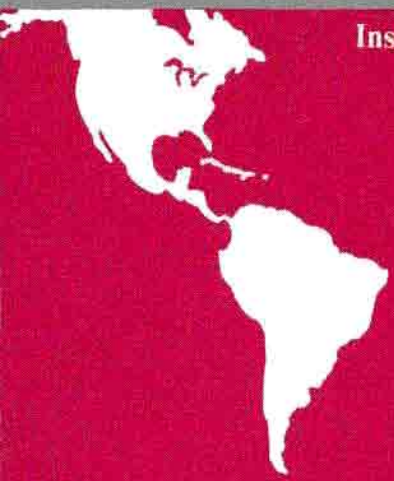
REVISTA IIDH

NÚMERO ESPECIAL

Instituto Interamericano de Derechos Humanos



EN CONMEMORACIÓN DEL CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

REVISTA
IIDH
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Número Especial
San José, Costa Rica

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, publica, semestralmente en español, la revista **IIDH**.

Los conceptos emitidos en los trabajos firmados son de la exclusiva responsabilidad de sus autores.

Editada por el Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Primera edición, Nº 1, Setiembre de 1985. Primera edición, Nº2, Abril de 1986. Primera edición, Nº 3, Octubre de 1986. Primera edición, Nº 4, Abril de 1987. Primera edición, Nº 5, Octubre de 1987, Primera edición, Nº 6, Abril de 1988. Primera edición, Nº 7, Octubre de 1988. Primera edición, Número Especial, Mayo 1989

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Servicio Postal

Apartado Postal 10.081

San José, Costa Rica

Coordinadora de Servicio Editorial: Cecilia Cortés

PRESENTACIÓN

El año de 1988 constituyó un hito histórico para el movimiento internacional de derechos humanos. En ese año, la comunidad internacional celebró el cuadragésimo aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. En ese mismo año, se conmemoró el décimo aniversario de la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos. La fecha, pues, tuvo una significación muy especial para la protección internacional de los derechos humanos en el continente americano y en el mundo.

Aun cuando la Declaración Universal fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas algunos meses después de ser promulgada la Declaración Americana por los Estados del continente, reunidos en Bogotá en 1948 a fin de crear la Organización de los Estados Americanos, aquélla, por su carácter universal, se ha constituido en la Carta Magna indiscutible del movimiento internacional por los derechos humanos. Pero en el continente americano, la Declaración Americana ha adquirido un significado muy especial: estableció las bases conceptuales y normativas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, tal como lo conocemos hoy en día.

Pese a la posterior entrada en vigencia de la Convención Americana, la Declaración sigue influyendo en el desarrollo del sistema interamericano de diversas maneras. Para los Estados que aún no han ratificado la Convención, la Declaración continúa siendo el instrumento normativo rector, con referencia al cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos evalúa el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos de los Estados, bajo la Carta de

la OEA. La Declaración Americana mantiene su importancia también para los Estados que son parte de la Convención, por cuanto dicho instrumento se refiere a la Declaración y se apoya en ella. Más aún, la filosofía de la Declaración Americana, los elevados principios que proclama, brindan el telón de fondo para la interpretación y aplicación de la Convención.

La enorme relevancia de la Declaración Americana llevó al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a las Facultades de Derecho y Estudios Interdisciplinarios de la Pontificia Universidad Javeriana, en Colombia, a conmemorar el cuadragésimo aniversario de la Declaración mediante la realización de una importante reunión internacional dedicada a dicho instrumento. La reunión se celebró los días 27 y 28 de abril de 1988, en Bogotá, donde había sido proclamada cuatro décadas antes la Declaración, bajo el auspicio del Ministerio de Relaciones Exteriores del Gobierno de Colombia. A ella asistieron los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Sub-Secretario General de la OEA para Asuntos Legales, altos funcionarios del Gobierno Colombiano, distinguidos académicos especialistas en derecho, y representantes de las dos instituciones que copatrocinaron el evento.

Dada la alta calidad intelectual y académica de los participantes en la reunión, así como de los trabajos académicos que se presentaron en la misma, no ha de sorprender que la reunión de Bogotá produjera una serie de estudios muy significativos acerca de la Declaración Americana. Tales estudios se reproducen a continuación, con lo cual el Instituto Interamericano de Derechos Humanos tiene el honor de compartir con el lector perspectivas importantes reflejadas en dichos ensayos. El texto constituye el análisis más exhaustivo hecho hasta la fecha sobre la Declaración Americana y su significación legal, política y conceptual.

Thomas BUERGENTHAL

PONENCIAS

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL Y LA DECLARACIÓN AMERICANA. LA FORMACIÓN DEL MODERNO DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Pedro NIKKEN
Juez de la
Corte Interamericana
de Derechos Humanos

La formación del Derecho Internacional de los derechos humanos ha estado dominada por la tensión entre dos extremos. Por una parte está el reconocimiento de que la observancia y el respeto a tales derechos es una condición esencial para la paz y la seguridad internacionales y una de las bases sobre las que reposa la comunidad internacional contemporánea, lo que en el fondo traduce el reconocimiento que en los derechos humanos están implicados valores superiores de los que no es lícito apartarse. Por otro lado está la circunstancia de que el Derecho internacional general regula relaciones jurídicas entre entes soberanos, por lo cual es ajeno, en principio, a la noción de subordinación. Como además la regulación internacional de los derechos humanos implica el abandono, por parte de los Estados, de esferas que tradicionalmente dependían en forma exclusiva de su dominio reservado, es natural que la cautela haya dominado la aceptación de normas obligatorias sobre la materia.

En la primera parte de este estudio se examinó cómo la irrupción de los derechos humanos en el ámbito internacional se inició con "declaraciones", a las que se rehusó dotar de fuerza vinculante, incluso expresamente, en el tiempo de su adopción, como ocurrió con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptadas en 1948 con pocos meses de diferencia y en ese mismo orden. Fue más

tarde, especialmente a partir de la década de los 60, que se profundizó la tendencia a la regulación convencional de la protección a los derechos humanos, a través de numerosas convenciones que también han sido evocadas anteriormente [1]. Además, nuevas declaraciones sobre tópicos específicos han sido a menudo el precedente inmediato de otros tratados. Es así que, en más de un aspecto, el Derecho convencional ha desarrollado el contenido de las declaraciones y ha establecido dispositivos de protección para los derechos enunciados en ellas.

Cabe entonces preguntarse si las declaraciones por sí mismas carecen radicalmente de fuerza obligatoria, de manera que su contenido no sería exigible sin un tratado ulterior que los desarrolle en términos vinculantes. A pesar de que, cuando una declaración se adopta, ese tiende a ser formalmente su valor jurídico, la verdad, en el fondo, es que la respuesta a esa pregunta no es fácil ni admite generalizaciones. No todas las declaraciones se encuentran en la misma posición, y, muy probablemente, no todos los enunciados de una misma declaración producen los mismos efectos jurídicos. Para el propósito de este análisis se examinarán dos casos, propios de la esfera de los derechos humanos, en que la cuestión de la fuerza obligatoria de las declaraciones se ha planteado con singular relieve por la generalidad de los instrumentos en cuestión, por haber sido los primeros en adoptarse y por la influencia que han ejercido, como ha ocurrido con la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Antes, sin embargo, se formularán algunas consideraciones generales sobre el tema.

I. La fuerza obligatoria de las declaraciones

Las declaraciones son actos solemnes por los cuales representantes gubernamentales proclaman su adhesión y apoyo a principios generales que se juzgan como de gran valor y perdurabilidad, pero que no son adoptadas con la formalidad ni con la fuerza vinculante de los tratados [2].

Las declaraciones, en cuanto son resoluciones emanadas de órganos de las Naciones Unidas o de organizaciones regionales, tienen el valor de recomendaciones. No basta con darles la denominación de "declaración" ni con adoptarlas en actos solemnes para modificar su naturaleza radical y hacerlas obligatorias para quienes se adhieran a ellas en los términos en que los tratados son obligatorios para quienes sean partes en los mismos. Existen, sin embargo, ciertas particularidades propias de las declaraciones que pueden aproximarlas a las fuentes del Derecho internacional. En primer lugar, porque su contenido normalmente expresa principios de vigencia perdurable, y, en segundo lugar, porque

1 Cfr. *supra*, págs. 48-57.

2 "En la práctica de las Naciones Unidas, una declaración es un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible", Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la ONU, E/CN, 4/L, par. 10, *cit.* por Jiménez de Aréchaga, E.: El Derecho internacional contemporáneo, Tecnos, Madrid, 1980. pág. 39.

su adopción implica la viva esperanza de que la comunidad internacional las respetará. Por ello, si la práctica de los Estados se adecúa a la declaración y la acepta como obligatoria, ella puede integrarse al Derecho internacional consuetudinario [3].

En este sentido las declaraciones pueden tener relación con la costumbre internacional hasta cierto punto parecida a la que puede detectarse entre esa misma costumbre y los tratados [4]. En efecto, una declaración puede recoger lo que ya podría considerarse como una norma de Derecho consuetudinario [5]. Puede, a su vez, ocurrir que la declaración sirva para que una costumbre en formación "cristalice" como consecuencia de su aprobación y proclamación solemne por unanimidad o por un vasto consenso de representantes gubernamentales [6]. Es posible, en fin, que la declaración sea el punto de partida de una práctica de los Estados que, de alcanzar el rango de legal y necesaria, se integraría al Derecho consuetudinario [7].

Sin recurrir a la formación de la costumbre internacional, se ha señalado que una declaración puede ser obligatoria porque recoge principios generales del Derecho, en el sentido en que los mismos son fuentes de Derecho internacional, de conformidad con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia [8].

Tampoco puede descartarse que, por la solemnidad de la declaración y por el alto valor de los principios proclamados, éstos no sólo expresen reglas de Derecho internacional, sino que tengan, o lleguen a alcanzar, la categoría de normas imperativas *-jus cogens-*, en el sentido del artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Por último, ha sido más bien frecuente que una declaración, en especial en la esfera de los derechos humanos, haya sido el punto de partida para la adopción de un tratado ulterior sobre el mismo tema. Ya se ha hecho referencia a esta circunstancia como una muestra de la progresividad en la instauración del régimen internacional de protección [9]; sin embargo, no es este el fenómeno que interesa destacar a propósito del punto actualmente en estudio. De lo que se trata es de establecer en qué medida ciertas declaraciones han llegado a adquirir fuerza obligatoria sin necesidad de una convención internacional que recoja o desarrolle su

3 En esos términos se expresa el informe preparado sobre el tema por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Doc. E/3616, Rev. 1/105-4, adoptado el 12 de julio de 1962.

4 Cfr. Jiménez de Aréchaga, E., *op. cit.*, págs. 38-42.

5 Así, la declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas (24 de octubre de 1970), aprobada por aclamación, expresa que "los principios de la Carta incorporados a la presente Declaración constituyen principios básicos de Derecho internacional".

6 Se ha considerado que en ese caso está la Declaración de los principios jurídicos que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre (13 de diciembre de 1963); cfr. Jiménez de Aréchaga, E., *op. cit.*, pág. 40.

7 En esa situación podrían estar las Declaraciones Universal y Americana, como se verá luego.

8 Se ha alegado que ese es el caso de la Declaración Universal.

9 Cfr. *supra*, pág. 77 y sigs.

contenido. No debe descartarse, desde luego, que el hecho mismo de que una determinada declaración sea punto de partida de uno o varios tratados puede contribuir a conformar tanto la práctica como la *opinio juris* necesarias para que cristalice la formación del Derecho consuetudinario, pero no es la transformación directa del contenido de la declaración en Derecho convencional lo que interesa retener ahora.

Sí hay, en cambio, una breve observación a formular a propósito del movimiento de las declaraciones hacia los tratados, que podría ser visto como una prueba de la ausencia radical de valor vinculante de las primeras, pues cabría argumentar que el vasto conjunto de normas convencionales sobre derechos humanos que ha venido adoptándose no habría sido necesario si el respeto a las declaraciones fuera jurídicamente exigible.

La objeción así planteada debe descartarse. No sólo por la consideración -más bien superflua a estos efectos- de lo que significa un tratado como medio para perfeccionar, precisar y desarrollar una declaración, sino porque ignora tendencias bien establecidas en relación con la formación del Derecho internacional en el tiempo actual, especialmente en lo que se refiere al Derecho consuetudinario. Cuando se alude al valor sobrevenido de las declaraciones se está, en verdad, reconociendo que en el tiempo de su adopción, si bien podrían ostentar cierto valor jurídico, carecían de fuerza obligatoria; pero al mismo tiempo se indica que dicha fuerza puede haber sido adquirida posteriormente a través de una de las fuentes del Derecho internacional. La circunstancia de que el contenido de una declaración haya llegado a insertarse, por ejemplo, en la costumbre internacional, no excluye que también forme parte de un tratado posterior, puesto que no es extraño que una determinada convención codifique el Derecho consuetudinario preexistente.

Tampoco puede descartarse que un tratado, cuyo contenido recoja el de una declaración previa, sirva para la cristalización de una costumbre o para generar una práctica que se acepte como obligatoria.

En varias ocasiones la Corte Internacional de Justicia ha observado como un hecho normal la coincidencia parcial entre el Derecho consuetudinario y el Derecho convencional [10]. Recientemente ha destacado, además, la independencia entre la norma consuetudinaria y la originada en un tratado, aun si coinciden plenamente en su contenido:

"No hay ninguna razón para pensar que cuando el Derecho internacional consuetudinario está constituido por reglas idénticas a las del Derecho convencional se vea 'suplantado' por éste, al punto de no tener ya existencia propia... [11]. Las reglas del Derecho internacional consuetudinario conservan una existencia y una aplicabilidad autónomas con respecto de las del Derecho internacional convencional, incluso cuando las dos categorías de Derecho tienen un contenido

10 Así, Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt du 20-2-69, CIJ, Recueil, 1969, par. 63; Compétence en matière des pêcheries, Arrêt du 2-2-73, CIJ, Recueil, 1973, pág. 18; Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malta), CIJ, Recueil, 1985, par. 27.

11 Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), Merits, Judgment of 27 June 1986, Report 1986, par. 177.

contenido idéntico" [12].

La conclusión de tratados que han desarrollado el contenido de ciertas declaraciones sobre derechos humano, pues, bajo ningún respecto demuestra lo dispuesto en dichas declaraciones, no se ha integrado al Derecho consuetudinario.

Otro problema que se presenta en la metodología destinada a establecer si existe la práctica consuetudinaria requerida para la formación de la costumbre, tiene que ver con la naturaleza de la protección internacional de los derechos humanos, la cual está concebida para operar cuando los derechos de la persona son violados, es decir, cuando el Estado se aparta de la práctica de observancia de lo pautado en las declaraciones. Aunque el problema es general presenta matices distintos en relación con las declaraciones que examinaremos. Se pasará ahora, pues, a considerar la situación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

II. La Declaración Universal de Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada en París el 10 de diciembre de 1948, y su influencia y alta autoridad están fuera de toda discusión. Debió sacrificar lo que varios miembros de las Naciones Unidas propugnaron para dotarla de fuerza jurídica más completa en obsequio de un más amplio respaldo en la Asamblea General [13]. Al votar en favor de la Declaración numerosos Estados expresaron su adhesión a su carácter obligatorio [14], pero una proposición de Francia, sostenida por varios países de Europa occidental y América Latina, en el sentido de consagrar un derecho de petición referido a las violaciones a la Declaración, no fue acogida [15].

Esta circunstancia comportó un cierto grado de decepción entre quienes propugnaban una profundización de los enunciados de la Carta de la ONU en materia de derechos humanos. En un tiempo en que se discutía si ésta era fuente de obligaciones exigibles al respecto, hubo quien consideró que la adopción de una declaración sin fuerza vinculante representaría un retroceso frente a la Carta [16].

Su valor jurídico, aun reconociendo que no era fuente directa de obligaciones exigibles, fue defendido por algunos. Así, Cassin sostuvo: 1o. que al menos

12 *Ibid.*, par. 179.

13 Cuarenta y ocho votos a favor, ocho abstenciones y cero en contra. Cfr., en general, Cassin, R.: La Déclaration Universelle et la mise en ocuvre des droits de l'homme, en 79 RCADI (1951), págs. 240-367; Tchirkovitch: La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et sa portée internationale, RGDIP, julio-diciembre 1949, núms. 3-4, Serie XX, año 53.

14 Bélgica declaró, sin oposición, en la Tercera Comisión, que la Declaración tenía, al menos, el efecto de crear, "a cargo de los Estados miembros, la obligación de prever el curso futuro que había de darse a esta recomendación de la Asamblea", *cit.* por Tchirkovitch, *cit.*, página 378.

15 Cfr. Tchirkovitch, *cit.*, pág. 379.

16 Cfr. Lauterpacht, H.: The international protection of human rights, 70 RCADI (1947), pág. 100.

tenía la fuerza legal de una recomendación; 2o. que constituiría el término de referencia para apreciar en qué medida los Estados cumplen con la obligación de cooperar con las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, pautada por el artículo 56 de la Carta; 3o. que estaba llamada a integrarse a los principios generales del Derecho, en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; y 4o. que era un "elemento de la comunidad de Derecho llamado a definir un 'orden público universal' y a afirmarse así dentro del Derecho internacional privado" [17].

Ciertamente ese punto de vista no era unánime. Aun cierto tiempo después de la adopción de la Declaración y ya avanzado el proceso hacia la adopción de los Pactos había autorizadas opiniones que consideraban que su valor jurídico se limitaba a permitir ciertas actividades de promoción de los derechos humanos por parte de los órganos de la ONU [18].

Pasados veinte años, sin embargo, el mismo Cassin iba a afirmar: "...está probado que, progresivamente, los principios que ella proclama, incluso antes de su inclusión en pactos obligatorios, han entrado en el ámbito del Derecho positivo..." [19]. O, como también se ha dicho, que siendo originariamente una "fuente de inspiración" y base de normas universales y regionales para la protección de los derechos humanos, la Declaración Universal, al cabo de los años, cambió su carácter para convertirse en 'fuente de Derecho'" [20].

La demostración de la exactitud absoluta de esta afirmación no es, sin embargo, sencilla, a pesar de la indiscutida autoridad que se reconoce hoy día a la Declaración Universal. El análisis probablemente no depende de un solo tipo de elementos ni conduce a una respuesta única y homogénea.

Existen, sin duda, importantes evidencias de la evolución de la Declaración Universal hacia un cuerpo jurídico de naturaleza obligatoria. Las tesis que más frecuentemente se han introducido para sostener la fuerza obligatoria de la Declaración la consideran, sea un desarrollo de la Carta, sea una expresión del Derecho internacional consuetudinario. También se la ha visto integrada a los principios generales del Derecho e incluso como parte del *ius cogens* [21].

Seguidamente se examinará el asunto de acuerdo con los dos primeros puntos de vista [22].

---

17 *Op. cit.*, págs. 292-296. En un sentido análogo, Tchirkovitch, *cit.*

18 Cfr. Sperdutti, G.: La personne humaine et le droit international, AFDI, 1961, págs. 141-162.

19 Cassin, R.: La Commission des Droits de l'Homme de l'ONU, Miscelánea W. F. Ganshof Van der Meersch, LGDJ, París, 1972, t. I, página 405.

20 Vasak, K.: Le droit international des droits de l'homme, 140 RCADI (1974), pág. 347.

21 Cfr. Vasak, K.: Le droit international..., *cit.*, pág. 347.

22 Vincular la obligatoriedad con el *jus cogens* supone penetrar en un terreno incierto. Se han señalado ciertas prohibiciones en materia de derechos humanos que serían de *jus cogens*, como son las relativas al genocidio; la esclavitud o la trata de esclavos; el asesinato o la desaparición de personas; la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la detención arbitraria prolongada, y la discriminación racial sistemática. Al margen de la apreciación que pueda tenerse sobre si todas esas prohibiciones tienen, en igualdad de rango, el carácter de normas imperativas de Derecho internacional, su

1. La incorporación indirecta a la carta de las Naciones Unidas

Según la Carta de las Naciones Unidas, los miembros tienen la obligación de adoptar medidas, en cooperación con la Organización, para realizar los propósitos de ésta (art. 56), entre los cuales está "el respeto universal a los derechos y libertades fundamentales de todos" (art. 55).

Como ya se ha señalado antes, el alcance de esta disposición fue objeto de una importante discusión en los primeros años de existencia de la ONU [23]. Uno de los argumentos para sostener que la Carta no contendría obligaciones exigibles en materia de derechos humanos era la formulación genérica de los artículos 55 y 56, porque la Carta no define directamente qué debe entenderse por "derechos humanos y libertades fundamentales de todos".

Cuando se adoptó la Declaración Universal se sostuvo que la misma, de alguna forma, se había integrado a la Carta o constituía su interpretación auténtica, toda vez que sería inexplicable que los miembros de las Naciones Unidas tuvieran un concepto de los derechos humanos en la Carta y otro distinto en la Declaración. Aunque el razonamiento es, sin duda, sólido, no fue suficiente para contrarrestar de modo concluyente la argumentación contraria, toda vez que, en el fondo, tendía a darle a la Declaración un efecto aproximado al Derecho convencional, efecto que en verdad no tenía, pues no había sido adoptada como tratado, ni había contado con el voto favorable de todos los Estados partes en la Carta. Peor aún, varios de los que adhirieron a ella se rehusaron expresamente a reconocerle efecto obligatorio.

El curso del tiempo, sin embargo, ha consolidado la tesis según la cual los derechos humanos a que se refiere la Carta son, por lo menos, los contenidos en la Declaración Universal. No es otra la conclusión que puede tener la aplicación

consideración dentro del *jus cogens*, a los efectos del derecho de los tratados, no parece tener mayor relevancia práctica, porque difícilmente podemos imaginar Estados adoptando un tratado para cumplir alguna de esas actividades prohibidas. Tampoco parece sostenible que la Declaración Universal, como un todo, constituya o esté llamada a ser una norma imperativa de Derecho internacional. Apreciaciones generales y demasiado liberales en ese sentido, pueden como se ha dicho, "afectar la credibilidad de los derechos humanos como disciplina jurídica". Cfr. Meron, T.: On a Hierarchy of International Human Rights, 80 AJIL, página 1 y sigs., en especial págs. 13-23. Sobre los peligros del abuso de la noción del *jus cogens*, en general, Weil, P.: Towards Relative Normativity in International Law, 77 AJIL (1983), págs. 403-442. Interesante, aunque parcialmente en otra dirección, es la ponencia presentada al XIV Congreso de IHLADI por Piza Escalante, R.: La *opinio juris* como fuente autónoma del Derecho internacional (*opinio juris* y *jus cogens*), Madrid, 1985. Tampoco examinaremos el contenido de la declaración como parte integrante de los principios generales del Derecho; que ha sido defendida por Cassin (La Commission des Droits de l'Homme...., *cit.*), porque si ese fuera el caso, tales principios serían parte del Derecho internacional no por obra de la Declaración, sino por formar parte de los sistemas legales de las "naciones civilizadas". Cfr. Humphrey, J.: The Universal Declaration on Human Rights: its History, impact and juridical character, en "Human Rights: thirty years after the Universal IDeclaration", editado por Ramcharan, B. G. Martinus Nijhoff, The Hague/Boston/London, 1979, págs. 21-37.

23 Véase *supra*, pág. 63.

a la Carta de los criterios de interpretación vigentes en el presente. Según el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y tomando en cuenta su objeto y fin". Ese "sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado" no es estático y está sujeto a la evolución que puede asignar, en un momento dado, un valor o un alcance distinto a los mismos términos con respecto a los que predominaban cuando el tratado se concluyó. Ya se ha señalado en otra parte de este mismo estudio [24] que la Corte Internacional de Justicia ha acogido esta tendencia hacia la interpretación evolutiva, en determinadas condiciones, y ha expresado que si las partes en un determinado tratado han empleado términos genéricos o indeterminados, sin pretender atribuirles un sentido que defina de una vez y para siempre su significado en cuanto al alcance de sus obligaciones, la interpretación debe hacerse con arreglo al sentido que dichos términos tengan en el tiempo de la interpretación y no según la acepción que tenían en el de la adopción del tratado [25].

Es fácil comprobar cómo la referencia a la Declaración ha estado reiteradamente presente en la actividad de la ONU en materia de derechos humanos. Se la menciona con singular relieve en los preámbulos de las declaraciones y convenciones que se han adoptado bajo el auspicio de la organización o bajo el de los organismos especializados o de los organismos regionales así como en la fundamentación de sus resoluciones sobre el tema. Es, además, un instrumento que orienta la actuación de sus órganos, especialmente del ECOSOC y de sus diversas dependencias. A la luz de esa realidad sería sencillamente inconcebible y absurdo proponer una interpretación de las referencias de la Carta a los derechos humanos que les atribuya un sentido más restringido que el contenido en la Declaración Universal. Por el contrario, la autoridad, la influencia, la difusión o, si se quiere, el éxito de ésta han conducido a que hoy día el "sentido corriente" de la expresión "derechos humanos" sea inseparable de esa Declaración. Probablemente es cierto que una evolución conceptual más profunda ha dotado a los derechos humanos de un sentido incluso más amplio, habida cuenta de la gran cantidad de tratados y otros instrumentos que se han adoptado; pero la Declaración representa el término de referencia menos discutible de lo que se entiende por derechos humanos dentro de la jurisdicción de las Naciones Unidas. Por ello puede afirmarse que, como instrumento que ha contribuido a una interpretación más precisa y sustancial de la Carta, la Declaración tiene un valor jurídico que, si bien parte de la doctrina que defendió desde su adopción, no le fue reconocido en su origen. Sin embargo, en esa perspectiva la fuerza obligatoria de la Declaración no es directa, sino que se adquiere en virtud de su incorporación implícita a la Carta. Siendo esto así, no sólo la Declaración se ha visto revalorizada con el curso del tiempo, sino también la Carta, cuya interpretación actual le atribuye fuerza obligatoria en materia de derechos humanos con mayor claridad en comparación con la que se le reconoció inicialmente. Por lo demás, lo relevante no ha sido únicamente la interpretación hoy prevaleciente de lo que

24 Véase *supra*, págs. 94-100.

25 Affaire du plateau continental de la mer Egée, CIJ, Recueil, 1978, cfr. pars. 69-81.

debe entenderse por derechos humanos; lo ha sido asimismo, y en no menor medida, el significado más amplio que hoy se admite de la **obligación** de **cooperar** con la Organización en el área de los derechos humanos, que impone a los miembros el artículo 56 de la Carta.

Examinaremos entonces no ya la incorporación indirecta de la Declaración al Derecho internacional convencional, sino su eventual incorporación, en el presente, al Derecho internacional consuetudinario.

2. La incorporación al Derecho Internacional Consuetudinario

La formación de la costumbre internacional exige una práctica general y extendida fundada en la convicción de que ella se corresponde con el cumplimiento de una regla de Derecho. La Corte Internacional de Justicia, de conformidad con su Estatuto, ha reiterado repetidamente la concepción clásica que requiere la concurrencia de *consuetudo* y *opino juris* para la formación de la norma consuetudinaria:

"...es indispensable que... la práctica de los Estados, incluidos aquellos que están especialmente interesados, haya sido amplia y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca, y que, además, se haya manifestado de modo que permita establecer un reconocimiento general de que nos hallamos en presencia de una norma y de una obligación jurídica" [26].

La incorporación de la Declaración al Derecho internacional consuetudinario, que ha sido sostenida, con diversos matices, por una parte de la doctrina, depende, pues, de que a su alrededor se hayan entrelazado los dos elementos de la costumbre. La demostración de ese hecho y el contenido preciso de las normas jurídicas que habrían cristalizado a partir de la Declaración no deja, sin embargo, de presentar algunas dificultades.

Una primera aproximación al asunto puede llevar a concluir que, acaso problemas menos difíciles se plantean a propósito de la *opinio juris*, considerada en términos generales. Esta observación se basa en los numerosos actos colectivos internacionales, donde los Estados aparecen reconociendo expresa o implícitamente el carácter obligatorio de la Declaración Universal.

Se citan a continuación varias de esas manifestaciones.

La Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, votada en la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1968 por 89 votos, contra 6 y 9 abstenciones, señala: "Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declararación Universal de Derechos Humanos..." (art. 7).

Por su lado, la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada unánimemente en 1963 por la Asamblea General de la ONU, dispone: "Todos los Estados deben... cumplir plena y fiel-

26 North Sea Continental Shelf, Judgment of 20 February 1969, ICJ, Reports 1969, par. 74.

mente las disposiciones de... la Declaración Universal de Derechos Humanos..." (artículo 10).

La Proclamación de Teherán, aprobada en 1968 con el voto unánime de los 84 Estados representados en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, expuso que:

"2. La Declaración Universal de Derechos Humanos enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la *declara obligatoria para la comunidad internacional*" (la cursiva es del autor).

También resulta significativa el Acta Final de Helsinski [27], firmada el 1 de agosto de 1975 por 33 países de Europa [28], Estados Unidos y Canadá. Entre los signatarios estaban todos los miembros de la OTAN y del Pacto de Varsovia, así como varios países neutrales y no alineados. Entre ellos había Estados que en otro tiempo expresaron reservas frente a la internacionalización de la protección a los derechos humanos, hasta el punto, inclusive, de estar entre los que se abstuvieron de votar favorablemente la adopción de la Declaración Universal en 1948.

El Principio General VII del Acta Final señala:

"En el campo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, los Estados participantes actuarán de conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y con la Declaración Universal de Derechos Humanos. Cumplirán asimismo sus obligaciones conforme se establece en las declaraciones y acuerdos internacionales en este terreno, inclusive, entre otros, los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos por los cuales estuviesen obligados."

La diferencia de redacción es elocuente. La Declaración Universal es situada, junto con la Carta y sin ninguna condición, como el instrumento al cual debe conformarse la actuación de todos los signatarios en materia de derechos humanos. En cambio, el compromiso de cumplimiento de otros deberes, incluso si éstos dimanan de instrumentos tan generales como los Pactos, se limita a los Estados obligados por ellos. Aunque en la primera parte del párrafo no se utiliza expresamente el término "obligaciones", no hay nada en la redacción que permita sostener que, en materia de derechos humanos, sea facultativo para los Estados actuar de conformidad con la Carta o con la Declaración. Por el contrario, los propósitos y principios de la Carta y la Declaración son concebidos como los patrones universales que deben orientar la conducta de los Estados en el campo de los derechos humanos.

Esas manifestaciones explícitas han sido invocadas para fundamentar la conclusión de que la Declaración Universal ha quedado incorporada al Derecho internacional consuetudinario [29]. La cuestión, sin embargo, es más compleja,

27 Acta Final de la Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa.

28 El único país europeo ausente fue Albania.

29 Cfr. Humphrey, J., *op. cit.* El autor limita esa conclusión a los derechos justiciables contenidos en la Declaración (arts. 2-21) y excluye a los derechos programáticos (arts. 22-28); cfr. pág. 29.

porque si bien de los textos citados puede inferirse una posición general, de principio respecto de la *opinio juris*, no hay nada en ellos que demuestre la existencia de una práctica normal que conforme una regla de conducta, la cual resulta esencial para que la costumbre exista, como fuente del Derecho.

La demostración de que los patrones de conducta establecidos en las declaraciones internacionales se corresponden con una práctica consuetudinaria presenta varias dificultades que surgen de ciertas características propias del Derecho internacional de los derechos humanos y de lo que debe ser su relación con el Derecho interno. En la primera parte de este estudio se examinó cómo la instauración de la protección internacional de los derechos humanos fue precedida por una corriente generalizada, que arranca en la Independencia de América y en la Revolución Francesa, orientada hacia la proclamación y la protección de los derechos humanos en el Derecho interno [30]. La protección internacional surge, en buena medida, por efecto de la demostrada ineficacia que en numerosos casos ha caracterizado a los medios domésticos para salvaguardar los derechos humanos. En tal sentido, el régimen internacional de protección, en cuanto a su contenido, deriva en cierta medida de los principios de Derecho interno que proclaman los derechos fundamentales de la persona [31], y además está llamado a operar cuando los mecanismos del Derecho interno no existen o son insuficientes o ineficaces para remediar una determinada violación a los derechos humanos [32].

Esta circunstancia conduce a algunas situaciones paradójicas. Para comprobar la hipótesis según la cual la Declaración Universal tiene fuerza obligatoria se requiere, en primer término, que la práctica de los Estados se adecúe plenamente a la Declaración. Si tal fuera el caso, los derechos humanos no serían violados y al propio tiempo se estarían cumpliendo las previsiones del Derecho interno. En esa perspectiva, la práctica inveterada de un Estado que aplicara cabalmente las disposiciones de su régimen jurídico interno en materia de derechos humanos coincidiría, por hipótesis, con el contenido general de la Declaración Universal, de modo que no sería posible discernir si esa práctica obedece solamente al cumplimiento de sus propias leyes, o si se entiende que ella expresa además la observancia de una obligación internacional. Esa coincidencia de contenidos dista de ser insólita, pero dificulta el análisis de la autonomía de la Declaración como parte hipotética del Derecho internacional consuetudinario.

La paradoja es aún mayor si se piensa que, si se diese el supuesto utópico en que la práctica de todos los Estados se ajustara perfectamente a la Declaración, no sería necesario recurrir a la aplicación de medios internacionales para proteger los derechos humanos y no se plantearía, en consecuencia, un tema como el del valor obligatorio de la Declaración Universal.

Es la violación de los derechos humanos, más que su respeto, la que está

30 Véase *supra*, pág. 29 y sigs.

31 En esa perspectiva se ha afirmado que una de las notas típicas del Derecho internacional de los derechos humanos es la de ser un "Derecho derivado". Cfr. Vasak, K.: Les dimensions internationales..., *cit.*, página 709.

32 La Convención Americana sobre Derechos Humanos hace referencia expresa a "una protección internacional de naturaleza convencional, coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho interno de los Estados Americanos" (Preámbulo).

llamada a repercutir internacionalmente y a poner en funcionamiento los medios de protección. El Derecho internacional de los derechos humanos se presenta, en cierta medida, como en Derecho transgresional, de modo que para analizar si la Declaración Universal es un cuerpo jurídicamente obligatorio conviene examinar no tanto la práctica de los Estados que cumplen con su contenido, sino el tratamiento que se da a las infracciones en que pueda incurrirse contra ella.

Destaquemos ante todo que las infracciones, por numerosas que sean, no constituyen necesariamente una ruptura de la práctica general que constituye la base material de la costumbre. Esas infracciones son incluso frecuentes en el caso de ciertos principios incorporados al Derecho consuetudinario, sin que esa circunstancia afecte su valor jurídico, tal como ocurre, por ejemplo, con la no intervención [33] o la prohibición del uso de la fuerza o la amenaza de la fuerza.

Por el contrario, la infracción puede ser la ocasión para confirmar que una práctica general es aceptada como regla de Derecho. A este respecto la Corte Internacional de Justicia ha dicho:

"La Corte no considera que, para que una regla quede establecida como consuetudinaria, la práctica correspondiente deba conformarse rigurosamente a esa regla. Le parece suficiente, para deducir la existencia de reglas consuetudinarias, que los Estados conformen a ellas su conducta, de una manera general, y que traten los comportamientos no conformes a la regla en cuestión como violaciones de ésta y no como manifestaciones del reconocimiento de una nueva regla" [34].

Debe, pues estudiarse si las infracciones contra la Declaración Universal son tratadas como violaciones a una regla de Derecho. La cuestión tampoco es sencilla desde este ángulo, puesto que la demostración más contundente de la exactitud de esa hipótesis sería la existencia de medios internacionales de protección, los cuales, en general, son producto directo o indirecto del Derecho internacional convencional [35]. Para determinar si la Declaración Universal tiene autonomía como cuerpo legal integrado al Derecho consuetudinario habría que responder dos preguntas. La primera apunta a determinar si las infracciones a la Declaración pueden ser reclamadas como una violación del Derecho internacional en las relaciones directas entre los Estados, es decir, con prescindencia de la intervención de entidades internacionales de protección. La segunda se refiere a la existencia de medios o procedimientos de protección directamente fundamentados en la Declaración Universal. Ninguna de las dos tiene una respuesta inequívoca.

---

33 A propósito de la no intervención, la CIJ ha dicho: "...aunque los ejemplos de atentado al principio no sean raros, la Corte estima que él constituye parte integrante del Derecho internacional consuetudinario", Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America), Merits. Judgment of 27 June 1986, ICJ, Report 1986, par. 202.

34 *Ibid.*, par. 186.

35 En algún caso, como el de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esta apreciación es discutible. Recordemos que la falta de sustrato convencional provocó objeciones a la creación de la Comisión. Véase *supra*, págs. 231 y 232.

A) La Declaración Universal en las relaciones directas entre los estados

La primera cuestión se refiere a la exigibilidad de la Declaración en las relaciones interestatales que se cumplen fuera de la esfera de competencia de organizaciones internacionales. Si tal fuera el caso quedaría evidenciado que la Declaración tiene autonomía respecto del Derecho convencional ligado a una organización internacional.

Debe entonces examinarse en qué medida la violación de los derechos humanos puede ser reclamada como una violación del Derecho internacional, fuera del contexto de un procedimiento específico de protección. A este respecto la Corte Internacional de Justicia ha señalado:

> "...En particular, debe hacerse una distinción esencial entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su conjunto y las que nacen frente a otro Estado en el campo de la protección diplomática. Por su misma naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En vista de la importancia de los derechos implicados, puede considerarse que todos los Estados tienen interés legal en su protección; son obligaciones *erga omnes*."

"Tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho internacional contemporáneo, de los actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana, incluidas la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los correspondientes derechos de protección se han integrado al Derecho internacional general...; otros están previstos en instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal" [36].

La consideración de los "derechos fundamentales de la persona humana" entre los exigibles *erga omnes* y la alusión a los "instrumentos internacionales (que es una noción más amplia que la de tratados) de carácter universal o cuasi universal" parecería apuntar en un sentido favorable a la conclusión según la cual la Declaración Universal es un cuerpo jurídico obligatorio cuyo cumplimiento puede ser reclamado por cualquier Estado. Esta conclusión, sin embargo, sería exagerada a la luz de los términos en que la Corte se ha expresado.

En efecto, de la cita comentada de la Corte tampoco pareciera deducirse que "los derechos fundamentales de la persona humana" están incorporados al Derecho internacional general. Aunque la insinuación de esa conclusión se deduce del contexto general de lo expresado por la Corte, la verdad es que la alusión según la cual la fuerza jurídica de las obligaciones *erga omnes* puede emanar de "instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal" introduce cierta ambigüedad en la cuestión. No queda enteramente claro que las violaciones a los derechos humanos pueden ser tratadas como violación al Derecho internacional fuera del ámbito del Derecho convencional. Sin embargo, si se tiene en cuenta que el respeto a los "derechos humanos fundamentales" interesa "a la comunidad internacional en su conjunto", difícilmente podría sostenerse que la violación de esos derechos no significa, igualmente, un quebranta-

36 Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd. Fond., CIJ, Rec. 1970, párs. 33 y 34.

miento del Derecho internacional.

Por otro lado, el texto citado revela que la Corte distinguió entre los derechos humanos en general y los "derechos fundamentales". Tal distinción sugiere que los derechos fundamentales dan origen a obligaciones *erga omnes* y pueden ser protegidos por los Estados con prescindencia de la nacionalidad de la víctima, mientras que los derechos humanos ordinarios sólo podrían ser defendidos dentro de un marco más reducido [37].

La distinción entre derechos fundamentales y ordinarios es equívoca y presenta serios problemas teóricos, en especial cuando se la relaciona con la unidad de la dignidad humana [38]. Esa imprecisión no queda salvada por los ejemplos propuestos por la Corte: la esclavitud y la discriminación racial sistemática violan derechos fundamentales de la persona, pero no agotan el tema.

La distinción denota cierta jerarquía entre los derechos humanos internacionalmente protegidos o, más exactamente, entre las violaciones a los mismos. No puede considerarse que las más graves infracciones, entre las cuales están la esclavitud y la discriminación racial, afecten solamente el interés del Estado especialmente vinculado con el caso, sino que suponen la inejecución de un deber frente a la comunidad internacional como un todo. Por consiguiente, debe considerarse que todo Estado tiene interés jurídico en requerir el cumplimiento de esa obligación, que evidencia así su carácter *erga omnes*. Esta circunstancia pone de manifiesto la existencia de un interés jurídico en virtud del cual cualquier Estado puede reclamar de otro el respeto a "los derechos fundamentales de la persona humana", aun fuera del campo de actuación de las entidades internacionales de protección. Sin embargo, la distinción entre "derechos fundamentales" y los que no lo son no está presente en la Declaración Universal. En consecuencia, sería preciso interpretarla, a la luz de elementos, en alguna medida extraños al texto mismo, para precisar cuáles entre los derechos proclamados pueden ser calificados como "fundamentales", para así determinar cuáles engendran una obligación *erga omnes*. La definición precisa de ese límite no es fácil, si es que es posible, y aun si se logra establecerla, poco se habría avanzado en la demostración de que la Declaración Universal, en su conjunto, es un cuerpo jurídico obligatorio.

No obstante, sí parece posible retener algunas consideraciones positivas. La primera, que difícilmente puede imaginarse que haya "derechos fundamentales" fuera de los proclamados por la Declaración Universal, lo que equivale a decir que toda violación de aquéllos es también violatoria de ésta. La Declaración es, pues, un inexcusable término de referencia, como "instrumento internacional de carácter universal" para definir los patrones destinados a distinguir cuáles son los derechos fundamentales. La segunda, que la distinción entre derechos humanos fundamentales y derechos humanos a secas es difícil de sostener y que, quizá, ella llegue a desaparecer, al menos en lo que toca a su carácter *erga omnes* [39].

37 Cfr. Meron, T., *op. cit.*, pág. 11.

38 Cfr. Van Boven, I.: Les critères de distinction des droits de l'homme, en "Les dimensions internationales...", *cit.*, pág. 45 y sigs., y Meron, T., *cit., supra*.

39 Cfr. Meron, T., *cit.*, pág. 13.

hipótesis en la cual la fuerza jurídica de la Declaración Universal adquirirá mayor claridad. Por último, la Declaración Universal es también término de referencia en las relaciones directas entre los Estados, bilaterales o multilaterales, cuando en ellas surge la cuestión del respeto a los derechos humanos. Aunque, a menudo, el asunto no se plantea en términos estrictamente legales, el reclamo de su observancia como una condición de la convivencia y de la paz constituye un elemento de juridificación.

B) La Declaración Universal en la actividad de protección internacional de los derechos humanos

Se pasará a examinar ahora la segunda cuestión que se había planteado en relación con las infracciones a la Declaración referida esta vez, no al efecto de las mismas en la esfera de las relaciones jurídicas directas entre los Estados, sino como situación que pueda ser atendida por una entidad internacional de protección. El interés del asunto radica en establecer si existen procedimientos internacionales destinados a la protección de los derechos proclamados por la Declaración Universal. Ubicada la cuestión en el ámbito del Derecho consuetudinario, se trataría de determinar si existe una práctica de entidades internacionales de protección aprobada por los Estados, en el sentido de considerar a la Declaración Universal como derecho aplicable a los casos sometidos a su conocimiento.

Cabe recordar a este respecto la evolución cumplida en el seno de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la cual, en un principio, se reconoció incompetente para adoptar medidas a propósito de reclamaciones relativas a los derechos humanos, pero más tarde instauró un procedimiento destinado a estudiar comunicaciones sobre el tema, a cargo de la propia Comisión y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías [40]. Como ni la Comisión ni la Subcomisión tienen competencia para velar por el cumplimiento de tratados específicamente concernientes a los derechos humanos, el término de referencia de su actuación, para determinar si ha habido violaciones a esos derechos, no puede ser otro que la Declaración Universal. Podría entonces concluirse que si la actividad que se cumple bajo el estipulado por la Resolución 1503 (XLVIII) está destinada a proteger derechos contenidos en la Declaración Universal, ésta debe ser considerada como un cuerpo jurídico cuya fuerza obligatoria está reconocida.

La cuestión, sin embargo, tampoco en este caso es sencilla. Primero, porque la Resolución 1503 (XLVIII) está orientada a atender casos que "parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente comprobadas" a los derechos humanos, lo que no sería explicable si la Declaración tuviera una fuerza idéntica a la de un tratado. Así, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo la competencia del Comité de Derechos Humanos, una vez estable-

40 Res. 1503 (XLVIII), de 1970. Cfr. *supra*, pág. 181 y sigs.

cidos los supuestos para que pueda recibir reclamaciones, no está en modo alguno condicionada a que las violaciones denunciadas revelen una ruptura flagrante y sistemática del tratado, y pueden, en consecuencia, referirse a situaciones singulares. Además, el procedimiento dispuesto por la Resolución 1503 (XLVIII) y las decisiones o providencias que pueden adoptarse tienen poco en común con lo previsto en el Derecho convencional para el examen de las violaciones a los derechos protegidos por tratados. Por ello no hay base cierta para afirmar que la Comisión de Derechos Humanos de la ONU trate los quebrantamientos a la Declaración como infracciones al Derecho internacional.

Lo que ocurre es que "un cuadro persistente de violaciones" a los derechos humanos debe ser reputado, ante todo y principalmente, dentro del marco de la ONU, como violaciones de la Carta [41], que como tales son tramitadas según la Resolución 1503 (XLVIII). Ciertamente no puede considerarse que, en esa perspectiva, la Declaración carezca de función y de fuerza jurídica, pues, como ya hemos comentado, difícilmente podría interpretarse el significado de los derechos humanos a los que se refiere la Carta sin atenerse a lo dispuesto por la Declaración. Sin embargo, esa observación no contribuye a responder la pregunta que estaba planteada: ¿Tiene la Declaración Universal fuerza jurídica autónoma como parte del Derecho internacional consuetudinario, o la tiene porque debe ser considerada como un desarrollo o una interpretación auténtica de la Carta?

C) Conclusiones

A la luz de las consideraciones anteriores difícilmente podría concluirse que la Declaración Universal se encuentra plena y totalmente incorporada al Derecho internacional consuetudinario. Si esto fuera así habría que colegir que toda violación a cualquiera de los derechos por ella proclamados sería directamente una violación del Derecho internacional; afirmación ésta que no es sostenible. En efecto, en el caso de ciertos derechos, la obligación de respetarlos o al menos la prohibición de lesionarlos sistemáticamente, podría considerarse integrada al Derecho internacional actual, como ocurre con el derecho a la vida (art. 3), la prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 4) o de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 5). Pero no estaría bien fundamentado, por ejemplo, quien afirme que un Estado infringe el Derecho internacional consuetudinario por el solo hecho que su Derecho interno disponga cierta desigualdad de derechos entre los cónyuges, a pesar de lo dispuesto por el artículo 16.1 de la Declaración Universal.

En verdad, la función de la Declaración Universal frente al Derecho internacional consuetudinario no parece diferir demasiado de la que cumple frente a las disposiciones de la Carta de la ONU en materia de derechos humanos.

En el Derecho internacional actual es posible afirmar que "la obligación de

41 Así fue tipificada por la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva sobre Namibia, la denegación, por Sudáfrica, de los derechos humanos fundamentales.

promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas", mencionada en los Preámbulos de los Pactos, no nace solamente de la Carta, sino que está incorporada al Derecho internacional consuetudinario. Del mismo modo, puede concluirse que las violaciones persistentes y sistemáticas a los derechos humanos no infringen únicamente la Carta y otros tratados, sino que también son contrarias al mismo Derecho consuetudinario.

La conclusión propuesta implica que la obligación universal de respetar los derechos humanos emana por igual de la Carta y del Derecho consuetudinario. Esa obligación, sin embargo, admite ciertos márgenes en su cumplimiento. En la hora actual puede decirse que toda situación que revele un cuadro persistente de violaciones flagrantes a los derechos humanos constituye una ruptura de esa obligación internacional. También, aunque con cierta precaución, puede considerarse que son contrarias al Derecho internacional las violaciones, aun aisladas, de ciertos derechos que pueden considerarse como "fundamentales", en especial cuando el Estado involucrado no adopta con toda diligencia medidas para corregir y para prevenir tales infracciones. Pero hay también casos que, a pesar de quebrantar derechos humanos recogidos en la Declaración, por ser aislados y no afectar "derechos fundamentales", no tienen entidad suficiente para calificarlos como una violación de la Carta de la ONU o del Derecho internacional consuetudinario.

La Declaración Universal es, también en este caso, el instrumento más universalmente aceptado para determinar el alcance de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos y sirve, en ese sentido, para la interpretación tanto de la Carta como del Derecho consuetudinario.

Pero la integración de la Declaración Universal al Derecho internacional consuetudinario es sólo parcial. En efecto, de las consideraciones anteriores se infiere que todo incumplimiento de la obligación consuetudinaria de respetar los derechos humanos significa también, necesariamente, la violación de la Declaración. Sin embargo, no puede afirmarse que todo quebrantamiento de la Declaración implique necesariamente la inobservancia de aquella obligación.

Esa conclusión revela la existencia de cierto margen de "tolerabilidad" que, por repugnante que resulte, ha estado presente en la actuación de las entidades internacionales que han abordado las violaciones a los derechos humanos, y la protección de éstos, fuera del contexto de un tratado específicamente orientado hacia ese propósito, como ha sucedido con la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y con el ECOSOC.

Por consiguiente, para determinar si se ha incurrido en una violación o la obligación universal de respeto a los derechos humanos no basta con establecer que se ha infringido la Declaración, sino acudir a ciertos patrones o *estándares* para apreciar si el caso planteado cae fuera de esos márgenes de "tolerabilidad".

Sin duda tales patrones están sujetos a una definición variable y evolutiva. La circunstancia de que, en general, la aparente "tolerabilidad" no esté presente - y no tiene por qué estarlo- en las convenciones cuya finalidad específica es la protección de los derechos humanos, es un indicio de una evolución hacia patrones más exigentes.

Puede entonces concluirse que la Declaración Universal de Derechos Humanos ha venido obteniendo paulatinamente el reconocimiento de su fuerza obligatoria. Se trata, con todo, de un camino que, si bien no ha variado de dirección, aún no ha sido enteramente recorrido. De nuevo la noción de progresividad está presente.

Repasemos ahora el mismo tema en relación con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

III. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada en marzo de 1948 por la Resolución XXX de la IX Conferencia Internacional Americana, la misma en que se adoptó la Carta de la OEA. Ella proclama que los derechos del hombre "no nacen del hecho de ser nacionales de un determinado Estado, sino que tienen por fundamento los atributos de la persona humana" y que "la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del Derecho americano en evolución", todo lo cual pone de manifiesto el propósito inequívoco de reconocer una dimensión internacional a los derechos humanos, así como de adoptar medidas progresivas para instaurar su protección dentro del Derecho americano.

El contenido de la Declaración Americana, aunque comprende numerosos derechos económicos, sociales y culturales, se refiere predominantemente a los derechos civiles y políticos, que ha sido el campo donde ha tenido mayor repercusión práctica y jurídica [42].

La Declaración fue aprobada fuera del marco de la Carta de la OEA y, a pesar de ciertas iniciativas más ambiciosas, se la calificó expresamente como "recomendación" de modo que carecía de fuerza obligatoria formal. La idea de crear algún órgano, dentro o fuera de la Carta, cuya misión específica fuera la protección de los derechos humanos, tampoco prosperó. Sin embargo, fue acogida una proposición brasileña en el sentido de encargar al Comité Jurídico Interamericano la preparación de un proyecto de estatuto de una corte interamericana para la salvaguarda de los derechos humanos, a fin de someterlo a la siguiente Conferencia Interamericana [43], lo cual no se cumplió.

Es interesante destacar que, al abordar la tarea que le había sido confiada por la Conferencia, el Comité Jurídico concluyó que la inexistencia de Derecho positivo convencional constituía un impedimento determinante para el funcionamiento de una corte semejante, habida cuenta de la carencia de fuerza vinculante de la Declaración Americana. Por ello propuso la adopción de una convención interamericana en materia de derechos humanos. Esa circunstancia, en todo caso,

42 La Resolución XXIX de la misma Conferencia aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuya resonancia práctica ha sido mucho menor que la de la Declaración Americana.

43 Resolución XXXI.

sirvió para subrayar el carácter no vinculante de la Declaración.

Ya cercanos los cuarenta años de su adopción, a la luz de la evolución de las distintas disposiciones de la OEA concernientes a los derechos humanos y de la práctica que, con la aprobación de los Estados, ha desarrollado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha planteado la cuestión de su valor obligatorio actual.

Es obvio que de conformidad con la voluntad de quienes proclamaron la Declaración, ella no tenía fuerza obligatoria. Su texto fue aprobado sin sujeción al procedimiento de formación de los tratados y con la intención expresamente manifestada de que no constituía una fuente de obligaciones. ¿Podrá entonces haber adquirido carácter vinculante sin haber sido incorporada a una convención internacional? ¿Es la Declaración Americana una fuente de obligaciones internacionales para los Estados que no son partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿Tenía acaso fuerza vinculante aún antes de la entrada en vigencia de esa Convención?

En verdad, han surgido nuevos hechos y situaciones a lo largo de la evolución del sistema interamericano que difícilmente podrían explicarse si la Declaración conservara inmodificado su valor inicial como simple recomendación. Como ya se ha visto, en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyo mandato inicial se limitó a la promoción del respeto y la defensa de tales derechos. Sin embargo, desde su instalación la Comisión ha recibido y tramitado comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos proclamados por la Declaración Americana [44]. Ha solicitado información de los Estados y ha obtenido frecuentemente respuesta. Ha practicado observaciones *in loco* por invitación o con la anuencia de los mismos Estados. Ha adoptado resoluciones donde constata violaciones de los derechos consagrados en la Declaración y ha formulado recomendaciones precisas a los gobiernos involucrados. Esas resoluciones, finalmente, han sido publicadas y remitidas a la Asamblea General de la OEA, la cual, varias veces, ha emitido sus propias resoluciones en las que expresamente se alude a la situación de determinados países, cuyos gobiernos han sido señalados como infractores de derechos recogidos en la Declaración. ¿Podría entonces decirse que ella está, en la hora actual, tan desprovista de fuerza obligatoria como en el tiempo de su adopción?

El carácter vinculante de la Declaración Americana puede sostenerse desde dos puntos de vista, análogos a los que se han examinado en relación con la Declaración Universal. Según el primero de ellos puede argumentarse que la Declaración Americana ha quedado incorporada a la Carta de la OEA. Según el otro, constituye una práctica consuetudinaria en el seno de la OEA, que reúne todas las características señaladas por el artículo 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Ambas alternativas se revisarán de inmediato.

44 Véase *supra*, pág. 205 y sigs.

1. La incorporación de la Declaración a la Carta de la OEA

La función de la Declaración Americana como necesario término de referencia para interpretar la Carta de la OEA en todo lo que toca a derechos humanos, aparece mucho más evidente aún que en el caso de la Declaración Universal respecto de la Carta de la ONU. En efecto, aunque en la Carta suscrita en Bogotá en 1948 no encontramos una disposición semejante de la que resulta del artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, la noción de derechos humanos no le es ajena, pues en el Preámbulo y en el artículo 5.j) se proclamaron los derechos humanos entre los principios fundamentales de la Organización, derechos que fueron nuevamente mencionados en el artículo 16. Por su parte, la reforma de la Carta, aprobada por el Protocolo de Buenos Aires (1967), contiene disposiciones sobre derechos humanos en los artículos 3.j), 16, 51.e), 112 y 150. Todas esas referencias deben entenderse de conformidad con la Declaración.

La Declaración Americana, a diferencia de la Universal, no es posterior a la Carta de la OEA. Fue adoptada en la misma Conferencia en que se aprobó esta última, y cuando se suscribió el Protocolo de Buenos Aires habían pasado casi veinte años desde la Declaración y ocho desde la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Al ratificar esos tratados los Estados estaban en conocimiento de las definiciones contenidas en la Declaración, de modo que sería aún más inconcebible que en el caso de la ONU que las menciones a los derechos humanos que se encuentran en la Carta de la OEA no tuvieran como referencia el contenido de la Declaración Americana. Tampoco sería sostenible que el Protocolo de Buenos Aires hubiera hecho abstracción de la misma Declaración o de los trabajos previos de la Comisión. Los efectos de esa cronología merecen ser examinados con cierto detalle. Recordemos que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos no estaba prevista en la Carta de Bogotá y que su creación no fue el fruto de una convención, sino de una resolución de la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores en 1959. Su primer Estatuto señalaba que, para los fines del mismo, por derechos humanos debía entenderse "los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" (artículo 2). La reforma del Estatuto, aprobada por la Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, mantuvo inalterada la redacción de ese artículo.

Más tarde, la reforma de la Carta, dispuesta por el Protocolo de Buenos Aires (1967), incluyó a la Comisión entre los órganos permanentes de la OEA (art. 112) y sometió a una futura convención interamericana sobre derechos humanos la estructura, competencia y procedimiento de la Comsión y de los otros órganos que pudieran crearse para el mismo propósito. A su vez, el artículo 150 de la Carta reformada dispuso:

"Mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos."

Dicho artículo ha sido visto como una fórmula que incorporó indirecta-

mente la Declaración Americana a la Carta [45]. Ese punto de vista parte de que, al asignar ciertas funciones a "la actual Comisión", sin determinar cómo iban a ser ejercidas, implícitamente se aprobó el sentido que sus actuaciones habían tenido hasta ese momento, y, más precisamente, se entendió que la Comisión estaba autorizada a continuar ciñendo sus trabajos a su Estatuto de entonces. No sería posible entender la disposición según la cual *la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos*, sino como una incorporación a la Carta, no ya de la Comisión, sino de la regulación de su funcionamiento, que debía continuar aplicándose. En consecuencia, todas las disposiciones del Estatuto que no se encontraran en contradicción con la Carta reformada se habían integrado a ésta. Dentro de esa línea de razonamiento se agrega que la disposición del Estatuto según la cual, para los fines del mismo, por derechos humanos debe entenderse los contenidos en la Declaración Americana implica, a su vez, la incorporación de ésta a la Carta de la OEA, la cual sería finalmente la fuente del valor normativo y obligatorio de dicha Declaración.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aun cuando no ha acogido expresamente la argumentación señalada, sí ha llegado a la misma conclusión. En ese sentido, la Comisión ha observado:

"Como consecuencia de los artículos 3.j), 16, 51.e), 112 y 150 de este tratado (la Carta), las disposiciones de otros instrumentos y resoluciones de la OEA sobre derechos humanos adquieren fuerza obligatoria." Entre esos instrumentos y resoluciones, la Comisión citó expresamente los siguientes:

"Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1968). Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1960, enmendados por la Resolución XXXI de la Segunda Conferencia Especial Interamericna (Río de Janeiro, 1965). Estatuto y Reglamento de la CIDH, 1979-80" [46].

En la misma dirección se sitúa la Declaración de Caracas, formulada por los Jefes de Estado de las Repúblicas de Venezuela, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Panamá el 24 de julio de 1983, con motivo del Bicentenario del Natalicio del Libertador Simón Bolívar. En los términos de la referida Declaración:

"En el ámbito regional se ha progresado igualmente en la instauración de un régimen de protección internacional de los derechos humanos, definido en sus lineamientos generales por la Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre, *que se ha incorporado al sistema interamericano por la Carta de la OEA*" (la cursiva es del autor) [47].

Las bases de la doctrina que sostiene la incorporación indirecta de la Declaración Americana a la Carta de la OEA, así como las de la resolución de la

45 Buergenthal, T.: The revised OAS Charter and the protection of human rights, 69 AJIL (1975).

46 CIDH, Resolución núm. 23/81, caso 2141 (Estados Unidos de América), 6 de marzo de 1981 (caso llamado "Baby Boy"), par. 16, informe anual de la CIDH 1980-81, pág. 43.

47 1 Revista IIDH (enero-junio 1985), pág. 121. La Declaración de los Presidentes es designada erróneamente como "Declaración de Cartagena".

Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se ha citado, no carecen de solidez. En efecto, la circunstancia de que en el Protocolo de Buenos Aires se hayan incluido numerosas disposiciones en materia de derechos humanos es singularmente relevante a los efectos de apreciar el valor que las partes en dicho tratado asignaron, en ese tiempo, a los instrumentos sobre tales derechos previamente aprobados por la misma OEA. Sería, en verdad, insostenible que, adoptada casi veinte años después de la Declaración Americana, los derechos a los que se refiere la Carta reformada de la OEA estuvieran referidos a conceptos distintos de los que se infieren de dicha Declaración. Tampoco sería concebible que se encargara a "la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos" que velara por la observancia de tales derechos mientras no entrase en vigor el tratado especial sobre el tema y que ese encargo tuviera un sentido distinto de lo que había sido la práctica de la misma Comisión en los años precedentes. Sin embargo, sin desconocer el valor y hasta la justedad de la doctrina comentada, creemos que las circunstancias señaladas no conducen necesaria o exclusivamente a la conclusión de que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ha adquirido el rango de Derecho convencional por haber quedado, de alguna forma, incorporada a la Carta de la OEA. Las mismas consideraciones pueden estar presentes a la hora de argumentar que la Declaración Americana está integrada, al menos parcialmente, al Derecho consuetudinario regional americano.

2. La incorporación de la Declaración Americana al Derecho Consuetudinario

El análisis de la hipotética incorporación de la Declaración Americana al Derecho consuetudinario debe hacerse, de nuevo, a partir de los extremos señalados por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Es preciso, pues, determinar si dicha Declaración se ha tornado obligatoria en virtud de una práctica generalmente reconocida como Derecho. Por las razones que antes se han expuesto, como consecuencia de las características propias del Derecho internacional de los derechos humanos, para establecer el valor jurídico internacional de la práctica de los Estados con respecto a la Declaración Americana, lo decisivo no es tanto el grado de respeto a sus disposiciones, sino más bien si las violaciones a las mismas son tratadas como infracciones a una regla de Derecho internacional.

En ese sentido tiene especial interés el examen de la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la medida en que ésta ha sido aprobada por los Estados Americanos.

Ese interés deriva de la naturaleza de la Comisión como institución de protección, cuya competencia se definió en buena medida por una práctica que desbordaba su Estatuto y que le permitió, desde que comenzó sus trabajos, entrar a considerar comunicaciones y casos de violación de los derechos humanos proclamados por la Declaración Americana. Las circunstancias en que se han desarrollado los trabajos de la Comisión ofrecen ciertas ventajas metodológicas,

pues permiten comparar el tratamiento dado por ella a las denuncias de irrespeto a los derechos contenidos en la Declaración con denuncias similares de inobservancia al Derecho internacional convencional tramitadas por otras instituciones de protección o por la misma Comisión.

La Comisión Interamericana, hasta 1970 [48], fundamentó sus actuaciones exclusivamente sobre su Estatuto y sobre la Declaración Americana. Durante esos primeros años de su existencia no podría argumentarse que la Declaración había adquirido fuerza obligatoria en virtud de su incorporación a la Carta de la OEA. Tampoco podría considerarse que la Comisión, que era fruto de una resolución de la OEA, estuviera aplicando directamente disposiciones de Derecho convencional. Por eso, si la observancia de la Declaración en ese tiempo hubiera sido considerada como una violación del Derecho internacional, habría que buscar la fuente de su obligatoriedad fuera del Derecho convencional. Para esclarecer ese punto, el método apropiado consiste en comparar las actuaciones de la Comisión con las correspondientes a otras instituciones análogas existentes o previstas en ese tiempo, cuya misión era atender a violaciones de tratados sobre derechos humanos, es decir, tramitar casos en que el irrespeto a tales derechos era, fuera de toda duda, una infracción al Derecho internacional. Por otra parte, desde la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ha tenido a su cargo "promover la observancia y defensa de los derechos humanos" [49], entendiendo por tales tanto "los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los Estados partes en la misma", como "los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros" [50]. La comparación entre el tratamiento que la Comisión da a las comunicaciones referentes a la observancia del Pacto de San José con las relativas a la Declaración Americana, nos dirá si existe una diferencia esencial, según la cual en un caso estaría planteada una violación del Derecho internacional, mientras que en el otro no.

Interesa, pues, examinar la práctica de la Comisión Interamericana, frente a denuncias de violación a derechos consagrados en la Declaración Americana, en dos etapas. La primera es la anterior a la entrada en vigencia del Protocolo de Buenos Aires. La segunda es la que comienza con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A) Etapa anterior a la entrada en vigor del Protocolo de Buenos Aires

La creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos marca el inicio de la aplicación de la Declaración Americana como instrumento internacional de protección. El Estatuto de la Comisión definió expresamente a la

48 El Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967, entró en vigencia el 27 de febrero de 1970.

49 Estatuto de la CIDH (1979), art. 1.

50 *Ibid.*, art. 2.

Declaración como el término de referencia de los trabajos de ésta. Según el artículo 2 de ese Estatuto, que ya hemos citado, "por derechos humanos se entienden los consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

A su vez, el artículo 10 del mismo Estatuto disponía:

"En cumplimiento de su mandato, la Comisión se ajustará a las disposiciones pertinentes de la Carta de la Organización y tendrá singularmente presente que, conforme a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático" [51].

El texto del Estatuto no definió claramente, sin embargo, cuáles eran los poderes de la Comisión frente a situaciones que pudieran entrañar la violación de los derechos consagrados en la Declaración. Esos poderes fueron progresivamente definidos por la práctica de la Comisión (a), que contó con la aprobación de los Estados (b).

a) La práctica de la Comisión

En su primer período de sesiones (3-28 de octubre de 1960) la Comisión estudió el alcance de su competencia. En esa oportunidad aprobó la interpretación que debía darse al artículo 9.b) del Estatuto, según cuyo texto la Comisión estaba facultada para:

"Formular recomendaciones, en caso de que lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros en general, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro de sus legislaciones internas y tomen, de acuerdo con sus preceptos constitucionales, medidas apropiadas para fomentar la fiel observancia de esos derechos."

La Comisión interpretó que esta disposición la autorizaba para formular recomendaciones generales lo mismo a todos los Estados que a cada uno de ellos en particular, según se tratara de violaciones generales o particulares a los derechos humanos. Sobre esta base, según reconoció la propia Secretaría General de la OEA, estableció firmemente su competencia "para examinar la situación de los derechos humanos en los países americanos donde se produjeran violaciones flagrantes y reiteradas de esos derechos, para solicitar de los gobiernos respectivos las informaciones del caso y, cuando lo estimare conveniente, la anuencia para trasladarse a su territorio; para formularles las recomendaciones convenientes, y, finalmente, para preparar los informes del caso" [52].

---

51 Vasak consideró esta regla como un "verdadero principio de interpretación" que permitiría a la Comisión construir un "Derecho jurisprudencial de los derechos humanos". Cfr. La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme, LGDJ, París, 1968, págs. 61 y 62.

52 La Organización de los Estados Americanos y derechos humanos, General Secretariat Organization of American States, Washington, 1972, pág. 38. Cfr. Vasak, cit., *supra*, págs. 52 y 53.

Por otro lado, como ya se dijo, aunque reconoció carecer de competencia para tomar decisiones sobre las comunicaciones individuales que le fueran dirigidas, declaró que podía considerar tales comunicaciones "a título informativo" y "para el más eficaz cumplimiento de sus funciones". El procedimiento para el examen de esas comunicaciones fue previsto en el Reglamento y evolucionó notablemente durante los primeros años de vida de la Comisión.

Esas iniciativas de la Comisión estuvieron acompañadas de gestiones para reformar su Estatuto, a fin de formalizar la interpretación y la práctica comentadas. En 1962 la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Punta del Este) reconoció la necesidad de extender los poderes de la Comisión, hasta que finalmente la Resolución XXII de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) amplió formalmente su competencia, al tiempo que implícitamente aprobó su práctica anterior y delimitó lo que había de ser su actuación futura. El primer párrafo de la mencionada resolución solicitó "de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que *continuara velando* por la observancia de los derechos humanos fundamentales en cada uno de los Estados miembros de la Organización" (la cursiva es del autor). Esta expresión encierra la aprobación de la práctica anterior de la Comisión.

De acuerdo con el segundo párrafo de la misma resolución se encargó a la Comisión prestara "particular atención a esa tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre" [53]. Esta disposición sirvió para delimitar la práctica de la Comisión hacia el futuro. Aun cuando ocasionalmente algunas de sus resoluciones sobre comunicaciones particulares aluden a otros de los derechos enunciados en la Declaración Americana, la mayoría de los casos que conoce y tramita la Comisión se refieren a violaciones de los derechos mencionados. El actual Estatuto conserva literalmente el texto citado, en lo que se refiere a la competencia de ésta respecto de los Estados que no son partes en el Pacto de San José [54].

El tercer párrafo de la Resolución XXII, por su lado, autorizó a la Comisión:

1. Para que examinara las comunicaciones que le fueran dirigidas y cualquier información disponible.
2. Para dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados Americanos, con el fin de obtener las informaciones que considerara pertinentes; y
3. Para que formulara a dichos gobiernos las recomendaciones que considerase apropiadas, con el fin de hacer más efectiva la observancia de los derechos fundamentales.

Esta disposición formalizó los poderes de la Comisión para conocer comunicaciones sobre casos de violación a la Declaración y definió, además, sus atri-

53 Respectivamente: Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; Derecho de igualdad ante la Ley; Derecho de libertad religiosa y de culto; Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión; Derecho de justicia; Derecho de protección contra la detención arbitraria, y Derecho a un proceso regular.

54 Artículo 20.a).

butos procesales para el trámite (solicitar información) y en cuanto a la decisión que podría adoptar como culminación de ese procedimiento (formular recomendaciones).

A la postre, estas enmiendas se fueron plasmando en el Reglamento de la Comisión, el cual evolucionó a través de sucesivas reformas. Como el Reglamento debía ser formulado y adoptado por la misma Comisión "de acuerdo con las disposiciones (del) Estatuto" [55], en él se tradujo la interpretación que la propia Comisión había hecho de sus poderes en lo relativo a la aplicación de la Declaración y del Estatuto. Del mismo modo, las distintas reformas tuvieron en cuenta la experiencia de la Comisión y los requerimientos concretos que se precisaban para el mejor cumplimiento de su función. En ese sentido, el Reglamento representa al mismo tiempo la base virtual y la expresión de la práctica de la Comisión.

Después de la reforma aprobada por la Resolución XXII, el Reglamento de la Comisión dividió el capítulo referente al trámite de comunicaciones en dos partes bien definidas. La primera versaba sobre las comunicaciones en general [56], mientras que la otra contenía el procedimiento especial aplicable a las denuncias relativas a los derechos enunciados en el segundo párrafo de la Resolución XXII [57].

El trámite ordinario en el Reglamento de 1967 tenía como antecedente toda la práctica de la Comisión anterior a la Resolución XXII. Se refería a comunicaciones que "contuvieran denuncias o quejas de violaciones a los derechos humanos dentro de los Estados americanos" [58]. El procedimiento estaba orientado a comprobar si había tenido lugar alguna "violación de los derechos humanos", es decir, de la Declaración Americana, supuesto en el cual la Comisión se reconocía facultada para "formular recomendaciones en caso de que lo estim(ara) conveniente, en aplicación del artículo 9.b)" de su Estatuto, "sin perjuicio de preparar y publicar los informes que la Comisión consider(ara) convenientes, de acuerdo con el artículo 9, acápite e), de su Estatuto" [59].

De acuerdo con el llamado "procedimiento especial", comprobada la violación, la Comisión debía preparar el informe del caso y formular las recomendaciones procedentes al gobierno aludido [60]. De no ser adoptadas éstas, la Comisión debía incluir el caso en el informe anual rendido ante el máximo órgano político de la OEA. En caso en que dicho órgano no formulara observaciones a las recomendaciones de la Comisión y si éstas aún no habían sido aplicadas por el gobierno afectado, la Comisión podía publicar su

55 Estatuto CIDH (1960), art. 15.

56 Reglamento CIDH (1967), arts. 37-52. Aunque en 1966 el Reglamento fue modificado para adaptarlo al mismo Estatuto, nos referimos a la versión de 1967, que plantea, en su conjunto, el resultado de la práctica cumplida en la etapa que estamos reseñando.

57 *Ibid.*, arts. 53-58. Dicho procedimiento era también aplicable para las denuncias de represalias contra los autores de comunicaciones dirigidas a la Comisión <art. 53.b)>.

58 *Ibid.*, art. 37.

59 *Ibid.*, art. 52.

60 *Ibid.*, art. 56.

informe[61].

En síntesis, desde su instalación la Comisión se reconoció competente para examinar las violaciones a la Declaración que pudieran producirse en los países americanos, sea por iniciativa propia, en los casos que revelaran violación flagrante y reiterada de los derechos humanos; sea como consecuencia de una comunicación individual. Para ese examen, dentro de la esfera de competencia de la Comisión se ejercieron, en la práctica, amplias atribuciones. La Comisión podía solicitar información al gobierno del Estado interesado, e incluso pedir su anuencia para trasladarse a su territorio. Al término del procedimiento la Comisión podía formular recomendaciones concretas al gobierno, y, en determinadas condiciones, podía asimismo informar al más alto nivel de la OEA y hacer público su informe.

Si se comparan estos poderes ejercidos por la Comisión Interamericana con los atribuidos a otras entidades de protección creadas por tratados vigentes o adoptados antes de 1967, se puede apreciar que aquélla trataba las violaciones a la Declaración como infracciones al Derecho internacional.

La Comisión Europea de Derechos Humanos, cuya actividad se inició en 1954, no está concebida, como ocurría con la Interamericana en aquel entonces, como un órgano terminal, puesto que, si ella considera que una determinada denuncia revela una violación a la Convención Europea, debe referir el caso a la Corte o someterlo al Comité de Ministros. Por ello, a los efectos de la comparación propuesta, lo relevante no es tanto el desenlace final de un asunto dado, al término de todo el procedimiento, sino más bien la delimitación de cuáles son las providencias que, por sí sola, puede adoptar la Comisión Europea. Según el artículo 28 de la Convención Europea, una vez admitida una denuncia, la Comisión está facultada para abrir una investigación para cuya eficaz realización los Estados interesados deben proporcionar todas las facilidades necesarias. El artículo 31 de la misma Convención dispone que, si se verifica la existencia de una violación a los derechos protegidos por aquélla y si el asunto no ha sido resuelto en forma amistosa, la Comisión debe preparar un informe donde consten los hechos y se formule un dictamen sobre si los mismos violan la Convención. Debe, además, transmitir dicho informe al Comité de Ministros "con las propuestas que considere apropiadas". Es evidente la proximidad entre esas atribuciones y las ejercidas por la Comisión Interamericana frente a las violaciones a los derechos proclamados por la Declaración, a pesar de que la actuación de ésta, antes del Protocolo de Buenos Aires, no tenía fundamento alguno en el Derecho convencional.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [62] tiene atribuciones para conocer casos de violación a la Convención, que lo creó en dos supuestos. El primero es el de las denuncias de Estado [63] -para las cuales la Comisión Interamericana de la época no tenía competencia-, dentro de cuyo trá-

61 *Ibid.*, art. 57.

62 Creado por la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada en 1965, también antes del Protocolo de Buenos Aires.

63 *Ibid.*, art. 14.

mite está facultado para pedir información a los Estados interesados, después de lo cual el asunto debe ser sometido a una Comisión Especial de Conciliación, que comunica finalmente al Presidente del Comité sus conclusiones y recomendaciones. Este, a su vez, lo transmite a los Estados involucrados. El segundo es el de las denuncias o comunicaciones individuales [64], que deben ser examinadas por el Comité considerando lo expuesto por el peticionario y las explicaciones o declaraciones emanadas del Estado afectado, al cabo de lo cual podrá presentar "sus sugerencias y recomendaciones", cuya publicación no está prevista en la Convención, no obstante lo cual en el Reglamento se resolvió incluirlas, en forma resumida, en el informe anual del Comité [65]. Tampoco en este caso hay diferencias sustanciales con la práctica de la Comisión Interamericana ante las denuncias individuales de violación a la Declaración Americana.

Finalmente, el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [66], en los casos en que puede entrar a conocer denuncias de Estado, tiene atribuciones análogas a los del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial [67]. En lo referente a las denuncias individuales que le sean presentadas en virtud del Protocolo Facultativo, está previsto que reciba "explicaciones y declaraciones" [68] del Estado interesado. Al término del procedimiento el Comité presenta sus "observaciones" tanto a este último como al peticionario [69].

La indiscutible relevancia de los tratados citados, adoptados todos en la época en que la práctica de la Comisión no tenía sustrato en el Derecho internacional convencional, nos permite determinar la naturaleza de la actuación de entidades análogas a la Comisión frente a casos de violación de reglas de Derecho internacional, cuyo objeto es la protección de los derechos humanos. Frente a una infracción de las convenciones citadas denunciadas ante esas entidades, ellas fueron facultadas para obtener información, para analizar el caso con arreglo a ésta, para formular las correspondientes "propuestas", "observaciones", "recomendaciones" o "sugerencias" y para preparar y, eventualmente, publicar su informe. Ese era el procedimiento acogido por la comunidad internacional para el tratamiento de las violaciones a los derechos humanos protegidos por convenciones internacionales. Con sus variantes, esas son las mismas actuaciones que venía cumpliendo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en ausencia de reglas de Derecho convencional que las sustentara, con respecto a las violaciones a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. De acuerdo con los criterios imperantes en la época -y aun actualmente-, no cabe sino una conclusión: en la práctica de la Comisión Interamericana, el tratamiento de las violaciones a la Declaración Americana que le fueran denunciadas se correspondía con el dado, por otras entidades análogas, a las infracciones a una regla de Derecho internacional para la protección de los

64 *Ibid.*, art. 14.

65 *Ibid.*, art. 96.

66 Adoptado en 1966.

67 Artículos 41 y 42.

68 Protocolo, artículo 4.2.

69 *Ibid.*, artículo 5.4.

derechos humanos.

Falta aún determinar si esa práctica fue aprobada por los Estados miembros de la OEA.

b) La probación de los Estados y la *opinio juris*

La práctica de la Comisión, en los términos que se ha reseñado, se cumplió desde un principio sin la oposición de los Estados Americanos. Por el contrario, como ya se ha visto, más bien se produjeron manifestaciones como la de la VIII Reunión de Consulta (Punta del Este, 1962), tendientes a formalizar la interpretación amplia de sus facultades que había hecho la misma Comisión.

La primera manifestación efectiva de los Estados Americanos, en el sentido de aprobar la práctica cumplida por la Comisión en sus primeros años de trabajo y de autorizarla explícitamente hacia el futuro, la encontramos en las varias veces citada Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria.

La parte considerativa de dicha Resolución destaca "que la Comisión ha prestado un valioso servicio al cumplir su cometido" e igualmente aprueba que "continúe ejerciendo sus responsabilidades a favor de todos los derechos y deberes incluidos en la Declaración Americana". Se reconoció asimismo que la Comisión "debía fortalecerse y que sus responsabilidades debían ampliarse". A su vez, el primer párrafo de la parte propiamente resolutiva dispuso:

"Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que continúe velando por la observancia de los derechos fundamentales en cada uno de los Estados miembros de la Organización."

Esas expresiones son suficientemente elocuentes para demostrar que los Estados Americanos aprobaron el sentido que la Comisión imprimió a sus actuaciones iniciales. Era lógico, en consecuencia, que de alguna manera se formalizara una situación de hecho creada por una interpretación de facultades que no se infería directamente del Estatuto original. De ahí que se autorizaba expresamente a la Comisión para que recibiera comunicaciones individuales y para que las tramitara y decidiera a los fines de "hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos", y no ya, como eufemísticamente se había expresado antes, "a título informativo".

Aunque la mencionada aprobación de la actuación de la Comisión no basta para demostrar la *opinio juris*, en la Resolución XXII sí pueden encontrarse los primeros elementos que van a conducir a la cristalización de la Declaración Americana, o de parte de ella, como Derecho consuetudinario regional.

Un primer hecho que por sí mismo llama la atención es el contraste entre el lenguaje del Estatuto de 1960 y el empleado en la Resolución XXII. Según el Estatuto original, la Comisión estaba autorizada para formular recomendaciones, en caso de que lo estimara conveniente, a los Estados miembros en general, a fin de que se adoptaran medidas progresivas en favor de los derechos humanos

según su Derecho interno [70]. A pesar de la interpretación que la Comisión atribuyó a esta previsión, la verdad es que de su texto no pueden deducirse más que los condicionamientos a que estaban sometidas las recomendaciones de la misma Comisión, destinadas a una adopción progresiva y sujeta al Derecho interno. Se disponía igualmente que la Comisión podía "encarecer" información a los gobiernos sobre las medidas adoptadas en favor de los derechos humanos. El empleo del citado verbo, cuyo significado es ajeno a la precisión de los términos jurídicos, introduce un elemento de oscuridad en el texto que lo debilita. Da la impresión de haberse acudido a esa palabra, en la versión castellana y portuguesa, para evitar expresiones como "solicitar", "requerir" o "instar", cuyo significado jurídico es más conocido. En inglés se utilizó *to urge* y en francés *inviter*, términos que no se corresponden entre sí, ni tampoco con "encarecer", circunstancia ésta que aumenta la confusión de la expresión.

En cambio, según la Resolución XXII la Comisión fue facultada para dirigirse a cualquier gobierno americano "con el fin de obtener las informaciones que consider(ara) pertinentes" y para formularles las recomendaciones que "consider(ara) apropiadas". Este último texto subrayó la autonomía de los poderes procesales de la Comisión en lo referente al examen de las comunicaciones individuales, puesto que se reconoció su autoridad para ejercerlo cuando lo considerase pertinente o apropiado, sin ningún condicionamiento. La diferencia de lenguaje sugiere un movimiento de lo dispositivo hacia lo imperativo.

Todo ello, sin embargo, acaso no sea suficiente para considerar que los Estados Americanos admitían que la Declaración era objeto de una práctica aceptada como Derecho. El momento que puede considerarse decisivo en ese proceso es el de la adopción del Protocolo de Buenos Aires que reformó la Carta de la OEA. En nuestro concepto, ese Protocolo significa la cristalización de los artículos de la Declaración Americana a que se refiere la Resolución XXII como Derecho consuetudinario, si es que no puede considerarse como el reconocimiento implícito de una costumbre internacional preexistente. A este respecto lo determinante es, de nuevo, lo dispuesto por el artículo 150 de la Carta reformada, según la cual, " mientras no entre en vigor la convención interamericana sobre derechos humanos a que se refiere el capítulo XVIII, la actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos velará por la observancia de tales derechos".

Coincidimos con la posición según la cual la referencia a la "actual Comisión" no puede entenderse sino institucionalmente, lo que implica que dicha expresión comprende toda la organización, la normativa e incluso el sentido general que habían tenido las actuaciones de la Comisión. No alcanza solamente al Estatuto y a la mención específica que éste hace a la Declaración Americana, sino también al Reglamento y a la práctica de la Comisión.

Recordemos que desde su creación, pero especialmente después de la Resolución XXII, el Reglamento de la Comisión fue la base de una práctica que daba a las violaciones a la Declaración un trámite análogo al previsto en algunos tratados internacionales en materia de derechos humanos para los casos de

70 Artículo 9.b).

infracción a las disposiciones del mismo tratado.

Por ello, al encomendar a "la actual Comisión" que velara por la observancia de los derechos humanos, los signatarios del Protocolo de Buenos Aires estaban implícitamente aceptando que ésta debía continuar tratando las violaciones a la declaración del mismo modo que órganos de naturaleza análoga ya trataban las infracciones a reglas convencionales de protección a los derechos humanos. El encargo que se hizo a "la actual Comisión" inevitablemente comprendía la aprobación de una práctica, que daba a las violaciones a la Declaración Americana el tratamiento correspondiente a una violación del Derecho internacional.

La comprobación de la *opinio juris* se deduce del sentido del mandato transitorio de la Comisión contenido en el artículo 150. A ella se encargó que velara por la observancia de los derechos humanos mientras no entrara en vigor la Convención especial. Cabe entonces preguntarse, ¿a qué derechos si no a los proclamados por la Declaración podría referirse la función asignada a la Comisión? Dentro del marco de la OEA no puede sino concluirse que lo encomendado a la Comisión fue que velara por el respeto a la Declaración Americana, o al menos de los derechos enunciados en los artículos especialmente mencionados en la Resolución XXII [71], lo que en definitiva expresa concretamente la *opinio juris* respecto de ésta, puesto que no habría tenido sentido que una convención internacional, como es la Carta de la OEA, encargara a uno de los órganos permanentes de ésta de "velar por la observancia" de los derechos contenidos en la Declaración, si los Estados partes en esa convención no hubieran considerado que dichos derechos debían ser obligatoriamente respetados.

La práctica posterior de la Comisión, especialmente la cumplida después de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, confirma plenamente la anterior conclusión.

B) Etapa posterior a la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El artículo 150 de la Carta Reformada de la OEA atribuyó a la Comisión Interamericana, como ya se ha indicado, la misión transitoria de velar por el respeto a los derechos humanos mientras no entrara en vigor el tratado especial sobre la materia previsto en la misma Carta. Ahora bien, aunque la Convención Americana sobre Derechos Humanos entró en vigor, objetivamente, el 18 de julio de 1978, ella no está vigente, subjetivamente, para los miembros de la OEA que no son partes en la misma. A este respecto la Resolución II de la Conferencia de San José, donde se adoptó el tratado, encomendó "al órgano supremo de la Organización" que se previera en el nuevo Estatuto de la Comisión la competencia y procedimiento de ésta respecto de los miembros de la OEA que no estuvieran vinculados por el Pacto de San José, "incluyendo las funciones y

71 Artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI.

atribuciones estipuladas en la Resolución XXII de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria" [72].

Esa circunstancia ha conducido, como ya se ha señalado antes, a que el sistema interamericano de protección a los derechos humanos presente cierta complejidad transitoria, pues en él se superponen dos regímenes. Uno, más general, que se infiere de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana, cuyo órgano de tutela es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otro, más complejo, que es el contenido en la Convención Americana, cuyos órganos de protección son la propia Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión, que es órgano común, tiene un régimen unitario que se desprende del Estatuto aprobado en La Paz en 1979. Tiene a su cargo cumplir con las funciones que le confía la Convención Americana y además, respecto de los Estados que no son partes en ésta, continuar cumpliendo, en términos generales, con las funciones que había venido desempeñando frente a todos los miembros de la OEA antes de entrar en vigor el Pacto de San José. De hecho, con posterioridad a la vigencia de éste, la Comisión ha adoptado numerosas resoluciones sobre comunicaciones individuales referentes a derechos enunciados en la Declaración Americana, que es todavía objeto de aplicación sostenida y permanente.

Esa circunstancia permite comparar el tratamiento que la Comisión da a las denuncias sobre presuntas infracciones a la Convención Americana con las referentes a la Declaración, así como las providencias que adopta, en el supuesto de que establezca la violación, en uno y en otro caso. Ese método puede indicarnos, si no hay diferencias esenciales entre los dos regímenes, si la Comisión procesa ambos tipos de denuncias de conformidad con reglas y principios análogos, lo que indicaría que conceptúa las violaciones a la Declaración como casos de quebrantamiento del Derecho internacional.

El nuevo Estatuto de la Comisión comienza por definir lo que debe entenderse por derechos humanos y referir el concepto a la Convención Americana para los Estados que son partes en ella, y a la Declaración para los demás, lo cual demuestra que la entrada en vigencia de aquélla no disminuye la función ni la fuerza de ésta. El artículo 29.e) de la Convención, por lo demás, expresamente establece que ninguna de las disposiciones del tratado puede ser interpretada en el sentido de "excluir o limitar el efecto que pueden producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza".

El Reglamento actual de la Comisión, cuya última versión fue aprobada el 17 de marzo de 1985 [73], ha buscado unificar las reglas procesales aplicables a los estadios iniciales del procedimiento, como son la de admisión e investigación, abstracción hecha de que la comunicación o denuncia se refiera a un Estado que sea parte en la Convención Americana o a uno que sea ajeno a

72 Cit. en Manual de normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano, OEA/Ser. L.V./11-65, Doc. 6 Washington, 1985, pág. 11.

73 Cfr. Manual de normas vigentes, cit., págs. 115-140.

dicho tratado [74].

Las condiciones de admisibilidad son idénticas para las comunicaciones fundadas sobre la Convención y para las que lo estén sobre la Declaración. Esto abarca: 1o. las condiciones de forma y el contenido de la petición [75]; 2o. los prerrequisitos procesales, en especial el que toca al previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, que está sometido a idéntico régimen jurídico en uno y otro caso [76]; 3o. los plazos dentro de los cuales puede introducirse la denuncia [77]; y 4o. la inadmisibilidad en caso de litispendencia o de cosa juzgada [78].

Ambos tipos de peticiones están sometidas al mismo trámite inicial [79], y si surgen cuestiones preliminares relativas a la admisibilidad, deben ser resueltas de la misma manera [80].

La fase de investigación debe también desarrollarse de acuerdo con las mismas previsiones. La solicitud de información al gobierno afectado se formula con base en la misma norma, y el plazo que éste tiene para la respuesta es también idéntico, al igual que las consecuencias de la omisión, por parte del gobierno, en atender oportunamente la mencionada solicitud de información [81]. No existen tampoco diferencias apreciables en cuanto al régimen probatorio [82].

Las diferencias surgen en las providencias que la Comisión puede adoptar para la solución del caso. La Convención Americana contempla una serie de pasos sucesivos, que van desde la búsqueda de una solución amistosa a través de la utilización de la técnica de los buenos oficios y la mediación-conciliación, hasta la publicación de su informe o la remisión del caso a la Corte [83]. Se trata en verdad de un procedimiento complejo -acaso demasiado- orientado primero a buscar una solución consensual y luego a ejercer un apremio progresivo sobre el gobierno afectado, a fin de que acepte las proposiciones y recomendaciones de la Comisión. Las medidas que la Comisión puede adoptar, sin embargo, siguen siendo esencialmente las mismas: preparar un informe [84], formular proposicio-

74 El artículo 52 del Reglamento unifica los procedimientos.

75 Reglamento CIDH (1985), arts. 27 y 32.

76 *Ibid.*, art. 37.

77 *Ibid.*, art. 38.

78 *Ibid.*, art. 39.

79 *Ibid.*, art. 34.

80 *Ibid.*, art. 35.

81 *Ibid.*, arts. 34.5 y 42. Cfr. *supra*, pág. 251 y sigs.

82 La única diferencia importante se refiere a la posibilidad de practicar una investigación *in loco* en el curso del procedimiento relativo a una comunicación individual, que es obligatoria para los Estados partes en la Convención: Convención, artículo 48.2; Reglamento, artículo 44. Cfr. Vargas Carreño, E.: Las observaciones *in loco* practicadas por la CIDH, en "Derechos humanos en las Américas", cit., pág. 292. Cfr. *supra*, págs. 256-259.

83 Convención, artículos 48-51; Reglamento, artículos 45-48. Cfr. *supra*, pág. 217.

84 Convención, artículo 50; Reglamento, artículo 46.

nes y recomendaciones [85] y publicar el informe [86]. Puede también remitir el caso a la Corte, para lo cual no basta que el Estado interesado sea parte en la Convención, sino que se precisa, además, que haya aceptado la jurisdicción de aquélla.

En lo que se refiere a los Estados que no son partes en la Convención, el Reglamento ha abandonado la antigua diferencia entre procedimiento ordinario y especial [87] y contempla simplemente que, cumplidas las fases de admisión e investigación, debe producirse una resolución final que contendrá, además de los hechos y las conclusiones, las recomendaciones que la Comisión considere pertinentes y un plazo para su cumplimiento, vencido el cual, si dichas recomendaciones no han sido adoptadas, la Comisión decide sobre la publicación del informe [88].

En lo esencial no hay diferencias entre las decisiones que puede adoptar la Comisión respecto de las peticiones referentes a la Convención o a la Declaración. En el primer caso, el informe, las recomendaciones y la publicación de aquél se extienden a través de un procedimiento de pasos sucesivos, cuyos detalles y complejidades son difícilmente concebibles fuera del Derecho convencional. En el segundo supuesto, las decisiones que pueden adoptarse son en el fondo de la misma naturaleza, pero están previstas con la generalidad que se deduce de un derecho que origina en una práctica reiterada.

La circunstancia de que la Comisión no pueda remitir a la Corte casos referentes a la violación de la Declaración, en nada afecta esa conclusión. Primero, porque la Corte no está facultada para conocer todos los casos en que la Comisión decide que la Convención se ha violado, puesto que su competencia contenciosa está sujeta a una cláusula facultativa. Segundo, porque la Corte, en principio, sólo puede conocer, en su jurisdicción contenciosa, casos referentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y no otras situaciones, así sean violatorias de una norma de Derecho internacional que tenga otra fuente convencional o que sea consuetudinaria [89].

Por el contrario, los términos en que el Reglamento de la Comisión contempla su resolución en los casos de violación a la Declaración son más imperativos que los previstos con anterioridad a la entrada en vigor del Pacto de San José. La circunstancia de que, con todos los antecedentes indicados, se haya establecido la unificación sustancial de los procedimientos relativos a la violación de la Convención y a la violación de la Declaración y de que se hayan definido más precisa e imperativamente los poderes de decisión de la Comisión frente a estos últimos casos, todo ello sin oposición de los Estados, que se han sometido invariablemente a esas reglas procesales sin objetar la unificación señalada, no hace más que confirmar la conclusión ya adelantada: los casos de

85 Convención, artículo 50; Reglamento, artículo 47.

86 Convención, artículo 51; Reglamento, artículo 48.

87 Cfr. *supra*, págs. 295 y 296.

88 Reglamento, artículo 53.

89 En cambio, la competencia consultiva de la Corte abarca otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos" (art. 64 de la Convención).

violación a los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son tramitados y decididos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, esencialmente del mismo modo que tramita y decide las infracciones al Derecho internacional, de tal manera que la aplicación de dicha Declaración por parte de la Comisión, en esos casos, se arraiga en una práctica generalmente reconocida como derecho.

Esa conclusión no debe entenderse en contradicción con la posición según la cual la Declaración Americana ha adquirido su fuerza obligatoria como resultado de su incorporación indirecta de la Carta de la OEA en la reforma de 1967, pues, como ya hemos subrayado, nada se opone a que una misma norma jurídica encuentre su fuente en el Derecho convencional y en el Derecho consuetudinario. Se trata, por el contrario, de una consideración complementaria que pone de manifiesto la autonomía del valor de la Declaración Americana. En todo caso, cualquiera de las dos posiciones que se han señalado pone de relieve cómo la evolución cumplida en el seno del sistema interamericano ha conducido a la aplicación cotidiana de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la cual fue un cuerpo de principios sin ninguna trascendencia práctica durante la década que siguió a su proclamación, y llegó a convertirse en un instrumento clave para la protección a los derechos humanos. Otra vez estamos en presencia de un proceso progresivo.

PRESENTACIÓN 5

DISCURSOS INAUGURALES 7

Agustín LOMBANA M
Rector encargado
Pontificia Universidad Javeriana 9

Rafael NIETO NAVIA
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 15

Carlos VILLAN DURAN
Representante del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ginebra, Suiza) 19

Erique LOW MUTRA
Ministro de Justicia de Colombia 25

PONENCIAS 31

LA DEMOCRACIA COMO MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Rafael NIETO NAVIA
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 33

LA DECLARACIÓN AMERICANA RAÍCES CONCEPTUALES Y POLÍTICAS EN LA HISTORIA, LA FILOSOFÍA Y EL DERECHO AMERICANO
Hector GROS ESPIELL
Vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 41

LA DECLARACIÓN UNIVERSAL Y LA DECLARACIÓN AMERICANA.
LA FORMACIÓN DEL MODERNO DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
Pedro NIKKEN
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 65

COMENTARIO A LA CONFERENCIA DEL JUEZ PEDRO NIKKEN
Jorge Ramón HERNANDEZ ALCERRO
Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 101

LA RELACIÓN CONCEPTUAL Y NORMATIVA ENTRE LA DECLARACIÓN AMERICANA Y LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
Thomas BUERGENTHAL
Expresidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 111

REFLEXIONES SOBRE LAS DECLARACIONES UNIVERSAL Y AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS DE 1948 CON OCASIÓN DE SU CUADRAGÉSIMO ANIVERSARIO
Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE
Ph.D. (Cambridge), Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil, Profesor Titular de la Universidad de Brasilia, Profesor de Derecho Internacional Público del Instituto Río-Branco (Academia Diplomática) 121

APLICACIÓN DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
Marco Gerardo MONROY CABRA
Expresidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 131

CLAUSURA 139

Thomas BUERGENTHAL
Expresidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 141

Hugo CAMINOS
Subsecretario de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos 143

ANEXO 147

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE
Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948 149