

Nueva conceptualización del Derecho Internacional de los Derechos humanos

Por Ernesto Adrián Löffler¹

Comparto con MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI que **como institución jurídica los derechos humanos se conforman como resultado de la modernidad. Son, sin vacilar un segundo, “el producto del pensamiento liberal e imposible de concebir fuera del ámbito del Estado constitucional y democrático de derecho, el Estado moderno”².**

Se ha dicho en doctrina, y por cierto se ha dicho bien, que el proceso de internacionalización de los derechos humanos se inicia al poco tiempo de finalizar la segunda guerra mundial con las declaraciones Universal y Americana; luego, el proceso se consolida con “los pactos y convenciones posteriores, al renacer el movimiento iusnaturalista con la influencia del cristianismo (católico y protestante), pautas éstas -no pocas- volcadas en la Carta de las Naciones Unidas (ONU)”³. Al crearse este organismo internacional

¹Abogado Universidad Nacional de Buenos Aires. Especialización en Derecho Constitucional Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho y Magistratura Judicial Universidad Austral. Doctorando en Derecho Universidad Austral, Argentina. Juez de la Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Argentina.

2

VICTOR M MARTINEZ BULLÉ GOYRI, “Los derechos Humanos como *ius commune* en la interpretación constitucional”, Revista *Urbe Et Ius*, Buenos Aires, invierno de 2015; p. 47.

3

JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 178. La *Declaración Americana*, en rigor, es anterior a la *Declaración Universal*, data del 30 de abril de 1948. Tiene como antecedente temprano tres importantes resoluciones adoptadas por la *Octava Conferencia Internacional Americana*, desarrollada en Lima en 1938: a) La referente a la Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros; b) la Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer; y c) la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos. Como antecedente tardío vale citar la celebración, en la ciudad de México durante los meses de febrero y marzo de 1945, de la *Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz* –conocida también como *Conferencia de Chapultepec*–, que adoptó dos importantes disposiciones: a) La Resolución XXVII sobre *Libertad de Información*; y b) La Resolución XL, sobre *Protección Internacional de los Derechos esenciales del Hombre*. Otro antecedente cercano lo constituye el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), celebrado en Río de Janeiro en 1947 (véase “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”

en el preámbulo de su Carta fundacional se destacan como valores centrales, entre otros: la necesidad de tutelar a la dignidad de la persona humana sin distinción de sexo; el propósito de generar condiciones de vida que viabilicen el progreso social; la conveniencia de alcanzar estándares de justicia óptimos donde se honren las fuentes del derecho internacional y, por sobre todas las cosas, que rija el más amplio concepto de libertad⁴. En palabras del Rector de la Universidad de Viena Alfred Verdross, la Carta de las Naciones Unidas rompe con el principio de que los Estados pueden tratar a las personas a su arbitrio e impone otro en virtud del cual la tutela de los derechos humanos conforma, ahora, una cuestión con profusas connotaciones internacionales⁵.

Uno de los objetivos que se buscaba en 1948 cuando se sometió a consideración el Proyecto de Declaración, en la ciudad de Bogotá, en la IX Conferencia Internacional Americana, “era aprobar su texto con el rango de convención y no con el de mera declaración. **Pese a que ese propósito no fue**

[http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?](http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Instrumentos_Juridicos&id=1777&opcion=descripcion)

[entidad=Instrumentos_Juridicos&id=1777&opcion=descripcion](http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Instrumentos_Juridicos&id=1777&opcion=descripcion), acceso el 22-XI-2015).

Por otro lado refiere ALFONSO SANTIAGO que: “Sobre la importante influencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la elaboración de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, puede verse el muy interesante artículo de MARY ANN GLENDON, profesora de la Universidad de Harvard y embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede, titulado “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal de derechos humanos”, publicado en *L’Osservatore Romano*, 23-V-08”. Comenta la autora que la Conferencia de San Francisco de 1945, contó con la participación de representantes de países Latinoamericano quienes habrían intervenido de manera activa en la Conferencia de Chapultepec y por ello se habría requerido incluir expresamente el catálogo de Derechos Humanos, como en verdad se hizo, dado que: “después de la Segunda Guerra Mundial la idea de que entre las Naciones Unidas pudiera incluirse la tutela de los derechos humanos estaba muy lejos de la mente de las grandes potencias” (MARY ANN GLENDON, “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal...”, ob. cit.).

4

Al respecto se dijo textualmente: “*Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y de mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad*”.

5

Véase CARLOS TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 31.

conseguido la declaración tiene el mérito de ser el primer instrumento internacional sobre derechos humanos adoptado a nivel regional”⁶.

En relación al primero de los documentos se dice que surge como una enérgica respuesta a las atrocidades cometidas por el nazismo y el fascismo al violar horrenda, criminal y sistemáticamente todos los derechos humanos incluso los de sus propios ciudadanos⁷. El organismo internacional en 1945 designó a una *Comisión de Derechos Humanos* a la que le requirió elaborar una Carta Internacional que abarcara tres aspectos fundamentales: “a) Una declaración de Derechos Humanos; b) Un Convenio Internacional o Pacto de Derechos Humanos, es decir, un instrumento destinado a vincular jurídicamente al mayor número posible de Estados; y c) Medidas de aplicación, es decir, medidas destinadas a hacer efectivo el respeto a los Derechos Humanos”⁸. Como resultado del trabajo de esa comisión el 10 de diciembre de 1948, se aprobó en París la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 159

6

“Declaración Americana de los Derechos..., ob. cit., el énfasis es propio. Explica ALFONSO SANTIAGO que “existen diferencias entre las Declaraciones y las Convenciones. Las primeras surgen por decisión de los organismos internacionales, regionales o universales, en donde están representados los distintos países. En cambio, las Convenciones son tratados internacionales firmados y ratificados por cada uno de los países partes, que asumen las obligaciones que allí se establecen” (ALFONSO SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos..., ob. cit., p. 6).

7

Al respecto sostiene ALFONSO SANTIAGO que: “Este acontecimiento, con notables y profundas repercusiones culturales, éticas, políticas y jurídicas, tenía como antecedentes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento [en referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*] los estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanaban. / **La Declaración Universal de los Derechos Humanos es una muestra sublime de civilización, uno de los acontecimientos que ponen de manifiesto la grandeza del espíritu humano, una expresión que es motivo de orgullo para la conciencia ética de la humanidad**” (ALFONSO SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos ..., ob. cit., p.p. 4-5).

8

años después de la *Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de 1789⁹.

Sin lugar a duda la firma de la *Declaración Universal* representó, para la cuestión de los Derechos Humanos, un gran avance respecto de los instrumentos anteriores¹⁰. García Bauer apunta que por primera vez se plasmó en un instrumento jurídico de validez universal, y de un modo preciso, un piso de derechos del cual todo ser humano debe gozar sea cual fuere su condición y ubicación en la tierra. Refiere que: “Del 10 de diciembre de 1948 en adelante los pueblos del mundo saben cuales son sus derechos fundamentales y habrán de exigir cada vez más su estricto cumplimiento”¹¹. Sin embargo, se plantearon algunos interrogantes en torno al valor que cabía atribuir a la Declaración Universal y, puntualmente la pregunta que sigue: ¿Obligaba jurídicamente a los estados que integraban las Naciones Unidas? En torno de esta duda se podrían ensayar tres hipótesis: a) Una que confiere a la Declaración un mero valor moral; b) Otra que la inviste de cierto valor jurídico; y, c) La que la coloca en un plano de igualdad con la Carta Constitutiva de las Naciones Unidas y por ello le atribuye idéntico valor.

Lo cierto es que, la Declaración, para Levin no resulta un documento que obligue jurídicamente. No obstante refiere, que los estados al

9

Véase *ibidem*, p. 25. El preámbulo de la declaración reza: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerado que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre La Asamblea General proclama la presente declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, en fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectivo, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

10

Véase CARLOS TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 26.

11

Carlos García Bauer, *Los Derechos Humanos preocupación universal*, Editorial Universitaria, Nueva Guatemala de la Asunción, 1960, p. 79.

invocarla o emplearla le brindan una legitimidad que permite recurrir a ella tanto en el plano local como en el internacional¹². Vale puntualizar, que en la Conferencia de Teherán de 1968 la comunidad internacional se puso de acuerdo en que “la Declaración Universal significa que hay en los pueblos del mundo un consenso en cuanto a los derechos inalienables de todos los integrantes de la familia humana, y constituye una obligación para los miembros de la comunidad internacional”¹³. Mas, a pesar de esta idea, recuerda Levin que ante supuestos incumplimientos de alguno de los preceptos plasmados en la Declaración no existía sanción jurídica alguna que constriñese a los Estados a acatar a aquélla¹⁴. Empero, advierte junto a Celiberti que, como en otras ramas del derecho y la costumbre internacional, es verdad que “la sanción de que dispone la comunidad internacional es el retiro de la confianza por parte de los estados frente a quienes no están dispuestos a cooperar en el cumplimiento de sus obligaciones”¹⁵. Este documento se convierte así en una pauta de interpretación jurídica del organismo internacional que en palabras de aquél sería *un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse*¹⁶. Incluso, existe criterio en el sentido que si la declaración introduce

12

Véase LEAH LEVIN, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, UNESCO, París, 1998, p. 123.

13

CARLOS TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 27. El resaltado me pertenece.

14

Véase LEAH LEVIN, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, UNESCO, París, 1998, p.p. 123-124.

15

LILIAN CELIBERTI, *Estudios básicos de derechos humanos IX*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 121.

16

Véase CARLOS TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 28. Para este autor la Declaración no es más que uno de las tres herramientas que las Naciones Unidas elaboraron para impulsar la protección de los Derechos Humanos. Refiere que: “Los otros dos son el ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’ y el ‘Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’, aprobados en 1966 y que entraron en vigor en 1976, cuando cada uno de ellos fue ratificado por los 35 estados necesarios. **Estos Pactos si son instrumentos jurídicamente obligatorios, que imponen a los Estados que los suscriben y ratifican la aceptación de los**

una nueva regla en el ámbito del derecho constituyéndose en una *opinio juris*, puede abrir paso al nacimiento de una nueva costumbre internacional en tanto sea seguida por una cierta generalidad de estados aun con la abstención de otros¹⁷.

Tiempo después, como se expuso en la cita que antecede, aparecen los Pactos generando compromisos jurídicos más sólidos en aras a la protección de los derechos humanos¹⁸.

En el plano regional surgen dos instrumentos de valor que serán materia de investigación puntual en esta obra. Me refiero, por un lado, a la dictada en el marco de la Organización de Estados Americanos conocida como *Convención Americana sobre Derechos Humanos* o también como *Protocolo de San José*, que data de 1969 y su protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscripto en 1988 en San Salvador.

Se expuso que, lo novedoso de la *Convención Americana* se da por el hecho de incluir entre sus preceptos mecanismos concretos para promover la protección de los derechos humanos¹⁹. De ahí que se exprese que

procedimientos de aplicación en ellos previstos y la obligación de presentar informes sobre el cumplimiento de lo dispuesto en ellos, que se refieren al respeto a los derechos humanos incluidos en la Declaración y las circunstancias excepcionales que permiten a los estados restringirlos [...]”.

17

Véase V. MIAJA DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional publico*, séptima edición, Editorial Atlas, Madrid, 1979, p.p. 210-211. En igual sentido se expresa VAN BOVEN: “Los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos adoptados por los organismos políticos, tanto en forma de convenciones –que requieren, no obstante, la ratificación de los Estados para entrara en vigor- como en forma de declaraciones, e incluso, de recomendaciones, son parte del derecho internacional sobre derechos humanos, o se integran en él mediante su continua afirmación y puesta en práctica” (THEO VAN BOVEN, “El derecho internacional positivo sobre derechos humanos”, en VASAK KAREL EL AT, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, UNESCO, Barcelona, 1984, t. I, p. 164.

18

ALFONSO SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p. 6.

19

Véase CARLOS TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 30. Explica el autor que: “En **esa protección supranacional**, no sólo participan los organismos gubernamentales internacionales, sino también toda una gama de organismos no gubernamentales de carácter internacional [...]”.

resultan competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes de la Convención: a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el *viejo continente*, se firmó otra importante norma internacional de carácter regional como el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* que data de 1950. En él, inicialmente, como en el Pacto de San José de Costa Rica, se instituyeron dos órganos que se encargarían de velar por la defensa de los derechos humanos en Europa: una Comisión y un Tribunal. Como se verá más abajo, en el año 1998, se disolvió la Comisión y ahora los habitantes de los países que se encuentran sujetos al *Convenio Europeo* acceden directamente al órgano jurisdiccional para obtener tutela de sus derechos fundamentales.

Lo cierto es que, ambos instrumentos aportan de manera significativa a la promoción y defensa de las libertades del ser humano, básicamente, como se dijo dado que “a diferencia de las declaraciones, tanto Universal como Americana, y de los Pactos de las Naciones Unidas, se crea un cuerpo típicamente jurisdiccional -Corte o Tribunal- que controla, inicialmente junto a la Comisión, la efectividad del sistema”²⁰.

Preciso es destacar que, para algunos autores, y a los efectos de garantizar con mayor efectividad la protección de los derechos humanos, resulta imperativo modificar *la clásica noción de la soberanía estatal absoluta*. De ahí que “Hans Kelsen y Gustav Radbruch sostienen que si no se revisa el concepto de soberanía absoluta de los estados ello implica la negación del derecho internacional”²¹. Para otros, al contrario, ello no es necesario dado que,

20

JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 39.

21

Ibidem, p. 31. A esto debemos agregar que la ampliación de catálogo de libertades de los que goza el ser humano por su condición de tal dada por la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, importa, a no dudarlo, una merma en la soberanía que como puso de resalto el autor vienes la conceptualización de tipo estatista hizo fracasar, con o sin razón, la mayoría de los proyectos para transformar la comunidad internacional, por entonces escasamente desarrollada, en una *civitas* máxima (Véase Hans Kelsen, *Les rapports de système entre droit e le droit international public*, Recueil

cuando un Estado soberano suscribe y ratifica un Pacto internacional de derechos humanos, y lo hace libremente, acepta los mecanismos y procedimientos de salvaguarda que se articulan para la protección internacional de los derechos humanos²².

Con el trascurso del tiempo, indica Alfonso Santiago, se fueron promoviendo Convenciones sectoriales o específicas sobre distintas materias abarcativas de la problemática iushumana²³ y que, a medida que se gestaron, progresivamente, fueron puestas en vigencia a través de la ratificación de éstas por parte de los distintos países signatarios²⁴. Con la caída del muro de Berlín en 1989 y el proceso de democratización que opera a partir de 1990, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cobra una nueva impronta y se convierte en “un nuevo *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*, un nuevo orden público internacional, un derecho sin fronteras, con una clara fuerza de penetración y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales”²⁵. De ahí que, algunos autores afirmen que esta disciplina surge como una rama del derecho internacional clásico con el objeto de proteger y promover las libertades esenciales del hombre.

Esta nueva concepción, como se puede advertir, tiene características propias que la distinguen de su rama ancestral, “tales como la

IV, París, 1925, p. 326).

22

Véase *ibidem*.

23

Véase ALFONSO SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p.p. 6-7. Menciona el autor entre los documentos internacionales sobre derechos humanos que destacan a: La “*Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio* (1948); las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949), destinada a proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades; la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979); la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984); la *Convención de los Derechos del Niño* (1989); la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) y otros muchos documentos [...] nuevos o complementarios de los anteriores”.

24

Véase *ibidem*, p. 7.

25

Ibidem, p.p. 7-8.

posibilidad de que el ser humano reclame *per se* ante los órganos metanacionales. Esto lo hace desde una perspectiva distinta, ya que los tratados que abordan estas cuestiones se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí estudiados, *el hombre es sujeto de derecho* mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición [...] En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado *sujeto del derecho internacional*²⁶.

De idéntica manera que el derecho constitucional provocó cambios en la legislación vernácula, ahora el Derecho Internacional de los Derechos Humanos modifica el derecho constitucional y la legislación interna de los estados. En el plano político el proceso importa un traspaso de soberanía desde el Estado Nacional al ámbito de órganos internacionales creados, como se verá, para que la protección de los Derechos Humanos no sólo se asuma desde el ámbito local sino ahora también por tribunales internacionales creados a tal fin²⁷. En adelante me ocuparé de escudriñar esta última etapa evolutiva de los Derechos Humanos; proceso que incluye, sin más, una sostenida y progresiva transferencia de potestades jurisdiccionales en favor órganos distintos a los previstos en las Constituciones estatales. Resultará provechoso indagar si lo hicieron cumpliendo con los recaudos establecidos en sus textos de máxima jerarquía y, en función al concepto del derecho que se asuma, cuáles son las consecuencias prácticas.

La internacionalización de los Derechos Humanos: Como *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*

Oportunamente destacué el rol determinante que le cupo a la cultura romana en la evolución del constitucionalismo. Cabe ahora referirme brevemente al aporte que hizo esta civilización en materia de derechos

26

JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 404. El énfasis es de mi autoría.

27

Véase ALFONSO SANTIAGO, "El Derecho Internacional de los Derechos humanos...", ob. cit., p. 8.

humanos. En esta línea de progreso, resulta menester subrayar la importancia que se le dio a la idea de que todas las personas de existencia visible, sin distinción alguna, debían regular sus actos, sus relaciones en función a un conjunto de principios jurídicos expresados en el *ius gentium*. Este marco normativo resultaba aplicable a todos, al contrario del *ius civilis*, destinado a reglar las relaciones jurídicas de los miembros de la *polis*, es decir de los ciudadanos. El *ius gentium* es el derecho de todos de ser tratados con igualdad por el hecho de su condición de ser humano. Existe aquí, un reconocimiento con fundamento en la dignidad igual para todos los hombres y mujeres²⁸.

Precisamente, ese *ius gentium* es el que trascendió en la historia incluso con posterioridad a la caída del Imperio romano, llegando a identificarse con el derecho natural. Sirvió de base para el desarrollo ulterior del *ius commune* hasta épocas recientes en que algunos autores lo identifican con los derechos humanos en su evolución en el derecho internacional²⁹.

28

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos ...”, ob. cit., p. 47. Aclara con puntilloso rigor el autor: “No debemos olvidar, por supuesto, que el *ius gentium* no era aplicado a los esclavos, pero la concepción misma de la esclavitud, como sometimiento para los vencidos, y la posibilidad de alcanzar la libertad, implica en sí el reconocimiento de que existe una dignidad básica en todos los seres humanos”.

29

Véase SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 18, 2014. “Para la escuela clásica del Derecho de gentes, la universalidad de los principios de la *comunitas gentium* era el fundamento del orden internacional, donde la teología y el derecho aparecían confundidos dentro de la herencia medieval, que recogió FRANCISCO DE VITTORIA, a partir del año 1526. Este autor ‘le abre al derecho de gentes las puertas de la modernidad’ [...] ‘derecho de gentes’, según VITORIA, deriva del derecho natural, y tiene en miras limitar los poderes temporales, aun os del Papa. En esta postura la doctrina del derecho de gentes aparece con fuerza de ley. Se dice que todo el orbe es una república, lo que demuestra la idea de Universalidad; FRANCISCO SUÁREZ habla de *Civitas* máxima. / Luego HUGO CROCIO, por el año 1625 profundiza estas ideas universalistas formando con sus discípulos la escuela clásica del derecho de gentes que tiene como sustrato no ya la teología, sino el derecho natural...” (Véase VÁZQUEZ CARRIZOSA, “Los derechos humanos como normas universales” “*Juris Gentium*”, en *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, Washington, 1984, p.p. 3-21, citado por JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional ...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 407).

Conforme afirma Pérez Martín el denominado *ius commune* constituye el cuerpo jurídico general vigente en Europa desde el siglo XII hasta el siglo XIX que fue gestado a instancia de los glosadores, en un primer periodo a partir de la obra de Irnerius en Bolonia y luego continuada merced a la intervención de los postglosadores³⁰. Al decir del autor, se basaba de manera fundamental en el derecho romano justineano, el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici* de la Iglesia³¹. Por entonces, no existían los derechos nacionales y la mayoría de los juristas de la época estudiaban en el mundo occidental los mismos textos y el mismo derecho. A decir verdad, los conflictos que se gestaban en distintos lugares del mundo eran resueltos sobre la base de este derecho, previa adaptación a las circunstancias regionales. De a poco, comenzaron a proliferar normas locales en cada uno de las naciones pero siempre sobre la base de aquel ordenamiento como ocurriera con el Derecho Indiano³². Inicialmente los derechos humanos fueron tutelados por el derecho interno de los respectivos Estados regulando la relación entre gobernantes y gobernados.

Ese *ius commune* fue desapareciendo a medida que surgen los estados nacionales y avanzan los derechos locales sobre la base de sus respectivas constituciones (*iura propria*). Si bien en esta evolución el derecho común sirve de anclaje sobre el que se erigen los nuevos ordenamientos a partir del fortalecimiento de los gobiernos estatales, se produce una transformación radical en la forma de concebir y operar el derecho³³.

No obstante como señalé, la magnitud de actos inhumanos cometidos durante la Segunda Guerra Mundial generaron la necesidad de hallar mecanismos de tutela de los derechos fundamentales del hombre. Así,

30

Véase ANTONIO PÉREZ MARTÍN, “El *ius commune*: artificio de juristas” en *Historia del pensament juridic*, Universat Pompeu Fabra, Barcelona, 1999, p. 71.

31

Véase *ibidem*, p.p. 74-75.

32

Véase ANTONIO PÉREZ MARTÍN, “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, en *Rivista internazionale di diritto commune* 3, 1994, p.p. 43-89.

33

Véase *ibidem*, p.p. 73, 77 y 78.

se convirtieron, en el marco de las relaciones internacionales, “en criterio de desarrollo moral y en requisito para ser considerado parte de la comunidad internacional, que excluye -e incluso sanciona- a los países que no presentan un cumplimiento de estándares mínimos respecto del respeto de los derechos humanos”³⁴. Aclaro en este sentido que, como explicaré más abajo en el marco de la OEA, no existen sanciones para aquellos países que incumplen, verbigracia, con las sentencias de la Corte IDH, incluso para los pronunciamientos dictados en los términos del artículo 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Si bien es cierto que la *internacionalización* y la *universalización* de los derechos humanos tienen su epicentro con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas³⁵, no es menos cierto que, a partir de la globalización y el fenómeno de la integración regional vuelve a gestarse hoy un nuevo derecho común sobre la base de redacción de tratados internacionales que implementan preceptos jurídicos genéricos, universales ello, frente a problemas que trascienden los límites de las fronteras nacionales y afectan por igual a varios países en simultáneo. Actualmente, entre otros, podría incluirse el conflicto del narcotráfico, la migración internacional, la trata de personas, las investigaciones vinculadas a la bioética y a las nuevas tecnologías y, desde luego, la que involucra a los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

El proceso de conformación de un nuevo *ius commune* tiene como eje central el rol que juegan los derechos humanos, dado que al representar un paradigma ético para los países que conforman la comunidad internacional, informan decididamente tanto los preceptos que se incorporan a

34

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 49.

35

JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 407. En página anterior aclaran los autores que “en puridad de verdad ambos conceptos deben diferenciarse, pues *internacionalización*, significa que los derechos humanos nos son protegidos, no sólo por los órganos domésticos sino por los internacionales. En cambio *universalización* (o universalidad) quiere decir que estas prerrogativas acompañan al hombre como una sombrilla protectora en cualquier lugar que se encuentre por ello hablamos de un *bill of rights* transnacional, aunque ambos conceptos tienen una notable correlación”.

los nuevos tratados como a las relaciones entre los estados y, esencialmente, inciden en la actuación de los organismo internacionales entre los que se incluyen tanto la Corte IDH como el Tribunal EDH. Esta tendencia, hará que los Estados nacionales hacia el interior de sus ordenamientos jurídicos promuevan las reformas necesarias para adecuarse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos³⁶.

Desde otro ángulo, resulta determinante destacar, que el carácter universal de los derechos humanos constituye una cuestión vital para que se puedan cumplir las funciones del *ius commune* internacional, dado que esta característica la impone la propia naturaleza de estos derechos que se fundan, decididamente, en la condición humana. Por cierto que, en América Latina hace tiempo que se habla de la existencia de un *ius comune* latinoamericano, producto de una tradición común que nos vincula desde la época de las colonias como asimismo el desarrollo más o menos similar tanto normativo como institucional que actualmente se encuentra consolidado sobre la base de los derechos humanos. Por cierto se dijo que “en el espacio jurídico latinoamericano se esta conformando una cultura jurídica común en base al cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencia de derechos humanos”³⁷.

Como se expuso, este fenómeno de cambio contó, a nivel continental, con el aporte directo de órganos internacionales los cuales señalaron insistentemente la obligación que pesa sobre las autoridades de cada país, especialmente en la figura de sus jueces, de aplicar de modo directo los tratados internacionales de derechos humanos, prestando especial respeto por los criterios interpretativos que emite la Corte IDH. En esta dirección se pronunció el entonces presidente del órgano internacional Sergio García Ramírez en su voto del caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”. Al respecto manifestó que: “[...] los instrumentos internacionales son

36

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 53.

37

ARMIN VON BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune en America Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM-Max Planck Istitut Für Ausländisches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Héctor Fix Fierro – Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), México, 2014, p. 12.

inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio 'control de convencionalidad'. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea –que he reiterado- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto el internacional”³⁸.

Con meridiana claridad surge al final del párrafo transcrito, que para el entonces presidente de la Corte IDH el esfuerzo por la defensa de los derechos humanos se debería dar hacia el interior de cada uno de los Estados, apuntando a la labor de los jueces quienes definen el derecho aplicable al caso concreto, en algunos supuestos colocando su lealtad en el Derecho Internacional de los derechos humanos, en otros, junto a la Constitución y, como veremos, algunas veces priorizando por sobre los dos anteriores al derecho natural.

¿Qué características asume?

A tenor de lo expuesto hasta aquí, no cabe duda que el derecho internacional de los derechos humanos se caracteriza, en líneas generales, por ser un conjunto de normas, de principio y de valores tendientes a regular la relación del individuo con el Estado, limitando la soberanía estadual con el propósito de instituir procedimientos de protección de la persona humana frente a los actos arbitrarios del Gobierno. Con acierto expone Nikken que los derechos humanos “son derechos subjetivos que emanan de la dignidad humana y que la resguardan, porque ellos combaten la dominación arbitraria y apoyada en desiguales relaciones de poder social, mediante la cual unos seres humanos imponen a otros ser instrumentos de sus propios fines. Hablamos de la ideología universal nacida para encarar la opresión”³⁹.

38

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de constitucionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, número 28, 2011, p. 141.

39

Fuerza es decirlo, existen un conjunto de características propias de los derechos humanos que se han perfilado desde distintos organismos entre los que destaca, desde luego, Naciones Unidas⁴⁰ y que resultan ser los siguientes:

Universalidad: Emerge a partir de la idea de que todos los seres humanos, sin excepciones poseemos la misma dignidad y, por ello, se nos debe respecto a nuestros derechos sin discriminación alguna. De ahí que, este tipo de prerrogativas “puedan hacerse valer en la jurisdicción de cualquier Estado, en todo el mundo y frente a todo el mundo”⁴¹.

Al resultar inherentes a la condición de persona humana todos somos titulares de este tipo de derechos sin que nos afecten las condiciones del entorno, las cuestiones culturales, económicas, étnicas, políticas, religiosas, raciales, de género o cualquier otras que pudieran emplearse como excusas para negar el reconocimiento de algún derecho humano⁴².

Entre tantos instrumentos internacionales, la Declaración de Viena del 25 de junio de 1993, pronunciada en el marco de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, expresamente ratifica que el carácter universal de los Derechos Humanos y las libertades esenciales “no admite dudas”⁴³. Naturalmente, la nota de universalidad de los derechos humanos incidió en el

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 55. El énfasis es propio.

40

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 54.

41

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 68. Apunta el autor que “también las obligaciones de los Estados concernientes a los derechos humanos han sido definidas como obligaciones erga omnes por la Corte Internacional de Justicia, desde 1970: *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited Merits*, ICJ Reports, 1970, párrs. 33 y 34”.

42

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 54.

43

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 69. No obstante, indica el autor que esta Declaración admite que “debe tenerse presente la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos”. Por otro lado también destaca que la Declaración de Viena insiste en que “los Estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (párrafo 5).

proceso de internacionalización de este tipo de Derechos. Vale decir que, si ellos son inherentes a la persona humana como tal, mal podrían depender de la nacionalidad de sus titulares o del territorio en el que se encuentren; en rigor de verdad, el hombre los goza en sí mismo. Esta característica de los derechos humanos también implica que los Estados no pueden invocar la lesión a su soberanía para limitar o negar la protección del ejercicio de un derecho humano o anular su protección internacional⁴⁴. Al respecto sostiene Nikken que “los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía; no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección”⁴⁵.

La *universalidad* de este tipo de derechos, corresponde destacar, está íntimamente vinculada al principio de igualdad y no discriminación que atraviesa todo el ordenamiento jurídico, pero en una escala distinta. De ahí que, con acierto, Ferrajoli refiere que ‘universalismo de los derechos fundamentales e igualdad jurídica son exactamente la misma cosa’, en tanto la igualdad jurídica no es más que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, ‘independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos’⁴⁶.

Inalienabilidad: Esta cualidad de los derechos humanos hace referencia a la indisponibilidad de ellos, dado que pertenecen a las personas,

44

Puede consultarse con provecho al respecto la obra de PEDRO NIKKEN, “El Derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1989, número 72. Asimismo PEDRO NIKKEN, “Estudio Preliminar”, en *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991 y, THOMAS BUERGENTHAL, CLAUDIO GROSSMAN Y PEDRO NIKKEN, *Manual internacional de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, p.p. 171-186.

45

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 69.

46

LUIGI FERRAJOLI, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Juan Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez, (Coordinadores), Fontamara-SCJN, México, 2010, p.p. 13-14.

de manera inseparable y para siempre. La falta de disposición de este tipo de derecho alcanza no sólo a su titular que se ve impedido de renunciar a ellos o negociarlos bajo ninguna circunstancia; también impide al Estado y sus agentes que puedan disponerlos o renunciar a su tutela o salvaguarda en ninguna circunstancia⁴⁷.

Sin perjuicio de lo dicho, aclara Nikken que esto no es óbice para que los derechos humanos sean susceptibles de limitaciones legítimas y, desde luego, “compatibles con ellos, tanto ordinariamente como bajo circunstancias de excepción”⁴⁸.

Indivisibilidad e interdependencia: Es de todo cierto, que los derechos humanos son indivisibles por cuanto la dignidad humana también lo es. Este rasgo de los derechos humanos nos remite a que todos ellos conforman una unidad indivisible, o sea, que no podría optarse por ciertos derechos de una especie en detrimento de otros, dependiendo para esto de la ideología imperante en un momento dado en una sociedad determinada. Verbigracia, no podría darse el caso donde se prioricen los derechos individuales sobre los sociales, puesto que, la negación de una especie de derechos afecta, sin dudar, la vigencia de los demás derechos humanos⁴⁹.

Por el mismo carril de avance, se afirma que no es posible consentir desmembraciones ni rangos establecidos en abstracto o *a priori* entre los derechos humanos, de manera que resulte imposible sostener que alguno de aquellos sea insustancial o de menor importancia que otro⁵⁰. En puridad, no se puede asentir desde lo conceptual o en el plano de los principios, que se salvaguarden unos derechos, mientras se soslayan otros puesto que, no cabe discernir entre las fuentes de ultraje a la dignidad del hombre que a la sazón se constituye como la piedra de toque de los derechos humanos. Afirma Nikken

47

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 54.

48

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 70.

49

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 55.

50

Véase PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 70.

sin más, que ellos son, contrariamente, “interdependientes, porque la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la participación política si son vulneradas la libertad de expresión o la de asociación: o con el derecho a la vida si no son satisfechos el derecho a la salud o la alimentación”⁵¹.

Inviolabilidad: Esta propiedad de los derechos humanos importa que desde ningún punto de vista resulta plausible que los derechos, principios, valores o bienes resguardados sean transgredidos en la convivencia social, lo que desata no sólo la obligación del Estado en articular todos los medios a su alcance para respetarlos sino también la de garantizarlos. “No basta que el Estado no viole derechos si permite o tolera que los ciudadanos lo hagan”⁵².

Irreversibilidad: El carácter irreversible de los derechos humanos importa que una vez que se reconocen formalmente y como inseparables a la persona humana quedan irrevocable y definitivamente incorporados al catálogo de esta especie de derechos cuya inviolabilidad debe ser motivo de respeto y, desde ya, de una debida tutela que garantice el goce de los derechos consagrados. La dignidad del hombre al igual que los derechos humanos no tolera relativismos tales como aquellos que, una vez reconocido uno de ellos como inherente a la persona humana, pueda dejárselo sin efecto por decisión del Estado.

Explica Nikken que cuando un derecho humano se reconoce por una ley, por un tratado u otro precepto normativo por acto del poder público nacional, “la naturaleza de dicho derecho se independiza del acto por el cual el mismo fue reconocido, que es meramente declarativo. La tutela debida a tal derecho se fundamenta en la dignidad humana y no en el acto por el cual el mismo fue reconocido como inherente a dicha dignidad. En adelante merecerá

51

Ibidem. Expresa a continuación que: “En este sentido, la separación entre derechos civiles y políticos, por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales, por la otra, es un extravío que sólo se explica por razones políticas y por la coyuntura histórica presente cuando se discutieron los Pactos de las Naciones Unidas, pero que, como se verá luego, carece de fundamento conceptual. Igualmente, la distinción que se hace entre ‘tres generaciones de derechos humanos’ sólo es admisible didácticamente, pero no como una cuestión de concepto”.

52

protección propia de los derechos humanos de manera definitiva e irreversible, aun si el acto de reconocimiento queda abrogado, si se trata de una convención internacional y la misma es denunciada”⁵³.

Obligatoriedad: es de toda evidencia que el *corpus iuris* que se integra con el conjunto de derechos humanos obligan a todos, sean autoridades o ciudadanos en cualquier circunstancia de lugar, tiempo y modo. Es por ello, que cuando por la influencia de condiciones externas las autoridades de un Estado se obligan a paralizar el goce de algún derecho, las herramientas e instrumentos internacionales restringen las prerrogativas de esta índole que pueden ser objeto de suspensión y, en simultáneo, fijan las salvaguardas “para evitar abusos y volver a la situación de normalidad en la vigencia de los derechos a la mayor brevedad”⁵⁴.

En este sentido cabe tener presente como agudamente señala Alfonso Santiago que respecto del fundamento último de la obligatoriedad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, nos ofrece dos alternativas claramente opuestas: a) Una que sostiene la obligatoriedad en base al consentimiento que los Estados confieren al momento de suscribir los Tratados internacionales sobre esta materia, aceptando incluso la competencia de los tribunales internacionales que asumen el rol de garantizar el cumplimiento de sus preceptos. De aquí, continúa el autor se derivan las siguientes consecuencias: El compromiso que asumen los Estados que adhieren a los tratados sólo se limitan al cumplimiento de lo pactado *-res legislata-*; aquí resultan válidas plenamente las reservas efectuadas al momento de la ratificación del o los instrumentos internacionales; la

53

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 71. Explica el autor que esta característica de los derechos humanos “puede tener singular relevancia para determinar el alcance de la denuncia de una convención internacional sobre derechos humanos (hasta ahora muy raras), en los casos en que la denuncia esta permitida. En efecto, la denuncia no debe tener efecto sobre la calificación de los derechos que en él se han reconocido como inherentes a la persona. El denunciante solo se libraría, a través de esa hipotética denuncia de los mecanismos internacionales convencionales para reclamar el cumplimiento del tratado, per no de que su acción contra los derechos en él reconocidos sea calificada como una violación de los derechos humanos; y aun eso, sólo con efectos futuros”.

54

competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos se limita a la voluntad declarada por los Estados signatarios al reconocerla *-res judicata-*, de ahí que no se admita la interpretación expansiva; además, la denuncia del tratado por parte de un Estado lo desvincula de las obligaciones internacionales asumidas oportunamente. b) Una segunda posibilidad importa considerar que las disposiciones del Derecho Internacional de los derechos humanos son *per se vigore*; constituyen normas imperativas *erga omnes* e imperativas para todos los Estados más allá del asentimiento que hubieren dado e incluso sin él; desde luego, para esta posición, las reservas que articulan carecen de relevancia jurídica; los tribunales internacionales de derechos humanos poseen jurisdicción sobre la totalidad de los estados locales aunque éstos no le hayan reconocido competencia; su jurisprudencia *-res intrepreatata-* es tan obligatoria como la misma letra de los Tratados; la denuncia a un Tratado de derechos humanos es irrelevante a los efectos de la obligación que tiene los estados nacionales de cumplir con los compromisos oportunamente asumidos. Finalmente expresa Alfonso Santiago que “el Derecho Internacional de los derechos humanos operaría, en su conjunto, como una especie de *ius cogens*, un Derecho cuyos principios y exigencias no pueden ser desconocidos en ningún caso por los Estados que integran la Comunidad Internacional”⁵⁵.

Progresividad: Merece poner el acento en que, como los derechos humanos resultan inseparables de la condición de persona su vida no depende del reconocimiento el Estado. De ahí que, sea factible, y lo sea siempre, extender el ámbito de protección a derechos que hasta entonces no gozaban de un paraguas tuitivo. Sin duda, éste fue el método que propició el ensanchamiento del ámbito de los derechos humanos y sus mecanismos de resguardo, ya sea a nivel interno como en el plano internacional.

Destaca Nikken, que la *progresividad* como es entendida por él, lo que muestra es que el reconocimiento de los derechos humanos se amplió de un modo creciente e irreversible. Añade, que la expansión operó no sólo cuantitativamente al amplificarse la nómica o catálogo de los derechos

55

ALFONSO SANTIAGO (H), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p.p. 204-205.

humanos sino que, también, lo hizo de un modo cualitativo al aumentar el vigor con el que se ejerce la protección de aquellos de forma creciente e irreversible, pues es de toda lógica que la regresividad en materia de derechos humanos resulta ilegítima⁵⁶.

Una diáfana muestras de este principio puede encontrarse en la primera parte de la Constitución Argentina, denominada en otros ordenamientos como el mexicano *cláusula de apertura constitucional*, “que con matices, expresa que la enumeración constitucional de los derechos humanos es meramente enunciativa y no taxativa pues no excluye la protección de otros derechos inherentes a la persona humana que no figuran expresamente en el texto constitucional”⁵⁷. Este pues, es el razonamiento que marca diferencias entre las concepciones que inspiraron, por un lado, a la Revolución Americana y, por el otro, a la Francesa conforme se puede apreciar en la organización política y los actos de gobierno consiguientes de cada una de ellas. Emerge patente, que la fuente de los derechos del hombre no es únicamente la ley sino que, también, sirven de fundamento a la existencia de éstos altos principios y valores como el artículo 33 de la Constitución Nacional y sus concordantes de otras constituciones de los países que conforman el continente Americano⁵⁸.

Esta particularidad, resulta evidente, habilita la penetración en los ordenamientos locales del derecho internacional de los derechos humanos, y lo hace de manera directa en los países que poseen en sus constituciones normas como las del artículo 33 *ejusdem*⁵⁹.

Un elemento más que pone en evidencia como opera la tutela de los derechos humanos tiene que ver con la noción de que el sistema de

56

Véase PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 73.

57

Ibidem, p. 72. Puede verse con provecho también la obra de MARCOS E. CARPIO, “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, en *Cuadernos Constitucionales*, número 3, México, 2000.

58

Véase JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional ...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 172.

59

Véase EDUARDO JIMÉNEZ DE ARECHAGA, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, en *Revista IIDH*, San José, 1988, p.p. 25-41.

protección es siempre de ampliación, más nunca de restricción. Dado el caso, donde se integran para la resolución de una *litis*, normas del sistema internacional con otra del derecho interno se debe aplicar aquella que otorgue el mayor estándar de protección a la persona involucrada sin importar que la norma provenga del derecho nacional o internacional. Es lo que Vasak denomina la *cláusula del individuo más favorecido*⁶⁰.

Estas notas, que son muy propias de este tipo de derechos “explican sus mecanismos de protección, tanto a escala nacional como a escala internacional”⁶¹.

Resulta de trascendental importancia tener en cuenta, y ello más allá de las notas desarrolladas hasta aquí, la naturaleza multidimensional que cobran los derechos humanos. Suele ocurrir que en numerosas ocasiones son visualizados por el conjunto de la sociedad a partir de sus otras dimensiones, de modo que, si el juzgador ignora o da la espalda a esta realidad corre el riesgo de que las resoluciones jurídicas que adopta en materia de derechos humanos “carezcan de la legitimidad que les da su reconocimiento social”⁶².

Apuntamos anteriormente que era posible distinguir al menos cuatro dimensiones en torno a la proyección de los derechos humanos:

Una dimensión ética o moral, entre otras cosas al ser considerados los derechos humanos como paradigma ético universal⁶³ y al unísono, por numerosos autores, en sí mismos como derechos morales⁶⁴. Es

60

Véase KAREL VASAK, *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, París, 1978, p. 710.

61

PEDRO NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 73.

62

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 49.

63

Véase MIGUEL CARBONELL, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2005, p.p. 10-18.

64

Véase JOEL J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales”, en *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, número 1, en <http://www.uv.es/cefd/1/Jimenez.html>, acceso el 9-VIII-2015.

tan potente la trascendencia y el impacto moral de los derechos humanos que en la práctica cumplen la función de una suerte de teoría moral del derecho, pues es de toda evidencia que muchas personas no echan dudas sobre si ciertas normas o el sistema jurídico es justo o no, les satisface que aquellos preceptos o conjunto de ellos respeten los derechos humanos “para considerar que son intrínsecamente justos; sin necesidad de tener que entrar en la complejidad de las teorías de la justicia, al tener el referente de documentos de universal aceptación y reconocimiento como la Declaración Universal de los Derechos Humanos [...]”⁶⁵.

La *dimensión social* de los derechos humanos reviste una gran importancia para las personas y operadores del derecho en general y los jueces en particular, dado que la apreciación que la sociedad haga de sus resoluciones estarán ligadas a la consideración y respeto que se tenga de ese juzgador. “Y si como señalamos los derechos humanos son el paradigma ético de las sociedades contemporáneas necesariamente la percepción de la sociedad del bien y de la justicia pasan por ellos [...]”⁶⁶. Modernamente los derechos humanos están cotidianamente en el discurso de los ciudadanos que ya no los utilizan como medio de defensa frente al poder estatal, sino ahora como regla de conducta que rige las relaciones entre particulares que al decir de MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI se constituyeron en una herramienta para requerir la satisfacción de las necesidades más básicas que, como se sabe, resultan ser el contenido de los derechos económicos y sociales⁶⁷.

La vigencia y proyección de los derechos humanos en *la dimensión política* es de tal importancia que hoy por hoy es muy difícil que un gobierno pueda exhibir legitimidad política sin respeto por los derechos humanos. Es a todas luces cierto que ya en los tiempos de la ciencia política

65

VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 50.

66

Ibidem.

67

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, en *Los derechos económicos, sociales y culturales: Hacia una cultura de bienestar*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007, p.p. 32 y subsiguientes.

tradicional se concebía como legítimo el ejercicio del poder cuando se lo direccionaba al logro del bien común⁶⁸. No obstante la noción de *bien común* puede resultar un concepto abstracto que incluso requiriera para su comprensión acabada del auxilio de la filosofía. De ahí que resulte una noción lejana y de difícil comprensión para la persona media. “Hoy ese bien común se identifica con los derechos humanos, y en nuestras sociedades se entiende que si un gobernante en su actuar cotidiano tutela, protege y promueve los derechos humanos esta realizando un ejercicio legítimo del poder”⁶⁹.

La *dimensión jurídica* de los derechos humanos es, a mi juicio, la más relevante y resulta evidente que es aquí donde mayor notoriedad cobran los derechos humanos.

En un primer estadio evolutivo, como se indicó, fueron las distintas Constituciones estatales que se dictaron en la mayoría de los países de occidente, las que plasmaron en sus textos un variado cúmulo de derechos fundamentales y las herramientas para hacerlos efectivos. Para CAPPELLETTI esta corriente se considera como la *dimensión constitucional del derecho y de la justicia*⁷⁰. Se explica que, ante el supuesto fracaso del constitucionalismo

68

Véase CARLOS RÚA DELGADO, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano”, en *Revista Ius et Praxis*, año 19, número 2, Santiago, 2013, p.p. 85-122.

69

Véase VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 51. A mayor abundamiento añade el autor: “**No debe obviarse, por otra parte, que esta legitimidad en el ejercicio del poder tiene una especial relevancia en el caso de quienes tienen la responsabilidad de administrar justicia, esto es, los jueces en todos los niveles y ámbitos, pues son ellos quienes determinan finalmente el derecho, su contenido y sus alcances, función en la que están obligados ética, política y jurídicamente a promover, respetar y garantizar los derechos humanos y reparar las violaciones que se cometen**, como en el caso de México estableció el legislador constitucional al realizar una amplia reforma de la Constitución (artículo 1, párrafo tercero) para dotar de la relevancia y peso que requieren los derechos humanos dentro del sistema jurídico: *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley*”.

70

para salvaguardar las prerrogativas inmanentes del ser humano, dado que se alteraba el trato de país a país, se dispuso, para tutela integral de la humanidad, extenderlas de modo que la protección alcanzara a los individuos en cualquier territorio donde se encontrara el titular de un derecho humano vulnerado. Nace así, “la *dimensión transnacional* del derecho de la justicia, con la evidente intención de que el respeto de las prerrogativas humanas logre un nivel metanacional, a través de organismos colocados *fuera* de las fronteras [...]”⁷¹.

Es en la esfera de lo jurídico donde, en verdad, inciden de manera directa los órganos encargados de decir el Derecho y de administrar justicia de ahí su importancia entre otras razones. Sin lugar a engaño, es la que prima sobre el resto de las dimensiones, que son tenidas en cuenta por el juzgador. Las decisiones judiciales deben ser fundada en Derecho y al mismo tiempo deben ser razonables respecto de su contenido. En los tiempos actuales resulta improbable dictar una sentencia judicial, sin explicar las razones que motivan el pronunciamiento y no sólo a las partes, sino a los otras instancias jurisdiccionales que pueden revisar lo decidido, a la opinión pública, la academia y a la sociedad toda. De la calidad de los argumentos depende la validez, el prestigio y la perdurabilidad de los decidido⁷². Agrega el profesor SANTIAGO que “el medio que tiene el juez para mostrar que su decisión no es subjetiva, arbitraria ni se funda en su propia voluntad, es la fundamentación de la sentencia en el sistema de fuentes del Derecho propio de todo sistema

Véase MAURO CAPPELLETTI, “Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1981, traducido por Juan Carlos Hitters, v. III, p.p. 810-814.

71

Véase JUAN CARLOS HITTERS, OSCAR LUJÁN FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 78.

72

Al respecto señala PETRACCHI que “el efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan y de la aceptación que encuentren en la opinión pública, con la que los jueces se hallan en una relación dialéctica distinta que la que mantiene el legislador. Esa relación es también relevante pues no posee otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de su fallo y del decoro de su actuación” (CSJN, *Fallos* 308:2268, del voto del doctor SANTIAGO PETRACCHI en los autos “Sanjean”).

jurídico [...] El juez ‘objetiviza’ sus posturas y fundamentos personales acudiendo al sistema de fuentes. **De este modo también garantiza la necesaria normatividad que ha de estar presente en toda decisión judicial**⁷³.

Resulta esencial, a los efectos de dar contenido a los distintos derechos que constituyen el *corpus iuris* de los derechos humanos, el rol que juegan los jueces internos en todas sus instancias; pero también es trascendente para la comprensión de la materia, el protagonismo que se asume, en los últimos tiempos, desde los tribunales internacionales; a veces como se verá, haciéndole decir a los Pactos cosas que ellos no dicen; provocando en ciertos momentos tensiones entre las más altas instancias locales y los tribunales internacionales. En este proceso juegan un rol destacado, en grado sumo, la jurisprudencia del Tribunal EDH de Estrasburgo, como también la jurisprudencia de la Corte IDH de San José de Costa Rica y recientemente, la Corte Penal Internacional, creada a instancias del Tratado de Roma para ocuparse de los casos vinculados a las trasgresiones más graves al derecho humanitario⁷⁴ y que podría vincularlos directamente a ciertas normas imperativas del derecho internacional conocidas como *ius cogens*.

Al decir del profesor SANTIAGO, la dinámica del Derecho Internacional de los derechos humanos, pone en evidencia que **se está produciendo un lento pero firme movimiento desde el primer criterio**, que se expuso al tratar la obligatoriedad de las normas de la materia basado en el

73

ALFONSO SANTIAGO (H), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 155. El énfasis es mío.

74

Véase ALFONSO SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p. 11. En referencia a la Corte Penal Internacional explica el autor que “este Tribunal penal de carácter permanente tiene como antecedentes otros creados previamente para juzgar sobre graves violaciones a los derechos humanos: Los Tribunales Penales Militares de Nuremberg y del Lejano Oriente, establecidos en 1945 para juzgar los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra Mundial; los Tribunales Penales Internacionales de Yugoslavia y Rwanda, para juzgar las violaciones cometidas en estos países durante las guerras civiles en la década de los 90; los Tribunales mixtos, con participación de los Estados afectados, de Sierra Leona, del año 2002, y Camboya, del año 2003”.

consentimiento otorgado por los Estados al momento de suscribir un Tratado de esta naturaleza, **hacia la segunda concepción “particularmente por obra de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, e incluso por algunos tribunales nacionales que le hacen eco”⁷⁵**. En esta investigación, se indagará si el movimiento que describe el prestigioso jurista penduló o pendulará en sentido contrario o si aún conserva la dirección que sugiere ALFONSO SANTIAGO desde el primer criterio al segundo. Coincido con él en que **“se trata de una cuestión de fundamentación última del nuevo orden del Derecho internacional de los derechos humanos, aún abierta a la discusión jurídica y no definitivamente resuelta”⁷⁶**.

A modo de síntesis e introducción del próximo espacio, digo aquí que **el respeto hacia el ser humano y su dignidad, constituyen, a mi juicio, el objeto y la razón de ser del Derecho Internacional de los derechos humanos y éste, desde luego como una porción del valor fundamental para la comunidad internacional, es una prioridad de los preceptos del *ius cogens***. Señala con acierto al respecto CARRILLO SALCEDO que “la noción jurídica de la dignidad de la persona [...] expresa una aspiración ética que ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, categorías que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en Derecho Internacional”⁷⁷.

75

ALFONSO SANTIAGO (H), *En las fronteras entre el Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 205.

76

Ibidem, p. 207.

77

J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 150.