50).

Desde el punto de vista delictual estamos asistiendo a un nuevo tipo de delito llamado "informático" producto del desarrollo tecnológico que ha permitido nuevas formas de criminalidad, que hasta ahora no era posible imaginar.

Ya hemos dicho que quien tiene la información tiene el poder.

La información es un nuevo bien económico —además de cultural y político— que amparada en el principio de la libre circulación y como consecuencia del progreso al que aludimos, trasciende las fronteras. Es, en la actualidad, de máxima utilidad en el comercio internacional. El Reglamento de las Naciones Unidas para el Intercambio Electrónico de Datos para la Administración, el Comercio y el Transporte (EDIFACT)

contiene normas y criterios para la circulación transfronteriza de datos en estas áreas.

El perfeccionamiento de las telecomunicaciones electrónicas, nos permite asistir a un proceso de internacionalización del delito que hace cada vez más necesaria la cooperación de todos los Estados, en primer lugar para la toma de conciencia y comprensión del problema, para luego acordar la tipificación de las conductas que deben constituir un delito informático a fin de que puedan, los Estados, cumplir con sus deberes de prevención y represión.

No podemos desconocer los beneficios que el progreso científico y tecnológico han significado para la humanidad.

Hemos analizado en este espacio que la revista nos ha concedido algunas ventajas que esta era informática en la que nos toca vivir y que marca los umbrales del tercer milenio puede significar para la efectiva y plena realización de los derechos humanos en lo que estamos empeñados, y dejemos para otra oportunidad profundizar lo relativo a sus efectos perniciosos.

La meta es que el hombre pueda gozar de las posibilidades que le ofrece el progreso. En esto, frente a cada elección, hay una responsabilidad individual y colectiva porque, en definitiva, preservar los derechos fundamentales, aplicar el progreso en la dirección correcta, tiene una profunda dimensión humana.

PROTECCIÓN DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL VIGENTE*

WALTER KALIN

ROBERT KOGOD GOLDMAN**

"Pienso que la Comisión (de Derechos Humanos de la Naciones Unidas) en su tarea de promover la protección de los desplazados internos, debe tender a la convergencia entre el Derecho de los Refugiados, el Derecho Internacional de los

* Este artículo fue preparado para el libro *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement* (Huida en masa: La crisis global del desplazamiento interno), de Francis M. Deng y Roberta Cohen, Brookings Institution (de próxima publicación). Sus derechos de autor pertenecen a Brookings Institution que ha autorizado la difusión de este artículo en esta revista.

El trabajo está basado en los apuntes de un estudio titulado "Compilación y análisis de la normas legales" que fuera sometido por el representante del secretario general de las Naciones Unidas para Desplazados Internos en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1996, así como en el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1996/52/Add. 2. El estudio fue preparado por un equipo de expertos formado por Janelle M. Diller, Robert Goldman, Walter Kalin, Otto Linde, Cecil E. M. Meijer y Manfred Nowak.

** Walter Kalin es profesor de Derecho Constitucional e Internacional y antiguo decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Berna, Suiza; Robert K. Goldman es profesor de Derecho en Washington College of Law, American University, Washington, D.C. y co-director de su Centro para los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario.

Traducido por Vanessa Bergués, Rodrigo Pablo Freire Méndez, Andrea Galindo Barragán, Pablo Legón, Margarita Masit y Carolina Varsky, miembros de la revista *Lecciones y Ensayos* de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Corregido y editado en español por Carolina González de Armas, LL. M., del Centre para los Derechos Humanos y el Derecho Humanitario del Washington College of Law, American University.

*Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario... cada uno de ellos contribuye útilmente a la protección de los desplazados internos... Es solamente a través de esa convergencia, que la laguna legal puede ser encarada*³.

Sadako Ogata, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, 9 de febrero de 1994³.

La cuestión de la protección de los desplazados internos por el Derecho Internacional contra violaciones a los derechos humanos, no es de mero interés académico. El desplazamiento en sí mismo puede contradecir garantías básicas de derechos humanos. Aun cuando la gente sea forzada a abandonar sus hogares por razones legítimas, el desplazamiento generalmente conlleva múltiples violaciones a los derechos humanos. En muchos casos, destruye el núcleo familiar. Quebranta importantes lazos sociales y culturales de la comunidad; termina con relaciones laborales estables; impide o corta el acceso a importantes oportunidades de educación; priva a los niños, a las embarazadas y a los enfermos del acceso a la alimentación, a una adecuada protección o a servicios básicos de salud; y hace que la población desplazada sea especialmente vulnerable a los actos de violencia, como por ejemplo, ataques en campamentos, desapariciones y violaciones.

Debido a que los gobiernos generalmente causan o toleran el desplazamiento interno, y/o son renuentes o incapaces de garantizar derechos básicos y de satisfacer las necesidades de sus ciudadanos desplazados, es importante dilucidar si el Derecho Internacional provee de una adecuada protección a estas personas. Los desplazados internos no pierden sus derechos inherentes porque sean desplazados, ellos pueden invocar preceptos de derechos humanos y Derecho Humanitario para proteger sus derechos. Al mismo tiempo, el Derecho Internacional vigente no contiene garantías que hagan explícita mención de los desplazados internos. Frecuentemente, es difícil para los gobiernos, para las organizaciones internacionales, para las ONG y para los propios desplazados internos, determinar claramente qué garantías son aplicables en una situación específica.

³ Declaración de Sadako Ogata en la V Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, 9-II-1994.

El análisis ofrecido en este capítulo por los profesores Walter Kalin y Robert Kogod Goldman, pretende clarificar estos temas. Examina el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Humanitario y el Derecho de los Refugiados, por analogía, y el alcance con que cada uno de ellos capta las necesidades básicas de los desplazados internos. El mismo demuestra que mientras el derecho vigente provee de una cobertura sustancial a los desplazados internos, existen áreas significativas en las que el derecho no provee protección suficiente. Esta debilidad radica, por ejemplo, en la necesidad de que haya un derecho expreso a no ser ilegalmente desplazado, a recibir protección y asistencia durante el desplazamiento, y a gozar de un retorno seguro y de la reintegración. Existen asimismo lagunas de protección legal en lo que se refiere a la documentación personal de los desplazados internos o respecto de la restitución o compensación por pérdidas patrimoniales durante el desplazamiento. Y aunque existe una norma general de libertad de movimiento, no hay un derecho expreso a encontrar refugio en una zona segura del país, como así tampoco una garantía expresa contra el retorno forzado de los desplazados internos a lugares de peligro.

Existen asimismo fallas en el propio derecho. Por ejemplo, en algunas situaciones de tensión y disturbios que no llegan a ser conflictos armados, el Derecho Humanitario no es aplicable y los derechos humanos pueden ser restringidos o derogados, en consecuencia se suspenden protecciones que son vitales para el bienestar o supervivencia de los desplazados internos. El Derecho Internacional de los derechos humanos, además, liga solamente a los Estados, y no a los agentes no estatales, como v.gr., grupos de insurrectos, bajo cuya autoridad pueden encontrarse los desplazados internos. Además, algunos Estados no han ratificado todavía tratados clave de derechos humanos o las Convenciones de Ginebra y sus Protocolos Adicionales, y en consecuencia no están formalmente sujetos a sus prescripciones, a menos que sean derivaciones del derecho consuetudinario. Finalmente, si bien algunos principios del derecho de los refugiados pueden ser aplicables por analogía, la fuerte y efectiva protección acordada a los refugiados por la Convención de los Refugiados del año 1951 no puede aplicarse directamente a los desplazados internos, pese a que sus condiciones son similares.

Algunos cuestionan si estos descubrimientos demandan en forma obligatoria el desarrollo de un cuerpo de principios específicamente aplicables a los desplazados internos. Los críticos sostienen que las normas vigentes proveen de adecuada cobertura y que el desarrollo de nuevos parámetros iría en perjuicio del esfuerzo por implementar los existentes. Más aún, al hacerla, podría poner en riesgo la eficacia de las normas existentes y la extensa cobertura que proveen. Se ha expresado, asimismo, preocupación respecto a que el tramado de una normativa específica orientada a las necesidades de los desplazados internos, discriminaría en perjuicio de otros grupos.

Sin embargo, el propósito de desarrollar una estructura normativa para los desplazados internos es reforzar y rubustecer las protecciones existentes. Su reformulación en un documento coherente consolidaría normas, que de otro modo serían muy dispersas y difusas para ser adecuadas y efectivas. La reformulación podría además asegurar la solución de los vacíos vigentes y zonas grises en la legislación. El análisis legal de este capítulo identifica muchas áreas importantes donde hay una protección insuficiente a los desplazados internos, debido a una articulación poco clara o a lagunas normativas en el derecho. Hasta la crítica ha llegado a establecer que tal vez sea necesario expandir la cobertura para proveer una más efectiva protección de los desplazados internos. El Comité Internacional de la Cruz Roja ha apoyado la preparación de una guía de principios para los desplazados internos, basada en las conclusiones de este capítulo². ACHRM ha dado el importante paso de desarrollar un manual sobre desplazados internos para su equipo de trabajo, basado en el análisis legal aquí contenido³.

² *Vid.* Declaración del Comité Internacional de la Cruz Roja en Derechos Humanos: Estado manifiesto y personas desplazadas, en la Comisión de Derechos Humanos, Ginebra, 2-IV-1997; además, luego de estudiar las conclusiones del análisis legal, un miembro oficial de la CRI ha recomendado que se tengan en cuenta protecciones más explícitas para los desplazados internos, para cuando sea revisado el Derecho Humanitario, *vid.* Lavyer, Jean Philippe, *Protection under international humanitarian law, Internally Displaced Persons*, International Committee of the Red Cross, Symposium, Ginebra, 23/25-X-1995, pág. 34.

³ *International Legal Standards Applicable to the Protection of Internally Displaced Persons: A Reference Manual for UNHCR Staff*, División de ACHRM (UNHCR) para la protección internacional, Ginebra, 1996.

En el Derecho Internacional abundan los precedentes respecto a las protecciones especiales para grupos vulnerables, ya sean refugiados, minorías, poblaciones indígenas, discapacitados, mujeres o niños. Un cuerpo de principios orientado a las necesidades de los desplazados internos no discriminaría en perjuicio de otros, sino que buscaría asegurar que en una situación dada, los desplazados internos sean protegidos, como lo son otras minorías, y que sus necesidades propias se hagan saber y sean atendidas. Los principios rectores despertarían la conciencia internacional respecto de los desplazados internos y darían a las organizaciones humanitarias y de derechos humanos, un documento al cual recurrir cuando se abogue en favor de los desplazados internos. Con la oferta de una declaración autorizada de los derechos de los desplazados internos en un único documento, los principios rectores podrían también ayudar a los gobiernos a desarrollar una legislación nacional en protección de los desplazados internos.

Un cuerpo de principios ha sido desarrollado por los autores de este capítulo en colaboración con otros abogados internacionalistas. Se incorpora un apéndice a este ejemplar. Hace referencia a todas las fases del desplazamiento, las normas aplicables antes de que el desplazamiento interno ocurra (esto es, protección contra desplazamiento arbitrario), aquellas aplicables en las situaciones actuales de desplazamiento, y aquellas a ser aplicadas en el período posconflicto.

El ímpetu para la consolidación de normas aplicables a los desplazados internos y el desarrollo de una estructura normativa que satisfaga sus necesidades, ha ido aumentando en los últimos años. Tanto la Asamblea General de las Naciones Unidas como la Comisión de Derechos Humanos, han alentado el desarrollo de una estructura para la protección de los desplazados internos basada en las normas compiladas y analizadas por los expertos que han preparado este capítulo. Es digno de ser destacado que en 1997 la Comisión adoptó la resolución de tomar nota del desarrollo de los Principios Rectores. Nosotros optamos aquí por los Principios Rectores, porque un instrumento no vinculante puede ayudar a crear el clima moral y político necesario para mejorar la protección de los desplazados internos; eventualmente podría alcanzar la fuerza del Derecho Internacional consuetudinario y conducir al desarrollo de un instrumento legal vinculante, si esto fuera considerado necesario.

El análisis legal plasmado en este capítulo establece las bases para el desarrollo de un cuerpo de principios rectores. Comienza con la discusión de un tipo de legislación aplicable en diferentes situaciones reconocidas por el Derecho Internacional —tensiones, disturbios y desastres, conflictos armados no internacionales y conflictos armados intraestatales—. Continúa describiendo las necesidades básicas de los desplazados internos y cómo ellos están protegidos por el Derecho Internacional, con particular referencia a la no discriminación, violencia, detenciones, necesidades básicas, identificación personal y documentación, libertad de movimiento, propiedad, unidad familiar y educación. Examina si existe o no un derecho a una asistencia humanitaria y si la comunidad internacional tiene el derecho o inclusive el deber de intervenir, cuando los gobiernos son renuentes o incapaces de proveer al bienestar básico y a la seguridad de sus poblaciones. En la conclusión, se identifican las lagunas legales en la protección de los desplazados internos y se recomienda el desarrollo de principios rectores para mejorar la protección de esas poblaciones.

I. DERECHO APLICABLE EN SITUACIONES RECONOCIDAS

Los desplazados internos tienen multitud de necesidades. Entre otras, necesidad de igualdad y de no discriminación, de seguridad personal; de mantener la libertad individual; necesidades básicas; necesidades relacionadas a la movilidad; la necesidad de mantener los valores culturales y familiares; y la necesidad de adquirir la autoconfianza. Estas necesidades requieren de protección legal en tres situaciones diferentes reconocidas por el Derecho Internacional, a saber: (I) situaciones de tensiones y disturbios, o de desastres donde el derecho de los derechos humanos es aplicable; (II) situaciones de conflictos armados no internacionales regidas por los más importantes principios del Derecho Humanitario Internacional, es decir, el derecho sobre conflictos armados, y cubiertas por muchas de las garantías de derechos humanos; y (III) situaciones de conflictos armados interestatales, donde las detalladas provisiones del Derecho Humanitario son principalmente operativas, aun cuando muchas importantes garantías de derechos humanos permanecen aplicables. Estas

tres situaciones reconocidas cubren la mayoría de los casos de desplazamiento interno y, en consecuencia, constituyen una útil estructura analítica legal.

1. Situaciones de tensiones y disturbios, o de desastres

Aplicabilidad de los derechos humanos. Muchos desplazados internos viven en situaciones de tensiones internas o de disturbios o desastres. Los términos "tensiones internas o disturbios" hacen referencia a situaciones en las que el conflicto armado está ausente, pero que envuelven el uso de la fuerza incluyendo medidas represivas por parte de agentes del gobierno para mantener o restaurar el orden público. Ejemplos de tensiones y disturbios incluyen revueltas, demostraciones sin un plan específico, actos esporádicos de violencia en oposición a las operaciones militares llevadas a cabo por las fuerzas militares o por grupos armados; y conflictos étnicos violentos que no llegan a convertirse en hostilidades. Una situación de seria tensión interna característicamente implica violaciones específicas de derechos humanos, como arrestos masivos y otras medidas restrictivas de la libertad personal, detención administrativa y fijación asignada de residencia, un gran número de presos políticos, y la probable existencia de tratamientos vejatorios o de condiciones inhumanas de detención⁴. Los desastres pueden tener una causa natural o humana. Ejemplos son sequías, inundaciones, terremotos, tifones, desastres nucleares o hambrenas.

La legislación sobre derechos humanos, no tanto como el Derecho Humanitario, guía la conducta gubernamental en el tratamiento de personas desplazadas en situaciones de tensiones, disturbios o desastres⁵. El Derecho Humanitario es

⁴ Vid. CICR (ICRC) "Protection and Assistance Activities in Situations Not Covered by International Humanitarian Law", 262 *International Review of the Red Cross* 9, 13 (1988) que detalla ejemplos de tensiones y disturbios.

⁵ Vid. Casser, Hans-Peter, "A measure of Humanity in Internal Disturbances and Tensions: Proposal for a Code of Conduct", 262 *International Review of the Red Cross* 38, 42 (1988) que muestra un panorama de la legislación de derechos humanos existente y ofrece un nuevo enfoque hacia una mejor protección de los valores humanos en instancias de disturbios y tensiones internas; Maron, Theodor, "Draft Model Declaration in Internal strife", 262 *International Review of the Red Cross* 59 (1988) que se centra

inaplicable porque las tensiones internas no llegan a ser conflictos armados⁴.

Dado que las normas de derechos humanos están formuladas de modo bastante general, no proveen a los individuos de una expresa protección contra el desplazamiento interno o sus consecuencias. Sin embargo, como la libertad contra la desaparición forzada o involuntaria fue inicialmente reconocida como inherente al derecho a la vida, se puede alegar que un derecho individual contra el desplazamiento forzado es inherente a la libertad de circulación y de residencia enunciadas, *inter alia*, en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y en el artículo 12 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDDCP)⁵. Este derecho, como la mayoría, no es absoluto y, de ahí que pueda ser legalmente restringido o temporalmente suspendido en ciertas circunstancias. Debe advertirse, sin embargo, que un gran número de desplazamientos internos, excepto en casos de desastres naturales, raramente serían oficialmente ejecutados en un auténtico clima de democracia pacífica. Un desplazamiento así, en consecuencia, sería visto como un barómetro de que algo terrible ocurre en el país. De hecho, el desplazamiento es mayormente un producto de conflictos violentos y/o serio resquebrajamiento de las instituciones democráticas o, en el caso de regímenes no democráticos, de la política oficial.

Una vez que los individuos se hallan desplazados, deberían, en teoría, continuar gozando de los mismos derechos humanos que el resto de la población. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que en la práctica, este raramente es el caso, porque el desplazamiento, por su propia naturaleza, generalmente conlleva la privación de numerosos derechos.

en las características generales de las luchas internas y que proporciona un modelo de declaración.

⁴ Sin embargo el CICR está investido por su propio estatuto con el derecho de otorgar asistencia y protección a las víctimas de esas situaciones, con lo que estarían incluidos los desplazados internos. Los gobiernos, sin embargo, no están legalmente obligados a admitir a la Cruz Roja Internacional en esas situaciones.

⁵ Como se explica *infra*, al permitir dichos instrumentos la libertad de circulación, también garantizan el derecho a la libre residencia, en ello se contiene el derecho a permanecer y en consecuencia a no ser desplazado.

Es ciertamente discutible que un gobierno que es responsable o que tolera el desplazamiento interno a gran escala de sus propios ciudadanos (sin legítimas razones relacionadas a las hostilidades armadas que se explicarán con posterioridad), viola sus obligaciones ante la Carta de las Naciones Unidas. Puntualmente, todos los miembros de las Naciones Unidas están obligados por los artículos 55 y 56 de la Carta, a "promover el respeto universal por la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales para todos...". Estas disposiciones son la base del Derecho Internacional de los derechos humanos, y su carácter obligatorio ha sido confirmado con autoridad por la Corte Mundial⁹. Mientras estos artículos no especifican o definen a "los derechos humanos y a las libertades fundamentales", la Declaración Universal de los derechos humanos es ampliamente reconocida hoy día como una interpretación autorizada de las obligaciones de un Estado miembro según la Carta⁸.

Si un Estado es también parte de uno o más tratados universales o regionales sobre derechos humanos, como ser el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966 (FDESC)¹⁰ y sobre Derechos Civiles y Políticos (PDGP), las convenciones americana, africana o europea sobre derechos

⁸ Vid. *Barcelona Traction, Light & Power Co., Ltd.* (Nueva Aplicación) ("Belg. vs. Spain") 1970 I.C.J. 4 (sentencia del 5 de febrero; [se refiere a los derechos básicos de la persona humana]; *id.* también *Legal Consequences of the Situation of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276, 1976, I.C.J. 16, 57* (opinión consultiva del 21 de junio) que establece que el "rechazo [por Sudáfrica] de los derechos humanos fundamentales es una flagrante violación a los propósitos y principios de la Carta".

⁹ Sobre este aspecto, Thomas Buergenthal ha escrito "la práctica de la ONU está de acuerdo con que las políticas gubernamentales que estorban o toleran negaciones a gran escala de los derechos humanos violan la Carta de la ONU porque esas medidas son incompatibles con la obligación de 'promover' los derechos humanos [...] Buergenthal, Thomas - Norris, R. - Shelton, D., *Protecting Human Rights in the Americas* (2d. ed. 1986) 29 (no-oficial translation available - versión oficial no disponible en español).

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 16-XII-1966, ratificado por 113 Estados el 15-II-1996 (en adelante FDESC). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16-XII-1966, ratificado por 112 estados el 15-II-1996 (en adelante PDGP).

humanos¹¹, o la Convención de los Derechos del Niño¹², ha asumido en consecuencia un deber solemne¹³ vis-à-vis con otros Estados miembros y con sus propios ciudadanos, de respetar y asegurar los derechos garantizados en esos instrumentos. El

¹¹ Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en la Conferencia Interamericana Especializada en Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22-XI-1969, ratificada por 25 Estados al 1°-I-1995 (en adelante Convención Americana); Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en el Área de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), firmado en San Salvador, El Salvador, 17-XI-1988, aún no vigente (en adelante Protocolo de San Salvador); Carta Africana de los Derechos Humanos, adoptada por la Organización de Estados Africanos en Nairobi, Kenya, el 27-VI-1981, ratificada por 49 Estados al 1°-I-1995 (en adelante Carta de Banjul); Convención Europea para la Protección de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales del 4-XI-1950, ratificada por 30 Estados al 1°-I-1995; y Carta Social Europea del 18-X-1961, ratificada por 30 Estados al 1°-I-1995.

¹² Convención de los Derechos del Niño, adoptada en Asamblea General de la ONU el 20-XI-1989, ratificada por 181 Estados al 1°-I-1995 (en adelante Convención de los Derechos del Niño); *id.*, además Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada en Asamblea General de la ONU el 18-XII-1979, ratificada por 147 Estados al 1°-I-1995 (en adelante CEDAW); Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial, celebrada en Nueva York el 7-I-1966, ratificada por 145 Estados al 1°-I-1995; y Convención para la Prevención y Castigo del Genocidio, adoptada el 9-XII-1948, ratificada por 116 Estados al 1°-I-1995.

¹³ El deber de respetar los derechos del art. 1° de la Convención Americana, por ejemplo, es simplemente cumplimentado por el estado al no violar los derechos allí enumerados. La obligación de "asegurar el libre y pleno ejercicio" de esos derechos bajo el art. 1° (1) es mucho más amplia. En su opinión en el caso "Velásquez Rodríguez", la Corte Interamericana estableció que esta obligación "implica el deber de los estados parte de organizar el aparato gubernamental y en general, todas sus estructuras, por las que se ejerce el poder público, de modo que sean capaces de garantizar judicialmente el libre y pleno ejercicio de esos derechos humanos". La Corte también estableció que cuando un órgano o agente del Estado o entidad pública viola un derecho protegido por esta Convención, el Estado es internacionalmente responsable no sólo por la violación del derecho infringido, sino también por la violación del deber que se contiene en el art. 1° de respetar y asegurar ese derecho. Se encontró además, que en virtud de su debida obligación del art. 1°, un Estado debe "prevenir, investigar y castigar cualquier violación" de los derechos garantizados. Razonamientos similares se aplican a las obligaciones de los convenios. *Vid.* sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso "Velásquez-Rodríguez", sentencia del 29-VII-1988, Serie C, No. 4.

gobierno de un Estado parte de dichas Convenciones¹⁴, que por una cuestión política y sin una causa válida, deliberadamente origine el desplazamiento interno de sus ciudadanos o no les proporcione adecuada protección o inclusive que se desatienda abiertamente de sus necesidades, violaría muchas de las garantías básicas de derechos humanos.

Limitaciones y derogaciones. Aun cuando las garantías de derechos humanos sean aplicables, en principio, a situaciones de tensión, disturbios o de desastres, los desplazados internos pueden enfrentar problemas específicos. La mayoría de los tratados de derechos humanos contienen cláusulas restrictivas que permiten a los gobiernos restringir legalmente el libre ejercicio de muchos derechos durante situaciones que no son conflictos armados, dirigidas a proteger la seguridad, la salud o la moralidad pública, para restaurar el orden y para proteger los derechos fundamentales y libertades de otros¹⁵. De este modo, por ejemplo, un gobierno puede imponer un toque de queda en una zona donde se produzcan revueltas, sin violar el derecho de libertad de movimiento. Del mismo modo, se ha sostenido que restricciones en otros tipos de derechos son justificables en tiempos de desastres. Debe remarcar, sin embargo, que ese tipo de limitaciones, de acuerdo a la mayoría de los tratados de derechos humanos, sólo son permitidas cuando están previstas en la ley y siempre que sean realmente "necesarias en una sociedad democrática". En consecuencia, la mera existencia de desobediencia civil, o la proximidad de un conflicto armado, nunca deberían justificar una política oficial de reubicación forzada o de expulsión de algunas o todas las poblaciones civiles de las áreas afectadas.

Algunos tratados de derechos humanos también contienen cláusulas de derogación, que permiten a los Estados de-

¹⁴ El Comité de los Derechos Humanos también ha indicado que el PIDH obliga a los Estados no sólo a abstenerse de perturbar esas garantías, sino que además requiere que protejan activamente los derechos humanos.

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, arts. 12, 13, 18, 21, 22 del PIDH; arts. 10, 14 y 15 de la Convención de los Derechos del Niño; art. 11 de la Carta Africana; arts. 12, 13, 15, 16 de la Convención Americana, arts. 8° a 11 de la Convención Europea. En este capítulo, los términos "restricciones" y "restringido" son intercambiables con los términos "limitación" y "límite" respectivamente.

rogar, es decir, suspender, ciertos derechos específicos bajo ciertas situaciones bien determinadas. Por ejemplo, el artículo 4° (1) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos permite a un Estado miembro suspender temporalmente ciertas garantías "en tiempos de emergencia pública que amenace la vida de la nación y la existencia de la misma sea oficialmente proclamada". Semejantes derogaciones, de acuerdo con la misma previsión, deben limitarse a "sólo lo estrictamente requerido por las exigencias de la situación" y no "debe implicar discriminación alguna por exclusivas razones de color, raza, sexo, lenguaje, credo o condición social"¹⁶. Pese a que situaciones de tensiones, disturbios, así como de desastres, podrían justificar restricciones en ciertos derechos humanos, ellas raramente, si no nunca, amenazan la existencia del Estado y, en consecuencia, no constituyen el tipo de emergencia pública que debería permitir a un Estado derogar derechos reconocidos. Debe señalarse que los Estados raramente invocan las cláusulas de derogación, y aun cuando lo hagan, ellos deben respetar la lista de derechos que no pueden ser suspendidos, aun en tiempos de emergencia. Entre esas garantías inderogables están el derecho a la vida, la prohibición de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de aplicar retroactivamente normas de derecho penal¹⁷.

2. Situaciones de conflictos armados no-internacionales

Derechos humanos y derecho humanitario. Una de las principales causas del desplazamiento de poblaciones civiles en todo el mundo son los conflictos armados en el interior del

¹⁶ Previsiones similares están contenidas en el art. 27 de la Convención Americana y en el art. 15 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Vid. además, "The Siracusa Principles on the Limitations and Derogations Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights", 7 *Human Rights Quarterly* 237 (1985).

¹⁷ Vid. art. 4° (2), PACTO (en el que las libertades de pensamiento, conciencia y religión están incluidas en la lista de derechos inderogables); 27(2), Convención Americana (agrega el derecho a la personalidad jurídica, la libertad de conciencia y religión, el derecho a la familia, el derecho al nombre, a la nacionalidad y a participar en el gobierno); y 15 (2) Convención Europea.

territorio nacional. Por supuesto, es durante esas hostilidades que los derechos humanos básicos de los desplazados son generalmente más amenazados y menos protegidos. Durante situaciones de conflictos armados no internacionales, algunas de las garantías del derecho humanitario se tornan aplicables juntamente con el derecho de los derechos humanos, sin embargo, están siendo objeto, y cada vez más, de restricciones y, en casos extremos, de derogaciones.

El Derecho Internacional Humanitario está diseñado para ser aplicado a situaciones de conflictos armados y contiene reglas que restringen los medios y los métodos de combate para salvaguardar a la población civil de las consecuencias de las hostilidades. Como los derechos humanos y el Derecho Humanitario poseen en común el objetivo de proteger la vida humana y la dignidad, coinciden en gran medida con situaciones de puros conflictos internos y, en consecuencia, se refuerzan mutuamente.

Mientras que el derecho de los derechos humanos generalmente limita las prácticas abusivas de una sola de las partes en el conflicto, básicamente el gobierno y sus agentes, el Derecho Humanitario alcanza, hasta cierto punto a las fuerzas disidentes también¹⁸. Debido a que sólo los Estados son propiamente partes en los tratados de derechos humanos, es que usualmente los gobiernos de los Estados son internacionalmente responsables por las violaciones a los derechos humanos reconocidos en esos tratados. Abusos semejantes cometidos por agentes privados, como rebeldes u otros grupos disidentes, no pueden ser admitidos como objeto de reclamos ante los organismos de control establecidos en los tratados de derechos humanos, a menos que esos actos privados sean instigados, alentados o al menos aceptados por el gobierno en cuestión; de no ser así, son rotulados como infracciones a la ley interna de ese país. Sin embargo, la noción de que agentes no gubernamentales deberían ser internacionalmente responsables por abusos a los derechos humanos, ha ganado terreno en los últimos años. Hasta el punto de que ciertos crímenes internacionalmente reconocidos como tales son consistentes con las prescripciones de tratados de derechos humanos o

¹⁸ Vid. las siguientes conclusiones en el art. 8° común y Protocolo II en este capítulo.

caen bajo la jurisdicción de tribunales internacionales, los agentes privados pueden incurrir en responsabilidad penal individual por la comisión de esos crímenes, incluyendo, *inter alia*, al genocidio o a la tortura¹⁹.

Artículo 3º común. La principal fuente del Derecho Humanitario que gobierna todos los conflictos armados, internos, es decir no internacionales, es el artículo 3º, común a la cuarta Convención de Ginebra 1949²⁰ (art. 3º). Debe notarse que el artículo 3º se refiere simplemente, sin definirlo, a "un conflicto armado de carácter no internacional". Como confirmó la práctica estatal, es aplicable a confrontaciones armadas, abiertas y de baja intensidad entre fuerzas armadas relativamente organizadas o grupos armados, que ocurren exclusivamente dentro del territorio de un Estado en particular. Como se señaló precedentemente, el artículo 3º se aplica típicamente a luchas armadas entre las fuerzas armadas del gobierno y grupos armados insurgentes. También se aplica a casos en los que dos o más grupos armados dentro de un territorio se enfren-

¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, arts. IV-VII, Convención sobre el Genocidio, art. 4-9 CAT y el Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, anexo a la S.C. Res. 955, adoptada el 8-XI-1994, *caso Doc. S/Res/955* (1994). *Vid.* además Comisión de Derecho Internacional (International Law Commission-ILC), "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind", Parte II, en *Reporte de la Comisión de Derecho Internacional en su trabajo de la sesión nro. 43, 294-197, 1991, caso Doc. A/46/10*, págs. 243-256, sobre el status de las normas del derecho consuetudinario que crean la responsabilidad criminal de los individuos en tiempos de conflictos armados internos, *vid.* Cámara de Apelaciones del Tribunal Internacional para la Persecución de las Responsables de Serias Violaciones del Derecho Internacional Humanitario Cometidas en el Territorio de la Antigua Yugoslavia desde 1991, *Decision on the Defence Motion for the Interlocutory Appeal on the Jurisdiction*, 2-X-1995. *The Prosecutor v. Tadić*, págs. 53-71, reimprimas en XXXV I.L.M. (1996) págs. 62 a 71.

²⁰ Convenio de Ginebra del 12-VIII-1949 para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, Convenio de Ginebra del 12-VIII-1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los naufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio de Ginebra de 12-VIII-1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, Convenio de Ginebra del 12-VIII-1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (en adelante IV Convenio de Ginebra); estas cuatro convenciones de Ginebra entraron en vigor el 21-X-1950, al 1º-I-1995 han sido ratificados por 185 Estados.

tan mutuamente sin la intervención de las fuerzas del gobierno cuando, por ejemplo, el gobierno ha sido disuelto o es demasiado débil para intervenir.

Las inderogables disposiciones del artículo 3^o constituyen esencialmente pura legislación de derechos humanos. Ellas prohíben sin excepción actos específicos que comprendan: violencia contra la vida y las personas, en particular, todo tipo de asesinatos; mutilaciones; tratamientos crueles o tortura; secuestros y abusos contra la dignidad personal, particularmente, tratos humillantes o degradantes. El artículo 3^o también exige que los heridos y los enfermos sean trasladados y cuidados.

Contrariamente al derecho de los derechos humanos, que se limita a violaciones cometidas por el gobierno y sus agentes, las provisiones obligatorias del artículo 3^o expresamente vinculan a ambas partes del conflicto, es decir, al gobierno y a las fuerzas insurrectas. Además, la obligación de aplicar el artículo 3^o es absoluta para ambas partes e independiente de la obligación de la otra parte. De la misma manera, los civiles, incluyendo a los que fueron desplazados de modo forzoso o voluntario por causa de las hostilidades, están revestidos de las garantías absolutas del artículo 3^o cuando sean capturados por o sujetos al poder de las fuerzas de uno u otro grupo. Aún más, las partes en disputa deben otorgar a los civiles esas protecciones aun cuando éstos hayan peleado para el bando contrario o hayan participado indirectamente en las hostilidades por haber proveído a una u otra parte de alimentación u otro apoyo logístico. Bajo estas circunstancias, si esos civiles mueren como consecuencia de una ejecución sumaria o tortura infringida por una parte del conflicto, estas muertes son equiparables al homicidio. Además, el artículo 3^o, por inferencia y por derecho consuetudinario²¹, expresamente prohíbe

²¹ Significativamente el art. 3^o es la única provisión de los cuatro convenios de Ginebra que directamente se aplica en los conflictos armados internos.

²² A pesar de que el art. 3^o no prohíbe según sus términos el ataque a las poblaciones civiles en conflictos armados no internacionales, ese tipo de ataques está prohibido por el derecho consuetudinario. La Res. 2444 de la Asamblea General de la ONU (Respecto por los derechos humanos en los conflictos armados [non-official translation available/versión oficial no dispo-

los ataques directos a personas desplazadas y otros civiles que viven en las zonas de combate o en las áreas controladas por el enemigo. Las muertes resultantes de esos ataques ilícitos son también clasificadas como homicidios.

Protocolo Adicional II. Además del artículo 3º y del derecho consuetudinario, el Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra de 1949, relacionado con la Protección para Víctimas de Conflictos Armados No Internacionales (Protocolo II)²⁹ contiene otras precisas reglas aplicables a los desplazados y a otras personas afectadas por las hostilidades. El ámbito de aplicación de este instrumento es diferente e incluso más amplio al del citado artículo 3º³⁰. En efecto, las condiciones objetivas que deben ser satisfechas para su aplicación requieren una situación de guerra civil comparable esencialmente al estado de beligerancia del Derecho Consuetudinario Internacional.

Significativamente, el Protocolo II desarrolla y complementa las disposiciones del artículo 3º sin modificar sus actuales condiciones de aplicación. Por ende, el Protocolo II se aplica acumulativa y simultáneamente con el artículo 3º. Aunque el Protocolo II, como tal, es sólo aplicable directamente a

nible en español), adoptada por voto unánime el 19-XII-1969, expresamente reconoce este principio consuetudinario de inmunidad civil y su principio complementario que requiere que las partes en conflicto distingan entre civiles y combatientes en todo momento. El preámbulo de esta solución claramente establece que estos principios fundamentales del derecho humanitario se aplican principalmente "en todos los conflictos armados" (non-official translation available/versión oficial no disponible en español) significando tanto conflictos internos como internacionales. Además, el CICR hace tiempo que ha considerado estos principios como reglas básicas de la guerra que se aplican en todos los conflictos armados.

²⁹ Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12-VIII-1949, relacionado con la protección de las víctimas de conflictos armados no-internacionales (Protocolo II), adoptado el 8-VI-1977, ratificado por 126 Estados al 1º-I-1995 (véase además Protocolo II).

³⁰ El art. 1º, párr. 1 del Protocolo II limita la aplicación del instrumento a los conflictos armados no internacionales "que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte Contratante, entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo".

las hostilidades dentro del territorio de un Estado Parte de ese instrumento, sus disposiciones no son, en ningún caso, irrelevantes a los conflictos armados del artículo 3°. Dado que el Protocolo II incorpora, clarifica y fortalece las reglas de derecho consuetudinario del artículo 3°, es razonable sostener que estas disposiciones deben ser comprendidas como declaratorias del derecho consuetudinario y, por lo tanto, aplicadas por las partes a todo conflicto armado interno.

Por ejemplo, el artículo 13 del Protocolo II acuerda expresamente para los civiles una protección genérica contra ataques directos, y por inferencia, los protege a ellos y a objetos civiles de ataques indiscriminados o desproporcionados. Prohibiendo la privación de alimentos a civiles como método de guerra, el artículo 14 prevé una práctica demasiado frecuentemente usada por los gobiernos y/o fuerzas insurgentes a nivel mundial.

Las garantías inderogables que aseguran el tratamiento humanitario establecidas en el artículo 4°, son también relevantes a los desplazados internos y a otras víctimas de hostilidades internas. Este artículo, que elabora las reglas mínimas del artículo 3°, prohíbe absolutamente *inter alia* y bajo toda circunstancia: castigos colectivos o corporales; actos de terrorismo, violación y otros tipos de ataques indecentes; pillaje; amenazas entre las partes en guerra de cometer cualquiera de estos actos. Contiene además reglas especiales para la protección de niños, frecuentemente el grupo más vulnerable entre los desplazados. Además de proporcionar "el cuidado y asistencia que requieran", el artículo 4° impone a todas las partes del conflicto un deber positivo de asegurar que los niños "recibirán educación, incluyendo educación religiosa y moral", respetando los deseos de sus padres o de quienes sean responsables de su cuidado, y que "serán tomadas todas las medidas necesarias para facilitar la reunión de las familias temporalmente separadas".

Las partes en guerra requieren asimismo, si es necesario y cuando sea posible, del consentimiento de los padres o comparable a aquél, para "desplazar a los niños temporariamente de las áreas en las cuales las hostilidades se estén desarrollando a áreas más seguras dentro del país, asegurando que estén acompañados por personas responsables de su seguridad y bienestar". Igualmente, los niños menores de quince

años de edad no podrán ser reclutados por ningún bando, ni podrán ser admitidos para tomar parte en las hostilidades²⁵.

3. Situaciones de conflictos armados interestatales

Los conflictos armados interestatales, es decir, internacionales, representan una tercera situación que aparece desplazamientos internos, y reciben un tratamiento particular dentro del Derecho Internacional. El Derecho Internacional de los derechos humanos continúa siendo aplicable, en principio, durante dichos conflictos, siendo especialmente importante que a los desplazados internos se los proteja de sus propios gobiernos en los casos en los cuales los derechos humanos no se encuentran debidamente amparados. No obstante, debido a la naturaleza de los conflictos interestatales, las garantías de los derechos humanos pueden llegar a restringirse e incluso suprimirse, a menos que formen parte de los derechos inderogables que deben ser respetados bajo toda circunstancia.

Las normas que protegen los derechos humanos, como notablemente lo hacen la Convención de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, así como las normas consuetudinarias de la guerra, se tornan completamente operativas para los Estados Parte cuando median hostilidades interestatales que involucren una guerra declarada, o en su ausencia, ante cualquier conflicto entre dos o más Estados, que derive en la intervención de las fuerzas armadas, incluyendo la ocupación²⁶. Muchas normas, especialmente aquellas relacionadas con la protección de la población civil, pueden ser invocadas por personas desplazadas internamente, no obstante, la mayoría de las disposiciones relevantes para los civiles en conflictos armados internacionales fueron desarrolladas por personas ajenas al Estado que efectivamente mantienen el poder en el territorio respectivo. Al respecto, el artículo 4° de la Cuarta Convención de Ginebra establece que "las personas protegidas por la Convención son aquellas que en un momento dado y de cualquier manera se encuentren, en caso de conflicto u

²⁵ Una disposición muy importante es el art. 17 (protección contra el desplazamiento) que será discutido infra.

²⁶ Art. 3° común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949.

ocupación, en manos de una parte del conflicto o de la potencia ocupadora de la cual no son nacionales". Por lo tanto, las disposiciones de las Convenciones de Ginebra, en su mayoría, no son aplicables a personas desplazadas a un área controlada por su propio gobierno. Entre las normas que solamente ofrecen protección contra las autoridades de un Estado extranjero, normalmente una potencia ocupadora, se encuentran muchas disposiciones que se refieren a las necesidades de los desplazados en un sentido amplio²⁷.

Es de destacar que algunas de las disposiciones de la Segunda Parte de la Cuarta Convención de Ginebra tienen un amplio campo de aplicación pues "cubre el total de las poblaciones de los países en conflicto" (art. 13), incluyendo a los desplazados internos en el territorio controlado por su propio gobierno. Entre ellas, se encuentran disposiciones sobre hospitales y zonas de seguridad y localidades (art. 14); zonas neutralizadas (art. 15); protección de heridos, enfermos, débiles, embarazadas; también incluye provisiones sobre hospitales y transportes (art. 16, 18 y 22); "Las partes en conflicto harán lo posible por concertar acuerdos locales para la evacuación, desde una zona sitiada o cercada, de los heridos, de los enfermos, de los inválidos, de los ancianos, de los niños y de las parturientas, así como para el paso de ministros de todas las religiones, del personal y del material sanitarios con destino a esa zona" (art. 17). También se encuentran disposiciones referidas al bienestar de los menores (art. 24), el intercambio de noticias sobre familiares (art. 25) y consultas hechas por miembros de familias dispersadas (art. 26). Todas estas normas pueden ser de particular importancia para los desplazados.

Con referencia al ámbito personal de aplicación, el Protocolo I se refiere a civiles en general, sin distinguir entre nacionalidades, pero concentrándose en el carácter inofensivo y el status de no combatiente de las personas a ser dispensadas²⁸. Por lo tanto, aunque no haya sido especialmente dise-

²⁷ Vid. parte III, sección III del IV Convenio de Ginebra que incluye la particularmente importante obligación de la potencia ocupadora de garantizar el pasaje a operaciones humanitarias (art. 59).

²⁸ Comentario sobre el Protocolo Adicional del 8-VI-1977 a las Convenciones de Ginebra del 12-VIII-1949, 610 (Yves Sandoz et al. 1986) párr. 1939.

ñada para este propósito, casi la mayor Parte IV del Protocolo I, es aplicable a los desplazados internos durante conflictos internacionales. En este contexto, las siguientes disposiciones son particularmente importantes: la prohibición de ataques específicos e indiscriminados sobre civiles (art. 51), la prohibición de someter a los civiles a hambruna (art. 54, párr. 1), la protección a localidades indefensas (art. 59) y zonas desmilitarizadas (art. 60), la provisión de ayuda a la población civil (arts. 69-71), la reunión de familias dispersas (art. 74), las garantías fundamentales generales aplicables a todos (art. 75) y la protección de la mujer (art. 76) y los niños (arts. 77-78). No obstante, debe ser remarcado que sólo un número limitado de Estados ha ratificado el Protocolo I, lo que significa que muchos desplazados internos no pueden beneficiarse de estas garantías.

4. Inaplicabilidad del Derecho de Refugiados

El Derecho de Refugiados²⁹ no es directamente aplicable a la situación de las personas desplazadas pues el Derecho Internacional define a los refugiados como personas que han huido a través de fronteras internacionales. De todas maneras, aparte de que los desplazados internos normalmente permanecen en sus propios países, frecuentemente son forzados a dejar sus hogares, encontrándose por tanto en situaciones similares a la de los refugiados. En consecuencia, la aplicación del Derecho de Refugiados por analogía puede ser útil para proponer reglas y establecer guías para la protección de las necesidades de los desplazados internos. Los documentos del ACNUR, como la Guía para la Protección de Mujeres Refugiadas y la Guía para la Atención de Niños Refugiados³⁰ podrían inspirar el

²⁹ Vid. el Convenio de Ginebra relativo al estado de los refugiados (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) del 28-VII-1951, ratificado por 127 Estados el 19-I-1996 (en adelante *Convenio de Refugiados*); así como el Protocolo de Nueva York relacionado al estado de los refugiados (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) del 31-I-1967, ratificado por 127 Estados el 7-I-1996 (en adelante *Protocolo de Refugiados*).

³⁰ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, *Guías del ACNUR para la Protección de la Mujer Refugiada* (1991) (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) (en adelante, *Guías para la Protección de la Mujer Refugiada*); ACNUR,

establecimiento de normas para personas desplazadas internamente²¹. De todos modos, tales analogías no se pueden establecer en casos en que el Derecho de los Refugiados se limite a garantizar a los refugiados únicamente un tratamiento de igualdad al que se ofrece a los extranjeros en el país en que se refugian²². De hecho, la mayoría de los desplazados internos son ciudadanos del país en cuestión, y la aplicación analógica del Derecho de Refugiados en esos casos disminuiría sus derechos a niveles inaceptables.

II. PROTEGIENDO LAS NECESIDADES PARTICULARES DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS²³

A. No discriminación

Los conceptos de igualdad ante la ley, ecuénnime protección de la ley y la no discriminación son la piedra angular de los derechos humanos internacionales, y por tanto están incluidos en la Carta de las Naciones Unidas²⁴. La indemnidad frente a actos de discriminación u omisiones de otros es esencial para la protección de personas desplazadas internamente, quienes dada su situación, son susceptibles de encontrarse en situación de desventaja. Muchas veces viven en lugares

Niños Refugiados: Guía para la Protección y Cuidado, (1994) (en adelante, *Guías para los Niños Refugiados*).

²¹ Lo mismo vale para ciertas conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR que provee guías para los Estados Parte en la implementación de sus obligaciones bajo el Convenio de Refugiados y el Protocolo.

²² *Id.*, art. 13 (propiedad mueble e inmueble), art. 15 (derecho de asociación); art. 17 (empleo asalariado); art. 18 (empleo por cuenta propia); art. 19 (profesiones liberales); art. 21 (vivienda), y art. 26 (libertad de desplazamiento) en el Convenio de Refugiados.

²³ Esta sección limita la discusión sobre la aplicación del Derecho Humanitario y de los derechos humanos a las garantías seleccionadas que serán de particular importancia para los desplazados internos. Para un exhaustivo análisis, *vid.* Comisión de Derechos Humanos *or.* *Compilation and Analysis of Norms Legal (non-official translation available)* (versión oficial no disponible en español) E/CN.4/1996/52/Add.2 (Ginebra 1996) párrs. 47-368 (en adelante *Compilation*).

²⁴ Arts. 1°, 13, 25 y 76.

desconocidos, privados de su seguridad, propiedad y status social, estando particularmente expuestos y vulnerables a un tratamiento discriminatorio. Específicamente, los tratados de derechos humanos y Derecho Humanitario prohíben la discriminación en base a raza, color, sexo, lenguaje, religión, opinión política o de otra clase, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u "otro status"²⁶. El concepto "otro status" en estos instrumentos puede ser interpretado ampliamente para incluir, por ejemplo, la nacionalidad o discapacidad²⁶, así como la juventud o ancianidad²⁷. El concepto "otro status" también parece incluir discriminación contra desplazados internos en base a su condición de desplazados. No obstante, esta conclusión debe aún ser emitida por un cuerpo autorizado.

La prohibición de discriminar es especialmente importante durante conflictos armados internos así como en los interestatales. Las obligaciones explícitamente reconocidas en instrumentos de derechos humanos que imponen que, a toda persona que no tome parte activa en las hostilidades, incluyendo a aquellos *hors de combat*, se la trate humanamente y con respeto a su persona, honor y convicciones, aplicando las garantías de los derechos humanos sin distinción²⁸, son especialmente beneficiosas para los desplazados.

Un aspecto particularmente relevante para los desplazados internos es el derecho a igual acceso a oportunidades de empleo, que es frecuentemente negado al desplazado, especialmente a las mujeres. En este aspecto, el Derecho Humanitario

²⁶ Vid., por ejemplo, los arts. 2º (2) 8069C, art. 26 8069C, art. 75 (1) del Protocolo I; y art. 2º (1) del Protocolo II. El art. 3º común a los cuatro convenios de Ginebra de 1949 se refiere a "cualquier otro criterio análogo".

²⁶ Vid. las opiniones del Comité de Derechos Humanos en la comunicación nro. 196/1985 ("Guerra et al. vs. Francia"), párrs. 9.4, 9.5, 10 y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General nro. 5 párr. 2 en: Nota de la Secretaría, *Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales adaptadas por Profetas de Derechos Humanos*, Doc. de la ONU nro. HR/DGEMV/Rev. 1 (29-VII-1994) (en adelante, *Comentarios Generales del ADESC*).

²⁷ Los redactores tenían la intención de apartar una interpretación amplia. Vid. por ejemplo, Bossuyt, Marc, Guía a los "Trabajos Preparatorios" del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos (1987) pág. 406.

²⁸ Art. 3º común, párr. 1, art. 75 (1) del Protocolo I; y arts. 2º (1) y 4º (1) del Protocolo II.

ofrece escueta protección³⁹. Dentro del Derecho Internacional de los derechos humanos, el artículo 6° del PIDESC, reconoce el derecho al trabajo y establece que los Estados Parte deberán tomar medidas positivas para lograr la plena operatividad de este derecho⁴⁰. El artículo 7° de la PIDESC reconoce el derecho de toda persona al disfrute de condiciones de trabajo justas y favorables, lo que incluye, *inter alia*, salarios justos e igual remuneración, así como condiciones de trabajo seguras y saludables. Con respecto a las particulares necesidades de la mujer, el artículo 11 de la CEDAW garantiza a la mujer iguales derechos que los hombres en el campo del trabajo, incluyendo las mismas oportunidades de trabajo e igual remuneración por igual tarea. El artículo 13 de la Convención exhorta a los Estados a eliminar la discriminación contra la mujer en otras áreas de la vida económica y social, con el fin de asegurar *inter alia* el derecho a los beneficios familiares. Es relevante con relación a la actividad económica en general el artículo 15, al establecer que las mujeres son iguales a los hombres frente a la ley, debiendo particularmente acordarse "iguales derechos a concluir contratos y a administrar propiedades". A este respecto, el Comité Ejecutivo del ACNUR ha reconocido la particular necesidad de "proveer a todas las mujeres y niñas refugiadas un acceso efectivo y equitativo a servicios básicos, incluyendo... educación y entrenamiento de aptitudes, así como lograr para ellas oportunidades de percibir salarios"⁴¹.

2. Violencia

En general, la seguridad personal de los desplazados internos está comúnmente bajo riesgo, particularmente cuan-

³⁹ No obstante, *id.* arts. 3940 y 5182 del IV Convenio de Ginebra.

⁴⁰ Estas etapas incluyen "la orientación y formación técnico-profesionales, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana" (art. 6° 3, PIDESC).

⁴¹ Comité Ejecutivo del ACNUR, Conclusión nra. 64 (XLI) *Mujeres Refugiadas y Protección Internacional* (1990), párr. (A) (ix). Los programas de mejora del acceso igualitario de las mujeres refugiadas a programas de entrenamiento de aptitudes y actividades generadoras de salarios son discutidas en las *Guías para la Protección de la Mujer Refugiada*, *supra* nota 30, párrs. 111-120.

do se encuentran en tránsito y cuando se encuentran en campamentos. En varios países esas personas han sido víctimas de asesinatos individuales y masivos, incluyendo el genocidio y ejecuciones extrajudiciales. De igual modo, los desplazados internos sienten los efectos de las hostilidades particularmente cuando son sometidos a ataques directos e indiscriminados y a actos de terrorismo, por supuesto que los desplazados internos pueden invocar todas las garantías de los derechos humanos y del Derecho Humanitario contra semejantes actos de violencia. Se incluyen garantías inderogables del derecho a la vida, incluyendo la prohibición de realizar ejecuciones arbitrarias y sumarias y, en situaciones de conflictos armados, de ataques indiscriminados sobre la población civil⁴²; las prohibiciones del genocidio⁴³ y la tortura o tratamientos o penas crueles, inhumanas y degradantes⁴⁴; y la prohibición de desapariciones forzadas⁴⁵. El hecho de que los desplazados internos, como muchos otros, sufran comúnmente semejantes actos de violencia, no sucede como consecuencia de ausencia de protección legal, sino por una falta de respeto a esas garantías.

Hay una brecha significativa en la protección legal de necesidades importantes de los desplazados internos en situaciones de tensión y disturbios durante conflictos armados internos. Durante conflictos armados interestatales, las autoridades están obligadas a buscar a personas desaparecidas o muertas a consecuencia de la violencia (artículo 16 de la Cuarta Convención y artículos 32/34 del Protocolo II). La ley que regula las situaciones de tensión, disturbios y desastres a consecuencia de conflictos armados internos no prevé semejantes garantías.

Violencia sobre un sexo específico. Las formas prevalentes de violencia proferidas sobre un sexo específico⁴⁶ entre las personas desplazadas internamente, y particularmente

⁴² Vid. *Compilación*, párrs. 67-68.

⁴³ Art. II, Convención sobre el Genocidio.

⁴⁴ Vid. *Compilación*, párrs. 114-123.

⁴⁵ Vid. *Compilación*, párrs. 89-101.

⁴⁶ El término "violencia proferida sobre un sexo específico" se refiere a la violencia contra individuos de ambos sexos; el término "violencia basada en un sexo específico" se aplica a mujeres y niñas en particular.

sobre las mujeres, incluyen la violación y otros ataques sexuales y ataques físicos en general. Los golpes sobre el cónyuge y la violación dentro del matrimonio reflejan el estrés que ejerce el desplazamiento sobre la unidad familiar. Se ha reportado que los incidentes de abuso sexual sobre niños, especialmente sobre las mujeres, ocurren a niveles más altos entre aquellos niños que han sido separados de sus familias.

Como ha sido remarcado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDM)⁴⁷, y como ha sido explícitamente reconocido por la Convención Interamericana sobre Violencia contra la Mujer⁴⁸, la violencia contra la mujer va en contra de múltiples derechos garantizados bajo el Derecho Internacional general y por los tratados de derechos humanos. La violencia ejercida sobre un sexo específico está enraizada en la discriminación sexual. Ésta ha sido prohibida por firmes principios de Derecho Internacional que prohíben no solamente la violencia ejercida contra la mujer sobre la base de su sexualidad, sino también la violencia que afecta a la mujer de manera desproporcionada⁴⁹. La ausencia de protección de la mujer contra la violencia reduce o anula el disfrute de los derechos a la libertad, seguridad e integridad de la persona, así como, en algunos casos, el derecho a la vida⁵⁰.

⁴⁷ Las recomendaciones generales adoptadas por el Comité para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, nro. 19, párr. 7 (a), reimprese en la Nota de la Secretaría, *Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Tratados de Derechos Humanos*, Doc. de la ONU nro. HR/GEN/1/Rev. 1 (29-VII-1994) (en adelante, *Recomendaciones Generales de la CEDM*). En particular, el Comité de la CEDM se refiere al derecho a protección igualitaria de acuerdo a normas humanitarias en tiempos de conflictos armados internacionales o internos. *Id.*, párr. 7 (c).

⁴⁸ Convención Interamericana para la Prevención, Castigo y Erradicación de la Violencia Contra la Mujer (en adelante, *Convención Interamericana Sobre la Violencia Contra la Mujer*).

⁴⁹ *Recomendaciones Generales de la CEDM*, supra nota 47, nro. 19, párr. 6.

⁵⁰ Las normas regionales e internacionales específicas que la violencia contra la mujer perjudica o anula los derechos a la vida, libertad y seguridad, e integridad personal. Vgr. la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, G.A. Res. 194, adoptada sin voto, el 20-XII-1993, ONU GAOR, Sesión 48, Supp. nro. 49, pág. 217, Doc. de la ONU A/48/49 (Vol. II) (1994) (en adelante, *Declaración de la ONU sobre la*

Este tipo de violencia viola también los derechos a la indemnidad frente a la tortura o tratamiento cruel, inhumano o degradante⁴³. El anterior así como el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Tortura y otros Relatores de las Naciones Unidas han puesto la violación por agentes del Estado en la categoría de la tortura⁴⁴. En su interpretación del PDDP, el Comité de Derechos Humanos ha puesto énfasis en que la prohibición contra la tortura y el tratamiento cruel, inhumano o degradante y el castigo previsto por el artículo 7^o

Violencia Contra la Mujer, art. 3^o (a), C (vida, libertad y seguridad); *Recomendaciones Generales de la CEDAW*, supra nota 47, nra. 19, párr. 7 (a), (d) (vida, libertad y seguridad); *Convención Interamericana sobre la Violencia Contra la Mujer*, supra nota 48, art. 4^o (1), (b), (c), (e) (vida, integridad física, moral y mental), libertad y seguridad personal, dignidad inherente a la persona).

⁴³ Normas internacionales y regionales específicas que la violencia contra la mujer perjudica o anula el derecho a no ser sometido a tortura o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. V.gr., declaración sobre la violencia contra la mujer, supra nota 50, art. 3^o (1). *Recomendaciones Generales de la CEDAW*, supra nota 47, nra. 19, párr. 7 (b). *Convención Interamericana sobre Violencia contra la Mujer*, supra nota 48, art. 4^o (d) (isolamente tortura).

⁴⁴ *Vid.* por ejemplo, el Informe del Relator Especial para la tortura, E/CN.4/1986/15, párr. 119 y su Informe de 1985, E/CN.4/1985/34, párrs. 16-19; informes del Relator Especial para los derechos humanos en Myanmar, ONU Doc. E/CN.4/1993/37, párrs. 136, 138, señalando "una práctica sistemática de tortura —incluida la violación—" y ONU Doc. E/CN.4/1995/65, párr. 114 ("otros métodos de tortura reportados, incluida la agresión sexual y la violación"); Informe del Relator Especial para la situación de los derechos humanos en Kuwait ocupado, supra nota 75, párr. 111 (describiendo la violación de mujeres detenidas como tortura sexual) y 184 (caracterizando "violaciones cometidas por miembros de las Fuerzas de ocupación iraquíes en el ejercicio de sus funciones oficiales, especialmente en el contexto de registros de casa e interrogatorios a detenidos" como tortura o trato cruel inhumano o degradante) (*non-official translation*); Informe del Secretario General, *Violaciones y Abusos de Mujeres en Territorio de la Antigua Yugoslavia*, ONU Doc. E/UN.4/1994/5; *vid.* también varias informes sobre la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, realizado por el Sr. Tadeusz Mazowiecki, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, según resolución de la Comisión 1992/5-1/1 del 14-VIII-1992, ONU Doc. E/CN.4/1993/50, párrs. 83-89 y el Anexo II, Informe del equipo de expertos con la misión de investigar denuncias de violaciones en el territorio de la antigua Yugoslavia del 12/23-I-1991.

"se relaciona no solamente con los actos que causan dolor físico, sino también actos que causen sufrimiento mental sobre la víctima"⁵³. Una interpretación justa de la referencia al sufrimiento físico y mental podría incluir una amplia gama de actos de violencia y amenazas. Además dichas formas de violencia implican el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental reconocido por el artículo 25 de la Declaración Universal, y por el artículo 12 del PIDESC⁵⁴.

Se viene manifestando un creciente consenso en relación a que los Estados tienen responsabilidades en la eliminación de la violencia sobre las mujeres. Esta incluye la prevención y tratamiento de dicha violencia. La Declaración de las Naciones Unidas sobre la Violencia Contra la Mujer⁵⁵ exhorta a los Estados a "adoptar medidas tendientes a la eliminación de la violencia contra [tales] mujeres que son especialmente vulnerables a la violencia"⁵⁶, una categoría que encuadra a las mujeres desplazadas⁵⁷. Esto es especialmente importante pues muchos actos de violencia sobre un sexo específico, incluyendo

⁵³ Nota de la Secretaría, *Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por los Tratados de Derechos Humanos*, Doc. de la ONU, nro. HURGEN/VI/Rev. 1 (29-VII-1994) (en adelante, *Comentarios Generales de la Comisión de Derechos Humanos*), Comentario general nro. 20, párr. 5. No obstante, el Comité de Derechos Humanos no mencionó la violación como una forma de tortura en su comentario general del art. 7. PIDCP.

⁵⁴ El art. XI de la Declaración Americana y art. 31 de la Carta Social Europea afirman de manera similar el derecho a la preservación de la salud. Vid. también la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, supra nota 50, art. 3º(f); *Recomendaciones generales de la CDPH*, supra nota 47, nro. 18, párr. 7 (g).

⁵⁵ Art. 4º (1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra la Mujer, supra nota 50. Esta declaración denota la especial vulnerabilidad de la mujer refugiada, la mujer que emigra, vive en zonas rurales o comunidades remotas, las mujeres desahuciadas, detenidas, y las que viven en situaciones de conflictos armados. *Id.*, preámbulo, párr. 3. La Convención Interamericana sobre la Violencia contra la Mujer, supra nota 48, establece de manera similar en su art. 8º que "con respecto a la adopción de las medidas previstas en este capítulo, los Estados Parte deberán tomar en cuenta especialmente la vulnerabilidad de la mujer frente a la violencia en razón de [...] su status [...] de persona desplazada".

⁵⁶ *Non-official translation available*/versión oficial no disponible en español.

la violencia doméstica, son ejercidos por individuos de derecho privado. Aunque el Estado no es directamente responsable por acciones ilegales cometidas por sujetos no estatales, los Estados Parte del PIDCP, la Convención Americana y la Convención Europea han asumido el compromiso de asegurar los derechos de los tratados a todos, sin discriminación de sexo⁵⁴. Así, los actos ejercidos por actores de derecho privado que violen los derechos a la integridad personal originan la responsabilidad del Estado, cuando éste no hubiera establecido mecanismos legales adecuados para prevenir, castigar y tratar esos actos⁵⁵. Adicionalmente, los Estados Parte en la Convención de la Mujer han asumido la obligación de trabajar a favor de la eliminación de la discriminación contra la mujer "por cualquier persona, organización o empresa"⁵⁶ y la eliminación de "prejuicios y toda otra práctica que se base en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en roles estereotipados para hombres y mujeres"⁵⁷.

Los desplazados internos y particularmente las mujeres, han sido frecuentemente obligadas a proveer favores sexuales en contraprestación a alimentos esenciales, albergue, seguridad, documentación u otro tipo de ayudas. La explotación mediante la prostitución es también común, especialmente en situaciones en las cuales el recurrir a la prostitución se presenta como una de las únicas formas de sustento económico⁵⁸.

⁵⁴ Vid. art. 2º (1) de la PIDCP, art. 1º (1) de la Convención Americana, y art. 1º de la Convención Europea. Estos tratados incluyen, por supuesto, el derecho a la vida, libertad, seguridad e integridad de la persona, y el derecho a no ser sometido a tortura o maltrato.

⁵⁵ Al comentar sobre la violencia contra la mujer, el Comité de la CEDH ha destacado que "bajo los tratados generales de derecho internacional y bajo los tratados específicos de derechos humanos, los Estados pueden también ser responsables por actos privados si actuando diligentemente no logran prevenir la violación de derechos o investigar y castigar los actos de violencia y otorgar indemnizaciones" (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*).

⁵⁶ Art. 2º (a), CEDH.

⁵⁷ Art. 5º (a), CEDH.

* *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

⁵⁸ En ciertas situaciones, la prostitución sirve como una de las formas de sostén económico para las mujeres que son cabeza del hogar y que han sido separadas de los miembros masculinos de la familia tanto durante el

Junto con las consecuencias físicas y traumas psicológicos, muchas víctimas han sido infectadas con enfermedades venéreas, incluyendo el SIDA⁴¹. Bajo la CEDM, los Estados Parte están obligados a tomar medidas de protección para las mujeres que ejerzan la prostitución o que son objeto de explotación sexual, teniendo además que informar sobre la efectividad de tales medidas.

Así es que el actual Derecho Internacional en principio ofrece protección adecuada contra la violencia ejercida sobre un sexo específico y sobre los desplazados internos en tiempos de tensión y disturbios. Lo mismo ocurre en situaciones de conflictos armados donde muchos de los derechos ya mencionados se continúan aplicando dado su carácter inderogable. Las detalladas disposiciones del Derecho Humanitario también ofrecen protección. Durante los conflictos armados, las distinciones basadas en el sexo están prohibidas⁴² así como los "excesos sobre la dignidad personal" y "la violencia sobre la vida y sobre la persona, particularmente... la mutilación, el tratamiento cruel y la tortura"⁴³. Estas prohibiciones incluyen muchas formas de violencia ejercida sobre un sexo específico, así como las prohibiciones más específicas de violación, prostitución forzada y cualquier otra forma de asalto indecente⁴⁴. La violación de civiles ha sido reconocida como un crimen por el cual los militares o civiles involucrados podrán ser sujetos a una jurisdicción universal⁴⁵.

escape o como resultado de la violencia antes del desplazamiento. La raíz de este fenómeno se encuentra comúnmente en una discriminatoria distribución al hombre de los alimentos esenciales, agua y artículos no comestibles.

⁴¹ *Id.* por ejemplo, el Informe preliminar presentado por el Relator Especial sobre la Violencia contra la Mujer, sus Causas y Consecuencias, Doc. de la ONU, nro. E/CN.4/1995/43 (1994), párrs. 210-218.

⁴² Art. 3º común, art. 3º (1) del Protocolo II sobre conflictos armados no internacionales; art. 37 del IV Convenio de Ginebra, y art. 75 (1) del Protocolo I sobre conflictos armados interestatales.

⁴³ Art. 3º común.

⁴⁴ Arts. 75 (2) y 76 (1) del Protocolo I, art. 4º (2) del Protocolo II y art. 37 del IV Convenio de Ginebra (limitada a la protección de personas).

⁴⁵ CICR ha declarado que la violación de "[...] causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atacar gravemente contra la integridad física o la salud

Minas terrestres. Las minas terrestres presentan dos peligros significativos, particularmente sobre los civiles (incluyendo a los desplazados internos), tanto durante como después del cese de las hostilidades. En primer lugar, una parte del conflicto podría colocar minas en un área poblada por civiles desplazados. En segundo lugar, las minas terrestres son una amenaza que continúa para los no combatientes, aún después de cesado el conflicto si no son eliminadas o no se autodestruyen, pues permanecen activas y en su lugar una vez desaparecidos los propósitos militares. Dichas minas son armas "ciegas" y su uso no discrimina en cuanto al tiempo o a la víctima. La experiencia demuestra que estas armas indiscriminadas presentan un peligro especial para los desplazados internos, sobre todo cuando están huyendo en un terreno poco familiar, reubicándose, dejando los campamentos por alguna razón, retornando a sus lugares de residencia, o moviéndose a sitios más seguros.

La protección contra las minas terrestres es aún insuficiente. La principal fuente de Derecho Internacional que rige su uso y el de artefactos explosivos comparables es el Protocolo sobre Minas Terrestres anexo a la Convención de Armas⁶⁶. Este protocolo es aplicable a conflictos armados internacionales y a un número limitado de guerras de liberación nacional⁶⁷. Discutiblemente, como una expresión del derecho

1.-] según el art. 147 del IV Convenio de Ginebra (cfr. memoria ayuda del 3-XII-1992, citado por Meron, *Violación como Crímenes bajo el Derecho Internacional Humanitario*, 87 AJIL 426 (1993)). Los estatutos del Tribunal de Crímenes de Guerra para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda también declaran punible la violación (art. 5° del Estatuto del Tribunal de Crímenes de Guerra para la Antigua Yugoslavia; art. 3° (g) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda).

⁶⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre prohibiciones y restricciones del uso de ciertas armas convencionales que pueden ser consideradas como excesivamente injuriosas o a tener efectos o que puedan tener efecto indiscriminado (Conferencia de la ONU sobre prohibiciones y restricciones del uso de ciertas armas convencionales: Acta Final, abierta a la firma el 10-IV-1981, ONU Doc. A/Conf.96/15 (1980), reimpressa en DOK I.L.M. 1523 (1980) (Convención sobre Armas). La Convención y sus tres protocolos entraron en vigencia el 2-XII-1983 y han sido ratificados por 54 Estados al 22-X-1995.

⁶⁷ Art. 1°, Convención sobre Armas.

consuetudinario, es también aplicable a otros conflictos armados⁶⁸. No obstante, el Protocolo sólo limita pero no prohíbe el uso de minas terrestres y, como la experiencia en muchos lugares del mundo demuestra, no ha sido capaz de eliminar los peligros para la población civil, incluyendo a los desplazados internos. Esta debilidad solamente puede ser cubierta por una amplia prohibición sobre el uso de minas terrestres⁶⁹.

3. *Detención*

La libertad personal de los desplazados internos está en riesgo frecuentemente, tanto durante la huida como en la reubicación en los campos. Aparte de los riesgos de ser tomados como rehenes, reclutados forzosamente o ser esclavizados o situación similar⁷⁰, los desplazados internos se enfrentan a la internación en un complejo o campamento sin libertad para salir. En algunas circunstancias, la alegada mala conducta en el campo puede resultar en una segregación administrativa en un cuarto o edificio aislado dentro o fuera del campamento, y sin la oportunidad de desafiar la legalidad de tal detención. Más aún, en algunos casos, los desplazados internos son considerados como parte de la oposición política o insurgencia contraria simplemente porque están huyendo, han dejado sus hogares, o han sido detenidos por fuerzas beligerantes en una situación de conflicto armado.

En situaciones de tensión y disturbio, el derecho a no ser sometido a arresto o detención arbitraria es reconocido por el

⁶⁸ El tercer párrafo del preámbulo de la Convención sobre Armas declara que un propósito básico de la Convención y del Protocolo sobre los campos de minas es dar efecto a dos principios consuetudinarios fundamentales del derecho de la guerra, a saber: que los derechos de las partes en un conflicto armado a adoptar métodos o medios de guerra no son ilimitados y que el uso de armas, proyectiles o material calculado para causar daños superfluos o sufrimiento innecesario está prohibido; el otro principio consuetudinario del derecho de la guerra —la protección de poblaciones civiles contra los efectos de las hostilidades— es enunciado en el 2do. párr. del preámbulo de la Convención.

⁶⁹ Un proceso de revisión bajo el auspicio de la ONU está actualmente en camino, pero muchos Estados todavía se oponen a la prohibición del uso de minas terrestres.

⁷⁰ En referencia a la protección contra estas violaciones, *vid. Campesinaje*, párrs. 157-179.

artículo 9º de la Declaración Universal, y el artículo 9º (1) del PIDCP. Este último artículo establece que "todos tienen el derecho a la libertad y seguridad de su persona. Nadie estará sujeto al arresto o detención arbitraria. Nadie será privado de su libertad con excepción de los casos, circunstancias y procedimientos que la ley establezca"⁷¹.

El derecho a la libertad personal puede ser privado por diversas razones⁷² y es derogable según aquellas convenciones de derechos humanos que contienen cláusulas derogatorias. No obstante, el concepto de "arresto o detención arbitraria" ha sido consistentemente interpretado con amplitud como arresto o detención que no se realiza de acuerdo al derecho local, o que siendo legítimo a nivel interno constituye una violación a normas internacionales sobre la libertad y seguridad de la persona⁷³. Estas normas internacionales incluyen, *inter alia*, protecciones tales como el derecho a ser informado en el momento de ser arrestado, de las razones del arresto y de los cargos atribuidos; el derecho a la pronta presencia ante un juez; el derecho a un juicio en un tiempo razonable o a ser liberado; el derecho a analizar la legalidad de la detención durante el juicio; el derecho a ser resarcido en caso de haber sido erróneamente detenido o arrestado⁷⁴.

⁷¹ Considerando la protección de los niños, *vid.* art. 37 (b) de la Convención de los Derechos del Niño que establece además que "Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda".

⁷² Art. 9º (1) del PIDCP; art. 37 (b) de la Convención de los Derechos del Niño; art. 7º (1) de la Convención Americana; art. 5º (1) de la Convención Europea y art. 6º de la Carta Africana.

⁷³ *Vis.*, por ejemplo, el informe del grupo de trabajo sobre detención arbitraria, OCU Doc. E/CN4/1992/20 del 21-3-1992, párr. 10. Una interpretación amplia del término "arbitrario" es sostenida por el estudio de la Comisión de Derechos Humanos de 1984 sobre el derecho de cada uno a verse libre del arresto, detención y exilio arbitrarios, OCU Doc. E/CN4/828/Rev. 1; pág. 7, párr. 27 (1984).

⁷⁴ *Vis.* art. 9º (2) del PIDCP. Protección similar existe a nivel regional en, *inter alia*, el art. 7º (4)-(7) de la Convención Americana; art. XXV de la Declaración Americana; art. 6º de la Convención Europea y art. 7º de la Carta Africana.

La cuestión sobre si la detención en campos cerrados está permitida es especialmente relevante para los desplazados internamente. Aunque no hay precedentes en este aspecto, el hecho de mantener a alguien en un campo cerrado constituye una detención en los términos del artículo 9° (1) del PIDCP. El Comité de derechos humanos ha destacado que "ese párrafo número 1 es aplicable a toda privación de la libertad, ya sea en casos criminales o en otros casos, como por ejemplo, la enfermedad mental, vagancia, droga-dependencia, razones educativas, control de inmigración, etcétera"⁷³. El artículo 9° (1) de la CCPR establece que la detención en campos cerrados es admisible únicamente si ha sido impuesta "de acuerdo y sobre la base de los procedimientos establecidos" por la legislación local. Por tanto, sin un sustento legal, los desplazados internos no podrán ser confinados a campamentos cerrados. Además, tal detención no debe ser "arbitraria", significando esto que debe ser razonable y necesaria en toda circunstancia⁷⁴. Es así que aunque ciertas restricciones a la libertad de los desplazados internos en el interés de su propia seguridad o por imperativos públicos de necesidad son admitidos en casos excepcionales, estas restricciones deben ser aplicadas en la menor cantidad posible de casos. Frecuentemente, se establecerán medidas suficientes como puntos de control o toques de queda.

⁷³ Comentarios generales de la Comisión de Derechos Humanos, *supra* nota 53, nro. 8, párr. 1. En el caso de Nagatula Mpandanjila y otros miembros del Parlamento de Zaire, el Comité opinó también que el arresto domiciliario y ciertas formas de destierro constituyen privación de libertad (Comunicación nro. 130/1983, párr. 10, Informe Anual del Comité de Derechos Humanos 1986, 121). Bajo el art. 8° de la Convención Europea, la Corte Europea consideró el destierro a una pequeña isla (2.5 km²) como detención cuando el contacto social de la persona desterrada estaba limitado a los otros desterrados y a los guardias (caso "Guzzardi II", sentencia del 6-XI-1980, serie A nro. 39, párr. 35). En contraste, el destierro a una remota villa en las montañas con la obligación de reportarse al puesto policial en el pueblo más cercano, no fue considerado como equivalente a la detención (caso "Guzzardi I", *infra* no publicado de la Comisión Europea de Derechos Humanos del 5-X-1970, Solicitud 7980/77).

⁷⁴ *Id.*, por ejemplo, las opiniones del Comité, en la Comunicación 306/1988 (Van Alphen vs. Netherlands) párr. 5.8 (Informe anual del Comité de Derechos Humanos 1990, 115) y Manfred Novak, *ONU, Comentarios al PIDCP* (1993), págs. 173-3.

* *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

El derecho regional en este aspecto podría ser un poco más restringido. El artículo 5º (1), letra (a)-(f) de la Convención Europea establece una exhaustiva lista de las bases para una detención legítima. No obstante, ninguna de estas disposiciones permite la detención por haber sido desplazado. La letra (f) cubre la detención apuntando a la prevención de la inmigración ilegal o a la preparación de la deportación o extradición. Mientras los que buscan asilo e incluso refugiados podrían ser detenidos por la letra (f), la detención de los desplazados internos sería ilegal, por ser tales personas nacionales del país respectivo que no los expulsaría o extraditaría.

Surgen problemas en situaciones de conflictos armados no internacionales en los cuales el derecho a la libertad personal puede ser derogado durante tal conflicto si la existencia de la nación se encontrara en peligro¹⁷. No obstante, son difíciles de imaginar casos en que la detención arbitraria de los desplazados internos sea realmente "necesaria por las exigencias de la situación"¹⁸. Igualmente, la ley local podría permitir amplias limitaciones a la libertad personal en esas situaciones. El Derecho Humanitario aplicable a estos casos no contiene normas referidas a cuándo las personas pueden ser detenidas, internadas o privadas de su libertad de cualquier otra forma, ni tampoco se ocupa de reglar la revisión de tales detenciones por un tribunal. Además de la protección general, el artículo 3º no prevé ningún régimen particular para las personas que vean su libertad restringida. El artículo 5º del Protocolo II establece un régimen para el tratamiento de las personas que son "privadas de la libertad por razones relacionadas con las hostilidades" y, por tanto, implícitamente favorece la detención o internación de los desplazados internos sin limitar las condiciones de tales precondicionamientos. Hay aquí una clara brecha en la protección legal de los desplazados internos.

Durante *conflictos armados interestatales*, la situación no es mucho mejor. La Cuarta Convención prevé que los ex-

¹⁷ Vid. *supra* nota 16 y el texto que se acompaña.

¹⁸ El art. 4º (1) del FCPE permite la derogación de las obligaciones del Pacto únicamente para "atender al estricto requerimiento que demande la emergencia de la situación" (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*).

tranjeros que sean civiles protegidos pueden ser internados o situados en lugares asignados sólo si la seguridad de la potencia detenedora requiera necesariamente tal medida⁷⁹. La Cuarta Convención también contiene un completo régimen para el tratamiento de los internados⁸⁰. De todas maneras, estas disposiciones no ofrecen protección contra la privación de la libertad por el propio gobierno. El artículo 75 (3) del Protocolo I establece una mayor protección, determinando que las personas que sean arrestadas, detenidas o internadas serán informadas de inmediato del fundamento de las medidas tomadas, pudiendo ser liberados cuando las circunstancias que las justificaron hayan desaparecido, salvo que la detención haya sido por una ofensa de tipo penal. No obstante, estas garantías sólo se aplican a aquellos "arrestados, detenidos o internados por acciones relacionadas con el conflicto armado", por lo que no cubriría a los desplazados internos detenidos por otros motivos.

4. Necesidades básicas de subsistencia

Alimentos, agua, vestimenta y vivienda. Sin lugar a dudas, la protección de las necesidades básicas es uno de los derechos humanos más importantes para muchos de los desplazados internos. Ya sea que se encuentren reubicados en campamentos temporarios o aún en tránsito, estas personas en muchos casos sufren la falta de alimentos, agua, vivienda y vestimenta. El artículo 11 del PIDESC reconoce "el derecho de todo ser humano a un adecuado nivel de vida para sí mismo y para su familia, incluyendo alimentación adecuada, vestimenta y vivienda..."⁸¹. En el mismo sentido, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño garantiza a cada niño el derecho "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social"⁸². Además, los

⁷⁹ El art. 42 está ubicado en la sección II de la parte III del IV Convenio, titulado "Extranjeros en el territorio de una parte en conflicto".

⁸⁰ Arts. 79-135.

⁸¹ Vid. también el art. 25 (1), Declaración Universal; art. 14 (2), CEDH y artículos 24 y 27, Convención de los Derechos del Niño.

⁸² *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

Estados Parte de este instrumento "de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda" (párrafo tercero)⁸².

Con respecto al PIDESC, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha dejado claro en su Informe General sobre la interpretación de las obligaciones de los Estados Partes de ese tratado, que estos tienen una "obligación básica de asegurar la satisfacción de, al menos, niveles mínimos esenciales de cada uno de los derechos"⁸³. El Comité ha afirmado que un "Estado Parte en el cual un número significativo de individuos es privado de una alimentación básica, de mínimos cuidados para su salud, de vivienda y vestimenta, o de las más básicas formas de educación no está, *prima facie*, cumpliendo con sus obligaciones derivadas de la Convención" a menos que pueda "demostrar que el máximo esfuerzo fue hecho y se han agotado todos los recursos que tiene a disposición dirigidos a satisfacer, otorgándole prioridad a aquellas obligaciones básicas"⁸⁴. El Comité ha recomendado también que para que un Estado Parte pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones a la falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha hecho el máximo esfuerzo en el empleo de los recursos a su disposición para lograr satisfacer las necesidades esenciales listadas⁸⁵. Tales recursos incluyen no sólo aquellos propios del Estado, sino también "aquellos disponibles de manos de la comunidad internacional a través de la cooperación y la asistencia internacionales"⁸⁶. Esta afirmación ha sido interpretada como significando que bajo cualquier circunstancia todos los Esta-

⁸² *Non-official translation available*/versión oficial no disponible en español.

⁸³ PIDESC Comentarios Generales, *supra* nota 37, nro. 3, párr. 10.

⁸⁴ PIDESC Comentarios Generales, *supra* nota 37, nro. 3, párr. 10.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*, párr. 13, notar la inclusión de "asistencia y cooperación internacional" en el emprendimiento de los Estados parte conforme el art. 2° (1).

dos deben proveer, al menos en un nivel básico, los medios de subsistencia para la población⁸⁶.

En tiempos de conflictos armados no internacionales, "la obligación básica de asegurar la satisfacción de, al menos, niveles mínimos esenciales"⁸⁷ de los derechos sociales⁸⁸ continúa obligando a los Estados y protegiendo a los desplazados internos. Además, el artículo 3º común prevé el trato humanitario para todas las personas, incluyendo los desplazados internos, quienes no hayan tomado parte activa en las hostilidades, o ya no lo sean. A pesar de que no hay prohibición específica con respecto a la privación de alimentos y agua, los correspondientes derechos de subsistencia, teniendo en cuenta que son necesarios para el sustento, deberían ser considerados como inherentes a esta garantía de trato humanitario. El Protocolo II contiene normas detalladas aplicables a los desplazados internos y a otras personas afectadas por las hostilidades. El artículo 14 no sólo prohíbe "como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles," sino también el ataque, destrucción, sustracción o inutilización de aquellos "bienes

⁸⁶ Robertson, Robert, *Measuring State Compliance with the Obligation to Devote the "Maximum Available Resources" to Realizing Economic, Social, and Cultural Rights* (Mediendo el cumplimiento estatal de la obligación de dedicar los "Máximos Recursos Disponibles" para la concreción de los derechos económicos, sociales y culturales) 16 "Human Rights Quarterly" 692, 695-701 citando, *inter alia*, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights: Realization of Economic, Social and Cultural Rights* (La concreción de los derechos económicos, sociales y culturales: concreción de los derechos económicos, sociales y culturales) Segundo Informe sobre el Progreso, preparado por el Relator Especial, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, nro. E/CN.4/Sub.2/1991/17 (1991); Principios de Limburg sobre la implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comisión de Derechos Humanos de la ONU, Sesión nro. 43, Anexo, Agenda provisional item 8, 18, pág. 3, párr. 23, Documento de la ONU nro. E/CN.4/1987/16 (1987). Tres niveles de obligaciones estatales han sido identificados: (1) la obligación de respetar, es decir, de abstenerse de privar a los individuos de sus recursos; (2) la obligación de protegerlos de la privación; y (3) la obligación de satisfacer las necesidades esencialmente de auxiliar al desvalido.

⁸⁷ *Id.*, supra nota 82.

⁸⁸ Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.

nes que son indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego⁸⁷.

Provisiones similares se aplican en tiempos de conflicto armado interestatal. El artículo 54 (1) del Protocolo I prohíbe como método de guerra, hacer padecer hambre a las personas civiles. El artículo 54 (2) protege los bienes indispensables para la subsistencia de la población civil mediante la prohibición de ataques, destrucción, sustracción o inutilización de tales bienes cuando estas acciones tengan la intención deliberada de privar a la población civil del aprovechamiento de los mismos. Sin embargo, esta provisión no condena el sufrimiento incidental o los efectos colaterales de las operaciones militares sobre la población civil⁸⁸. El artículo 55 de la Cuarta Convención de Ginebra impone sobre la potencia ocupante la obligación de asegurar el suministro de alimentos a la población, la cual incluiría a los desplazados internos. Específicamente prevé que el ocupante debe proveer los productos alimenticios necesarios si los recursos del territorio ocupado son insuficientes. El artículo 55 también prohíbe al ocupante requisar alimentos, aun cuando sea destinado al consumo por sus tropas, sin prestar la debida atención a las necesidades de la población civil. Además, el artículo 69 (1) del Protocolo I obliga a la potencia ocupante a asegurar la provisión de vestimenta, dormitorios, refugios y otras provisiones esenciales para la subsistencia de la población civil.

Salud y servicios sanitarios. Una consecuencia muy grave del desplazamiento interno es el agotamiento y la enfermedad. A aquellos desplazados internos que están más necesitados de asistencia médica, ésta les es frecuentemente negada. Este grupo incluye a los heridos y enfermos así como a los ni-

⁸⁷ Vid. Bothe, Partsch y Solf, *Nuevas normas para los víctimas de los conflictos armados: Comentarios a los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949*, pág. 677, (1982) (en adelante, *Nuevas Normas*), pág. 339. El art. 54 (3) contiene excepciones a estas prohibiciones (ataques a reservas de alimentos cuyo uso está previsto únicamente por las fuerzas armadas enemigas y siempre y cuando no sean para alimentar prisioneros de guerra o civiles) las cuales, sin embargo, deben ser interpretadas restrictivamente.

ños, mujeres embarazadas y ancianos. Los desplazados internos pueden enfrentar una serie de problemas de salud no sólo durante el proceso de desplazamiento, en el cual no gozan de auxilio médico, sino también, por ejemplo, en los campamentos donde los servicios de salud son limitados. En medio de las hostilidades es usual que los desplazados internos contraigan enfermedades o resulten heridos cuando son víctimas del fuego cruzado o de la utilización indiscriminada de armas. Estas personas requieren cuidado y tratamiento médico urgentes, y a veces, de larga duración.

El derecho al auxilio médico y a los servicios sociales necesarios está establecido en el artículo 25 (1) de la Declaración Universal como parte del derecho a un adecuado nivel de vida. El artículo 12 del *PMSC* está dedicado a la realización del "derecho de toda persona al goce del más alto nivel de salud física y mental que sea posible alcanzar"⁸⁹. El párrafo 2 de este artículo trata la obligación de los Estados de tomar medidas para garantizar este derecho mencionando, *inter alia*, "(c) la prevención, tratamiento y control de las enfermedades epidémicas, endémicas, ocupacionales, u otras enfermedades (y) (d) la creación de condiciones que aseguren a todos servicio y atención médica en caso de enfermedad"⁹⁰. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido que la privación a un número significativo de personas "de cuidado médico primario esencial" constituye una violación de la Convención a menos que el Estado involuntario pueda demostrar "que el mayor esfuerzo tendiente al uso de todos los recursos que están a su disposición ha sido realizado"⁹¹.

En caso de conflictos armados no internacionales, el artículo 3º común requiere que las partes de un conflicto armado interno traten humanamente a todas las personas que ya no participen activamente en las hostilidades, y además obliga a las partes contendientes a socorrer y cuidar incondicionalmen-

⁸⁹ Vid. arts. 12 y 14 (2) *CEDH*, y arts. 24 (1) y 39 de la Convención de los Derechos del Niño, respectivamente, referidos a las necesidades específicas de mujeres y niños relativas a la salud.

⁹⁰ *PMSC* Comentario General, *supra* nota 37, art. 3, párr. 10.

⁹¹ *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

te a los enfermos y heridos. Por lo tanto, los desplazados internos enfermos o heridos que caen bajo el control de una de las partes del conflicto, tienen el derecho al socorro médico, hayan cometido o no actos de hostilidades. El Protocolo II en base a la obligación del artículo 3º establece en el artículo 7º que todos los "heridos, enfermos y náufragos, hayan o no tomado parte en el conflicto armado, serán respetados y protegidos".

El párrafo 2 del artículo 7º específicamente requiere que los heridos y enfermos, bajo cualquier circunstancia, "[sean] tratados humanitariamente y ... [reciban], en toda la medida de lo posible y en el plazo más breve, los cuidados médicos que exija su estado". Además las partes no pueden hacer distinciones en la prestación de servicios médicos por ningún motivo que no sea estrictamente médico. Las personas, incluyendo los desplazados internos, que resulten heridos, enfermos o náufragos durante las hostilidades, contempladas en el Protocolo II, deben tener acceso a las garantías no derogables del artículo 7º. Considerando que ese artículo del Protocolo II meramente clarifica la obligación de brindar atención médica a los enfermos y heridos, preexistente en el artículo 3º común, ésta debería ser considerada costumbre internacional y como tal debería ser respetada y aplicada por las partes de todos los conflictos armados internos.

Para el supuesto de conflictos armados interestatales, el artículo 10 del Protocolo I reitera, en términos sustancialmente similares, el artículo 7º del Protocolo I. La Cuarta Convención contiene muchas previsiones relativas a aspectos de la salud. Entre ellas, el artículo 55 establece que la potencia ocupante tiene la obligación de asegurar suministros medicinales a la población y, si los recursos propios del territorio ocupado son insuficientes, la potencia ocupante debe proveer los artículos médicos necesarios. Además, el artículo 56 proclama la obligación de la potencia ocupante de asegurar y mantener las instalaciones y servicios hospitalarios, la salud pública y la higiene. El artículo 16 de la Cuarta Convención protege no sólo a los civiles de los territorios ocupados, sino también a toda la población de los países beligerantes; este artículo prevé que los enfermos y heridos, los convalecientes y las mujeres embarazadas, "deben ser objeto de protección y respeto particulares". El párrafo 2 de este artículo dice que, hasta tanto los propósitos militares lo permitan, "cada parte del conflicto debe facilitar la búsqueda de los heridos, la asis-

tencia de las personas expuestas a graves peligros, y la protección de los mismos ante el pillaje y el maltrato⁸¹. El artículo 17 afirma que las partes de un conflicto deben esforzarse por concluir acuerdos locales para la evacuación de los heridos, enfermos, convalecientes, ancianos, niños y embarazadas de las áreas sitiadas. Finalmente, los artículos 18 y 19 de la misma Convención brindan protección contra el ataque militar a los hospitales civiles⁸².

5. *Identificación personal y documentación*

Los desplazados internos generalmente pierden sus papeles personales y su documentación. Además el registro de los nacimientos y muertes se hace muy difícil o hasta imposible. A pesar de que la registración en los campamentos es usualmente requerida con el propósito de facilitar la documentación y la reunificación familiar, muchos desplazados internos no desean ser identificados como tales porque temen una posterior discriminación. En consecuencia, muchos desplazados internos no gozan de la protección legal y privilegios otorgados a aquellos que sí tienen documentos identificatorios. Las normas sobre derechos humanos reconocen el derecho de todos los seres humanos a ser reconocidos como persona por la ley⁸³, no obstante, el derecho a la documentación y el registro no está garantizado como tal. Es de destacar, sin embargo, que el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, requiere la registración de los matrimonios, y que otros instrumentos reconocen como obligación de los Estados la inmediata registración de los niños después de acaecido su nacimiento y la protección del derecho a un nombre desde el momento mismo del nacimiento⁸⁴. El artículo 8º de la Convención también me-

⁸¹ El art. 18, párr. 1 del IV Convenio de Ginebra establece que "En ninguna circunstancia, podrán ser objeto de ataques los hospitales civiles organizados para prestar asistencia a los heridos, a los enfermos, a los inválidos y a las portuientas; deberán ser siempre respetados y protegidos por las partes en conflicto".

⁸² Vid. art. 6º de la Declaración Universal, art. 16 del PIDP, art. XVII de la Declaración Americana, art. 3º de la Convención Americana y art. 5º de la Carta Africana.

⁸³ Por ejemplo, art. 24 (2) del PIDP y art. 7º de la Convención de los Derechos del Niño.

rece mencionarse ya que exige a los Estados Parte que "respeten el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Mientras que la importancia fundamental de la protección del derecho a la personalidad jurídica en tiempos de emergencia nacional, es reafirmada por los artículos 4° (2) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 27 (2) de la Convención Americana, la cual declara tal derecho como inderogable, el derecho a la documentación de los desplazados internos en casos de conflictos armados no internacionales no está expresamente reconocido en el Derecho Internacional Humanitario. En los conflictos armados entre Estados, las personas protegidas pueden invocar una serie de provisiones relacionadas a diversos aspectos de la documentación y el registro⁸⁴ pero éstas no tienen aplicación a las relaciones con su propio gobierno. Debemos concluir, por lo tanto, que el Derecho Internacional actual no protege adecuadamente las necesidades de los desplazados internos en relación a su identificación personal, documentación y registro. -

6. Protección de las necesidades relacionadas con el desplazamiento

La libertad de residencia y circulación está expresamente reconocida como un derecho humano básico por el artículo 13 (1) de la Declaración Universal. Esta libertad está igualmente garantizada por el artículo 12 (1) del PIDCP el cual establece que "toda persona que se encuentre legalmente dentro del territorio de un Estado tiene, dentro de ese territorio, el derecho a la libertad de circulación y la libertad de elegir lugar de residencia"⁸⁵.

Garantías similares están incorporadas en instrumentos regionales⁸⁶. Debido al hecho de que estos instrumentos reco-

⁸⁴ Vid. arts. 50 y 97 del IV Convenio. El art. 78 del Protocolo I regula la documentación de los niños evacuados.

⁸⁵ Vid. arts. VIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, 22 (1) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 3 (1) del IV Protocolo de la Convención Europea de Derechos Humanos, y 12 (1) de la Carta Africana.

⁸⁶ *Non official translation available/versión oficial no disponible en español.*

nocen no sólo el derecho a la libre circulación, sino que también garantizan la libre elección del lugar de residencia, ellos contienen tanto el derecho a permanecer en un lugar y por tanto el derecho a no ser desplazado. A pesar de que este derecho puede ser limitado por restricciones si éstas "son previstas por la ley, (y) son necesarias para la preservación de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás"², éste constituye un importante resguardo para los desplazados internos. Esta cláusula limitativa del derecho debe ser interpretada restrictivamente.

En caso de conflictos armados no internacionales, el artículo 17 del Protocolo II es de gran relevancia para la protección contra el desplazamiento forzado. La sección 2 de este artículo estipula que "[n]o se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su propio territorio por razones relacionadas con el conflicto". La sección 1 expresamente prohíbe a las partes en conflicto ordenar el desplazamiento de la población civil por motivos relativos al conflicto, "o no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas" (énfasis añadido). Además, en caso de producirse el desplazamiento, la parte responsable debe tomar "todas las medidas posibles... para que la población civil pueda acceder a niveles satisfactorios de vivienda, higiene, salud, seguridad y alimentación". La fraseología negativa del artículo 17 muestra la intención de prohibir, como regla general, el desplazamiento forzado de civiles durante las hostilidades internas. En este sentido, la carga de la justificación de la acción bajo las restringidas excepciones a esta regla recae sobre la parte que inició tales hostilidades. Por lo tanto, el artículo 17 prohibiría una política tal como la implementada en Guatemala durante los años '80, que implique desplazar por la fuerza la mayoría o toda la población civil y establecerla en áreas estratégicas como parte de un plan contra los insurgentes, diseñado para quitar a las fuerzas disidentes el apoyo social y/o logístico.

El derecho a encontrar refugio en una parte segura del país es inherente a la libertad de circulación, a pesar de que

² *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

aún no ha sido reconocido explícitamente. La mayoría de los instrumentos sobre derechos humanos universales y regionales, sin embargo, permiten a los Estados imponer restricciones a la libertad de residencia y desplazamiento durante momentos de tensión y disturbios o durante catástrofes. Además, la derogación del derecho es aceptada en casos de emergencia pública. Estos factores reducen considerablemente la protección otorgada por las normas protectoras de los derechos humanos y es aquí cuando entran en juego las más elaboradas garantías de Derecho Internacional Humanitario de los desplazados internos⁹⁶.

Con respecto al regreso, debe ser reconocido que las personas que han sido víctimas del desplazamiento deben tener garantizado el derecho de regresar a su previo lugar de residencia habitual. No hay norma que reconozca el derecho de los desplazados internos de regresar a sus lugares originales de residencia o de desplazarse a otro lugar seguro de su elección. Sin embargo, tal derecho puede —en principio— ser deducido del derecho a la libertad de circulación y del derecho de elegir el lugar de residencia. En el caso de la antigua Yugoslavia, éste ha sido reconocido en los Acuerdos de Dayton, el cual establece en el artículo 1° (1), anexo 7⁹⁷ que no sólo todos los refugiados sino que también todos los “desplazados internos tienen el derecho de retornar libremente a sus lugares de origen”⁹⁸. Por lo tanto las Partes Contratantes están obligadas a “crear en sus territorios las condiciones políticas, económicas y sociales conducentes al regreso voluntario... de los refugiados y desplazados internos”⁹⁹. En términos generales la Convención número 169 de la OIT relativa a los Pue-

⁹⁶ Vid. por ejemplo, arts. 4° (3) (e) (evacuación temporal de niños) y 17 (prohibición de movimiento forzado de civiles) del Protocolo II relativo a conflictos armados sin carácter internacional y art. 49 del IV Convenio de Ginebra (deportaciones, transferencias, evacuaciones) así como el art. 51 (7) del Protocolo I (prohibición del uso de civiles como escudos humanos) (“[...] usar] personas civiles para tratar de poner objetivos militares a cubierto de ataques [...]”).

⁹⁷ Acuerdo sobre Refugiados y Personas Desplazadas, Anexo 7 al Acuerdo de Paz de Dayton, reimpreso en XXXIV I.J.M. (1998) 136.

⁹⁸ Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.

blos indígenas establece explícitamente que "siempre que sea posible estos pueblos deben tener el derecho a retornar a sus tierras tradicionales tan pronto como las razones de su desplazamiento dejen de existir" (art. 16, párr. 3)⁶⁶. Cabe también mencionar que, al menos en un caso, el Consejo de Seguridad de la ONU reconoció "el derecho de los refugiados y desplazados internos a regresar sus hogares"⁶⁷. En el mismo sentido la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías reconoció "el derecho de los refugiados y desplazados internos a regresar en un marco de seguridad y dignidad, a su país de origen y/o dentro de éste, a su lugar de origen o elección"⁶⁸.

Ningún instrumento sobre derechos humanos o Derecho Humanitario otorga expresamente a los desplazados internos protección forzada contra el regreso forzado a lugares que no presenten condiciones de seguridad suficientes. En el campo del Derecho de los Refugiados el artículo 33 (1) de la Convención sobre Refugiados establece el principio de *non refoulement*, el cual prohíbe que un refugiado sea devuelto a un país en el cual tenga suficientes motivos para sentirse perseguido. La aplicación de esta garantía está restringida a personas que han dejado su propio país. Otra aproximación a la cuestión del retorno forzado en condiciones de inseguridad puede ser encontrado en las normas no derogables relativas a la prohibición de la tortura y del trato inhumano o cruel. En este sentido el artículo 3° (1) de la CAT establece que "ningún Estado Parte podrá hacer retornar, echar o extraditar a una persona a otro Estado donde hay razones suficientes para creer que correrá el peligro de ser torturado"⁶⁹.

Con respecto al artículo 7° del PIDCP, que prohíbe la tortura y el trato cruel, inhumano o degradante, el Comité de Derechos Humanos ha establecido, en el mismo sentido, que "los

⁶⁶ Res. Consejo de Seguridad de la ONU 876 (1993) del 19-X-1993 sobre la situación en Abkhazia.

⁶⁷ Res. 1994/24 de la Subcomisión, párr. 2, Informe de la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y la Protección de Minorías en la Sesión 46, Ginebra, del 1° / 26-VIII-1994, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/66 del 28-X-1994, pág. 67.

⁶⁸ *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

Estados Parte no deben exponer a los individuos al peligro de la tortura o de tratamiento o penas crueles, inhumanas o degradantes mediante el regreso a otro país por vía de la extradición, expulsión o *refoulement*¹⁰⁰. El Comité también ha decidido que el retorno forzado está prohibido si el individuo corre el riesgo de sufrir una violación del derecho a la vida en el país al cual sea retornado¹⁰¹.

Esta jurisprudencia, inspirada en los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la prohibición del trato inhumano (art. 3º de la Convención Europea de Derechos Humanos), sólo se refiere al retorno forzado a través de fronteras internacionales y no es, por lo tanto, directamente aplicable a los desplazados internos. Sin embargo, puede resultar relevante para tales personas porque se trata de entregar un individuo a su torturador, asesino o ejecutante violando la obligación de proteger a los individuos de la tortura y de otras formas ilegales de quitar la vida. De esta manera, la Corte Europea de Derechos Humanos ha establecido que en caso de retorno inhumano, "no es cuestión de responsabilizar al Estado receptor, sea ante el Derecho Internacional o ante la Convención. Dado el caso en que se incurra en responsabilidad bajo la Convención, esto ocurrirá cuando el Estado Parte que realiza la extradición haya expuesto a un individuo a malos tratos proscritos"¹⁰².

Según la Corte estos argumentos son aplicables no sólo a casos de extradición, sino también a casos de deportación¹⁰³. Por las razones anteriormente expuestas, son también válidos con respecto al retorno forzado de los desplazados inter-

¹⁰⁰ *Comentarios Generales del Comité de Derechos Humanos*, supra nota 53, nro. 20, párr. 3. Puntos de vista similares a los del Comité respecto de la Comunicación nro. 469/1991 ("Charles Chitá Ng vs. Canadá"), adoptada el 5-XI-1993, párr. 14.2.

¹⁰¹ *Id.*, párrs. 14.1 y 15.3.

¹⁰² Caso "Cruz Varas", sentencia del 30-III-1991, serie A, nro. 201, párr. 69. También similares son los puntos de vista del Comité de Derechos Humanos respecto de la comunicación nro. 469/1991 ("Charles Chitá Ng vs. Canadá"), adoptada el 5-XI-1993, párr. 16.1.

¹⁰³ Caso "Cruz Varas", supra nota 102, párr. 70.

* *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

nos a áreas donde deben enfrentarse a serios riesgos de tortura y trato cruel o inhumano o de violaciones de su derecho a la vida. Si un Estado está obligado a no permitir la tortura o las ejecuciones sumarias o arbitrarias mediante la entrega de personas a los autores de tales violaciones a los derechos humanos, entonces no hay razón para que la responsabilidad de un Estado no sea similar, e incluso mayor, cuando el retorno forzado se produce dentro del mismo país. El mismo razonamiento puede ser deducido, por analogía, del artículo 33 de la Convención sobre los Refugiados de 1951.

7. Propiedad

Los desplazados internos generalmente pierden la mayoría de sus bienes. Debido a su vulnerabilidad necesitan la protección de los bienes que llevan consigo o que adquieren durante el desplazamiento. La destrucción o robo de cereales y ganado, el bombardeo o incendio de los refugios y la confiscación o la usurpación de la propiedad privada por parte de fuerzas militares o paramilitares figuran entre las dificultades a las que los desplazados internos deben enfrentarse, especialmente en caso de conflictos armados. Cuando los desplazados internos retornan a sus hogares, a veces los encuentran ocupados por otras personas. En éstos casos, necesitan la restitución de la propiedad o la debida compensación por su pérdida.

La protección legal de la propiedad en situaciones de tensión o disturbios es débil. A pesar de que el artículo 17 de la Declaración Universal garantiza a todos el derecho de propiedad, individualmente o de manera compartida, y prohíbe la privación arbitraria de tal propiedad, no fue incluido ningún derecho en este sentido en el *ROC* o en el *RUESC*. Aunque de todas maneras las convenciones regionales sobre derechos humanos garantizan el derecho de propiedad, este derecho puede ser limitado en pos del interés general¹⁰⁴.

El Derecho Humanitario prohíbe explícitamente la destrucción irracional de la propiedad¹⁰⁵ y el pillaje¹⁰⁶, una pro-

¹⁰⁴ Vid. art. 21 de la Convención Americana, art. 1° del Protocolo I de la Convención Europea, y art. 14 de la Carta Africana.

¹⁰⁵ Vid. por ejemplo, el art. 53 del IV Convenio de Ginebra; art. 147 del IV Convenio típico como una grave violación "la destrucción y la apro-

¹⁰⁶ Vid. nota 106 en pág. 270.

hibición que protege la propiedad personal de los desplazados internos (situada en los campamentos o dejada en su anterior lugar de residencia) del robo y el vandalismo. Protección adicional contra la destrucción de la propiedad perteneciente a los desplazados internos puede derivarse, al menos en caso de conflictos armados internos, del artículo 14 del Protocolo II. Este artículo prohíbe el ataque, destrucción o sustracción de aquellos bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales como "artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego".

La posibilidad de que los desplazados internos encuentren sus propiedades ocupadas por otras personas, se presenta como un obstáculo para que regresen a sus hogares. Trae a colación el tema del derecho a que se les restituya la propiedad perdida como consecuencia del desplazamiento o a ser compensados por su pérdida. A pesar de que este derecho no está explícitamente reconocido por el Derecho Internacional, hay una marcada tendencia en la práctica a aceptar tal garantía. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado el pago de una justa compensación a los desplazados internos por la pérdida de sus bienes, incluyendo hogares, cosechas, animales de granja y otras pertenencias¹⁰⁸. En el caso de la ocupación iraquí de Kuwait, el Consejo de Seguridad de la

piación de bienes no justificadas por necesidades militares y realizadas a gran escala de modo ilícito y arbitrario". Bajo esta provisión, la destrucción de la propiedad protegida por el Convenio, es causa de delito para los autores en la jurisdicción universal.

¹⁰⁸ Vid. art. 3º común, párr. 2 (gl. arts. 28 y 47 de las Regulaciones sobre Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre (non-official translation available/versión oficial no disponible en español), anexo a la Convención de 1907 (IV) sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, firmadas en La Haya el 18-X-1907 y art. 33 del IV Convenio de Ginebra.

¹⁰⁹ Informe de la situación de los derechos humanos en un segmento de la población nicaragüense de origen miskito, OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 10, rev. 3 (20-XI-1982). Vid. también "Operational Directive on Involuntary Resettlement, World Bank Operational Manual" OD 4.20 (junio 1990) (estipulado para el resarcimiento económico total de las pérdidas ocasionadas a personas desplazadas involuntariamente como resultado del desarrollo de proyectos que conciernan severos problemas económicos, sociales y ambientales).

ONU decidió crear un fondo de compensación para estas damnificados¹⁰⁸. Las víctimas de violaciones a los derechos humanos han sido consideradas como elegibles para ser compensados¹⁰⁹. Además, las normas del Tribunal de Crímenes de Guerra para la Antigua Yugoslavia permiten al Tribunal emitir sentencia en la que se ordene la restitución de bienes a las víctimas, aun tratándose de bienes que estén en posesión de terceros no involucrados con el crimen¹¹⁰. Finalmente, el anexo 7 del Acuerdo de Paz de Dayton otorga a los refugiados y desplazados internos expresamente, en el artículo 1º (1), "el derecho a que les sean devueltos los bienes de los cuales fueron privados durante las hostilidades... y a recibir compensación por los bienes que no les pueden ser devueltos". El reconocimiento por parte de la comunidad internacional de un derecho a favor de los desplazados internos que prevé la restitución de los bienes perdidos y la compensación por su pérdida, basado en los mencionados precedentes, sería de vital importancia para los desplazados internos¹¹¹.

8. *Unidad familiar*

Durante cualquier etapa de desplazamiento interno, es importante para las familias de desplazados internos el mantenerse unidas. Lo mismo ocurre con aquellas comunidades que están culturalmente consideradas como familias extendidas. Si estas personas desplazadas están dispersas y separa-

¹⁰⁸ Res. 687 (1991) párr. 16.

¹⁰⁹ Vid. Comisión de Compensación de las Naciones Unidas, Decisión 1 del Consejo de Gobierno, Doc. ONU S/22893, reimpreso en XXX I.L.M. 1713 (1991) párr. 10 al 14 y Decisión 3 Doc. ONU S/24526, reimpreso en XXXI I.L.M. 1018 (1992).

¹¹⁰ Art. 105 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, adoptadas el 11-II-1994 por el Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de responsables de serias violaciones del Derecho Humanitario cometidas en el territorio de la Antigua Yugoslavia (non-official translation available/versión oficial no disponible en español) desde 1991, Doc. ONU IT/32 (14-III-1994).

¹¹¹ Vid. también estudio concerniente al derecho de restitución, compensación y rehabilitación a víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales: Reporte final presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial, Doc. ONU IT/32 (14-III-1994).

das entre sí, deben ser capaces de volver a unirse lo antes posible. Aunque todos sufren el dolor de una separación involuntaria, los niños son particularmente vulnerables en esas situaciones.

El Derecho Internacional reconoce que la familia es una unidad fundamental de la sociedad que requiere protección especial. Por ejemplo, el artículo 16.3 de la NUDS y el artículo 23.1 del PIDCP declaran que la familia es "la unidad grupal natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado". Los Estados Parte del PIDESC también reconocen la primacía de la familia, a la que se le deben garantizar la más amplia protección y asistencia posible, especialmente cuando se trate de niños dependientes (art. 10.1 del PIDESC)¹¹². Debido a la vulnerabilidad y la dependencia del niño respecto de sus padres y familia, los niños gozan de una protección especial tanto en tratados universales¹¹³ como en tratados específicamente de derechos humanos. A este respecto, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos ha sostenido que "los mecanismos y programas nacionales e internacionales deberían ser fortalecidos para la defensa y la protección de los niños, en particular, niños desplazados, niños en conflictos armados, así como los niños víctimas de la escasez y la sequía y otras emergencias"¹¹⁴. Sobre este aspecto, la Convención sobre los Derechos del Niño es particularmente específica. De enorme importancia para las familias son las provisiones sobre niños separados de sus padres.

¹¹² A nivel regional, el art. VI de la Declaración Americana considera a la familia como el elemento básico de la sociedad y, por lo tanto, garantiza a cada individuo el derecho de recibir protección, el art. 17 (1) de la Convención Americana reitera el art. 23 (1) del PIDCP. Conforme al art. 18 (1) de la Carta Africana, la familia "debe ser la unidad natural y base de la sociedad. Debe estar protegida por el Estado ocupándose éste de su salud física y sus necesidades morales (ídemax), el Estado tendría el deber de asistir a la familia, que constituye la custodia de los valores morales y tradicionales reconocidos por la comunidad" (non-official translation) (párr. 2). Finalmente, la Carta Social Europea provee a la familia con el derecho a la protección social, legal y económica.

¹¹³ *Id.*, por ejemplo, art. 24 (1) PIDCP.

¹¹⁴ Declaración de Viena y Programa de Acción de la Conferencia Mundial sobre derechos humanos llevada a cabo en Viena, del 14 / 25-VI-1993, Doc. ONU A/Conf.157/23, 12-VII-1993, parte V, párr. 21.

* Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.

Mediante el artículo 8° de la Convención sobre Derechos del Niño, los Estados Parte se comprometen a respetar el derecho del niño a mantener sus relaciones familiares, debiendo el Estado Parte proveer la adecuada asistencia y protección en caso de privación ilegítima de dichas relaciones. Refiriéndose a la separación del niño de sus padres, el artículo 9° 4 (primer párrafo) establece que "cuando esa separación sea el resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte... de uno o ambos de los padres del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si proceda, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño". La reunificación familiar está contemplada en los artículos 10 y 22. Sin embargo, estos artículos sólo se refieren al caso en que los niños y sus padres vivan en diferentes países y por tanto no son de aplicación a desplazados.

Aparte de esta brecha en cuanto a la protección jurídica, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de protección especial de los niños separados de sus padres durante el desplazamiento. Los Estados participantes en la Cumbre Mundial de los Niños se refirieron a "las necesidades especiales de los niños separados de sus familias"¹¹⁵. En el plan de acción adoptado en la Cumbre los participantes enunciaron que "deberían hacerse todos los esfuerzos para prevenir la separación de los niños de sus familias. Cuando los niños se separen... se deben hacer arreglos para proporcionarle un cuidado familiar o institucional alternativo... La familia extendida, otros familiares y las instituciones de la comunidad deberán recibir apoyo para poder cubrir las especiales necesidades de los... niños... desplazados"¹¹⁶. Además, numerosas conclu-

¹¹⁵ Declaración Universal sobre la Supervivencia, Protección y Desarrollo de los Niños (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) y plan de acción de la misma, adoptados en Nueva York el 30-IX-1990, párr. 30 (5) de la Declaración; en Nota de la Secretaría General sobre el status de la Convención de los Derechos del Niño, anexo, Doc. ONU E/CN.4/1991/59, 12-XII-1990.

¹¹⁶ *Id.*, párr. 19 (plan de acción).

* *Non-official translation available*/versión oficial no disponible en español.

siones adoptadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR referidas a la unidad familiar y a la reunificación familiar de los desplazados, puede también servir como guías para los desplazados internos¹¹⁷. La política del ACNUR sobre los niños refugiados incorpora como "fundamental" el "principio de Derecho Internacional que dice que es responsabilidad prioritaria de los padres o representantes legales el cuidado de los niños". Junto con los mejores intereses del niño, la unidad familiar es un principio guía para la toma de decisiones que involucren a niños refugiados¹¹⁸. Las pautas del ACNUR para la acción de la agencia y los Estados están basadas, *inter alia*, en el principio de que "la mejor forma de promover el bienestar psicosocial de los niños es apoyar a sus familias"¹¹⁹. Una atención especial se ha centrado en las necesidades de los niños durante la evacuación para asegurar la adecuada inscripción y documentación con los fines de mejorar la posibilidad de reunir a dichos niños con sus familias¹²⁰, y en las necesidades de los niños desamparados o aquellos separados de sus familias¹²¹.

Durante la época de conflictos armados, la protección legal brindada a las familias separadas es mejor que en la época

¹¹⁷ Por ejemplo, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, Comité Ejecutivo, Conclusión nro. 24 (XXXII) Reunificación familiar (1991) (en adelante ExCom. Conc. nro. 24) (el principio de unidad de la familia y las razones humanitarias requieren que "sea hecho todo esfuerzo para asegurar la reunificación de las familias refugiadas separadas" (non-official translation available/version oficial no disponible en español) Comité Ejecutivo, Conclusión nro. 9 (XXVIII) Reunión Familiar (1997).

¹¹⁸ Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, Comité Ejecutivo, Conclusión nro. 47 (XXXVIII) Niños Refugiados (1997) párr. 1d) (en adelante ExCom. Conc. nro. 47).

¹¹⁹ Preceptos sobre Niños Refugiados, *supra* nota 30, pág. 43. Dicho aparte ha incluido medidas para proteger y asistir a madres refugiadas, rastrear a los padres, proveer de ayuda extra a padres solteros o aislados, organizar redes de soporte parental y preparar reuniones para las familias. *Id.*, págs. 43-44, 128-29.

¹²⁰ Informe de la 45 Sesión del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado (Ginebra, 27-X-1994), Doc. CDD/AC/96/839, 11-X-1994, Conc. B2, párr. 23 (h) (en adelante ExCom. 1994 Report).

¹²¹ Todo esfuerzo para rastrear a los padres o parientes cercanos debe hacerse antes de que los resentamientos y adaptaciones sean considerados y en el interés debe proveerse apoyo físico y mental-moral (emotional) así como entrenamiento. ExCom. Conc. nro. 24, *supra* nota 117, párr. 7; ExCom. Conc. nro. 47, *supra* nota 30, págs. 130-34, 146-48.

de tensiones y disturbios. Para conflictos armados no internacionales, el artículo 4°.3 del Protocolo II establece que los niños deben ser provistos del cuidado y la ayuda que necesitan. Este artículo también sostiene que deben darse todos los pasos adecuados para facilitar la reunión de familias temporalmente separadas (artículo 4°.3.b). Finalmente, el párrafo 3.e del mismo artículo establece que, en caso necesario, "se tomarán medidas, [...], para trasladar temporalmente a los niños de la zona en que tengan lugar las hostilidades a una zona del país más segura [...]". Dicho traslado debe ser temporal, dentro del país, en lo posible con el consentimiento del padre o el representante legal, y a los niños debe permitírseles viajar con personas responsables de su seguridad y bienestar.

El conjunto de normas aplicables en situaciones de conflicto armado interno está más elaborado. Entre las numerosas previsiones diseñadas para proteger a las familias, las siguientes son especialmente relevantes para las familias que están separadas por el desplazamiento: el artículo 24 de la Cuarta Convención de Ginebra, ubicado en su Parte II, que se aplica a todos los miembros de la población, incluyendo a los propios nacionales del Estado Parte, obliga a que las partes en conflicto tomen medidas para la protección e identificación de los niños menores de 15 años que son huérfanos o están separados de sus familias como resultado de las hostilidades. Para facilitar el restablecimiento de los contactos y —cuando sea posible— la reunión de los miembros de la familia, el artículo 26 de la Cuarta Convención de Ginebra obliga a cada parte en el conflicto a facilitar los pedidos de los miembros de las familias que están separadas por las hostilidades. Asimismo, cada parte en conflicto debe promover el trabajo de las organizaciones comprometidas en esta tarea. Además, el artículo 74 del Protocolo I, que desarrolla el artículo 26 de la Cuarta Convención, obliga a las partes firmantes y a las partes del conflicto a "[facilitar] la búsqueda emprendida por los miembros de familias dispersadas a causa de la guerra, [y a facilitar], en especial, la acción de los organismos dedicados a esa tarea [...]". Ya que el artículo 74 del Protocolo I reafirma y desarrolla un artículo basado en la Parte II de la Cuarta Convención, aplicable a toda la población, incluyendo a los nacionales del propio Estado Parte¹²².

¹²² *Nuevas Normas*, *supra* nota 88, pág. 452.

9. Educación

La educación es esencial para desarrollar el sentido de identidad y de dignidad humana en una persona. Sin embargo, los desplazados internos en particular los niños a menudo son privados de su educación, ya sea porque no hay suficientes facilidades educacionales en el área en la cual se han reubicado temporalmente o porque hay falta de dispositivos alternativos de aprendizaje. Además, los padres de los niños desplazados internos pueden no ser capaces de pagar las tarifas escolares obligatorias, costear los uniformes escolares o la vestimenta en general, incluyendo zapatos, o puede ser simplemente demasiado peligroso para los niños el viaje hasta la escuela. Más aún, los adultos pueden necesitar educación especializada, sobre todo cuando han perdido sus fuentes de ingreso y su forma de ganarse la vida. Dicha educación para adultos debería o podría incluir un entrenamiento en tareas de supervivencia, trabajo, liderazgo y resolución de conflictos.

Los derechos humanos y el Derecho Humanitario reconocen el derecho de los niños a recibir como mínimo una educación básica aún en tiempos de tensión y disturbios o durante conflictos armados. El derecho a la educación es, *inter alia*, reconocido por las garantías del artículo 13 del PDHSC y los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, así como por instrumentos regionales¹²³. Teniendo en cuenta que el artículo 3º nada dice sobre la educación de los niños durante los conflictos armados, el artículo 4º.3.(a) del Protocolo II establece que los niños deben ser provistos del cuidado y la ayuda que necesitan y, en particular, "recibirán una educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme los deseos de sus padres o, a falta de éstos, de las personas que tengan la guarda de ellos". El artículo 24 de la Cuarta Convención de Ginebra, que es aplicable a toda la población de un país beligerante, obliga a los Estados a tomar las medidas necesarias "para que los niños menores de quince años que hayan quedado huérfanos o que estén separados de su familia a causa de la guerra no queden abandonados, y para que se les procuren, en

¹²³ Art. XII, Declaración Americana; art. 13, Protocolo de San Salvador; art. 2º, Protocolo I de la Convención Europea de Derechos Humanos; y art. 17, Carta Africana.

todas las circunstancias, la manutención, la práctica de su religión y la educación; ésta será confiada, si es posible, a las personas de la misma tradición cultural"¹²⁴.

De esta forma, el derecho a la educación puede ser invocado por los desplazados internos en cualquier situación. Los problemas surgen, sin embargo, del hecho de que los desplazados pueden tener ciertas necesidades educacionales específicas. Al respecto, la aplicación análoga de ciertas pautas desarrolladas por el Comité Ejecutivo del ACNUR puede resultar de utilidad. El Comité ha acentuado la alta "prioridad de la educación de todos los niños refugiados, asegurando el mismo acceso a niñas, y teniendo en cuenta los antecedentes del país de origen"¹²⁵. También instó al ACNUR a "identificar los requerimientos educacionales en las primeras etapas de una emergencia, para así poder prestar inmediata atención a dichas necesidades"¹²⁶. De especial interés son las medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre las niñas y niños refugiados, el igual acceso de las mujeres refugiadas a una educación para adultos, y el entrenamiento en tareas que les aseguren su capacidad para mantenerse a sí mismas y a sus familias¹²⁷.

¹²⁴ Art. 78 (2) del Protocolo I de igual manera exige "la mayor continuidad posible" (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*) en la educación de los niños evacuados bajo los términos del párr. 1 de este artículo.

¹²⁵ Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado, Comité Ejecutivo, Conclusión B2, Conclusión sobre Niños Refugiados, en *ExCom. 1994 Report*, *supra* nota 120, párr. 28 (c) y 60, págs. 17-18.

¹²⁶ Pautas sobre la Protección a Mujeres Refugiadas, *supra* nota 30, págs. 14, 21 y párrs. 100-110. Para que las mujeres participen lo más completamente posible en estos programas, debe prestarse la debida atención a las posibles barreras culturales que inhiben la participación de las mujeres en las sesiones de entrenamiento, así como también a sus necesidades para el apropiado cuidado de los niños. Además, las mujeres deberán estar involucradas y ser consultadas en el proceso de desarrollo e implementación de dichos programas de entrenamiento. *Id.*, págs. 54-57.

* *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

III. PROVISIÓN INTERNACIONAL DE ASISTENCIA HUMANITARIA

I. Acceso a la asistencia

Derechos humanos y Derecho Humanitario. Una de las necesidades más agudas de los desplazados internos es el acceso seguro a aquellos elementos básicos indispensables para la supervivencia y un mínimo nivel de vida. De este modo, la posibilidad de buscar y recibir asistencia humanitaria es, en sí misma, un aspecto crucial de la protección para los desplazados internos.

Es primordialmente responsabilidad de los Estados el proveer la asistencia humanitaria a sus desplazados internos. Por ello, el gobierno del Estado que actúa de buena fe tratará de proteger y proveer de asistencia vital a sus ciudadanos desplazados internos, y si la magnitud del problema excede su capacidad de ayuda, llamará a la comunidad internacional para llevar a cabo estas funciones humanitarias. En dichos casos, puede invocar el artículo 1^o.3 de la Carta de las Naciones Unidas que obliga a los Estados Miembro de la ONU a cooperar "en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y por las libertades fundamentales de todos..."^{107*}.

Sin embargo, si un gobierno es incapaz o no está dispuesto a proveer estos servicios y no pide, o rechaza, una oferta de ayuda humanitaria por parte de una organización externa competente, surge el interrogante sobre si los desplazados internos tienen el derecho protegido por el Derecho Internacional de requerir y recibir asistencia de una comunidad internacional y/u organizaciones internacionales de ayuda humanitaria.

Situaciones de tensiones, disturbios y desastres. En situaciones de tensiones, disturbios y desastres, el derecho de los

¹⁰⁷ Res. A.G. nro. 181, ONU (1948) Sesión 43, Supp. nro. 49, pág. 207, Dec. ONU A/43/49 (1989), adoptada sin votación el 14-XII-1990 (en adelante Res. A.G. 45/100) párr. 2 del preámbulo.

* Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.

desplazados internos a solicitar y recibir asistencia de su gobierno y la tarea de su gobierno de proveer asistencia, necesariamente fluye de la naturaleza esencial del Derecho Internacional de los derechos humanos. Los desplazados internos pueden buscar y recibir la protección y asistencia vital de su gobierno que se encuentra implícita en el reconocimiento por parte de los Estados del derecho a la vida, lo cual obliga a los Estados a adoptar medidas positivas —cuando sea necesario— para proteger tal derecho¹²⁸. En el área del derecho a la subsistencia, un Estado Parte del PDESC tiene las obligaciones adicionales de "tomar medidas, individualmente y a través de la asistencia y cooperación internacionales... hasta el máximo de sus recursos disponibles, con miras a lograr progresivamente el completo ejercicio de los derechos [del Tratado]..." (artículo 27.1.1)¹²⁹. De esta manera, el máximo de los recursos disponibles de un Estado Parte incluye tanto "los recursos existentes dentro del Estado como aquéllos disponibles en la comunidad internacional a través de la cooperación y la asistencia internacional"¹³⁰. Por el artículo 11 del PDESC, los Estados Parte también reconocen la "esencial importancia de la cooperación internacional basada en el libre consentimiento"¹³¹ para el ejercicio efectivo del "derecho... a un adecuado nivel de vida... incluyendo comida, ropa y vivienda adecuadas"¹³². Al respecto, el Comité ha destacado

¹²⁸ Vid. Comité de Derechos Humanos, *Comentarios Generales*, supra nota 53, nro. 6, párr. 5.

¹²⁹ *Comentarios Generales al PDESC*, supra nota 37, nro. 3, párr. 13.

¹³⁰ Bajo el art. 22 el Consejo Económico y Social debe señalar a otros órganos de la ONU, órganos subsidiarios y agencias especializadas situaciones específicas donde las medidas internacionales "puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del presente Pacto". *Comentarios Generales al PDESC*, supra nota 37, nro. 2, párr. 3 (1990) (en la parte pertinente). El art. 23 establece como acuerdo entre los Estados Parte en una acción internacional que se incluya, *inter alia*, el suministro de asistencia técnica. En efecto, uno de los objetivos del Estado Parte que hace el informe es facilitar al Comité y a otros Estados Parte la "identificación de los más apropiados recursos con que la comunidad internacional pueda asistir a los Estados, de acuerdo con los arts. 22 y 23 [...] (non-official translation available/versión oficial no disponible en español). *Comentarios Generales al PDESC*, supra nota 37, nro. 1, párr. 9 (1989).

¹³¹ *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

"que de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios bien afianzados de Derecho Internacional, y con las provisiones de la propia Convención, la cooperación internacional para... el ejercicio efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales es una obligación de todos los Estados"¹³¹. De esta forma, se puede argumentar que los Estados Parte del *resc* tienen la misión de —al menos— abstenerse de rechazar sin fundamento las ofertas de asistencia internacional en los casos de problemas humanitarios inminentes que afecten seriamente las necesidades de subsistencia de los desplazados internos, y quizás, la obligación de aceptar las ofertas razonables.

La comunidad internacional, sin embargo, ha sido cauta al reconocer el deber de un Estado de aceptar las ofertas de asistencia humanitaria. En numerosas resoluciones, la Asamblea General ha reafirmado la responsabilidad prioritaria de los Estados de asistir a las víctimas de desastres naturales y emergencias similares que ocurran dentro de su territorio¹³².

¹³¹ *Comentarios Generales al PDESC*, supra nota 37, nro. 3, párr. 14.

¹³² Res. 43/131 de la A.G., titulada "Humanitarian Assistance to Victims of Natural Disasters and Similar Emergency Situations". La Asamblea General reconoció "que depende de cada Estado, primera y principal, cuidar a las víctimas de desastres naturales y situaciones similares de emergencia ocurridas en su territorio" (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español), párr. 2 del preámbulo. El párr. 2 de la resolución reitera lo siguiente: "Reafirma también la soberanía de los estados afectados y su rol principal en la iniciación, organización, coordinación e implementación de la asistencia humanitaria dentro de sus respectivos territorios" (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) (Res. 43/131 de la A.G., *ONU (GAO)*, Sesión 43, Supp. nro. 49, párr. 267, Doc. *ONU/A/43/49* (1988), adoptada sin votación el 8-XII-1988 (en adelante, Res. A.G. 43/131)). El mismo lenguaje se encuentra en la Res. 45/100 de la A.G. párr. 3 del preámbulo y en el párr. 2 de la resolución. En 1991 la Asamblea General adoptó la resolución 45/100 titulada "Strengthening of the Coordination of Humanitarian Emergency Assistance of the United Nations". El anexo a esta resolución contiene, *inter alia*, *Principles Guide (Guiding Principles)* que establece que la asistencia humanitaria "debe ser pronta en concordancia con los principios de humanidad, neutralidad e imparcialidad" (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español) (párr. 2). El párr. 4 de los *Principles Guide* establece que: "4. Cada Estado tiene la responsabilidad primera y principal de cuidar de las víctimas de desastres naturales y otras emergencias ocurridas en sus territorios. Por consiguiente, el Estado afectado tiene el rol

Además, en las Resoluciones 43/131 y 45/100, la Asamblea General ha declarado que el abandono de las víctimas de dichas situaciones sin asistencia humanitaria "...constituye una amenaza a la vida humana y una ofensa a la dignidad humana"¹³². Estas resoluciones invitan a los Estados a facilitar el trabajo de las organizaciones internacionales no gubernamentales para implementar la asistencia humanitaria, en particular, proveyendo comida, medicamentos y cuidado sanitario¹³³. Implícitamente reconocen el derecho, bajo el Derecho Internacional, de las organizaciones internacionales y de las organizaciones no gubernamentales a ofrecer asistencia humanitaria a otros Estados en casos de desastres o emergencias similares, y apoyan la postura de que dichas ofertas no constituyen una intervención ilegal en los asuntos internos de dichos Estados. Sin embargo, estas resoluciones también reafirman que el derecho de los actores externos a proveer dicha asistencia a las víctimas en otros Estados depende del consentimiento de dichos Estados. De esta manera, los Principios Guía en el Anexo de la Resolución 46/182 de la Asamblea General, mientras declaran la importancia de la asistencia humanitaria, establecen que "la soberanía, la integridad territorial y la unidad nacional de los Estados debe ser absolutamente respetada de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas. En este contexto, la asistencia humanitaria debería ser provista con el consentimiento del país afectado y, en principio, fundada en un pedido del propio país"¹³⁴.

principal en la iniciación, organización, coordinación e implementación de la asistencia humanitaria dentro de sus respectivos territorios" (non-official translation available/version oficial no disponible en español) *Principios Guía* (Guiding Principles) en el Anexo de la Res. 182 de la Asamblea General, ONU (GAO) Sesión 46, Supp. no. 49, 50, Doc. ONU A/46/49 (1992) adoptado sin votación el 19-XII-1991 (en adelante Anexo a la Res. 46/182 de la A.G.)

¹³² Res. A.G. 43/131, *supra* nota 132, párr. 8 del preámbulo, y Res. 45/100 de la A.G., *supra* nota 132, párr. 6 del preámbulo.

¹³³ Res. 43/131 de la A.G., *supra* nota 132, párr. 4 y Res. 45/100 de la A.G., *supra* nota 132, párr. 4.

¹³⁴ *Principios Guía* en el Anexo de la Res. 46/182 de la A.G., *supra* nota 132, párr. 3; Res. 43/131 de la A.G. (*supra* nota 132) asimismo urge a los Estados cercanos a desastres o áreas de emergencia a facilitar el tránsito de la asistencia humanitaria (párrs. 6 y 7, respectivamente).

* Non-official translation available/version oficial no disponible en español.

Este principio se confirma en el contexto de las actividades del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). Durante las situaciones de tensiones y disturbios, el CICR se ve fortalecido por los Estatutos de la Cruz Roja Internacional y la Media Luna Roja, León y Sol Rojos, con el derecho a la iniciativa a ofrecer sus servicios para asistir a las víctimas de dichas situaciones¹²⁶, incluyendo desplazados internos, pero un gobierno no está obligado a aceptar el ofrecimiento de servicios del CICR y, así puede negar legítimamente su acceso al país.

Situaciones de conflictos armados. El derecho referido a situaciones de conflicto armado no internacional es similar. El artículo 3º común, aplicable a toda hostilidad interna, expresamente establece que "ningún organismo humanitario imparcial, tal como el comité de la cruz roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto"¹²⁷, pero estas partes en conflicto, sobre todo el gobierno existente, no tienen obligación expresa de aceptar el ofrecimiento¹²⁸. Lo mismo se puede afirmar del artículo 18 del Protocolo II. El párrafo 1 extiende el derecho de ofrecer servicios a "sociedades de socorro establecidas en el territorio de la Alta Parte contratante, tales como la Cruz Roja (Media Luna Roja, León y Sol Rojos)"¹²⁹.

¹²⁶ El art. 5º (3) de la Cruz Roja Internacional y la Media Luna Roja, adoptado en la Vigésimoquinta Conferencia Internacional de la Cruz Roja en Ginebra en octubre de 1966, reproducido en *Compendium of Reference Text on the International Red Cross and Red Crescent Movement*, publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y por la Liga de la Cruz Roja y la Sociedad de la Media Luna Roja (1990), pág. 17.

¹²⁷ A través de los años el CICR ha desarrollado una particular pericia y una capacidad operativa para asistir y proteger a las víctimas de conflictos armados internos. El amplio sortido de actividades "tradicionales" o funciones que normalmente se desempeñan para estas víctimas incluye asistencia médica de emergencia para civiles enfermos y heridos; provisión de alimentos de primera necesidad, agua potable, y otros suministros esenciales a la población civil; protección de civiles, visitas a los detenidos, búsqueda de desaparecidos, y restablecimiento de contactos entre familiares separados por el conflicto. Estas actividades se extienden a los civiles desplazados internos, asumiendo que el CICR tenga acceso a dichas personas.

¹²⁸ Los gobiernos han rechazado hacer esto en varias ocasiones.

¹²⁹ Los autores de un comentario con autoridad sobre los protocolos expresan: "[...] si el art. debe tener un significado (y ser interpretado de esa forma), la parte a quien se ofrece el servicio debe al menos considerar la oferta de modo general" (*non-official translation available*/versión oficial

El párrafo 2 acentúa que si “[...]la población civil est[uviera] padeciendo privaciones extremas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia [...], se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil [...]”. Las palabras “se emprenderán” indican, sin embargo, que esta previsión efectivamente limita la discreción de la parte de retener su consentimiento al respecto. Se ha señalado, sobre esta cuestión, que la parte pueda rechazar las acciones de ayuda “... sólo por razones válidas, no por razones arbitrarias o caprichosas”^{148*}, ya que el artículo 18 no estipula cómo la Alta Parte contratante debe manifestar su consentimiento para las operaciones de ayuda, que claramente debe ser prestado de modo expreso y público, o, presumiblemente de “compromisos privados o una actitud que de buena fe pueda ser entendida como aquiescencia”^{149*}.

Durante *conflictos armados interestatales* se aplica la Cuarta Convención de Ginebra y el Protocolo I. Estos instrumentos contienen provisiones detalladas para las acciones de ayuda en beneficio de poblaciones civiles, tanto en territorios ocupados como desocupados, durante las hostilidades interestatales. Otras provisiones de la Cuarta Convención se refieren a la ayuda individual o colectiva a civiles durante situaciones de ocupación e internación¹⁴⁹. Entre las provisiones más im-

no disponible en español). (Nuevas Reglas (*New Rules*), *supra* nota 88, pág. 695). Las Nuevas Reglas sostienen que estos deberes implican “una obligación de aceptar ofertas realizadas bajo el art. 18, párr. 1 si la parte, por sí misma, es incapaz o reacia a tomar las medidas necesarias a través de sus propios agentes” (*id.*, pág. 695) (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*).

* *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español*.

¹⁴⁸ Nuevas Reglas (*New Rules*), *supra* nota 88, pág. 696. De acuerdo con los términos del art. 18 (2), sólo el consentimiento de la Alta Parte contratante afectada, “es decir el gobierno establecido, es requerido para proporcionar acciones de ayuda, no el de las fuerzas rebeldes”. [...] aunque la acción de ayuda tenga lugar en un área bajo su control (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*) (*id.*).

¹⁴⁹ *Id.*, pág. 697.

¹⁴⁹ Los internados tienen permitido recibir paquetes de ayuda, individuales o colectivos, según el art. 108 del IV Convenio, pero el número de

portantes está el artículo 23 de la Cuarta Convención, la cual se aplica a todos los civiles desplazados internos, sean personas protegidas por la Convención o no. Este artículo obliga a cada Parte Contratante a "[autorizar] el libre paso de todo envío de medicamentos y de material sanitario, así como de objetos necesarios para el culto, destinados únicamente a la población civil de otra Parte Contratante, aunque sea enemiga. Permitirá, asimismo, el libre paso de todo envío de víveres indispensables, de ropa y de tónicos reservados para los niños de menos de quince años y para las mujeres encintas o parturientas". El artículo 70 del Protocolo I, señalado como "la nueva regulación general para la ayuda en territorios no ocupados"¹⁴³, es menos restrictivo que el artículo 23 de la Cuarta Convención. Supera numerosas deficiencias claves de este último artículo, sobre todo ampliando las categorías de suministro de ayuda¹⁴⁴, y eliminando efectivamente las condiciones restrictivas al tránsito de ayuda allí estipulada¹⁴⁵. La nueva regla básica para las acciones de ayuda está establecida en el primer párrafo del artículo 70 de la siguiente forma:

"Cuando la población civil de cualquier territorio que, sin ser territorio ocupado, se halle bajo el control de una parte en conflicto esté insuficientemente dotada de los suministros mencionados en el artículo 69, se llevarán a cabo, con sujeción a acuerdo de las Partes interesadas, acciones de socorro que tengan carácter humanitario e imparcial y sean realizadas sin ninguna distinción de carácter desfavorable.

dichos consignaciones, que pueden contener, *inter alia*, alimentos, vestimentas, medicinas, libros u objetos religiosos, educativos o recreativos, debe restringirse a las bases de las necesidades militares. En caso de transferencia de un internado, la correspondencia y los paquetes deben ser reenviados a él o ella sin demora alguna (art. 128, párr. 3 del IV Convenio). El art. 109 de este tratado, así como su Anexo II (*Draft Regulations Concerning Collective Relief*) prevén la distribución y el ingreso de ayuda colectiva para internados.

¹⁴³ Nuevas Reglas (*New Rules*), *supra* nota 88, pag. 402.

¹⁴⁴ El art. 70 incorpora por referencia los siguientes suministros mencionados en el art. 69 del Protocolo I: "vestimentas, ropa de cama, medios de abrigo, otros suministros esenciales para la supervivencia de la población civil [...] y objetos necesarios para el culto religioso" (*non-official translation available*/versión oficial no disponible en español).

¹⁴⁵ *Id.* Nuevas Reglas (*New Rules*), *supra* nota 88, pag. 429.

El ofrecimiento de tales socorros no será considerado como injerencia en el conflicto ni como acto hostil. En la distribución de los envíos de socorro se dará prioridad a aquellas personas que, como los niños, las mujeres encinta, las parturientas y las madres lactantes, gozan de trato privilegiado o de especial protección de acuerdo con el IV Convenio o con el presente Protocolo¹⁴⁵.

El segundo párrafo del artículo 70 del Protocolo I establece que cada parte contratante y las partes en conflicto "[...] permitirán y facilitarán el paso rápido y sin trabas de todos los envíos, materiales y personal de socorro suministrados de acuerdo con lo dispuesto en esta sección, incluso en el caso de que tal asistencia esté destinada a la población civil de la Parte adversa". En referencia a potenciales Estados donantes, esta previsión —como engloba el principio básico de humanidad— ha sido interpretada como "...creadora de un deber en aquellos Estados en posición de hacer cualquier esfuerzo razonable para contribuir a dichas acciones de ayuda, emprender dichas acciones en donde sea apropiado, y permitir y facilitar las acciones que las organizaciones privadas de dicho país están preparadas a asumir"¹⁴⁶. La parte cuyos civiles son objeto de tales acciones de ayuda no puede negarse arbitrariamente a aceptarlas¹⁴⁷. Más aún, el artículo 70.3 del Protocolo I permite imponer a los países de tránsito condiciones al paso de los envíos de ayuda a través de su territorio¹⁴⁸, pero les prohíbe desviar dichos envíos del propósito para el

¹⁴⁵ *Non-official translation available*/versión oficial no disponible en español.

¹⁴⁶ *Id.*, pág. 433. En cuanto al tipo de organización que puede llevar a cabo acciones de socorro, las Nuevas Reglas (*New Rules*) establecen que "en principio, puede ser cualquiera [...] un individuo particular, una sociedad nacional de socorro, la Liga de Sociedades de la Cruz Roja, el CICR, una organización no gubernamental nacional [o] una organización no gubernamental internacional [...]". *Id.* *non-official translation available*/versión oficial no disponible en español.

¹⁴⁷ El acuerdo bajo el art. 70 del Protocolo I "debe ser garantizado en principio pero [...] puede ser rechazado por razones válidas e irresistibles" como una consideración imperativa de necesidad militar. *Nuevas Reglas (New Rules)*, supra nota 88, pág. 434.

¹⁴⁸ *Id.*, pág. 436.

cuál fueron previstos o demorar su avance, "salvo en los casos de necesidad urgente, en interés de la población civil afectada" (párrafo 3.c). Además, el artículo 70.4 del Protocolo I obliga a las partes del conflicto a "[proteger] los envíos de socorro y facilitar su rápida distribución". Inclusive, el quinto párrafo del artículo 70 establece que todas las partes relevantes deben fomentar y facilitar "la coordinación internacional efectiva de las acciones de socorro a que se refiere el párrafo 1".

Durante una ocupación, la Cuarta Convención asigna la responsabilidad primaria en la potencia ocupante de satisfacer las necesidades básicas de la población civil. Específicamente, el artículo 55 de tal instrumento establece: "con el máximo alcance posible, la potencia ocupante tiene el deber de asegurar la comida y los suministros médicos de la población; debería, en particular, conseguir los alimentos necesarios, los elementos médicos y demás artículos si los recursos del territorio ocupado son inadecuados"¹⁴⁸. En el caso de que toda o parte de la población civil de un territorio ocupado no sea provista en la forma adecuada, el artículo 59 de la Cuarta Convención declara que la potencia ocupante "[...] aceptará las acciones de socorro en favor de dicha población [civil], facilitándolas en toda la medida de sus medios". Dichas operaciones para la provisión de comida, elementos médicos y ropa debe ser asumida por los Estados o por organizaciones humanitarias imparciales como el *cruc* (párr. 2). Más aún, las partes contratantes deben permitir el libre tránsito de estos envíos (pero pueden condicionarlos, *inter alia*, a revisiones y regulaciones de los tiempos y las rutas), y deben garantizar su protección (párrs. 3 y 4)¹⁴⁹. Mientras el artículo 61, párra-

¹⁴⁸ El art. 49 del Protocolo I, aplicable a territorios ocupados, simplemente extiende la lista de mercancías que la Potencia Ocupante está obligada a suministrar a la población civil.

¹⁴⁹ El art. 60 del IV Convenio deja claro que los envíos de ayuda humanitaria "[...] no descargarán en nada a la Potencia Ocupante de las responsabilidades que le imponen los arts. 55 [...] y 59". El Convenio también dispone que no podrá desviar de ningún modo la ayuda humanitaria de donde haya sido asignada, excepto "en los casos de necesidad urgente, en interés de la población del territorio ocupado y previo consentimiento de la Potencia Protectora" (*non-official translation available* versión oficial no disponible en español).

fos 1 y 2, prevé la distribución y exención de impuestos de los envíos de ayuda, el párrafo 3 establece que "todas las Partes contratantes harán lo posible por permitir el tránsito y el transporte gratuitos de estos envíos de socorros con destino a territorios ocupados". Además, el artículo 69.2 del Protocolo I indica que las acciones de ayuda "serán llevadas a cabo sin retraso".

En los casos de *conflictos armados interestatales*, el artículo 10 de la Cuarta Convención de Ginebra permite al CICR y a cualquier otra organización humanitaria imparcial que comprometas su protección y asistencia a civiles, incluyendo los desplazados internos, con consentimiento de las partes en conflicto. El artículo 81 del Protocolo I efectivamente amplía las provisiones de la Convención de Ginebra obligando a las partes en guerra a garantizar al CICR todas las facilidades dentro de su facultad de permitir al CICR completar las nuevas funciones humanitarias asignadas a ella mediante la Convención de Ginebra de 1949 y el Protocolo, a los fines de asegurar la protección y la asistencia a las víctimas de los conflictos. El artículo 81, además, establece que el CICR "puede también completar cualquier otra actividad en favor de estas víctimas, sujetas al consentimiento de las partes en conflicto".

Acciones relevantes del Consejo de Seguridad. Si los Estados tienen la obligación de permitir las actividades de las organizaciones humanitarias internacionales dentro de su territorio, y si la comunidad internacional tiene el derecho a proveer protección humanitaria y asistencia sin el consentimiento del gobierno involucrado, son cuestiones sujetas a estudios y debates dentro de las Naciones Unidas, así como en los Estados proveedores de ayuda y otros relacionados con la problemática de los desplazados internos. En años recientes, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha tomado diversas decisiones claves relativas a la asistencia y protección humanitarias, basadas en su autoridad derivada de la Carta de la ONU. De acuerdo con el artículo 39 del Capítulo VII, el Consejo de Seguridad está facultado para determinar la existencia de "cualquier amenaza a la paz, quebrantamien-

* Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.

to de la paz o acto de agresión" y efectuar recomendaciones o decidir "qué medidas deben tomarse... para mantener o restaurar la paz y seguridad internacionales"¹⁹⁷. Muchas de estas resoluciones se refieren a situaciones donde tuvo lugar el desplazamiento interno.

En la Resolución 688 (1991) el Consejo de Seguridad solicitó, por primera vez que un Estado (Irak) "permíta el acceso inmediato de organizaciones humanitarias internacionales, a todos aquellos necesitados de ayuda... y... a hacer posible todas las facilidades necesarias para sus operaciones..."¹⁹⁸. Desde entonces el Consejo de Seguridad ha reafirmado repetidamente la soberanía, integridad territorial y la independencia política de los Estados con problemas humanitarios pero, al mismo tiempo, ha insistido o solicitado "inmediato" o "irrestringido" acceso para las organizaciones humanitarias internacionales para todos aquellos que necesiten asistencia, incluidos los desplazados internos¹⁹⁹.

¹⁹⁷ *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español.*

¹⁹⁸ Res. 688 del Consejo de Seguridad (1991) del 5-IV-1991, Doc. ONU S/Res.688 (1991).

¹⁹⁹ Vid. Res. 853 del Consejo de Seguridad (1993) del 29-VII-1993, Doc. ONU S/Res. 853 (1993) concerniente a Azerbaïjan donde se "llama nuevamente a no impedir el acceso de los esfuerzos de ayuda humanitaria internacional, en particular en todas las áreas afectadas por el conflicto, con el objetivo de aliviar el creciente sufrimiento de la población civil, y así reafirma que todas las Partes están obligadas a cumplir con los principios y las reglas de las leyes humanitarias internacionales". (*Non-official translation available/versión oficial no disponible en español*). En la Res. 859 del 24-VIII-1993, Doc. ONU S/Res.859 (1993), el Consejo de Seguridad demandó en el párrafo operativo 3 "que toda lo concerniente a facilitar el no impedimento de la circulación de la asistencia humanitaria, incluyendo la provisión de alimentos, agua, electricidad, combustible, y comunicaciones, particularmente en las "zonas seguras" en Bosnia y Herzegovina" (*Non-official translation available/versión oficial no disponible en español*). Res. 876 (1993) del 19-X-1993, Doc. ONU S/Res.876829 (1993), concerniente a la situación en Abkhazia afirmando "el derecho de los refugiados y los desplazados internos de regresar a sus hogares" párr. 5 y reclamando el "no impedimento al acceso en la región de la ayuda humanitaria internacional" (*Non-official translation available/versión oficial no disponible en español*). La Res. 899 del Consejo de Seguridad (1994) del 23-II-1994, Doc. ONU S/ Res.899 (1994) párr. 18 "insta a las partes a continuar facilitando el acceso de ayuda humanitaria para la población civil necesitada, y también a

En el caso de Somalia, el Consejo de Seguridad, en la Resolución 794, elaborada sobre el derecho a buscar y el deber de proveer ayuda internacional humanitaria, en el contexto de la desintegración de la autoridad gubernamental, inter alia, respondiendo a los "urgentes llamados de Somalia a la Comunidad Internacional para que tome medidas para asegurar la entrega de ayuda"¹⁴² humanitaria¹⁴³. El Consejo de Seguridad determinó que "la magnitud de la tragedia humanitaria causada por el conflicto de Somalia, posteriormente exacerbada por los obstáculos a la distribución de asistencia humanitaria, constituye una amenaza a la paz y seguridad internacionales"¹⁴⁴. Actuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo de Seguridad autorizó al secretario general y a los Estados Miembros de las Naciones Unidas "a utilizar todos los recursos necesarios para establecer, lo más pronto posible, un ambiente seguro para las operaciones de ayuda humanitaria en Somalia"¹⁴⁵.

La Resolución 929 (1994) relativa a la situación en Ruanda es de significativa importancia en relación con los desplazados internos. En ella, el Consejo de Seguridad reconoció que "la actual situación en Ruanda es el único caso que demanda una respuesta urgente de la comunidad internacional"¹⁴⁶ y recibió en el párrafo 2, la oferta de los Estados Miembro, para cooperar con el secretario general para alcanzar los objetivos de las Naciones Unidas en Ruanda a través del establecimiento de operaciones temporales... dirigidas a contribuir, de un modo imparcial, a la seguridad y la protección de los desplazados internos, los refugiados y los ciudadanos en riesgo en Ruanda". Por lo tanto, el Consejo de Seguridad, "ac-

cooperar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y otras agencias humanitarias que están operando en Mozambique para facilitar la rápida repatriación y reasentamiento de los refugiados y los desplazados" *non-official translation available/versión oficial no disponible en español*.

¹⁴² Res. 794 del Consejo de Seguridad (1992) del 23-II-1994, Doc. ONU S/Res./794 (1992) párr. 7 del preámbulo.

¹⁴³ *Id.*, párr. 3 del preámbulo.

¹⁴⁴ *Id.*, párr. 10.

¹⁴⁵ *Non-official translation available/versión oficial no disponible en español*.

tuando bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, autorizó... a los Estados Miembro a cooperar con el secretario general a conducir la operación referida en el párrafo 2 antes mencionado, utilizando todas las medidas necesarias para llevar a cabo los objetivos humanitarios¹⁵⁴ como se ha establecido previamente en la Resolución 925¹⁵⁵. Estos objetivos fueron los siguientes: "Contribuir a la seguridad y la protección de los desplazados internos, los refugiados y los ciudadanos en riesgo en Ruanda, incluso a través del establecimiento y mantenimiento, mientras sea posible, de áreas de seguridad humanitaria; y... proveer seguridad y soporte de pedidos de ayuda y operaciones de ayuda humanitaria"¹⁵⁶.

Además en Somalia, así como en Ruanda, el Consejo de Seguridad incluye la tarea de proveer asistencia y protección a los desplazados internos, en el mandato de las tropas de Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz¹⁵⁷.

Dos conclusiones pueden derivarse de esta reciente práctica del Consejo de Seguridad. En primer lugar, que en situaciones de conflictos armados no internacionales¹⁵⁸ o interestatales, que amenazan la paz y la seguridad en la región, los

¹⁵⁴ Res. 929 del Consejo de Seguridad (1994) del 23-VII-1994, Doc. ONU S/Res./925 (1994).

¹⁵⁵ Res. 925 del Consejo de Seguridad (1994) del 8-VI-1994, Doc. ONU S/Res./925 (1994) párr. 4. Los mismos objetivos fueron ya establecidas en la Res. 918 (1994) del Consejo de Seguridad (1994) del 21-IV-1994, Doc. ONU S/Res./918 (1994) párr. 3; en los párrafos preambulares la resolución hace referencia, *inter alia*, "[al] desplazamiento interno de un porcentaje significativo de la población ruandesa" (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*).

¹⁵⁶ UNOSOM II (Somalia): Res. 814 (1993) del Consejo de Seguridad del 26-VIII-1993, Doc. ONU S/Res./814 (1993), párr. 13; Res. 897 (1994) del 4-II-1994, Doc. ONU S/Res./897 (1994), párr. 2 (c); UNAMIR (Ruanda): Res. 872 (1993) del Consejo de Seguridad del 8-VI-1994, párr. 4 (a), Doc. ONU S/Res./963 (1994), Res. 963 (1994) del Consejo de Seguridad del 30-XI-1994, párr. 2 (a), Doc. ONU S/Res./966 (1994).

¹⁵⁷ Para el caso de un conflicto armado no internacional, *vid.* Res. 876 (1993) del Consejo de Seguridad del 19-X-1993, Doc. ONU S/Res./876 (1993), párr. 7; respecto a la situación en Abkhazia (advertiendo a todas las partes que "no impidan el acceso de la ayuda humanitaria internacional en la región") (*non-official translation available/versión oficial no disponible en español*).

Estados están obligados a garantizar a las agencias de las Naciones Unidas y a las organizaciones humanitarias internacionales, acceso a los civiles, incluidos los desplazados internos, necesitados de ayuda humanitaria, cuando al Estado que concierne está incapacitado o no está dispuesto a proveer esa asistencia. En segundo lugar, que la violación de esa obligación no autoriza a otros Estados u organizaciones internacionales humanitarias a intervenir y distribuir ayuda contra la voluntad del Estado al que concierne, excepto en casos de crisis humanitarias verdaderamente serias, que en sí mismas contribuyan a amenazar la paz y seguridad internacionales¹⁶⁰. Bajo esas circunstancias, el Consejo de Seguridad, en base al Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, puede autorizar a los Estados a utilizar "todos los medios necesarios", incluyendo las Fuerzas Armadas para dar acceso a los organismos humanitarios internacionales, a las personas necesitadas, incluyendo los desplazados internos. Entonces, por un lado, si el Consejo de Seguridad así lo ordena¹⁶¹, hay una clara obligación de los Estados de permitir asistencia humanitaria y protección a sus civiles y la población internamente desplazada, si ellos por sí mismos son incapaces o no están dispuestos a proveer dicha ayuda. Por otro lado, fuera de los casos excepcionales que involucren una amenaza a la paz y seguridad internacionales, no hay derecho a forzar a un Estado a aceptar esta ayuda, si ésta ha sido rechazada o denegada.

2. Seguridad para los trabajadores y las organizaciones de ayuda

La efectiva protección de asistencia a los desplazados internos frecuentemente depende de la seguridad de los trabajadores de ayuda y sus organizaciones. Primero y principal, el personal de ayuda, sus medios de transporte y los suministros

¹⁶⁰ Vid. párr. 3do. del preámbulo en la cita de la Res. 929 (1994) del Consejo de Seguridad del 23-VII-1994, Doc. ONU S/Res.929 (1994), y preámbulo de la Res. 794 (1992) del 23-XII-1992, Doc. ONU S/Res.794 (1992).

¹⁶¹ La relación entre la obligación de los Estados a respetar la resolución del Consejo de Seguridad que reclama el inmediato e no impedimento del acceso de la ayuda humanitaria y el principio consuetudino en la sección anterior del capítulo) de que la ayuda humanitaria no puede otorgarse sin el consentimiento del Estado interesado, no está clara en el momento dado.

de ayuda deben estar a salvo del ataque. Estos trabajadores también deben ser capaces de asistir y proteger a los desplazados internos sin impedimento u otras interferencias no garantizadas. El personal médico y religioso, así como sus unidades, transportes e insumos deben también recibir protección para llevar a cabo su asistencia especializada.

Aunque hayan ocurrido ataques y amenazas de violencia contra los trabajadores que ayudan durante tensiones, disturbios y desastres, tales actos no son habituales. En estas situaciones el personal de ayuda consigue protección legal contra tales actos, por agentes estatales, directamente del derecho de los derechos humanos. Además la Convención sobre Seguridad del Personal de Naciones Unidas y Personal Asociado¹⁶², se puede tornar relevante. Esta se aplica al personal de las Naciones Unidas y personal asociado, desplegado dentro de una operación de las Naciones Unidas, excepto aquellas operaciones en las cuales el personal de las Naciones Unidas está alistado como combatiente en una acción de fuerza bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas¹⁶³.

La Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado, también se aplica en situaciones de *conflictos armados no internacionales*. Además, el personal médico y religioso y sus transportes están protegidos, en cierta medida, por los artículos 9º a 12 del Protocolo II. En contraste, ni el artículo 3º ni el Protocolo II contienen provisiones que requieran expresamente a las partes en un conflicto respetar y proteger al personal de ayuda y otras personas no pertenecientes a las Naciones Unidas, empleadas en investigaciones y comprobaciones de actividades relacionadas con acciones de ayuda. La protección de estos trabajadores de ataques y otros actos de violencia, por lo tanto, debe estar

¹⁶² Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y Personal Asociado, anexo a la Res. 48/59 de la Asamblea General, adoptada sin votación el 9-XII-1994, todavía no vigente.

¹⁶³ Para gozar de las protecciones, privilegios e inmunidades otorgadas a éstos en este tratado, los trabajadores que proporcionan la ayuda deben ser calificados como "personal de las Naciones Unidas" o "personal asociado" en los términos definidos por la Convención. Debe señalarse que el personal del CICR no está cubierto por esta Convención.

basada en sus *status* de civiles y la naturaleza neutral e imparcial de la ayuda humanitaria que realizan. La acción de proveer ayuda tradicional a las víctimas de hostilidades internacionales, no puede ser vista, en ningún modo, como hostilidad o daño a ninguna de las partes en conflicto. Así, las actividades humanitarias de los trabajadores que participen en las acciones de socorro no pueden implicar la pérdida de su inmunidad frente a ataques directos, o justificar un juicio y castigo por uno de los beligerantes. Los ataques a estas personas constituirían una flagrante violación al artículo 3° respecto de actos de violencia contra las personas que no tomen parte activa en las hostilidades.

Similar a la ley aplicable a hostilidades internas, la Cuarta Convención de Ginebra no prevé protección general para personal de ayuda, sus transportes e insumos durante conflictos armados entre Estados. Esa protección de ataques directos durante guerras interestatales, deriva necesariamente de su condición de civiles y de la imparcialidad de las actividades humanitarias que realizan, o de la Convención sobre Seguridad de Naciones Unidas y Personal Asociado. Con la provisión de ayuda "[e]l personal será respetado y protegido", el artículo 71(2) del Protocolo I, protege explícitamente a dicho personal, aunque no a sus transportes y suministros. Sin embargo, en relación con el personal médico y sus transportes, el Derecho Humanitario contiene detalladas provisiones asegurando su protección¹⁹⁴. De acuerdo con el artículo 85 del Protocolo I, graves violaciones a la Convención de Ginebra, son también graves violaciones al Protocolo, si los actos prohibidos son realizados contra personal o unidades médicas, o sus transportes, o personal religioso, que estén bajo la protección de la parte contraria en el conflicto y protegidas por el Protocolo I.

De esta manera, cuando la Convención sobre Seguridad de las Naciones Unidas y Personal Asociado no es aplicable, el Derecho Humanitario ofrece adecuada protección a los trabajadores que prestan ayuda y al personal de organizaciones no gubernamentales. El Derecho Humanitario, sin embargo, no extiende hoy por hoy su protección a sus transportes y suministros.

¹⁹⁴ *Id.*, *inter alia*, arts. 18 a 22 del IV Convenio de Ginebra y arts. 15, 16, 18 y 21 a 21 del Protocolo I.

IV. CONCLUSIONES

¿Es suficiente con la abundancia de normas aplicables para concluir que hay protección para los desplazados internos? ¿Es necesaria una mayor prescripción legal o simplemente una mejor implementación de la existente? El representante de la Secretaría General en relación con los desplazados internos, en la compilación y el análisis de las normas legales sometidas a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1996¹⁴⁵, concluyó que mientras la legislación existente cubre muchos aspectos de particular relevancia para los desplazados internos, existen todavía áreas en las cuales esa legislación falla en proveer suficiente protección para ellos. Las situaciones en las cuales la protección legal está ausente, son sólo algunas. Sin embargo, hay ciertas categorías significativas respecto de las cuales la protección a los desplazados internos, es insuficiente¹⁴⁶.

Lagunas normativas: ésta es un área en la cual el Derecho Internacional no brinda ninguna protección a las legítimas necesidades de los desplazados internos. Las lagunas son pocas pero existen. Un ejemplo claro de ellas es la ausencia de derecho a la restitución de la propiedad perdida como consecuencia de un desplazamiento o a la compensación por ella, en situaciones de conflicto armado, ya sea interno o internacional.

Las lagunas en cuanto a la aplicación son numerosas. Existen cuando hay una norma legal que no es aplicable en todas las circunstancias. Por ejemplo, como una norma de Derecho Internacional de los derechos humanos es usualmente vinculante entre los Estados solamente, los desplazados internos carecen de suficiente protección en los casos de situaciones de tensión o disturbios si las violaciones son perpetradas por agentes no estatales. Otro caso de protección insuficiente se presenta en situaciones que caen bajo el umbral de la aplicación del Derecho Humanitario y permiten restricciones e incluso derogaciones a las garantías de los derechos humanos. En los raros casos en los cuales existe una auténti-

¹⁴⁵ Vid. *Compilación*.

¹⁴⁶ Vid. *Compilación*, párrs. 415/416

ca emergencia que no alcanza el nivel de un conflicto armado, los desplazados internos pueden quedar con una mínima protección legal ya que el estado puede derogar ciertas obligaciones en relación a los derechos humanos, que son clave para la protección de la vida, pero que bajo ciertas circunstancias pueden ser derogados. Finalmente no existen claras salvaguardas contra la detención arbitraria en situaciones de conflictos armados internos, como existen en el Derecho Humanitario y en el Derecho Internacional de los derechos humanos que pueden ser derogados en casos de situaciones serias de guerra civil.

Lagunas de consenso. Son menos serias desde un punto de vista estrictamente legal pero pueden causar numerosos problemas en la práctica. Este tipo de vacío puede encontrarse donde una norma general existe pero, un corolario, un derecho más específico todavía no ha sido articulado y formalmente reconocido, el cual aseguraría la implementación de la norma general en áreas de particular necesidad para los desplazados internos: un ejemplo es la prohibición de regreso a situaciones de peligro inminente. Ese tipo de prohibición puede ser deducida de la prohibición de tratos inhumanos. Ha sido reconocido que es inhumano enviar a una persona a un país donde se enfrentaría a la tortura, a la muerte o a cualquier otra violación seria de los derechos humanos¹⁶⁷. Como todos los casos legales se refieren al regreso a través de fronteras internacionales, una prohibición de retorno inhumano de los desplazados internos a áreas de peligro dentro de su propio territorio necesita articularse para asegurar que esas personas recibirán protección. Otro ejemplo puede ser encontrado en el área de no discriminación, donde las convenciones prohíben, *inter alia*, discriminación en las bases de "otro status" de la persona en cuestión. Pese a que este puede ser interpretado para incluir el status de los desplazados internos, todavía no ha sido establecido como tal por un cuerpo con autoridad. Un último ejemplo es el que nos brinda la prohibición de detención arbitraria, la cual, como tal, es claramente reconocible. Sin embargo, tanto en la práctica interna como en la internacional, las precondiciones de detención legal de los desplazados internos en campamentos cerrados no están claras. Una aclaración de estas condiciones previas ayudaría a proteger los derechos

¹⁶⁷ Vid. *Compendio*, párrs. 250/251/252.

legítimos de los desplazados internos, particularmente si se hace en un modo restrictivo.

Finalmente, hay numerosas lagunas de ratificación. Éstas resultan en un vacío de protección jurídica de los desplazados internos en los Estados que no han ratificado tratados claves de derechos humanos o los protocolos adicionales de las Convenciones de Ginebra.

En cuanto al derecho sustantivo, la compilación y el análisis concluyen que respecto al derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de tomar rehenes, la prohibición de someter a formas contemporáneas de esclavitud, los derechos a la subsistencia, y muchos aspectos de los derechos religiosos, el Derecho Internacional vigente parece proteger suficientemente la mayoría de las necesidades específicas de los desplazados internos. Si estos derechos son violados frecuentemente, no es por que la protección jurídica sea inadecuada sino por la no disposición de los Estados, y/o en casos de conflictos no internacionales, de las fuerzas disidentes, para observar obligaciones vinculantes.

Hay, de todos modos, serias lagunas en el derecho. Como se apunta arriba, son numerosas las áreas en las que existe una norma general, pero no ha sido articulado un corolario de derechos específicos para la protección de las necesidades particulares de los desplazados internos. Además, hay otras claras lagunas en el Derecho Internacional vigente. Aunque no es posible discutir aquí en detalle todos estos casos, es importante destacar que, *inter alia*¹⁶⁸, hay una necesidad determinada para llevar a cabo lo siguiente:

- anunciar que la noción de "otro status" prohibiendo la discriminación incluye el status de desplazados internos;
- establecer una clara prohibición de desplegar y usar minas terrestres y dispositivos similares por iniciativa de cualquier parte en un conflicto armado de cualquier clase¹⁶⁹;
- especificar medidas para la protección de las mujeres

¹⁶⁸ Para una lista completa de lagunas y áreas de debilidad normativa, *vid. Compilación*, párr. 415/416.

¹⁶⁹ *Id. Compilación*, párr. 109 (explicatorio de los significativos peligros que las minas terrestres suponen para los civiles, especialmente para los desplazados internos, tanto durante las hostilidades como después de éstas).

desplazados internos contra violencia específica por razón de género;

- aclarar y restringir las condiciones pre-existentes para la detención legal de los desplazados internos en campamentos cerrados;

- destacar que los desplazados internos nunca pueden ser usados como "escudos humanos" en conflictos armados de cualquier clase por ninguna de las partes del conflicto;

- contemplar las necesidades especiales de las mujeres desplazadas internas en las áreas de salud reproductiva y psicológica, así como de las necesidades especiales de las personas discapacitadas en campamentos para los desplazados;

- especificar que los desplazados internos tienen derecho a ir a un lugar seguro dentro o fuera de su país en toda situación, o de volver voluntariamente y con seguridad a su lugar de residencia. También necesitan una garantía específica contra los retornos forzados a lugares que encierran peligro para su seguridad o salud;

- reconocer deberes específicos de los Estados y actores no gubernamentales para proveer a las necesidades específicas de los desplazados internos en cuanto a identificación personal, documentación e inscripción;

- contemplar las necesidades especiales de los desplazados internos y en particular de las mujeres desplazadas internas en cuanto a la igualdad de oportunidades de empleo y otras actividades económicas;

- crear un derecho a la restitución de la propiedad perdida como consecuencia del desplazamiento, o compensación en situaciones de conflicto armado, ya sea interno o internacional;

- reconocer un deber de los Estados a aceptar ofertas de asistencia y ayuda por parte de organizaciones humanitarias; y proteger a los representantes de organizaciones no gubernamentales, los trabajadores que prestan la ayuda, así como sus transportes y equipos de ayuda.

En puntos en los que este análisis muestra que las necesidades de los desplazados internos no están suficientemente protegidas por el Derecho Internacional existente, sería deseable enunciar de nuevo principios generales de protección en más detalle, y contemplar la clara protección de actuales lagunas, pudiendo, por ejemplo, tomar la forma de cuerpo de principios para los desplazados internos. Un documento de este tipo no necesitaría de la creación de un nuevo *status* legal de

personas desplazadas internas. En su lugar, destacaría las necesidades de los desplazados y articularía soluciones jurídicas específicas derivadas de las garantías existentes.

Un documento de este tipo es deseable para cubrir lagunas identificadas pero también por otra razón: los derechos de los desplazados internos son frecuentemente ignorados o incluso violados simplemente por falta de atención. Como muestran la compilación y el análisis del representante, el Derecho Internacional existente protege a los desplazados internos de un modo complicado e incompleto en muchos aspectos. Un cuerpo de principios que anuncie de nuevo y refuerce los derechos esenciales de los desplazados internos proveería de una guía autorizada y por tanto facilitaría el trabajo de las organizaciones humanitarias que asumen acciones de ayuda y realizan otros servicios necesarios para estas personas.

APÉNDICE

PRINCIPIOS ORIENTADORES PROPUESTOS SOBRE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

SECCIÓN I. PRINCIPIOS GENERALES

Principio 1

1. A los fines de estos Principios Orientadores, los desplazados internos son personas o grupos de personas que han sido forzadas a huir o dejar sus hogares o lugares de residencia habitual, en particular, como resultado o para eludir los efectos de conflictos armados, situaciones de violencia generalizada, violaciones a los derechos humanos o desastres por causas naturales o humanas, y que no han cruzado una frontera estatal reconocida internacionalmente.

2. Los desplazados internos deberán disfrutar en plena igualdad de los mismos derechos y libertades bajo el derecho internacional y nacional de la misma manera en que lo hacen otras personas en sus países. No podrán ser discriminados en cuanto al disfrute de sus derechos y libertades sobre la base de ser desplazados internos.

Principio 2

1. Estos principios deberán ser observados por toda persona, grupo o autoridad, más allá de su *status* legal, y serán aplicados sin distinción adversa. La observancia de estos estándares no afectará el *status* legal de ninguna persona, grupo o autoridad involucrada.

2. Estos principios no deberán entenderse como restrictivos, modificatorios o limitativos de las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o derecho humanitario o derechos reconocidos a las personas por el derecho interno. En particular, estos principios se aplican sin perjuicio del derecho a buscar y disfrutar de asilo en otros países.

Principio 3¹

1. Las autoridades nacionales tienen la responsabilidad primaria y el deber de proveer protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos dentro de su jurisdicción. Esas personas tienen el derecho de requerir y recibir protección y asistencia de esas autoridades.

2. Los desplazados internos no podrán ser perseguidos o castigados por hacer dicho requerimiento.

Principio 4²

1. Estos principios deberán ser aplicados sin discriminación de ningún tipo, como raza, color, sexo, lengua, religión o creencia, opinión política o cualquier otra, nacionalidad, étnica o de origen social, status legal o social, edad, discapacidad, propiedad, nacimiento, o cualquier otro criterio similar.

2. Determinados desplazados internos, como las mujeres embarazadas, madres con hijos menores, menores no acompañados, personas discapacitadas y personas ancianas, ten-

¹ Para las conclusiones relacionadas con este asunto, ver párrs. 380-81 del Informe del representante del secretario general, Sr. Francis Deng, presentado de acuerdo a la Resolución 1995/57 de la Comisión de Derechos Humanos, *Compilación y Análisis de Normas Legales (E/CN.4/1996/52) Add 2*, en adelante, *Compilación y Análisis*.

² La *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 65 respecto a la igualdad y la no-discriminación:

"Puede concluirse que, en situaciones de tensión y disturbio, o desastres, los desplazados internos están protegidos integralmente por las prohibiciones de la discriminación y las garantías de protección igualitaria. No obstante, un instrumento interaccional deberá establecer explícitamente que el término 'otro status' en las cláusulas contra la discriminación incluye el status de los desplazados internos. Adicionalmente, las disposiciones fundamentales del derecho humanitario se aplican a todos los civiles, por lo que ofrecen total protección a los desplazados internos contra la discriminación violenta. No obstante, sería útil destacar este principio explícitamente en un futuro instrumento interaccional relacionado con el status legal de los desplazados internos".

Además, la *Compilación y Análisis* expresa en el párr. 415 (a):

"Respecto de la discriminación, debería declararse que la noción 'otro status' prohibiendo la discriminación incluye el status de los desplazados internos".

drán derecho a la protección y asistencia requerida de acuerdo a su condición y a un tratamiento que tome en cuenta sus necesidades particulares.

SECCIÓN II. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPLAZAMIENTO²

Principio 5

Las autoridades competentes deberán respetar y asegurar el cumplimiento de sus obligaciones establecidas por el dere-

² Respecto de la adecuación de las normas relacionadas con el desplazamiento arbitrario, la Comisión y el Análisis, Segunda Parte: "Aspectos legales relacionados con la Protección contra el Desplazamiento Arbitrario" concluye que:

"El derecho internacional humanitario y el derecho relacionado con los indígenas contienen una expresa prohibición contra el desplazamiento arbitrario. En contraste, en la generalidad de las normas sobre derechos humanos, esta prohibición se encuentra sólo implícitamente en algunas disposiciones, particularmente la libertad de circulación y elección de residencia, el derecho a no ser interferido arbitrariamente en el propio hogar y el derecho a la vivienda. No obstante, estas normas no proveen una adecuada protección ni una cobertura comprensiva en todas las instancias del desplazamiento arbitrario, pues no remarcan cuáles son las circunstancias dentro de las cuales el desplazamiento es permisible. Adicionalmente, están sujetas a restricciones y derogaciones.

"La ausencia de normas de *legis lata* en el derecho internacional de los derechos humanos sobre el movimiento forzado de personas ha resultado en una incertidumbre sobre su *status* dentro del derecho internacional. Por ejemplo, la Sub-Comisión ha emitido el interrogante de 'si hay un derecho, disfrutado por individuos o grupos, a no ser sujeto pasivo o indudado de desplazamiento de personas, ya sea como participantes o como destinatarios'. Tampoco esta materia ha sido presentada suficientemente en las deliberaciones de los tratados de las Naciones Unidas.

"De todas maneras, un análisis del derecho internacional mencionado anteriormente, así como otras disposiciones de derecho internacional, particularmente, las normas de derechos humanos sobre la protección de la vida y la seguridad personal, propiedad y no-discriminación, o el derecho ambiental, demuestra que el desplazamiento de personas no debe ser discriminatorio y puede ser llevado adelante excepcionalmente y sólo en circunstancias específicas determinadas en el derecho internacional, con el debido respeto de los principios de necesidad y proporcionalidad. El desplazamiento no debería durar más de lo estrictamente necesario por las exigencias de la situación, y no deberá ser colectivo, especialmente en situaciones distin-

cho internacional, incluyendo los derechos humanos y el derecho humanitario, en toda circunstancia, para evitar condiciones que puedan llevar al desplazamiento de personas.

Principio 6

1. Todo ser humano tendrá el derecho a la protección contra el desplazamiento arbitrario de su hogar o lugar de residencia habitual.

2. La prohibición del desplazamiento arbitrario incluye el desplazamiento en:

a. Situaciones basadas en políticas de *apartheid*, "purga-

tas a emergencias y conflictos armados. El desplazamiento causado por, o que razonablemente pueda resultar en genocidio, "purgación étnica", *apartheid* y otras formas sistemáticas de discriminación, tortura y tratamiento inhumano o degradante, están absolutamente prohibidos, pudiendo resultar en responsabilidad criminal bajo el derecho internacional para los perpetradores.

Antes de llevar a cabo cualquier desplazamiento, las autoridades deberán asegurar que todas las alternativas posibles hayan sido exploradas de manera que se evite, o al menos se minimicen, los desplazamientos forzados. En los casos de reubicación, se deberá garantizar la provisión de habitación adecuada y condiciones satisfactorias de higiene, salud, seguridad y nutrición; los miembros de una misma familia no deben ser separados. Puede esperarse normalmente que se lleven adelante revisiones individuales de cada caso y acciones administrativas individuales, y no colectivas, llevadas adelante por las autoridades designadas específicamente por ley a ese efecto. La única excepción a esto sería las emergencias genuinas, cuando la evacuación de grupos enteros o de las personas comprometidas sea necesaria o imperativa. Las personas a desplazar deberán tener acceso adecuado a la información relacionada con su desplazamiento y con los procedimientos de compensación y reubicación, así como remedios efectivos, y cuando fuere apropiada, compensación por la pérdida de tierras u otros bienes. Deben realizarse esfuerzos para obtener un consentimiento libre e informado de aquellas que sean desplazadas. Cuando estas garantías estén ausentes, dichas medidas serán arbitrarias, y por ende ilegales. Debe brindarse una protección especial a los grupos indígenas, minorías, granjeros, pastores y otros grupos con una especial dependencia y arraigo sobre sus tierras.

Por lo tanto, es necesario definir explícitamente qué es inherente en el actual derecho internacional a un derecho a no ser desplazado arbitrariamente. Particularmente, deben especificarse las condiciones y bases no permisibles para el desplazamiento, así como las garantías procedimentales mínimas que deberán ser cumplidas si se llevare adelante un desplazamiento (requisitos de "debido proceso sustancial y procesal").

ción étnica" o prácticas similares orientadas a la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada.

- b. Situaciones de conflictos armados, salvo que la seguridad de los civiles afectados o razones militares imperativas le demanden.
 - c. Casos de proyectos de desarrollo a gran escala, que no son justificados por importantes o extraordinarios intereses públicos.
 - d. Casos de desastres, salvo que la seguridad y salud de los afectados requiera su evacuación.
3. El desplazamiento no podrá extenderse más allá de lo requerido por las circunstancias.
4. El desplazamiento colectivo está prohibido, salvo en situaciones de conflictos armados o desastres.

Principio 7

1. Con anterioridad a cualquier decisión que involucre el desplazamiento de personas, las autoridades deberán asegurar que todas las alternativas viables al desplazamiento han sido exploradas. Cuando tales alternativas no existan, todas las medidas deberán propender a minimizar el desplazamiento.

2. Las autoridades que lleven adelante tal desplazamiento deberán asegurar, dentro del máximo de sus posibilidades, que se provee y asegure una ubicación adecuada para los desplazados, que tales desplazamientos se ejecuten en condiciones satisfactorias de nutrición, higiene, salud y seguridad, y que los miembros de las mismas familias no sean separados.

3. Si el desplazamiento ocurre en situaciones que no sean conflictos armados o desastres, las siguientes garantías deberán ser respetadas:

- a. Una decisión con fuerza de ley de las autoridades estatales, que ordene tales medidas;
- b. Adecuadas medidas que garanticen a aquellos que serán desplazados información completa sobre las razones y procedimiento de su desplazamiento, y cuando fuese necesario, sobre su reubicación y compensación;
- c. Deberá obtenerse el consentimiento libre e informado de aquellos que serán desplazados;
- d. Las autoridades comprometidas, deberán buscar que

- aquellos que sean afectados participen en el planeamiento y ejecución de su reubicación;
- e. Las medidas de fuerza, cuando sean necesarias, deben ser llevadas a cabo por autoridades de seguridad legalmente competentes; y
 - f. El derecho a un efectivo remedio, incluyendo la revisión de tal decisión por una autoridad judicial apropiada.

Principio 8

El desplazamiento no será llevado a cabo de tal manera que viole los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de aquellos que sean afectados por él.

Principio 9

Los Estados tienen la particular obligación de proteger contra el desplazamiento a los indígenas, menores, empleados rurales, pastores y otros grupos que tengan una especial dependencia y arraigo con sus tierras.

SECCIÓN III. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DURANTE EL DESPLAZAMIENTO⁴

Principio 10

1. Todo ser humano tiene el derecho inherente a la vida, que será protegido por la ley. Nadie será privado arbitrariamente de su vida. Los desplazados internos serán protegidos particularmente contra:

⁴ Respecto a la aptitud del derecho internacional en lo referente al derecho a la vida, la *Comisión y Asesorar* concluye en el párr. 88:

"Puede concluirse que los desplazados internos están adecuadamente protegidos por el derecho internacional contra las violaciones del derecho a la vida y seguridad. La brecha de la Cuarta Convención de Ginebra creada por la noción de 'personas protegidas', es llenada en gran medida por el Protocolo I y por las normas interogables de derechos humanos. Las frecuentes violaciones a estos derechos de los desplazados no son consecuencia de vacíos legales, sino de blandura en la implementación de las normas existentes. De todas maneras, sería útil incluir una disposición en un futuro instrumento internacional por la cual los desplazados internos deban ser protegidos contra los ataques indiscriminados o desproporcionados y que prohíba los ataques militares o armados sobre los campos o establecimien-

- a. Genocidio;
- b. Asesinato;
- c. Ejecuciones sumarias o arbitrarias;
- d. Desapariciones forzadas, incluyendo el secuestro o la detención no consentida⁵, amenazando o resultando en la muerte;

las donde dichas personas se ubican. Adicionalmente, dado el uso extensivo de las 'zonas de libre fuego' y de su inherente carácter ilegal, cualquier instrumento internacional aplicable a los desplazados internos debe prohibir absolutamente la creación de dichas zonas en todos los conflictos armados⁶.

Además, la *Compilación y Análisis* concluye en su párr. 415 (b):

"Respecto de la protección de la vida en conflictos interestatales, debe clarificarse que, de acuerdo al Protocolo I y a las normas inderogables de los derechos humanos, los desplazados internos están siempre protegidos contra los actos de violencia cometidos por su propio gobierno. Además, debe ser enfatizado que los ataques sobre campos o establecimientos de desplazados internos o la creación de zonas de libre fuego en dichas áreas se encuentran estrictamente prohibido".

⁵ La *Compilación y Análisis* concluye en sus párrs. 99-101 sobre las desapariciones:

"De acuerdo con la Declaración sobre la Protección de Toda Persona contra las Desapariciones Forzadas (1992), los desplazados internos están, al igual que otras personas, protegidos contra esta práctica. Aunque la Declaración no es obligatoria bajo el derecho internacional, está basada en —y refleja de gran medida— el derecho consuetudinario, así como también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos. No obstante, la Declaración sólo se aplica a las desapariciones forzadas perpetradas por los agentes del Estado.

"La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas no se aplica a determinadas situaciones de conflictos armados interestatales. Aunque la Declaración de las Naciones Unidas no contiene una disposición similar, los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo en Desapariciones Forzadas e Involuntarias dejan fuera cualquier acto realizado en una situación de conflicto armado interestatal. Por lo tanto, aun las típicas situaciones de desapariciones forzadas no pueden ser cubiertas si se relacionan directamente con dicho tipo de conflictos armados.

"Ante la carencia de reglas explícitas y de precedentes en el derecho internacional en relación con las desapariciones de personas durante conflictos armados, un futuro instrumento internacional debería remarcar que los desplazados internos deben ser protegidos contra las desapariciones cometidas por cualquier parte involucrada en un conflicto armado".

La *Compilación y Análisis* en su párr. 416 (a) establece al respecto:

"Respecto de las desapariciones, debe ser clarificado que las desapariciones

a. Amenazas o incitación⁶ a cometer cualquiera de los actos mencionados.

2. Los ataques o cualquier otro acto de violencia ejercido contra los desplazados internos que no participan o dejaron de participar en las hostilidades, están prohibidos en toda circunstancia. Los desplazados internos deberán ser protegidos particularmente contra:

- a. Ataques directos e indiscriminados y otros actos de violencia⁷, incluyendo la creación de áreas donde los ataques sobre los civiles estarían permitidos;
- b. Su uso para esconder objetivos militares de ataques, o esconder, favorecer o impedir operaciones militares⁸;
- c. El uso de minas antipersonales⁹; y
- d. Ataques contra sus campos o colonias¹⁰.

ciones de desplazados internos en cualquier situación durante un conflicto armado están prohibidas; y que esta prohibición se aplica a todas las partes involucradas en el conflicto”.

⁶ El Protocolo I, art. 75.2 (e) y el Protocolo II, art. 4.2 (b), prohíben “las amenazas de cometer cualquiera de los siguientes actos”, pero no dicen nada sobre la incitación a cometerlos.

⁷ Ver *Compilación y Análisis*, párr. 488, citado *supra* en nota 4.

⁸ La *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 164 respecto a “usar como escudo”:

“El Derecho Internacional actual provee protección adecuada contra los actos de toma de rehenes. Tomar escudos está claramente prohibido en conflictos armados interestatales, pero en otros supuestos, la situación legal es menos clara. Tomando en cuenta las experiencias del Representante (In. 225) será apropiado considerar el uso de los desplazados internos como ‘escudos’ en los borradores de un instrumento internacional”.

Además, el párr. 415 (e) de la *Compilación y Análisis* concluye:

“Respecto de ‘usar como escudo’, sería apropiado especificar que los desplazados internos nunca deben ser utilizados como ‘escudos’ humanos en conflictos armados de cualquier tipo por ninguna de las partes en conflicto”.

⁹ La *Compilación y Análisis*, párr. 113, concluye respecto de la adecuación del derecho internacional referido a minas terrestres:

“Un futuro instrumento internacional aplicable a los desplazados internos, debería tomar en cuenta la particular vulnerabilidad de los desplazados internos, en relación con las minas terrestres y debería garantizar la absoluta protección de los desplazados internos contra minas terrestres o dispositivos similares”.

Además, la *Compilación y Análisis*, en su párr. 416 (e) concluye:

Principio 11

1. Todo ser humano tiene el derecho a la dignidad y a la integridad física, mental y moral.

2. Los desplazados internos, haya sido restringida o no su libertad, deberán ser protegidos particularmente contra:

a. Violación¹¹, mutilación, tortura¹², tratos o penas crue-

¹¹Respecto de la utilización de minas terrestres o dispositivos similares, es necesario establecer una clara prohibición de desplegar y utilizar esa clase de armas contra los desplazados internos, por ninguna de las partes, en conflictos armados de ningún tipo".

Debe tenerse en cuenta también la continuidad de la Conferencia de la ONU respecto del repaso de la Convención sobre Armas.

¹² Vid. *Compilación y Análisis*, párr. 88, citado supra nota 4. La *Compilación y Análisis*, párr. 415 (b), concluye a este respecto:

"Respecto de la protección de la vida, en los conflictos armados interestatales, debe ser aclarado que, según lo establece el Protocolo I y normas indereguables de derechos humanos, los desplazados internos están siempre protegidos contra los actos de violencia cometidos por su propio Gobierno. Además, se debe resaltar, que los ataques en los campos o asentamientos de los desplazados internos o la creación de zonas de libre fuego en estas áreas, están estrictamente prohibidas".

¹³ Como categorizar la violación en este contexto es un problema:

El Protocolo II, art. 4.2 (a) no habla explícitamente de violación, pero prohíbe "en particular, el homicidio, así como el tratamiento cruel como la tortura, mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal".

El Instituto Interamericano, art. 1.º, habla en este contexto de "especialmente homicidio y tratamiento cruel como tortura y mutilación o cualquier forma de castigo físico". La violación debe ser interpretada de tal forma que esté incluida "en cualquier tipo de abuso sexual", mencionado en el artículo 1.º, concerniente a la dignidad personal.

La *Compilación y Análisis*, concluye en el párr. 142 respecto a la violencia específica de género, lo siguiente:

"A pesar de que puede concluirse que el derecho internacional actual, en principio, brinda adecuada protección respecto de la violencia específica de género contra los desplazados internos, muchas de estas garantías, especialmente en relación con los desplazados internos, necesitan ser resaltado y más claramente detallado en un futuro instrumento internacional".

Además la *Compilación y Análisis*, en su párr. 415 (c), concluye:

"Respecto de la violencia específica de género, la ley, en principio, brinda adecuada protección. Sin embargo, deben adoptarse medidas específicas para asegurar la protección de las necesidades específicas de las mujeres desplazadas internas".

¹⁴ Para la conclusión de la *Compilación y Análisis* respecto a la tortura, vid. *infra* nota 13.

- les, inhumanos o degradantes¹³, o cualquier otro abuso sobre la dignidad personal, como los actos de violencia sobre un sexo específico¹⁴, prostitución forzada, y cualquier otra forma de ataque indecente;
- b. Esclavitud y cualquier forma de esclavitud contemporánea¹⁵, como la venta matrimonial, la explotación sexual o el trabajo forzado de niños;
- c. Actos de violencia ejercidos para expandir el terror entre los desplazados internos; y
- d. Amenazas o incitaciones¹⁶ a cometer cualquiera de los actos mencionados.

Principio 12¹⁷

1. Todo ser humano tiene el derecho a la libertad y seguridad personal. Nadie podrá ser sujeto de arresto o detención arbitraria.

¹³ La *Compilación y Análisis*, párr. 123, concluye respecto del trato cruel e inhumano:

"Los desplazados internos están plenamente protegidos contra la tortura y el trato cruel e inhumano, y cuando son detenidos, deben gozar de las mismas garantías que otras personas privadas de su libertad".

¹⁴ *Id.*, la *Compilación y Análisis*, párrs. 142 y 415 (c), *supra* nota 11.

¹⁵ La *Compilación y Análisis*, párr. 179 concluye:

"En el derecho internacional, la esclavitud y las prácticas esclavistas están prohibidas por garantías absolutas e inderogables. Sin embargo, en virtud de que los desplazados internos, en particular las mujeres y niños, son vulnerables a esos abusos, sería útil dejar asentado el problema en un futuro instrumento internacional".

¹⁶ *Id.*, *supra* nota 6.

¹⁷ Respecto de la adecuación del derecho internacional en relación con la libertad y la detención, la *Compilación y Análisis* concluye en párr. 156:

"El derecho a la libertad, el *habeas corpus* y amparo también protegen a los desplazados internos. Sin embargo, las precauciones para una detención legítima de los desplazados internos en campos cerrados permanecen poco claras. Hay un claro vacío en el derecho internacional en lo que respecta a detenciones en situaciones de conflictos armados no internacionales. Un instrumento internacional futuro debería considerar estos problemas".

Ver también la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (d), que concluye:

"Respecto de la detención, existe la necesidad de aclarar y restringir las precauciones para una detención legítima de los desplazados internos en los campos cerrados".

2. Para la efectividad de este derecho para con los desplazados internos, ninguna de tales personas será internada o confinada a un campo, al menos y hasta tanto sea absolutamente necesario para:

- a. La prevención del desorden o la protección de la salud pública; o para
- b. Su salvaguardia en casos de razones imperativas de seguridad durante situaciones de conflictos armados.

3. Los desplazados internos serán protegidos del arresto discriminatorio y de la detención como resultado de su desplazamiento.

4. En ningún caso los desplazados internos serán tomados como rehenes.

Principio 13¹⁸

1. En ninguna circunstancia los niños desplazados serán reclutados ni serán requeridos o autorizados a tomar parte en las hostilidades.

Además, la *Compilación y Análisis*, párr. 416 (d) concluye:

"Respecto de la detención, están faltando salvaguardias contra la detención arbitraria de los desplazados internos, en situaciones de conflictos armados no internacionales".

¹⁸ La *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 171:

"Respecto a las necesidades primordiales de los niños desplazados internos, el derecho internacional actual les brinda protección. No obstante, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de estos niños, un futuro instrumento internacional que podría estar inspirado en los lineamientos sobre reclutamiento forzado de niños refugiados del ACNUR, debería prever la prohibición de reclutar niños en las fuerzas armadas de cualquiera de las partes en un conflicto. Respecto a los adultos, el derecho internacional actual contiene una garantía no explícita, aplicable generalmente a los adultos en casos de reclutamiento forzado por las partes en cualquier tipo de conflicto armado. Como los desplazados internos adultos son especialmente vulnerables a prácticas de conscripción discriminatorias, que están prohibidas, sus especiales necesidades deben ser previstas también en un futuro instrumento internacional".

Véase también, la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (f), que concluye:

"Respecto del reclutamiento forzado, existiendo lineamientos acerca del reclutamiento forzado de niños refugiados, estos pueden inspirar principios concernientes al reclutamiento forzado de niños desplazados internos. Como los adultos desplazados internamente son especialmente vulnerables

2. Los desplazados internos deberán ser protegidos contra prácticas discriminatorias en el reclutamiento de las fuerzas o grupos armados como resultado de su desplazamiento. Particularmente, están prohibidas en toda circunstancia las prácticas crueles, inhumanas y degradantes que obliguen o castiguen el incumplimiento del reclutamiento.

Principio 14¹⁹

1. Cada desplazado interno tiene el derecho a la libertad de desplazamiento y libertad para elegir su residencia.

2. En particular los desplazados internos tienen el derecho de desplazarse libremente dentro y fuera de los campos o asentamientos.

3. Estos derechos pueden ser restringidos únicamente, de acuerdo a normas legales, sobre la base de la necesidad de prevención del desorden o para la protección de la seguridad nacional, salud pública o los derechos o libertades de otros.

Principio 15

1. Los desplazados internos tienen:
 - a. El derecho a buscar seguridad en otro lugar del país²⁰;

a prácticas de conscripción discriminatorias, sus especiales necesidades deben ser previstas en un futuro instrumento".

¹⁹ La *Compilación y Análisis*, párr. 335 establece el siguiente principio existente en el derecho internacional, relacionado con las necesidades de movimiento de los desplazados internos:

"La libertad de movimiento y el derecho a elegir la propia residencia así como las garantías más elaboradas del derecho humanitario, prohíben, en principio, el desplazamiento forzado y la reubicación. En consecuencia, existe en el derecho internacional un derecho a no ser desplazado o reubicado, aunque su contenido específico y sus limitaciones no son claras. Ello plantea complejos problemas legales y hacen necesarias futuras investigaciones. La libertad de movimiento también brinda a las personas en situaciones de peligro, el derecho a encontrar refugio en un lugar seguro del país; este derecho, sin embargo, no está expresamente reconocido en el derecho internacional y debe ser enunciado en un futuro instrumento internacional".

²⁰ Para la conclusión respecto del derecho a la libertad de movimiento, en la *Compilación y Análisis*, párr. 335, *id.* supra nota 19. Respecto de la posibilidad de encontrar refugio en una parte segura del país, la *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 415 (i):

- b. El derecho a dejar su país y buscar asilo en otro país²¹;
- c. El derecho a ser protegido contra el regreso forzado o el restablecimiento a cualquier lugar donde su vida, seguridad, libertad y/o salud pueda estar en riesgo.

Principio 16

1. Todos los desplazados internos tienen el derecho a saber el destino y datos sobre sus parientes desaparecidos.

2. Las autoridades correspondientes deberán perseguir la averiguación del destino y demás datos sobre los desplazados internos que se hayan reportado desaparecidos²² y cooperar con las organizaciones internacionales relevantes com-

"Respecto a la libertad de movimiento, los desplazados internos necesitan garantías específicas relativas al derecho a ir a un lugar seguro dentro de su país, o buscar asilo en el extranjero en todas las situaciones, o retornar voluntariamente y a salvo a su lugar de residencia. Asimismo, necesitan una garantía específica contra el regreso forzado a lugares peligrosos para su salud y/o seguridad".

²¹ La *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 241 respecto al derecho a dejar su país y buscar asilo:

"Hay una protección legal insuficiente en relación con el derecho de los desplazados internos de dejar su país y buscar asilo en otra parte, en situaciones de conflictos armados. Este vacío debe ser llenado en un futuro instrumento internacional. Adicionalmente, como muchos países no estén preparados para asegurar el asilo a los refugiados si pueden encontrar una 'vía interna alternativa', p.e. refugiarlos en su propio país como desplazados internos, debería ser establecido que el derecho a buscar y disfrutar de asilo no se pierde por el hecho de que quienes lo buscan, hayan sido, previamente, desplazados internos".

Véase también la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (i), *supra* nota 20.

²² La *Compilación y Análisis*, párr. 108 concluye en cuanto a la adecuación del derecho internacional respecto de las personas desaparecidas y muertas:

"Para completar estas lagunas, un futuro instrumento internacional debe prever explícitamente, bajo todas circunstancias, la búsqueda y la recopilación de información concerniente a cualquier desplazado interno desaparecido, y la búsqueda y un entierro respetuoso de aquellos que han sido asesinados".

Además, el párr. 41 (b) de la *Compilación y Análisis* concluye:

"Respecto de los desaparecidos y muertos, está faltando en el derecho internacional, la obligación de buscar a los desplazados internos desaparecidos, de recopilar información concerniente a su destino y de buscar y enterrar respetuosamente a aquellos que han sido asesinados".

prometidas en esta tarea. Deberán informar al pariente más próximo del progreso de la investigación y notificarle cualquier resultado.

3. Las autoridades correspondientes deberán recoger e identificar los restos mortales de los que hubieran fallecido, previniendo su despojo o mutilación, y facilitar el regreso de aquellos restos al pariente más próximo o disponer de ellos respetuosamente.

4. Los sitios de inhumación de los desplazados internos deberán ser protegidos y respetados en toda circunstancia. Los desplazados internos deberán tener el derecho de acceder a los sitios donde sus parientes fallecidos hubieran sido enterrados.

Principio 17²³

1. Todo ser humano tiene el derecho al respeto de su vida familiar.

2. Para hacer efectivo este derecho de los desplazados internos, los miembros de la familia que deseen mantenerse juntos deberán estar autorizados a hacerlo²⁴.

3. Las familias que sean separadas por el desplazamiento deberán ser reunidas lo antes posible. Todas las medidas apropiadas deberán ser ejecutadas para lograr la reunión de los miembros de aquellas familias, particularmente cuando se encuentren involucrados niños. Las autoridades responsables deberán facilitar las encuestas realizadas por los miembros de la familia e incentivar y cooperar con el trabajo de las

²³ La *Compilación y Análisis*, en el párr. 301 concluye respecto a la unidad familiar y la reunificación:

"A pesar de que en general, el derecho internacional actual protege adecuadamente muchas de las necesidades familiares de los desplazados internos, no prevé normas para la reunificación de las familias separadas por desplazamiento en situaciones de tensiones, disturbios y desastres. Un instrumento internacional debe también prever la cuestión de la reunificación de las familias separadas en conflictos armados no-internacionales".

Además, la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (j) concluye:

"Respecto a las necesidades familiares, la cuestión de la reunificación de la familia en situaciones de conflictos armados no-internacionales debe ser aclarada".

²⁴ Este principio no se aplica a los miembros de la familia que están siendo retenidos o detenidos por un crimen.

organizaciones humanitarias comprometidas en la búsqueda de la reunión de familias.

4. Los miembros de familias de desplazados internos cuya libertad personal haya sido restringida por el internamiento o confinamiento en campos, tendrán el derecho a permanecer juntos.

Principio 18²³

1. Todos los desplazados internos tienen el derecho a un estándar de vida adecuado.

2. En toda circunstancia disfrutarán, en condiciones de igualdad y seguridad, del derecho a:

- a. Alimento esencial y agua potable;
- b. Resguardo y habitación mínima;
- c. Vestimenta apropiada; y
- d. Servicios médicos y sanitarios esenciales²⁴.

²³ Respecto a comida, agua, vestimenta y vivienda, la *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 194:

"Las garantías de comida, agua potable, vestimenta y vivienda son de vital importancia para los desplazados internos. Como un derecho de la supervivencia, el derecho a la comida, necesariamente, debe incluir el derecho al agua potable, también debe garantizar el acceso a una dieta nutricionalmente balanceada que satisfaga las necesidades especiales de las mujeres, niños, bebés y a los enfermos y ancianos. Ya sea durante el desplazamiento, en tránsito o cuando hayan sido asentados en campos, todos los desplazados internos deben disfrutar de estos derechos muy básicos, incluyendo el derecho al acceso seguro a la comida y al agua, todos los cuales resultan esenciales para asegurar el mínimo estándar adecuado de vida (fn. 272). A pesar de que, en principio, el derecho internacional garantiza estos derechos a los desplazados internos en todas las situaciones, incluyendo aquellas de conflictos armados no internacionales, un futuro instrumento internacional debe prever estos problemas y resaltar la naturaleza absoluta e inderogable de los derechos de la supervivencia, así como la prohibición de la insuición como un método de combate; y deberá extender esta prohibición de la insuición de la población civil como una forma de coerción política".

El capítulo de las conclusiones de la *Compilación y Análisis* establece en el párr. 415 (g):

"Respecto de las necesidades de subsistencia, muchos aspectos de los derechos a la comida, agua, vestimenta y vivienda en situaciones de conflictos armados no-internacionales no son claros".

²⁴ La *Compilación y Análisis*, párr. 212, concluye a este respecto:

3. Deberán realizarse esfuerzos especiales para asegurar la plena participación de la mujer en el planeamiento y distribución de estas provisiones básicas.

Principio 19

1. Todos los desplazados internos heridos o enfermos así como aquellos con discapacidades recibirán, hasta el límite máximo de las posibilidades y con el mínimo retraso posible, el cuidado médico y atención que requieran, sin distinción de ningún tipo a excepción de distinciones de tipo médicas. Cuando fuera necesario, los desplazados internos tendrán acceso a servicios psicológicos y sociales.

2. Deberá prestarse especial atención a las necesidades de salud de la mujer, incluyendo el acceso a los servicios de cuidado femeninos, tales como la asistencia de la salud reproductiva, así como el consejo a víctimas de abusos sexuales o de otro tipo.

Principio 20

1. Todo ser humano tiene el derecho a ser reconocido como persona ante la ley.

2. Para dar efecto a esta garantía de los desplazados internos, las autoridades correspondientes deberán emitirles, ante su requerimiento, todos los documentos necesarios para el disfrute y ejercicio de sus derechos legales, como los pasa-

"Puede concluirse que el derecho internacional protege adecuadamente las necesidades relacionadas con la salud de las desplazadas internas en situaciones de tensiones y disturbios, o desastres y durante conflictos armados interestatales. En principio, el derecho a la salud y los derechos relacionados están también garantizados por el derecho internacional en situaciones de conflictos armados no internacionales. Existe la necesidad de prever, en un futuro instrumento internacional, las necesidades específicas de las mujeres desplazadas internas en las áreas del cuidado de la salud reproductiva y psicológica".

Además, la *Compilación y Análisis*, párr. 435 (b), establece a este respecto:

"Respecto del cuidado médico, las necesidades especiales de las mujeres desplazadas internas en las áreas del cuidado de la salud reproductiva y psicológica, así como las de las personas discapacitadas en campos para los desplazados deben preverse en un futuro instrumento internacional".

portes, documentos de identificación personal, certificados de nacimiento y certificados de matrimonio. Particularmente, las autoridades deberán facilitar la emisión de documentos nuevos o el reemplazo de documentos perdidos durante el desplazamiento, sin imponer condiciones irrazonables, tales como requerir el regreso al área de residencia habitual para poder obtener estos documentos o cualquier otro documento.

3. Las mujeres y los hombres tendrán iguales derechos a obtener dichos documentos necesarios.

Principio 21

1. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.
2. La propiedad personal y real de los desplazados internos deberá ser protegida en toda circunstancia, particularmente, contra los siguientes actos:

- a. Pillaje;
- b. Ataques directos e indiscriminados, o cualquier otro acto de violencia;
- c. Ser usados para esconder operaciones u objetivos militares;
- d. Ser objeto de represalias; y
- e. Ser destruida o apropiada como forma de castigo colectivo.

3. La propiedad personal y real dejada por los desplazados internos deberá ser protegida contra su destrucción o apropiación arbitraria o ilegal, ocupación o uso.

4. En todas las circunstancias enumeradas en el párrafo 2 y 3, los desplazados internos tendrán derecho como mínimo a una indemnización.

Principio 22

1. Los desplazados internos, habiten o no en campos, no deberán ser discriminados en el disfrute de los siguientes derechos como consecuencia de su desplazamiento:

- a. Conciencia, religión, opinión y expresión;
- b. El derecho de buscar libremente oportunidades de empleo y de participar en actividades económicas²⁷;

²⁷ La *Compilación y Análisis*, párr. 312, concluye en relación a la adopción de las normas internacionales respecto de la protección de la oper-

- c. El derecho de asociarse libremente y de participar igualitariamente en asuntos comunitarios²⁸;
- d. El derecho de votar y participar en asuntos de gobierno y públicos, incluyendo el derecho de tener acceso a los medios necesarios para ejercer este derecho²⁹; y

tunidad de trabajo y otras actividades económicas para los desplazados internos:

"El derecho de los derechos humanos garantiza una gama de derechos del trabajo, incluyendo el derecho a trabajar, la libre elección del trabajo, condiciones justas y favorables de trabajo, protección contra el desempleo, igual salario por igual tarea y una justa y favorable remuneración. El derecho humanitario es más limitado en este tema. Sería útil si un instrumento internacional se ocupara de las situaciones especiales de las mujeres desplazadas internas. Debería, también enfatizar que a los desplazados internos se les garantice iguales oportunidades de empleo y otras actividades económicas".

Además, la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (m), concluye:

"Respecto del trabajo, deben prevalecer las necesidades especiales de las mujeres desplazadas internas y de los desplazados internos en general para buscar iguales oportunidades de empleo y otras actividades económicas".

²⁸ Ésta es una particular necesidad de las mujeres refugiadas y así es identificada en la *Guía del acceso para las Mujeres Refugiadas*, párrs. 11 y 14, así como también pág. 20. La *Compilación y Análisis* concluye respecto al derecho a la libertad de asociación en el párr. 349:

"Como el derecho humanitario no está dirigido al problema de la libertad de asociación, tal protección debe ser completamente derivada de los instrumentos de derechos humanos anteriormente mencionados que, de todos modos, pueden ser derogados durante un conflicto armado. Por lo tanto, un instrumento internacional debe referirse a la mencionada necesidad de asociación de los desplazados internos".

Además la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (n), concluye:

"Respecto de las Asociaciones, existe la necesidad de clarificar el alcance de la protección del derecho de asociación de los desplazados internos, durante conflictos armados".

²⁹ La *Compilación y Análisis*, párr. 358, concluye respecto a la participación en asuntos gubernamentales y públicos:

"Un futuro instrumento internacional debería hacer hincapié en que los desplazados internos no pierden el derecho de participación política por tener que abandonar sus hogares; y los medios para su participación, incluido el acceso a los procedimientos de registro para votar, deben ser asegurados".

Ver, también *Compilación y Análisis*, párr. 415 (p) que concluye:

"Respecto de la participación política, es necesario acentuar que, los desplazados internos, no pierden el derecho de participación política por haber tenido que abandonar sus hogares; y los medios para su participa-

- e. El derecho de comunicarse en un lenguaje que entiendan³⁰.

Principio 23³¹

1. Todo ser humano tiene el derecho a la educación.

2. Para dar efectividad a esta garantía para los desplazados internos, las autoridades correspondientes deberán asegurar que dichas personas, particularmente los niños desplazados, reciban educación que deberá ser libre y obligatoria a nivel primario. La educación deberá respetar la identidad cultural, el lenguaje y la religión.

3. Deberán hacerse esfuerzos especiales para asegurar la integral e igual participación de las mujeres y las niñas en los programas educativos.

ción, incluido el acceso a los procedimientos de registro para votar, deben ser asegurados".

³⁰ La *Compilación y Análisis*, párr. 310, concluye respecto de las necesidades relativas al idioma de los desplazados internos:

"Puede concluirse que las necesidades de los desplazados internos, respecto del idioma, están protegidas por el derecho internacional. De cualquier manera esa protección es inadecuada respecto a necesidades específicas del idioma de los desplazados internos que se encuentran en áreas en las cuales es dominante otro idioma".

Vid. también, que la *Compilación y Análisis*, párr. 415 (k), concluye:

"Respecto del uso de su propio idioma, las necesidades específicas del idioma de los desplazados internos que se encuentran en áreas en las cuales domina otro idioma, deben ser consideradas en un futuro instrumento internacional".

³¹ La *Compilación y Análisis* concluye respecto de la educación en el párr. 343:

"Aunque el derecho a la educación, garantizado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puede ser invocado por los desplazados internos, un instrumento internacional debe abordar este tema, teniendo en cuenta las especiales necesidades de los desplazados internos. Aquél deberá garantizar el derecho a la educación para todos los niños desplazados sin tener en cuenta la situación familiar y dar la posibilidad de educación y capacitación para los adultos en los casos en que fuera necesario y adecuado".

Vid. también *Compilación y Análisis*, párr. 415 (n) el cual concluye:

"Respecto de la educación, debe aclararse el respeto a esta garantía para los desplazados internos en cualquier situación de necesidad de desplazamiento".

4. Las facilidades educativas y de entrenamiento deberán ser accesibles para los desplazados internos, ya vivan en campos o no, lo más rápido que las condiciones lo permitan.

SECCIÓN IV. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON LA ASISTENCIA HUMANITARIA INTERNACIONAL

Principio 24³²

1. Toda la asistencia humanitaria³³ deberá ser llevada adelante de acuerdo con los principios de humanidad e imparcialidad y sin discriminación.

³² La *Compilación y Análisis* concluye lo siguiente en el párr. 360, respecto a las situaciones de tensión y perturbaciones o desastres:

"El Derecho Internacional actual reconoce el derecho de los desplazados internos a solicitar y recibir protección y asistencia de su Gobierno y, hasta cierto alcance, el derecho de los actores internacionales a ofrecer servicios humanitarios en su nombre a los gobiernos y autoridades afectadas. Sin embargo debido a que todavía no se ha reconocido explícitamente una obligación correspondiente de los Estados de aceptar asistencia de organizaciones humanitarias cuando no pueden o no desean suministrar dicha ayuda, un instrumento internacional futuro concerniente a los desplazados internos debería tratar este tema".

La *Compilación y Análisis*, párr. 361, concluye respecto a situaciones de conflicto armado, ya sea de carácter interno o entre Estados:

"Un instrumento internacional futuro aplicable a los desplazados internos debería reafirmar el derecho de dichas personas a buscar y recibir ayuda y protección de su Gobierno y la obligación correspondiente de sus Gobiernos de suministrar dichos servicios; afirmar el derecho de los Estados y otros actores externos competentes de ofrecer ayuda humanitaria a los desplazados en otros Estados en dichas situaciones; reconocer la obligación de los Estados de no rechazar arbitrariamente ofertas de ayuda para preservar la vida, realizadas por los actores externos, cuando estos Estados, por cualquier razón, no pueden o no desean cubrir las necesidades básicas de los desplazados internos; y reafirmar la obligación de los Estados de otorgar y facilitar el pase libre de ayuda humanitaria a los desplazados internos en cualquier lugar en el que estén ubicados".

³³ La ayuda humanitaria puede consistir en cualquier material o servicio, esenciales para las necesidades de preservación de la vida de los desplazados internos, tales como suministro de alimentos, agua, medicina, equipo y material médico, así como también un mínimo de albergue y vestimenta.

2. La asistencia humanitaria no será desviada, particularmente, por motivos políticos o militares.

Principio 25

1. Les corresponde a las autoridades nacionales la responsabilidad primaria de provisión de asistencia humanitaria²⁴.

2. Cuando las autoridades no puedan o quieran proveer la asistencia humanitaria requerida, las organizaciones humanitarias internacionales y otros actores apropiados tienen el derecho de ofrecer sus servicios en apoyo de los desplazados internos. Dicha oferta no deberá ser entendida como un acto hostil o como una interferencia en los asuntos internos de un Estado. Deberá ser considerada y consentida de buena fe, absteniéndose de interferir arbitrariamente sobre ella²⁵.

²⁴ La obligación de los Estados de suministrar ayuda humanitaria a los desplazados internos se deriva necesariamente, de las disposiciones de los instrumentos internacionales más importantes, referidas al derecho no derogable a la vida. A fin de proteger el derecho a la vida las autoridades pueden, cuando fuera necesario, ser obligadas a adoptar medidas afirmativas para asegurar dicho derecho. Vid., *Nota del Secretario, Compilación de Comentarios Generales y Recomendaciones Generales adaptada por los Organismos de Tratados de Derechos Humanos*, UN Doc. No. HRI/GEN/IV Rev.1 (29-VII-1994), Comentario General ser. 5, párr. 5.

²⁵ En situaciones de tensiones, perturbaciones o desastres, el derecho de los derechos humanos garantiza el derecho a la vida. Inherente a este derecho existe una obligación afirmativa de los Estados de no negar sin razón ofertas y ayuda humanitaria en los casos en que al hacerlo se vieran afectadas seriamente las necesidades de subsistencia de los desplazados internos. El art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, declara:

"Los Estados Parte... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado... incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados... Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento".

En situaciones de conflicto armado interno el art. 3º común declara, en parte: "Un organismo Humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, puede ofrecer sus servicios a las partes en conflicto". El art. 3º común, sin embargo, no impone una obligación legal sobre las partes en conflicto de aceptar las ofertas de ayuda humanitaria.

El art. 18 del Protocolo II, también es aplicable al conflicto armado interno. Dicho artículo declara en parte:

"Si la población civil está sufriendo privaciones no debidas, debido a

3. Todas las autoridades comprometidas deberán otorgar y facilitar el libre pasaje de asistencia humanitaria y deberán

una falta de los suministros esenciales para su supervivencia, como alimento y elementos médicos, deben emprenderse acciones de ayuda para la población civil, las cuales son de naturaleza exclusivamente humanitaria e imparcial y que son conducidas sin distinción adversa, sujeto al consentimiento de la Alta Parte Contratante concernida”.

Mientras que el art. 18 no exige el consentimiento de una parte, se ha interpretado que las palabras “deben emprenderse” limitan la discreción de una parte para no otorgar su consentimiento a las ofertas de ayuda humanitaria, en forma arbitraria. *Ver*, Bothe, Partsch y Self, “Nuevas Reglas para las Víctimas de Conflictos Armados: Comentario en los Dos Protocolos Adicionales de 1977, a las Convenciones de Ginebra de 1949, en 677 (1982)”.

En situaciones de conflictos armados entre Estados, se aplican la Cuarta Convención de Ginebra y el Protocolo I. El art. 23 de la Cuarta Convención de Ginebra declara, en su parte pertinente:

“Cada Parte Contratante debe permitir el paso libre de todos los envíos de suministros médicos y hospitalarios y objetos necesarios para la práctica religiosa destinados solo para los civiles de otra Alta Parte Contratante, aun si el último es su adversario. Asimismo, deberá permitir el paso libre de todos los envíos de alimentos, vestimenta y tónicos esenciales destinados a los niños menores de 15 años, madres embarazadas y recién nacidas”.

El Protocolo Adicional I, art. 70, referido al tema de ayuda obligatoria a la población civil en territorios no ocupados, amplía las condiciones sobre el pase protegido de los envíos de ayuda. Declara, en parte:

“Si la población civil de cualquier territorio bajo el control de una parte del conflicto, diferente al territorio ocupado, no recibe los suministros adecuados mencionados en el art. 69, deben emprenderse acciones de carácter humanitario e imparcial y ser conducidas sin ninguna distinción adversa, sujeto al acuerdo de las Partes concernidas en tales acciones de ayuda. Tales ofertas de ayuda no deben ser consideradas como una interferencia en el conflicto armado o como actos no amigables...”.

El art. 39 de la Cuarta Convención de Ginebra, referido a las responsabilidades de un Poder Ocupante hacia los civiles en el territorio ocupado, requiere que el Poder Ocupante acepte y facilite ofertas de ayuda humanitaria, ya sea proveniente de Estados o de Organizaciones Humanitarias imparciales. Declara en su parte pertinente:

“El Poder Ocupante acordará esquemas de ayuda en nombre de dicha población y la facilitará con todos los medios a su disposición”.

Asimismo, el art. 50 de la Cuarta Convención de Ginebra, prohíbe al poder ocupante desviar ayuda humanitaria, y declara en su parte pertinente:

“El Poder Ocupante no desviará en forma alguna envíos de ayuda del objetivo para el cual están dirigidos, excepto en casos de necesidad urgente...”.

otorgar acceso rápido y libre de dichas personas a los desplazados internos³⁶.

Principio 26³⁷

Las personas relacionadas con la asistencia humanita-

Durante conflictos armados entre Estados, en los que se aplica la Cuarta Convención de Ginebra, el art. 10 de dicha Convención permite a las Organizaciones Humanitarias Imparciales proteger y suministrar ayuda a los civiles, incluyendo los desplazados internos. El art. 10 declara:

"Las disposiciones de la presente Convención no constituyen un obstáculo para las actividades humanitarias que el Comité Internacional de la Cruz Roja u otra Organización Humanitaria Imparcial puede, sujeto al consentimiento de las partes en conflicto concernidas, emprender para la protección de los civiles y para suministrarle ayuda".

Finalmente, el art. 81 del Protocolo I amplía la obligación de las autoridades de prestar consentimiento a las ofertas de ayuda humanitaria, requiriendo a las partes en conflicto que "otorguen al Comité Internacional de la Cruz Roja todas las facilidades dentro de sus facultades para permitirle llevar a cabo las funciones humanitarias asignadas al mismo por las Convenciones y este Protocolo, a fin de asegurar la protección y ayuda a las víctimas de conflictos..."

³⁶ Además de las disposiciones específicas que protegen el personal sanitario civil, unidades y medios de transporte sanitarios, el I Protocolo, art. 7(2) se refiere a la seguridad de los trabajadores de ayuda en general y declara:

"Dicho personal debe ser respetado y protegido".

El Protocolo II, art. 9° (1) protege al personal sanitario y religioso y declara en su parte relevante:

"El personal sanitario y religioso será respetado y protegido. Se le proporcionará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones...".

Asimismo, el Protocolo II, art. 11 (1) protege a las unidades y medios de transporte sanitarios y declara:

"Las unidades sanitarias y los medios de transporte sanitarios serán respetados y protegidos en todo momento y no serán objeto de ataques".

³⁷ La conclusión referida a la seguridad de los trabajadores de ayuda en la *Compilación y Análisis*, párr. 409, declara:

"En los casos en que no se aplique la Convención sobre Seguridad del Personal de Naciones Unidas y Personal Asociado, el derecho humanitario ofrece una protección adecuada para los trabajadores de ayuda, pero no para sus medios de transporte y suministros de ayuda. Esta brecha debería ser considerada en un instrumento internacional futuro, el cual debería, asimismo, extender las protecciones acordadas por el Protocolo II a las unidades médicas, personal y transporte, para los trabajadores y organizaciones de ayuda, que llevan a cabo actividades de ayuda humanitaria".

ria, sus transportes y provisiones serán respetadas y protegidas. No serán objeto de ataques u otros actos de violencia²⁸.

Principio 27

1. Durante la provisión de asistencia las organizaciones humanitarias internacionales y los otros actores apropiados deberán dar relevancia a la protección de las necesidades de los desplazados internos correspondientes, y deberán tomar las medidas apropiadas para cubrir estas necesidades.

2. El párrafo precedente se aplica sin perjuicio de las responsabilidades de protección de las organizaciones internacionales establecidas para este propósito, cuyos servicios podrán ser ofrecidos o requeridos por los Estados²⁹.

SECCIÓN V. PRINCIPIOS RELACIONADOS CON EL REGRESO Y REINTEGRACIÓN DE LOS DESPLAZADOS INTERNOS

Principio 28

Las autoridades competentes tienen la responsabilidad y el deber primario de establecer las condiciones que permitan que las personas desplazadas pueden regresar voluntariamente³⁰, a

La *Compilación y Análisis*, párr. 416 (g), concluye respecto a este tema:

"Respecto de los trabajadores y organizaciones de ayuda, el derecho humanitario no ofrece la protección adecuada para los medios de transporte y suministros de ayuda de los trabajadores de ayuda. Esta brecha debería ser considerada en un instrumento internacional futuro".

²⁸ *Vid. supra*, nota 26.

²⁹ En particular, el Comité Internacional de la Cruz Roja puede ofrecer sus actividades de protección y ayuda conforme con el derecho internacional y el ACNUR puede suministrar apoyo a la protección nacional para los desplazados internos en los casos en que sus actividades contribuyan a la prevención o solución de los problemas de los refugiados.

³⁰ La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el art. 13 (2):

"Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y regresar a su país". El derecho a retornar al propio país también ha sido mencionado en el art. 12 (4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: *"Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país".*

Si bien el principio de voluntariedad no está mencionado en la Con-

salvo y con dignidad⁴¹, a sus hogares o lugares de residencia habitual, o su restablecimiento a otro lugar del país⁴².

La Convención sobre los Refugiados de 1951, se deriva del principio de *non-refoulement* (prohibición del regreso forzoso) que "el regreso involuntario de los refugiados, en la práctica sería considerado como *refoulement*". *Handbook, Voluntary Repatriation: International Protection*, párr. 2.3 (1996) del acnur.

Respecto al regreso voluntario de los desplazados internos, la *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 257:

"Puede concluirse que los desplazados internos tienen el derecho al regreso voluntario a sus lugares de origen, inherente a la libertad de circulación. Respecto al regreso forzoso a áreas de peligro grave e inminente en el mismo país, el derecho internacional actual no reconoce una prohibición explícita. Sin embargo, más allá de la protección suministrada por la libertad de circulación, los organismos de los tratados universales y regionales han elaborado, sobre la base de la prohibición de tortura y trato inhumano, una prohibición del regreso forzoso a los países en los cuales la persona concernida se enfrentaría a tortura inminente o ejecución sumaria o arbitraria. Dado su objetivo fundamental y carácter humanitario, debería extenderse asimismo un concepto análogo al principio de *non-refoulement* o a la prohibición del regreso forzoso a otro país, en casos de riesgo real de tortura inminente o muerte para los desplazados. Conforme a esto, cualquier instrumento internacional futuro aplicable a los desplazados internos, debería proteger explícitamente a los desplazados de ser forzados a regresar a condiciones de peligro y persecución. Además, tal instrumento debería también considerar las necesidades de los desplazados internos de regresar en forma segura a sus hogares una vez que dicho retorno fuera posible".

⁴¹ El Acuerdo Dayton (Anexo 7-Acuerdo Sobre los Refugiados y los Desplazados), Cap. Uno, art. 1.2, declara:

"Las partes deben garantizar que se permita a los refugiados y los desplazados regresar en forma segura, sin riesgo de acoso, intimidación, persecución o discriminación, especialmente debido a su origen étnico, creencia religiosa u opinión política".

⁴² Ver Principio 15 (c) sobre el derecho de los desplazados internos a ser protegidos contra el regreso forzoso.

Respecto a la libertad de circulación, la *Compilación y Análisis* concluye en el párr. 235:

"La libertad de circulación y el derecho a elegir la propia residencia así como las garantías más elaboradas del derecho humanitario prohíben, en principio, el desplazamiento y reubicación forzados. Por lo tanto, en el derecho internacional existe un derecho a no ser desplazado o reubicado, aunque su contenido específico y sus limitaciones aún no están claras. Presentan cuestiones legales complejas y necesitan ser estudiadas con más detalle.

"La libertad de circulación también otorga a las personas en situaciones de peligro un derecho a encontrar refugio en un lugar seguro del país;

Principio 29

1. Los desplazados internos que hayan regresado a sus hogares o lugares de residencia habitual o que han sido restablecidos a cualquier otro lugar del país, no serán discriminados como resultado de haber sido desplazados.

2. Las autoridades competentes tienen el deber y la responsabilidad de ayudar a los desplazados internos que han regresado o que han sido restablecidos para que éstos, dentro del máximo de sus posibilidades, recobren la tierra y otra propiedad mueble o inmueble que fuera dejada atrás o que les fuera despojada al desplazarse. Cuando la recuperación de dicha propiedad no sea posible, las autoridades competentes deben proveer o asistir a estas personas, para obtener una compensación adecuada, por la pérdida de su propiedad⁴³.

sin embargo, este derecho no está explícitamente reconocido en el derecho internacional y debería ser enunciado en un instrumento internacional futuro⁴⁴.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, declara en el art. 13 (1):

"Toda persona que se halle legalmente en territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente en él, y a escoger libremente en él su residencia".

El Acuerdo Dayton (Anexo 7-Acuerdo Sobre los Refugiados y los Desplazados), Cap. Uno, art. 1.4, declara:

"El individuo o la familia podrá elegir su lugar de destino y el principio de la unidad familiar deberá ser preservado. Las Partes no interferirán con la elección del destino de las personas que regresan, ni los obligarán a permanecer o ponerse en situaciones de peligro o inseguridad graves o dirigirse hacia áreas en las que no hubiera la infraestructura básica para llevar una vida normal".

⁴³ Este principio está basado, en parte, en el *Handbook, Voluntary Repatriation: International Protection*, del ACNUR, Anexo 6, Declaración Modelo de Amnistías y Garantías, párr. 33, (1995).

Con respecto a la compensación por la pérdida de propiedad, la *Comisión y Análisis* concluye en el párr. 284:

"Si bien el derecho a la propiedad para los desplazados internos está principalmente protegido por las Convenciones de Derechos Humanos regionales y por el Derecho Humanitario, el derecho de restitución de la propiedad perdida como consecuencia del desplazamiento o la compensación por su pérdida no están completamente reconocidos, y por lo tanto, deberían ser considerados en un instrumento internacional futuro".

En el Estudio de Theo van Boven relativo al derecho de restitución,

Principio 30

Las autoridades comprometidas deberán otorgar y facilitar a las organizaciones internacionales y a otros cuerpos relevantes, que actúen dentro de sus mandatos, un libre y rápido acceso a los desplazados internos cuando éstos regresen o sean restablecidos.

compensación y rehabilitación para las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y libertades fundamentales. Van Boven declara que la Corte Europea de Derechos Humanos "no ha sido llamada a pronunciarse en ningún caso que implique violaciones 'graves' de los derechos humanos y libertades fundamentales", un Doc E/CN.4/Sub. 2/1993/9, párrs. 80-92. Sin embargo, sí señala que la Corte Europea ha asignado daños y perjuicios en otros casos. En contraste, la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana han señalado que es una obligación de los Estados compensar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos. En particular, en el caso *Miskito*, la Comisión Interamericana requirió a Nicaragua que pagase una justa compensación, por la pérdida de la propiedad, a los desplazados internos que retornaban, incluyendo hogares, cosechas, ganado y otras pertenencias. *Vid.*, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Segmento de la Población de Nicaragua de Origen Miskito*, OEA/Ser.L/V/II.63, Doc. 10, Rev. 3 (29-XI-1983). Asimismo, el párr. 90 del estudio de Van Boven trata la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Velásquez Rodríguez*, diciendo:

"La Corte declaró sin lugar a dudas que como principio del derecho internacional toda violación de una obligación internacional que resulta en un daño, origina la obligación de realizar una reparación adecuada. En este respecto la Corte estableció que la reparación 'consiste en la total restitución (*restitutio in integrum*), la cual incluye la restauración a la situación anterior, la reparación de las consecuencias de la violación, y la indemnización por daños patrimoniales y no patrimoniales, incluyendo daño moral".

Vid. también art. 105 de las Reglas de Procedimiento y Pruebas, adoptadas el 11-II-1994, por el Tribunal Internacional para el Enjuiciamiento de los Presuntos Responsables de las Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991, un Doc. IT/32 (14-III-1994) (otorgando junto con una sentencia de condena, la restitución de la propiedad o su producción a las víctimas de violaciones graves del derecho humanitario); Directiva Operacional sobre el Resentamiento Involuntario, Manual Operacional del Banco Mundial, QD 4.39 (junio de 1990) (disponiendo compensación por pérdidas al costo de reposición completo para los desplazados involuntariamente como resultado de proyectos de desarrollo que originan problemas económicos, sociales y ambientales graves).

