

# La protección de los derechos del individuo en el derecho internacional: ¿Es la selectividad compatible con la universalidad?

---

Fecha de recepción: 27 de agosto de 2008

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2009

Francisco Orrego Vicuña\*

*Resumen:* La protección internacional de los derechos humanos se ha fundamentado en el principio de universalidad que caracteriza esta preocupación del derecho internacional, pero la intervención de criterios de selectividad ha generado una discordancia en los resultados.

Diferentes factores han limitado la protección efectiva: no existe claridad frente a conceptos como obligatoriedad y exigibilidad de los instrumentos, normas de *ius cogens* y jerarquía normativa; influencia de la coyuntura política y las relaciones internacionales entre Estados. Los Estados delegan en las diferentes organizaciones internacionales el cumplimiento de sus obligaciones; los Estados son selectivos en sí, por políticas contingentes; las instituciones regionales incentivan la selectividad al incluir en sus decisiones temas no jurídicos.

Para enfrentar esto, el derecho internacional debe restablecer los valores originales, volviendo a los orígenes de la protección internacional y a la finalidad de proporcionar acceso directo a los individuos ante las instituciones internacionales, de modo que se garantice tanto el Estado de derecho como la

---

\* Profesor de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; Director del Instituto de Estudios Internacionales; Presidente del Tribunal Administrativo del Banco Mundial; miembro del Instituto de Derecho Internacional.

imparcialidad profesional, así como los cambios institucionales que podrían justificarse para transformar la protección buscada en una realidad universal.

*Palabras clave:* universalidad, selectividad, derecho internacional, derechos humanos, protección, reforma institucional, principios, instituciones regionales.

*Abstract:* The international protection of human rights has been based on the principle of universality that characterizes this concern of the international law, but the intervention of selectivity criteria has led a discrepancy in the results.

Several factors have limited the effective protection: there is no clarity as compared to concepts of enforceability and binding instruments, norm of *ius cogens* and normative hierarchy; influence of the political conjuncture and the international relations between States; States delegate in the different international organizations, the fulfillment of their obligations; States are selective by political contributors; Regional institutions stimulate the selectivity for having included in their decisions, not legal issues

To face this, international law must restore the original values, on having returned to the origins of the international protection and to the purpose of providing direct access to the individuals before the international institutions that there guarantees both the democracy and the professional impartiality. And the institutional changes that could be justified for the protection sought to transform into a universal reality.

*Key words:* universality, selectivity, international law, human rights, protection, institutional reform, principles, regional institutions.

## Introducción

El sostenido progreso que ha registrado la protección internacional de los derechos humanos se ha fundamentado en buena medida en las aspiraciones de universalidad que caracterizan esta preocupación del derecho internacional. Si bien los objetivos de la protección se han definido de manera consonante con esa aspiración, la administración y puesta en práctica de las políticas que permitan satisfacerlos no ha sido siempre igualmente adecuada. Uno de los factores que permiten explicar esta dualidad de resultados es el hecho de que en ocasiones se han introducido criterios de selectividad. Fue

la propia Asamblea General de las Naciones Unidas que advirtió acerca de este problema al reorganizar parcialmente el sistema de administración de esa protección en el marco de la Organización, al declarar:

Reconociendo también la importancia de garantizar la universalidad, objetividad y no-selectividad en el examen de las cuestiones de derechos humanos y de eliminar la aplicación de un doble rasero y la politización.<sup>1</sup>

Este artículo busca explorar esa causal para determinar su real alcance y así poder alcanzar una conclusión acerca de los cambios institucionales que podrían justificarse para transformar la protección buscada en una realidad universal.

### **El sagrado deber de proteger los derechos del individuo**

Para toda persona que crea en el papel del derecho internacional en la comunidad internacional como expresivo de un sistema de normas jurídicas y morales de conducta, no cabrá duda que el deber más sagrado de dicho ordenamiento es el deber de proteger los derechos del individuo respecto de situaciones adversas que se originen ya sea en el ámbito internacional o en el nacional. El derecho internacional tuvo su origen en tal creencia y su preocupación desde los comienzos ha sido la de proteger los derechos individuales, expresándola primero en reglamentar la conducta de los Estados ante otros Estados respecto del derecho de la guerra y su contenido humanitario, junto con un esfuerzo sostenido para impedir el uso de la fuerza por medio de la solución pacífica de controversias. Gradualmente, estas preocupaciones se han extendido a una serie de materias relacionadas y han gradualmente trascendido el ámbito estricto de las relaciones internacionales para incluir el tratamiento otorgado a los individuos en el derecho nacional.

La teoría de la protección de los derechos individuales en el derecho internacional ha explicado claramente que, paso a paso, el individuo ha adquirido su propia personalidad internacional objetiva, si bien limitada. En este sentido se ha escrito:

---

1 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/251 creando el Consejo de Derechos Humanos, 3 de abril de 2006.

En esta concepción el individuo ya no aparece dependiendo de la omnipotencia del Estado, sino reconocido en su identidad, investido de derechos intrínsecos, vinculados a su condición humana (...) podríamos decir que él se encuentra estructuralmente situado (...) en una situación de prioridad respecto del Estado, cuyo deber no sería en lo sucesivo esclavizarlo en función de la realización de sus propios fines sino de promover la garantía efectiva de su eminente dignidad.<sup>2</sup>

A la luz de este marco conceptual, el derecho internacional contemporáneo ha llegado a caracterizarse por dos desarrollos muy importantes en este sentido. El primero involucra la expansión normativa de los derechos protegidos, en tanto que el segundo se relaciona con los mecanismos procesales para poner en marcha esa protección. En ambos casos el principio subyacente ha sido que el derecho internacional es capaz de crear derechos —y eventualmente obligaciones— que son aplicables directamente al individuo sin la intermediación del Estado.

Este fue el desarrollo que fue previsto por la Corte Permanente de Justicia Internacional cuando sostuvo en el caso de la *Jurisdicción de las Cortes de Danzíg* que “el fin mismo de un acuerdo internacional, de acuerdo a la intención de las Partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas reglas determinadas que crean derechos individuales”.<sup>3</sup> Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte no acogió un vínculo directo entre el individuo y el derecho internacional ya que creía que “un acuerdo internacional no puede, como tal, crear derechos y obligaciones directas para individuos”. La dicotomía entre el derecho material y su implementación es un aspecto que ha durado largamente respecto de la protección contemplada.

Si acaso este desarrollo conceptual ha afectado o no la soberanía del Estado, de todas maneras ha encontrado diferentes respuestas. Desde un punto de vista, no podría significar otra cosa que el menoscabo de la esencia misma de la soberanía del Estado,<sup>4</sup> pero desde otra perspectiva también ha

2 Pierre-Marie Dupuy, “L’individu et le droit international (théorie des droits de l’homme et fondements du droit international)”, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 32, 1987, pp. 119-133 (121).

3 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Jurisdiction of the Courts of Danzíg*, 1928, Ser. B, n° 15, p. 26.

4 Alain Pellet, “Le droit international à l’aube du XXI<sup>ème</sup> siècle”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, n° 19, 1998, capítulo VI: “Les personnes privées—L’interétatisme remis en cause”, p. 83.

sido entendido como una manifestación de tal soberanía y el fortalecimiento de la capacidad del Estado para servir mejor a sus ciudadanos.<sup>5</sup> Estas diferentes perspectivas han tenido una profunda influencia en la evaluación del éxito y de los fracasos de la teoría en su aplicación práctica.

### Progreso y limitaciones del desarrollo del derecho aplicable

La Carta de las Naciones Unidas en 1945 y la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948,<sup>6</sup> al igual que los desarrollos paralelos que condujeron a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>7</sup> y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales,<sup>8</sup> han sido la expresión insuperada del derecho material aplicable en el contexto de la protección de los derechos del individuo, sin excluir sus deberes.<sup>9</sup> Inspirados en una verdadera universalidad e idealismo loable, tales instrumentos establecieron la expresión sistemática de derechos fundamentales que requerían protección tanto en el derecho internacional como en el nacional. En esa medida, el primer postulado de la teoría estaba bien apoyado mediante la expansión normativa indicada y sus alcances de universalidad.<sup>10</sup>

La evolución que ha tenido lugar desde entonces, sin embargo, no siempre pareciera asegurar la viabilidad de una protección verdaderamente universal de los derechos fundamentales del individuo. Si se toma como una medida para esta evaluación el trabajo de la antigua Comisión de Derechos

---

5 Robert Jennings, "Sovereignty in International Law", en Gerard Kreijen (Ed.), *State, Sovereignty and International Governance*, 2002, Oxford, Oxford University Press, pp. 37-38. Para un análisis de la teoría de las relaciones internacionales a este respecto y los autores que tienen puntos de vista similares, véase: Israel de Jesús Butler, *Unravelling Sovereignty: Human Rights Actors and the Structure of International Law*, Antwerp, Intersentia, 2007, pp. 77-78.

6 Carta de las Naciones Unidas, artículo 55; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948.

7 Carta de la Organización de los Estados Americanos, según reformada; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

8 Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950, según complementada.

9 Véase también la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.

10 Thomas Buergenthal, "The Evolution of International Human Rights", en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, 1997, Bruselas, Bruylant, pp. 123-147.

Humanos de las Naciones Unidas, se puede apreciar claramente que su agenda, incluyendo los deberes encomendados a sus relatores, expertos, representantes especiales y grupos de trabajo, han incluido tanto un conjunto de derechos fundamentales, tales que la libertad de expresión, la religión, los niños y la tortura, como materias que podrían considerarse relacionadas más bien con las coyunturas políticas que con una aspiración a la protección universal, siendo casos ilustrativos aquellos de las políticas de reforma económica o la deuda externa.<sup>11</sup> Las segundas, terceras y cuartas generaciones de derechos humanos no parecieran tener la misma importancia que los derechos encarnados en las declaraciones y primeras convenciones.

Estas dificultades inciden en la discusión acerca de la naturaleza jurídica y la obligatoriedad de algunos de los instrumentos expresivos de los derechos humanos. Si bien la condición jurídica de la propia Declaración Universal fue en algún momento incierta, gradualmente esta obtuvo el reconocimiento como una expresión legítima y auténtica del derecho que definía los derechos que gozaban de protección, incluyendo en forma muy determinante las decisiones de tribunales nacionales que así lo afirmaban.<sup>12</sup> En otros casos, el camino que condujo al reconocimiento ha sido en cierto modo comparable. Este es por ejemplo el caso de la Declaración Americana, que más adelante sirvió como base para la evolución que tendría el tema en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos. Este fue el reflejo natural del alto valor moral de estos instrumentos en el ordenamiento jurídico.

La inclusión de los derechos fundamentales en tratados y convenciones también ha significado que su naturaleza jurídica se ha tornado segura y ha fortalecido su obligatoriedad. Esto es cierto, sin embargo, de las disposiciones básicas de la Carta sobre los derechos humanos y de un conjunto de convenciones que han tenido cuidado de limitar su temática a los derechos humanos fundamentales, siendo un ejemplo de esto el Convenio Europeo. En algunos otros casos, sin embargo, el alcance de algún tratado atiende a inquietudes que van más allá de esos derechos fundamentales. El ejemplo de los Pactos de las Naciones Unidas es revelador pues mientras el Pacto de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup> puede ser considerado como expresivo de la

---

11 Butler, *op. cit.*, pp. 60-61.

12 R. Cassin. "La Déclaration universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 79, 1991-II, p. 237.

13 Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966, y protocolo opcional.

protección de los derechos fundamentales, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>14</sup> dio inicio a la consideración de temas que en principio exceden de ese marco fundamental. Algunas otras convenciones, en ocasiones abordando asuntos que surgen de los debates políticos del momento, se han traducido en una mayor incertidumbre jurídica.

La tendencia a considerar que prácticamente todo desarrollo normativo es constitutivo de normas de *jus cogens* no siempre parece haber sido conducente a un entendimiento que pudiese ayudar a fortalecer la protección contemplada, si acaso no se cumplen los requisitos previstos para reconocer una categoría de normas tan excepcional en el derecho internacional.<sup>15</sup> El resultado final se ha traducido en ocasiones en una confusión entre las normas fundamentales y aquellas que pudieran considerarse más bien normas comunes del derecho internacional, dificultando en esa medida la posición jerárquica que las normas fundamentales merecen por su propia autoridad. Aun cuando el derecho humano más sagrado de todos, el derecho a la vida, se encuentra resguardado por las normas fundamentales de la protección internacional, se han introducido en ocasiones distinciones artificiales para separar el derecho a la vida de aquellos nacidos de aquellos por nacer, procurando de esta forma limitar el alcance del derecho en perjuicio del ser humano más débil e indefenso.

Una parte no menor del desarrollo relacionado con la protección de los derechos humanos tiene su origen en el trabajo de organizaciones internacionales, en particular las Naciones Unidas y los diferentes organismos especializados que han sido creados bajo su estructura. En este contexto, la interrogante acerca de la naturaleza jurídica y la obligatoriedad de las resoluciones e instrumentos adoptados podría verse aumentada a la luz de una confusión normativa como la indicada. El hecho de que los Estados miembros tengan una obligación general de cumplir de buena fe las resoluciones adoptadas por las organizaciones a las cuales pertenecen no significa que cada decisión que emana de sus organismos tenga el mismo grado de autoridad.

No es desconocido el hecho que en ocasiones las resoluciones aprobadas y las decisiones adoptadas tienen su origen en el convencimiento de los gobiernos participantes que tales instrumentos no tienen obligatoriedad

---

14 Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

15 Rafael Nieto-Navia, "International Peremptory Norms (*Jus Cogens*) and International Humanitarian Law", in *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, 2003, The Hague, Kluwer Law International, pp. 595-640 (632-640).

y que simplemente son parte del ejercicio anual o periódico propio de la marcha de las instituciones. Por consiguiente, no toda resolución podrá ser considerada como una auténtica interpretación de la Carta, fenómeno que incluso ha alcanzado a algunas determinaciones de la Corte Internacional de Justicia.<sup>16</sup> Una consecuencia de esa confusión normativa es que un Estado que no cumple a cabalidad con las medidas adoptadas difícilmente podría ser considerado de encontrarse en violación de una obligación jurídica de la Carta o el derecho internacional. Esta situación podría incidir en forma negativa en la protección buscada en su conjunto.

### **Teoría jurídica y práctica administrativa de la evolución normativa**

En tanto que la teoría sobre la protección de los derechos humanos corresponde fielmente a los imperativos morales y jurídicos de la comunidad internacional, su efectividad también debe ser evaluada a la luz de la práctica, dimensión esta última que no siempre pareciera facilitar el fortalecimiento de los derechos humanos en cuanto a su vocación universal. El análisis de la práctica de la Asamblea General de las Naciones Unidas respecto de la aplicación y el desarrollo de la protección buscada demuestra que mientras en un primer período la consideración de los derechos humanos se relacionaba cuidadosamente con obligaciones internacionales que podían ser claramente identificadas por medio de tratados o el derecho consuetudinario, incluyendo la paz y la seguridad internacionales, comenzando en la década de 1970 el tratamiento del tema gradualmente encontró una justificación a la luz de sus propios méritos, independientemente de otras obligaciones internacionales que pudiesen estar comprometidas.<sup>17</sup>

Este desarrollo era efectivamente necesario y solo podría ser bienvenido pues significaba que los derechos humanos habían alcanzado el reconocimiento universal, sin distinguir entre las obligaciones del derecho internacional y aquellas del derecho interno. Sin embargo, al mismo tiempo el tratamiento del tema introdujo en ocasiones criterios de selectividad que amenazaban con reducir la verdadera universalidad que buscaba la teoría de

---

16 Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre el Sahara Occidental, *ICJ Reports*, 1975, p. 12.

17 Véase, en general, P. Alston (Ed.), *The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal*, Oxford, Clarendon Press, 1992.



la protección, sin perjuicio de que podría dar lugar a dudas acerca de la credibilidad del marco operacional. Como no es desconocido en el ámbito de algunas organizaciones internacionales, motivaciones de política contingente estuvieron también asociadas a esa selectividad.

El listado de países respecto de los cuales la Asamblea General expresó su preocupación por violaciones a los derechos humanos, a veces bajo la connotación de ser “graves y masivos”,<sup>18</sup> sugiere cierta motivación en ese sentido, pero quizás lo haga aún más la omisión de países que son emblemáticos por tales violaciones. El hecho de que la cantidad de relatores y grupos de trabajo pudiese ser mayor y más extendida o el hecho de que las resoluciones aprobadas a veces se dirijan a todos los Estados, no parecieran ser suficientes para corregir las inconveniencias de un enfoque selectivo.

Al referirse al ejemplo de las innovaciones procesales efectuadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas para el tratamiento de las violaciones de los derechos humanos respecto de Chile e Israel, un autor observa que “sin duda, ninguna de estas acciones, cualquiera que sea su grado de formalización, más o menos desarrollado, escapa del contexto y de las motivaciones políticas que incitan a los Estados acusadores a desencadenarlas. Lo cierto es que los que las sufren ven su actuar interno directamente cuestionado en el plano internacional”.<sup>19</sup> A pesar de que se puede pensar que el resultado justifica los medios por tener un efecto beneficioso sobre la protección de los derechos humanos, en el largo plazo las distorsiones ocurridas tendrían implicaciones institucionales muy serias.

Otra diferencia importante entre los desarrollos que ocurrieron hasta los años 1970 y aquellos que los siguieron concierne la temática de la protección. Mientras que durante un primer período todos los desarrollos se asociaron indisolublemente a la protección de los derechos humanos fundamentales y por consiguiente fueron en general muy respetados, ello gradualmente cedió lugar a la convocatoria de conferencias y aprobación de resoluciones que se relacionaban con muchos otros aspectos,<sup>20</sup> varios de ellos superando ampliamente el alcance de los términos de la Carta o de la Decla-

18 P. Alston and J. Crawford (Eds.), *The future of U. N. Human Rights Treaty Monitoring*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

19 Dupuy, *loc. cit.*, p. 126.

20 Carlos Villán Durán, “Los desafíos del derecho internacional de los derechos humanos en el primer decenio del siglo XXI”, en *Pacis Artes, obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, 2005, tomo I, pp. 803-822, con particular referencia al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, pp. 811-818.

ración Universal. Nuevamente el listado de declaraciones aprobadas por la Asamblea General relativas a los derechos humanos, que comprende cerca de cien materias diferentes,<sup>21</sup> es indicativo de una proliferación de asuntos que no siempre podían ser recibidos con atención y que en ocasiones ofendían las creencias religiosas y morales de más de la mitad de la población mundial.

En este contexto dos problemas jurídicos se hicieron difíciles de justificar. El primero, indicado anteriormente, es que ya no se podía considerar que los Estados tuviesen la obligación de cumplir con este conjunto de resoluciones y por consiguiente el cumplimiento se tornó selectivo en sí. El segundo problema es que el concepto de que los Estados hayan delegado poderes a las organizaciones internacionales para llevar a cabo tales funciones, que sirve como base de la teoría de la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales, ya no podía permanecer sin desafío. Ninguna de estas consecuencias contribuye al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos.

### **Crecientes dificultades institucionales**

Las dificultades que emanaban de la evolución que se comenta repercutirían inevitablemente en el trabajo de las instituciones a las cuales se había encomendado poner en práctica la protección. El trabajo de la Comisión de Derechos Humanos transitó gradualmente de la consideración de las actividades que se relacionaban con la aplicación de instrumentos básicos, tales que la Declaración Universal y los Pactos, a la consideración del progreso de países individuales respecto de esa aplicación, presentada en forma voluntaria, mecanismo que fue abandonado en 1980.

En la medida en que la Comisión intensificó la consideración de reclamos individuales, generalmente bajo la denominación de “violación grave de los derechos humanos y de las libertades fundamentales” de acuerdo con lo expresado en el llamado procedimiento 1235,<sup>22</sup> la relación diplomática con algunos países se hizo más difícil. Algunos países que no contaban con el favor de las mayorías políticas para ser eximidos de ese escrutinio, formularon los primeros reclamos oficiales acerca de la selectividad, apuntando

---

21 Butler, *op. cit.*, pp. 53-54.

22 Butler, *op. cit.*, pp. 58-59.

particularmente al hecho de que a varios países no fueron examinados, incluyendo países poderosos, o se les trató con indulgencia.<sup>23</sup>

La respuesta a ese creciente malestar fue equivocada pues no buscó establecer el escrutinio universal sino establecer un mecanismo para el análisis confidencial de tales reclamos bajo el “Procedimiento 1503” adoptado en 1970. La situación se tornó crítica cuando algunos países que violaban notoriamente los derechos humanos fueron elegidos como miembros de la Comisión en el contexto de elecciones altamente politizadas en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, a la vez que se mantuvo fuera a otros debido a sus puntos de vista políticos diferentes. La preocupación por la protección de los derechos humanos se vio resentida como consecuencia.

La creación del Consejo de Derechos Humanos en 2006 condujo a un cambio de política en el tratamiento de los derechos humanos para superar tales deficiencias. Si bien es todavía prematuro para saber si el Consejo será capaz de superar estos difíciles obstáculos, su mandato está basado en los principios correctos. Tal como se ha indicado, enfatiza la importancia de asegurar la universalidad, la objetividad y la no-selectividad al considerar temas de derechos humanos, así como la eliminación de dobles estándares y politización, incluyendo en su mandato el desarrollo de un diálogo y una cooperación internacional constructiva. El Consejo también emprenderá una revisión periódica universal para que todos los miembros de las Naciones Unidas sean examinados. Desde el punto de vista de las estructuras institucionales, el Consejo se crea bajo la Asamblea General y ya no del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ECOSOC, por sus siglas en inglés), organismo en que se habían incubado las principales dificultades, mientras que la Comisión ha sido eliminada.<sup>24</sup> Estos cambios confirman la inconveniencia de la selectividad, pero no han evitado que las elecciones en este nuevo organismo sigan siendo en alguna medida influenciadas por consideraciones políticas.

Los problemas causados por la selectividad no fueron obra exclusiva de la Asamblea General, el ECOSOC o de sus organismos dependientes. Otras instituciones se vieron también afectadas por las mismas tendencias. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas es otro de estos casos. A

---

23 En particular, Grecia y Haití reclamaron que tales investigaciones no fueron ampliadas a otros países y que tanto los Estados Unidos como la Unión Soviética no fueron cuestionados por sus acciones en Vietnam y en el trato hacia los judíos, respectivamente, para lo cual véase Butler, *op. cit.*, p. 59.

24 Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/251, cit.

pesar de no tener los poderes explícitos para tratar los temas de derechos humanos, el Consejo consideró esta materia desde el punto de vista del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Esto en sí podría justificarse en ciertas ocasiones, pero se repitió la tendencia de considerar únicamente a países que no eran del gusto del Consejo, ya fuera Rodesia o Sudáfrica al comienzo, siguiendo con Irak respecto de la situación kurda o Haití en relación con el régimen democrático, o ejemplos más recientes tales como los Balcanes y otros llegaron a ser considerados como una amenaza a la paz y a la seguridad seguidos por medidas y sanciones bajo el Capítulo VII de la Carta.

Estas medidas incluyen el establecimiento de tribunales penales para tratar algunos de estos casos o su remisión a los tribunales penales internacionales. Uno puede no simpatizar con muchas de tales situaciones pero es muy difícil justificar que la paz y la seguridad internacionales sean amenazadas por ellas en cada caso, o en un caso y no en otro idéntico. El resultado final es que el Capítulo VII también ha sido materia de algún grado de duda pues podría traducirse en decisiones que no tienen relación con su significado y propósito original, inclusive desde el punto de vista de su eventual incompatibilidad con los derechos humanos, lo que, como se verá más abajo, ya ha comenzado a ser examinado por algunos tribunales nacionales.

Las organizaciones regionales no han estado tampoco exentas de estas dificultades, tal vez con la única excepción del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus instituciones asociadas, especialmente la Corte, que han sido guiadas en gran medida por una verdadera intención de garantizar la protección de los derechos fundamentales. Problemas de selectividad han ocurrido en algunos casos y momentos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, donde algunos países han sido materia de atención pero no así otros ante similares violaciones, o lo han sido de manera benevolente. La remisión de casos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Comisión también parece ser selectiva en algunas oportunidades, deficiencia que no es fácil corregir debido al hecho de que la Comisión depende en alguna medida para estos efectos de organizaciones no gubernamentales interesadas que aportaran el financiamiento necesario.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tampoco ha podido escapar a tales tendencias. Las interpretaciones del Convenio y otras fuentes del derecho han ido más allá de los estándares jurídicos normales. Por otra parte, debido a que la Corte solamente examinará los casos que le han sido remitidos por la Comisión, la temática puede ser selectiva desde su origen. La necesidad de reformar el sistema interamericano de protección de los

derechos humanos parece ya ser inevitable y en este contexto el mandato que ha sido definido para el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas podría ser un precedente útil de considerar.

De esta forma, el derecho internacional se enfrenta a la necesidad de reestablecer los valores originales. Parte de ello puede ser logrado mediante una reforma institucional, tal como lo han hecho recientemente las Naciones Unidas; sin embargo, la mayor parte del trabajo yace en el espíritu e intención de aquellos que aplican la ley. El profesionalismo y la rigurosidad jurídica son los principios rectores para tal efecto. El derecho básico está bien concebido correspondiendo ahora que su interpretación siga el mismo curso.

### **Innovaciones y debilidades de los mecanismos procesales**

Una de las características principales de las innovaciones analizadas en esta área fue también el desarrollo de mecanismos procesales e institucionales con miras a permitir que el individuo bajo protección presente reclamos en forma directa en contra de Estados que violan sus derechos individuales. Este es el segundo aspecto más importante de la evolución que está ocurriendo en esta materia tal como se ha indicado anteriormente. Sin embargo, aquí nuevamente el sistema ha sido más bien tímido, como lo fue el punto de vista de la Corte Permanente en el caso *Danzig* mencionado anteriormente.

El mecanismo que inicialmente utilizaba el derecho internacional para que el individuo obtuviera protección de sus derechos era el de la protección diplomática. A pesar de lo útil que fue la protección diplomática, y lo sigue siendo en algunos alcances, tenía dos limitantes importantes. Al ser un mecanismo para comprobar reclamos en una sociedad interestatal, la protección diplomática requería el apoyo del reclamo del individuo por su Estado de nacionalidad. Esto se traducía en dificultades importantes en la operación de tal mecanismo, muchas veces en perjuicio del individuo mismo.<sup>25</sup>

Una primera dificultad fue que el Estado otorgaba o negaba la protección diplomática a voluntad, influyendo en tal decisión las implicaciones de tal reclamo en el contexto de sus intereses en las relaciones internacionales o diplomáticas. De esta manera, los derechos del individuo eran en el hecho subordinados a aquellos del Estado. Una segunda dificultad, asociada con lo anterior, era que el Estado controlaba el reclamo en todas sus etapas,

---

25 International Law Association: "Final Report of the International Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property", *Report of the Seventy-Second Conference*, Toronto 2006, pp. 353-399 (356-357).

incluso en la distribución de la indemnización final, que no necesariamente debía ser entregada al individuo afectado.

Estas dificultades se tradujeron en la práctica en que solamente los ciudadanos de países que tenían una fuerte tradición de interés en el bienestar de sus nacionales pudiesen recurrir a la protección, en tanto que aquellos relacionados con países donde estas prioridades no eran evidentes quedaban desprotegidos. Las diferencias de poder entre los Estados también constituían un factor que en varias ocasiones llevaría a que los ciudadanos de países más débiles se encontrarían con obstáculos insuperables para obtener la asistencia de sus gobiernos. De esta forma, la protección diplomática gradualmente se convirtió en sinónimo de la política de poder, sin quedar exenta de abusos.

Tales restricciones fueron la consecuencia del concepto subyacente de la protección diplomática como se la concibió originalmente. La Corte Permanente de Justicia Internacional sostuvo en el caso *Mavrommatis Palestine Concessions* que “al tomar el caso de uno de sus sujetos y al recurrir a la acción diplomática o a los procesos judiciales internacionales en beneficio de éste, un Estado en realidad está afirmando sus propios derechos —su derecho a asegurar, en las personas de sus sujetos, el respeto de las normas del derecho internacional—”.<sup>26</sup>

Sin excluir el interés del Estado en el trato de sus ciudadanos en el exterior, gradualmente se reconoció que los derechos del individuo no eran aquellos del Estado sino que tenían valor por su propio mérito. Como resultado de ello la necesidad de transformar el reclamo del individuo en uno del Estado perdió su justificación.<sup>27</sup> El reconocimiento del derecho del individuo afectado de presentar su propio reclamo seguiría en forma natural a partir de este cambio conceptual, primero respecto de otros Estados y enseguida, más significativamente, respecto de su propio Estado. En este cambio se encuentra la contribución más importante hecha por el desarrollo de los derechos humanos al derecho de las reclamaciones internacionales.

Una primera dimensión de este cambiante escenario se puede encontrar en el propio derecho de la protección diplomática, que ha llegado a caracterizarse por una mayor flexibilidad en la forma de considerar los

26 Corte Permanente de Justicia Internacional, *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, 1924, Series A. n° 2, 12.

27 Comisión de Derecho Internacional, “Preliminary Report on Diplomatic Protection”, por Mohammed Bennouna, Relator Especial, A/CN. 4/484, 4 de febrero de 1998, p. 5.

requisitos de nacionalidad, la nacionalidad continua, doble y múltiple nacionalidad, personas apátridas, refugiados y otros aspectos del derecho de las reclamaciones internacionales.<sup>28</sup> El creciente aumento de flexibilidad ha sido particularmente importante en el reconocimiento de la posición de entidades jurídicas para iniciar una acción respecto de reclamaciones internacionales.<sup>29</sup>

A pesar de que en algunas oportunidades se ha pensado que la protección diplomática ha perdido su función en el derecho internacional, ello no es tan efectivo debido al hecho de que cuando los mecanismos que permiten la acción directa por parte de los individuos u otra forma adecuada para solucionar controversias internacionales no han sido establecidos, la protección diplomática será el único mecanismo que funcionará por defecto. Por otra parte, algunos de los principios básicos de la protección diplomática son de tal importancia que serán aplicables aun en el contexto de mecanismos que permitan tal acción directa, salvo derogación expresa, tal como ocurre con el principio de nacionalidad efectiva, según lo establecido en el caso *Nottebohm*.<sup>30</sup>

La segunda gran dimensión del cambio ha sido en efecto el establecimiento de mecanismos que permiten la acción directa por parte del individuo.<sup>31</sup> Algunos de estos mecanismos están asociados a áreas del derecho separadas de los derechos humanos, como en el caso de indemnización por los perjuicios causados por conflictos internacionales y las controversias de inversión. Esta nueva perspectiva gradualmente se está extendiendo a otras áreas e incluso a otras instituciones que tradicionalmente han sido los foros exclusivos de Estados.

La limitación más importante que afecta a esta otra dimensión es el hecho de que es necesario establecer tales mecanismos por medio de tratados, restringiendo de esta forma muchas veces su alcance, la temática a que se aplican o la participación en sus mecanismos. Debido a su naturaleza procesal, este tipo de mecanismo es incapaz de convertirse en una norma

28 Véase, en general, C. F. Amerasinghe, *Diplomatic Protection*, 2008, y Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles on Diplomatic Protection”, GAOR, Sixty-First Session, 2006, Doc. A/61/10.

29 Francisco Orrego Vicuña, “The Protection of Shareholders under International Law: Making State Responsibility more Accessible”, en Mauricio Ragazzi (ed.), *International Responsibility Today, Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leyden, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 161-170.

30 Corte Internacional de Justicia, *Nottebohm case*, 1955, *ICJ Reports* (segunda fase).

31 Francisco Orrego Vicuña, “Individuals and Non-State Entities before International Courts and Tribunals”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, 2001, pp. 53-66.

de derecho internacional consuetudinario que permitiría su aplicación prescindiendo de los tratados. En esa medida, la protección diplomática sigue siendo el único mecanismo de protección que podría operar independientemente de los tratados. A pesar de tales deficiencias, la disponibilidad de tales mecanismos está aumentando y se ha convertido en una característica normal de las convenciones de derechos humanos.

### Limitando el papel del individuo

Aunque los individuos tendrán acceso a los diversos mecanismos establecidos en tratados especializados u otros creados para llevar a la práctica la Carta de las Naciones Unidas, además de aquellos establecidos por acuerdos regionales, el significado de tal acceso y su efectividad difiere mucho de caso en caso. En el caso del Consejo de Derechos Humanos y, antes que este, de la Comisión de Derechos Humanos, el acceso de los individuos se limita en gran parte a la presentación de peticiones mediante comunicaciones referidas a violaciones a los derechos humanos, lo cual en caso de constituir un patrón uniforme de violaciones graves puede impulsar al Consejo a tomar acción. La acción consiste principalmente en tratar el asunto con el Estado involucrado, primero en forma confidencial en los términos del “Procedimiento 1503”, previo agotamiento de los recursos internos por el individuo afectado, y luego, si no tiene éxito, haciéndolo público en aplicación del “Procedimiento 1235”.<sup>32</sup> En principio, las comunicaciones de este tipo pueden ser realizadas por cualquier persona sin importar su nacionalidad y, en consecuencia, no se exigiría agotar los recursos internos ni existe la necesidad de que el reclamante sea la persona afectada. Sin embargo, en la práctica, las situaciones no son tan abiertas como parecieran a primera vista.

Varios tratados de derechos humanos que se ocupan de temas especializados también han establecido mecanismos de acceso directo por parte del individuo. Este es el caso de la Convención sobre la Discriminación Racial, el Pacto de Derechos Políticos y Civiles, la Convención sobre la Discriminación de la Mujer, la Convención Contra la Tortura y el Convenio sobre Trabajadores Emigrantes.<sup>33</sup> Sin embargo, tales mecanismos solamente están

---

32 Butler, *op. cit.*, pp. 114-115.

33 Véase, en general, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todo tipo de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, 1979; la Convención en contra de la Tortura y otros Tratos o Penas, 1984;



a disposición del individuo afectado y, en consecuencia, registrá el requisito de agotar previamente los recursos internos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la Carta Africana sobre Derechos Humanos son los principales mecanismos regionales creados para este fin.<sup>34</sup> Mientras que al comienzo todos contemplaban una Comisión y una Corte, las realidades institucionales han sido diferentes. La Comisión Europea fue eliminada en 1998 y la Corte Africana solo fue elegida recientemente. El único mecanismo que permanece intacto es el de la Convención Interamericana; sin embargo, dadas las dificultades indicadas anteriormente, puede que en el futuro cercano sea necesaria una reorganización institucional, sugiriéndose para ello el modelo del Convenio Europeo y del Consejo de Derechos Humanos.

El acceso a estos numerosos organismos regionales también es diferente. En tanto que el mecanismo europeo requiere que el querellante sea el individuo afectado, los otros mecanismos regionales no incluyen un requisito específico al respecto, pero el hecho de que en todos los sistemas sea obligatorio agotar los recursos internos indica que en la práctica solamente las víctimas podrán reclamar ante los organismos regionales o internacionales.

La Corte Interamericana tiene la particularidad de tener dos fuentes de jurisdicción, normalmente en los términos de la Convención respecto de los Estados partícipes en ella; pero también, por medio de una interpretación que no ha dejado de ser debatida en materia de competencia consultiva, respecto de cualquier Estado miembro de la Organización de los Estados Americanos por violaciones a la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. Mientras que esta corte solamente puede ser requerida por la Comisión, gradualmente se ha permitido que los individuos comparezcan ante ella, en primer lugar al ser incluidos en la representación de la Comisión y más recientemente en forma autónoma. La Comisión no dispone de esa doble fuente. La Corte también se ha inclinado por una interpretación

---

la Convención sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cit.

34 Véase, en general, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950, y sus protocolos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969; y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981. Sobre el sistema Interamericano véase, en particular, A. A. Cançado Trindade, “Le système inter-américain de protection des droits de l’homme: état actuel et perspective d’évolution à l’aube du XXIe siècle”, *Annuaire Français de Droit International*, 2000, pp. 548-577.

extensiva de sus poderes al aplicar cualquier tratado que considere relevante para la interpretación de la Convención.<sup>35</sup>

Una vez que el proceso ha sido iniciado por las peticiones o reclamaciones individuales la institución involucrada comenzará su intervención en el asunto, procedimiento que, dependiendo de cada mecanismo específico, puede o no contar con la posterior participación del individuo. En los mecanismos de la Carta a menudo ello no sucede, excepto que eventualmente se mantiene informada a la persona. Serán las instituciones las que generalmente decidirán si la reclamación involucra violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos como fundamento de la acción y la designación de expertos, los que pueden eventualmente adoptar medidas de emergencia. La participación del individuo, sin embargo, parece ser una medida que podría contribuir al buen desempeño institucional en este plano.

Mientras que en esa etapa el procedimiento normalmente se concentrará en llamar la atención del gobierno involucrado acerca de las normas y estándares aplicables y solicitar su respuesta, supuestamente sin abordar el fondo de la acusación, existe en ciertas situaciones una tendencia a considerar el fondo del asunto desde un comienzo, sobre todo cuando la acción institucional es influida por factores exógenos.

Se ha comentado acertadamente que los procedimientos de la Carta “no están manifiestamente preparados para otorgar soluciones individualizadas” y la acción institucional en ocasiones se relaciona más con exponer al gobierno acusado que con lograr soluciones específicas para el individuo afectado.<sup>36</sup> Algunos Grupos de Trabajo han tendido más a tomar medidas que favorecen al individuo involucrado que detenerse en un nivel más general. Dentro del marco de las instituciones establecidas por los tratados de derechos humanos especializados, las recomendaciones que siguen después de una declaración sobre la comisión de una violación podrían incluir tanto la acción solicitada del Estado como las medidas dirigidas al individuo como tal, incluyendo el pago de una indemnización y los costos legales.

A diferencia del enfoque más general que caracteriza a los mecanismos de la Carta de las Naciones Unidas y algunos tratados especializados que se han explicado anteriormente, los organismos regionales normalmente

---

35 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre “Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte” (art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1982, Series A 1, 24/9/82.

36 Butler, *op. cit.*, p. 119.

están preparados para proporcionar soluciones al individuo como tal. Esta es la práctica tanto de la Corte Europea como de la Interamericana, las que normalmente concederán costos legales e indemnización.

En este punto radica una de las principales diferencias entre los sistemas de protección Europeo e Interamericano. En tanto la Corte Europea generalmente se desiste de indicar lineamientos políticos a los Estados y se atiene estrictamente a las soluciones proporcionadas al individuo afectado, en el caso de los organismos interamericanos la característica principal de sus decisiones es la contraria, esto es, impartir indicaciones de políticas al Estado acusado, incluyendo indicaciones acerca de enmiendas legislativas y otras medidas que debe adoptar. Las tensiones diplomáticas se incrementarán proporcionalmente. El recurso a soluciones alcanzadas de mutuo acuerdo entre las partes ha demostrado ser, por la misma razón, muy promisorio.<sup>37</sup>

Debido a sus diferentes alcances, el efecto jurídico de las recomendaciones adoptadas por los organismos de derechos humanos varía. Las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas se asociaban más con las preocupaciones humanitarias que con la adopción de decisiones jurídicas obligatorias de algún tipo, careciendo sus expertos de poderes para ello, pero en la práctica podía ocurrir que se procuraba obligar al destinatario lo más posible. Cuando los problemas involucrados se traducían en resoluciones de la Asamblea General, los factores políticos adquirirían una dimensión adicional. Ello naturalmente podía dificultar también las perspectivas de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones que pudiesen ser vistas como parte de algún tipo de antagonismo. El Consejo de Derechos Humanos en el contexto de su mandato equilibrado tendrá la tarea de asegurar un desempeño institucional objetivo.

Esta misma tendencia puede ser observada respecto del trabajo de los diversos comités establecidos por tratados especializados, donde se recurre más y más a las decisiones a diferencia de las recomendaciones u otros tipos de conclusiones, a pesar de no haber sido muchas veces autorizados para este fin por los tratados pertinentes del caso. Se ha supuesto que al aceptar los procedimientos de peticiones, los Estados han reconocido la competencia para determinar la existencia de violaciones y por consiguiente se encuentran en la obligación de aplicar las medidas adoptadas en este sentido. La inter-

---

37 W. Michael Reisman and Susan Benesch, "The Use of Friendly Settlements in the Inter-American Human Rights System", in *Man's Inhumanity to Man, Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, 2003, The Hague, Kluwer Law International, pp. 741-769.

pretación expansiva de los tratados es susceptible nuevamente de afectar las perspectivas de cumplimiento.

En lo que respecta a la situación de los mecanismos regionales, coexisten dos realidades. Los fallos de las cortes tienen por supuesto una naturaleza de obligatoriedad jurídica a la luz de su autoridad judicial y al hecho de que en algunos casos, más particularmente aquel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la aceptación de su jurisdicción es opcional. También se han hecho interpretaciones expansivas en cuanto al alcance y grado de la declaración opcional en este sentido hecha por la Corte Interamericana, separándose en este punto del significado de tales cláusulas en el derecho internacional y la práctica y experiencia de la Corte Internacional de Justicia en particular.<sup>38</sup>

La naturaleza obligatoria de las medidas provisionales también ha sido aceptada en general como parte de la función judicial, siendo explícita en el caso de la Corte Interamericana e implícita en aquel de la Corte Europea. A pesar de que no comparte una función judicial, la Comisión Interamericana también ha interpretado que tiene este poder. Más delicada es la interrogante acerca de si las decisiones de la Comisión son obligatorias para los Estados, habiendo declarado la Corte que este es el caso, al menos dentro del marco de la Convención.

El trabajo de las instituciones regionales está por lo general sujeto a la supervisión de organismos políticos, tales como el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En el caso de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos se ha afirmado por la Corte Interamericana que mientras no se provea a la Asamblea General de una función específica en este sentido, la tarea corresponderá a la propia Corte,<sup>39</sup> punto que no ha dejado de ser discutido. La supervisión de los órganos políticos ha sido concebida en gran medida como una función de información pero ha evolucionado en general hacia una función de estos órganos para asegurar el cumplimiento de

38 Francisco Orrego Vicuña, "The Legal Nature of the Optional Clause and the Right of a State to Withdraw a Declaration Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", en N. Ando *et al.* (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2002, The Hague, Kluwer Law International, pp. 463-480 (464-465).

39 Véase, *Baena, Ricardo v. Panamá*, 28 de noviembre de 2003, ICtHR, Series C 104 (2003), así como la discrepancia de Panamá sobre estos poderes por considerar que le pertenecen a la Asamblea General, Israel de Jesús Butler, "Recent Advisory Opinions and Contentious Cases of the Inter-American Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 4, n° 1, 2004, pp. 25-150 (149-150).

los fallos o de otras decisiones. En el caso de la Organización de los Estados Americanos, la Asamblea General en algunas oportunidades ha instado a los Estados a que cumplan con las decisiones tomadas acerca de peticiones individuales y otras políticas generales en esta materia, como también en ocasiones se ha mostrado crítica de las actuaciones de la Comisión.<sup>40</sup>

El cumplimiento de recomendaciones y decisiones se ha asociado estrechamente con los mecanismos de monitoreo y de seguimiento a objeto de comprometer a los Estados en su aplicación, particularmente en términos de los tratados especializados. Este tipo de mecanismo ha sido materia de controversia en casos donde no se han previsto poderes expresos para este fin. En algunas oportunidades el seguimiento no se relaciona únicamente con Estados que pudiesen haber estado sujetos a la acción en forma individual sino también a los Estados en general respecto de la aplicación de políticas y orientaciones dictadas por esos organismos. Esto explica la práctica de algunos comités de derechos humanos de interrogar a los delegados, no siempre con la cortesía necesaria, acerca de la aplicación de las recomendaciones de los expertos por parte de sus gobiernos. Particularmente importante es en este sentido que los sistemas de investigación se apliquen a todos los países, con un alcance universal.<sup>41</sup>

### **Buscando la renovación del mandato institucional**

A pesar de las importantes diferencias entre los diversos sistemas de protección que han sido concebidos, cabe la duda de si acaso algunos de ellos, a excepción del sistema europeo, están cumpliendo satisfactoriamente con el propósito para el cual fueron creados.<sup>42</sup> Esa excepción se caracteriza por haber proporcionado al individuo acceso directo a la Corte y por participar en una continua interacción con los Estados a objeto de solucionar la violación que pudiese haber sido establecida tras un análisis judicial imparcial del caso. Durante su evolución el sistema europeo eliminó la Comisión y dejó solamente a la Corte para que tratara los casos que llegaban a ella. Ninguno

---

40 Butler, *op. cit.*, pp. 111-112

41 Antônio Augusto Cançado Trindade, “Consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos”, en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, 1997, Bruselas, Bruylant, pp. 149-197, p. 196.

42 T. Buergenthal, “The American Convention on Human Rights: An Illusion of Progress”, *Mélanges Ganshoff van der Mersch*, 1972, pp. 385-396.

de los otros sistemas efectivamente comparte estas características, lo que explica en una medida sus deficiencias.

En el caso del sistema interamericano de protección, la Comisión ha actuado como el conducto para la participación del individuo ante la Corte, pero solo luego de haber acogido la reclamación. Este tipo de participación directa está, por lo tanto, sujeta a la aprobación previa de los méritos del caso por parte de la Comisión y no es realmente un derecho de acción directa ante una corte.

La función del individuo parece haberse limitado principalmente a gatillar el mecanismo de reclamo que conducirá a la intervención institucional en el tema, característica frecuente de los procedimientos internacionales. En el sistema de las Naciones Unidas, la interacción directa con el Consejo de Derechos Humanos, como antes con la Comisión, es un tanto excepcional y se utiliza principalmente como fuente de información. Cuando se ha designado un experto, el individuo ya no dispone de una interacción directa con el órgano en cuestión sino solamente con ese experto, lo cual también puede ser más bien formal que sustantivo, como ser informado de la evolución del caso. Las peticiones no son por consiguiente tan distintas de aquellas contempladas en los mecanismos del Tratado de Versalles en 1919 y su evolución posterior.

También el trabajo de un experto encontrará dificultades cuando el procedimiento tiende a asimilarse a una función judicial, a pesar de no contar en general con el poder para ese fin, o se adoptan conclusiones que tienden a identificarse lo más posible con una decisión judicial, sin ser este un órgano judicial.

Los diversos comités establecidos por las convenciones especializadas operan sobre la base de las peticiones de los individuos respecto de aquellos Estados que han aceptado este procedimiento. Mientras tradicionalmente esas peticiones han sido el vehículo que permite la acción internacional por parte del individuo afectado, en la práctica una vez más esto sirve como un mecanismo para gatillar la acción internacional que a menudo sigue su propio curso con resultados inciertos respecto de las soluciones otorgadas a ese reclamante específico.

Se ha observado que efectivamente algunos comités han dado interpretaciones a los tratados aplicables que van más allá del consentimiento de los Estados, particularmente respecto de problemas de cumplimiento con

las conclusiones del comité.<sup>43</sup> Aun cuando esto se pudiese interpretar como que la función del consentimiento del Estado ha disminuido, en la práctica podría producir el resultado contrario ya que el Estado desistirá de proporcionar el tipo de cooperación apropiada para mejorar las situaciones acerca de las cuales se reclama.

Si ninguno de los mecanismos analizados, con una notable excepción, parecieran haber operado de manera enteramente satisfactoria y han sido afectados en algunos casos por serias dificultades, únicamente puede significar que lo que intentaba ser una innovación de procedimiento importante para facilitar la aplicación de los derechos humanos solo se ha materializado de forma un tanto limitada. Tal como se ha explicado, las razones no yacen en la naturaleza del sistema sino en las dificultades asociadas a su aplicación. La búsqueda del equilibrio necesario ha de encontrarse por consiguiente volviendo a los orígenes de la protección internacional y a la finalidad de proporcionar acceso directo a los individuos ante las instituciones internacionales que garantice tanto el estado de derecho como la imparcialidad profesional. La práctica demuestra que cualquier otra alternativa solamente resulta en el debilitamiento de la protección que se busca.

## Conclusión

A la luz de las dificultades expuestas existe la necesidad de analizar más profundamente la teoría de los derechos humanos en el derecho internacional y preguntarse si acaso sus preceptos básicos han sido seguidos en la práctica. El marco conceptual desarrollado en el contexto de la expansión normativa que ha caracterizado la protección de los derechos humanos, tanto en el ámbito nacional como internacional, pareciera estar en gran medida consolidado.

Distinto, sin embargo, es el tema de la aplicación de la protección considerada y sus correspondientes mecanismos procesales. A pesar de que el individuo, como beneficiario de protección internacional, ha sustituido el interés del Estado en el contexto de la protección diplomática tradicional, la renuencia de los Estados sigue presente en términos de restringir el derecho de acceso de los individuos protegidos a los mecanismos internacionales. Tampoco siempre las actividades de las organizaciones internacionales se traducen en fortalecer el derecho de acceso de los individuos afectados.

---

43 Butler, *op. cit.*, p. 130.

Mientras que la teoría visualiza la creación de una personalidad internacional objetiva del individuo independiente de la voluntad o del consentimiento de los Estados, esto solo es cierto en la medida en que se hayan establecido los mecanismos apropiados que permitan que los reclamos sean presentados por los individuos en forma directa, lo que requiere el consentimiento de los Estados en el origen. Esta es precisamente la razón por la cual se debe incentivar a los Estados a dar tales pasos y confiar en las virtudes y en la justicia de dicho sistema. El que en el futuro los individuos logren la plena personalidad internacional dependerá en gran medida de la confiabilidad del sistema de protección al cual estarían accediendo.

La paradoja de este marco teórico es que mientras la función limitante de los Estados en el ejercicio de los derechos de acción directa por parte del individuo en cierta medida ha sido superada por los desarrollos analizados, actualmente esas mismas limitantes están apareciendo en el trabajo de las instituciones internacionales. De hecho, existe cierta semejanza entre la situación actual y la que caracterizaba el período de la protección diplomática. La adopción por parte del Estado de los reclamos de los individuos en el contexto de la protección diplomática ha sido ahora reemplazada por la aprobación previa de tales reclamaciones por parte de algún comité antes que el individuo pueda presentar su caso ante una la corte, si es que ello se llega a permitir.

Este manejo autónomo del procedimiento de reclamaciones no difiere demasiado de cuando la reclamación del individuo se convertía en una del Estado, solo que ahora son las organizaciones internacionales que han venido a reemplazar ese Estado, particularmente cuando se priorizan los intereses de la organización por sobre la necesidad de proporcionar soluciones efectivas al individuo afectado. La naturaleza discrecional que este amparo tenía tampoco difiere del carácter discrecional de las decisiones de los organismos internacionales, como tampoco difieren los problemas de selectividad o conveniencia política que tienen influencia en tales decisiones.

La corrección de tales deficiencias no necesariamente se relaciona entonces con la descalificación de la función de la soberanía nacional en esta área, sino que esa misma crítica debe ser evaluada en relación con la función de las instituciones internacionales. Se ha observado que cuando las organizaciones internacionales ejercen su función de forma abusiva no están exentas ellas mismas en algunas oportunidades de la violación de los derechos del individuo, tema que concita una creciente preocupación; en



dicha situación la protección de esos derechos se revertirá al Estado de nacionalidad y en particular a sus tribunales de justicia.<sup>44</sup>

Estas dificultades reafirman la conclusión que la verdadera protección en el derecho internacional yace en facilitar el acceso directo por parte del individuo a cortes imparciales, eliminando todas las restricciones posibles, ya sea que tengan su origen en los límites impuestos por la soberanía o por organizaciones internacionales.

Los derechos humanos solo pueden concebirse en una dimensión de universalidad.<sup>45</sup> En su discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2008, Su Santidad el Papa Benedicto XVI abordó la importancia y el alcance de los derechos humanos en términos que solo pueden llamar al derecho internacional a la reflexión en la búsqueda de su verdadera misión de universalidad:

Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la *Declaración* se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia. Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos.<sup>46</sup>

44 Erika de Wet, "The Security Council as a Law Maker: The Adoption of (Quasi)-Judicial Decisions", in Rüdiger Wolfrum and Volker Röben, *Developments of International Law in Treaty Making*, Secaucus-Heidelberg, Springer, 2005, pp.183-225 (198-211).

45 René-Jean Dupuy, "Réflexions sur l'Universalité des Droits de l'Homme", en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, 1997, Bruselas, Bruylant, pp. 279-286.

46 Discurso de Su Santidad el Papa Benedicto XVI ante la Asamblea General de las Naciones

## Bibliografía

### 1. Jurisprudencia

- Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 60/251 de 3 de abril de 2006.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*, 1928, Ser. B, No. 15, p. 26.
- Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre el *Sabara Occidental*, ICJ Reports, 1975, p. 12.
- Corte Permanente de Justicia Internacional, *Mavrommatis Palestine Concessions Case*, 1924, Series A. No. 2, 12.
- Comisión de Derecho Internacional, “Preliminary report on diplomatic protection”, por Mohammed Bennouna, Relator Especial, A/CN.4/484, 4 de febrero de 1998, p. 5.
- Comisión de Derecho Internacional, “Draft articles on diplomatic protection”, GAOR, Sixty-First Session, 2006, Doc. A/61/10.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre “Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), 1982, Series A 1, 24/9/82.
- Baena, Ricardo v. Panamá*, 28 de noviembre de 2003, ICtHR, Series C 104 (2003)

### 2. Tratados

- Carta de las Naciones Unidas.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Carta de la Organización de los Estados Americanos.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.
- Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950. Y sus protocolos.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981.
- Pacto de Derechos Civiles y Políticos, 1966, y Protocolo Opcional.
- Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todo tipo de Discriminación Racial, 1965.

---

Unidas el 18 de abril de 2008, consultado en: [www.vatican.va/holy\\_father/benedict\\_xvi/travels/2008/index\\_stati-uniti\\_en.htm](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/travels/2008/index_stati-uniti_en.htm)

Convención sobre la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer, 1979.

Convención en contra de la Tortura y otros Tratos o Penas, 1984.

Convención sobre los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990.

### 3. Doctrina

Alston, P. (Ed.). *The United Nations and human rights. A Critical appraisal*. Clarendon Press, Oxford, 1992.

Alston, P. & Crawford, J. (Eds.). *The future of U. N. Human Rights Treaty monitoring*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Amerasinghe, C. F. *Diplomatic protection*. Oxford University Press, Oxford, 2008.

Buergenthal, T. "The American Convention on Human Rights: an illusion of progress", *Mélanges Ganshoff van der Mersch*, 1972.

Buergenthal, T. "The evolution of international human rights", in Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*, 1997, Bruylant, Bruselas, pp. 123-147.

Butler, Israel de Jesús. "Recent advisory opinions and contentious cases of the Inter-American Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, vol. 4, n° 1, (125-150), 2004.

Butler, Israel de Jesús. *Unravelling sovereignty: human rights actors and the structure of international law*, Intersentia, Antwerp, 2007.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. "Le système inter-américain de protection des droits de l'homme: état actuel et perspectiva d'évolution à l'aube du XXIe siècle", *Annuaire Français de Droit International*, n° 46, 2000.

Cançado Trindade, Antônio Augusto. "Consolidação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos", en Héctor Gros Espiell, *Amicorum Liber*. Bruylant, Bruselas, 1997.

Cassin, R. "La Déclaration Universelle et la mise en oeuvre des droits de l'homme", *Recueil des Cours de 'Academie de Droit International*, vol. 79, n° 2, 1991, p. 237.

de Wet, Erika. "The Security Council as a law maker: the adoption of (quasi)-judicial decisions", in Rüdiger Wolfrum & Volker Röben, *Developments of international law in treaty making*, 2005, pp. 183-225 (at 198-211).

Discurso de Su Santidad el Papa Benedicto XVI ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de abril de 2008. Disponible en: [www.vatican.va](http://www.vatican.va)

- vatican.va/holy\_father/benedict\_xvi/travels/2008/index\_stati-uniti\_en.htm
- Dupuy, Pierre-Marie. “L’individu et le droit international (Théorie des droits de l’homme et fondements du droit international)”, *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 32, n° 1, 1987.
- Dupuy, René-Jean. “Réflexions sur l’universalité des droits de l’homme”, en *Héctor Gros Espiell, Amicorum Liber*, Bruylant, Bruselas, 1997.
- International Law Association. “Final report of the International Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property”, *Report of the Seventy-Second Conference, Toronto 2006*, pp. 353-399 (356-357).
- Jennings, Robert. “Sovereignty in international law”, en Gerard Kreijen (Ed.), *State, sovereignty and international governance*, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- Nieto-Navia, Rafael. “International peremptory norms (*jus cogens*) and international humanitarian law”, in *Man’s Inhumanity to man, Essays on international law in honour of Antonio Cassese*, 2003, pp. 595-640 (632-640).
- Orrego Vicuña, Francisco. “Individuals and non-State entities before international courts and tribunals”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 5, pp.53-66, 2001.
- Orrego Vicuña, Francisco. “The legal nature of the optional clause and the right of a State to withdraw a declaration accepting the compulsory jurisdiction of the International Court of Justice”, en N. Ando *et al.* (Eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*. Kluwer Law International, The Hague, 2002.
- Orrego Vicuña, Francisco. “The protection of shareholders under international law: making State responsibility more accesible”, en Mauricio Ragazzi (Ed.), *International responsibility today, Essays in memory of Oscar Schachter*. Martinus Nijhoff Publishers, Leyden, 2005.
- Pellet, Alain. “Le droit international à l’aube du XXIème siècle”, *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. I, n° 19, 1997. Capítulo VI: “Les personnes privées - L’interétatisme remis en cause”.
- Reisman, Michael & Benesch, Susan. “The use of friendly settlements in the Inter-American Human Rights System”, in *Man’s inhumanity to man, Essays on international law in honour of Antonio Cassese*. Kluwer Law International, The Hague, 2003.
- Villán Durán, Carlos. “Los desafíos del derecho internacional de los derechos humanos en el primer decenio del siglo XXI”, en *Pacis Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, 2005, tomo I, pp. 803-822. (Con particular referencia al desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales, pp. 811-818).