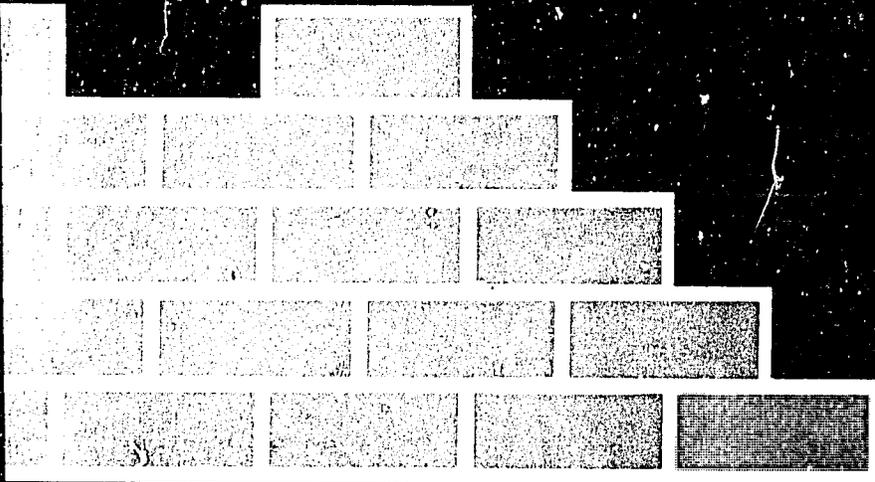


Instituto Interamericano de Derechos Humanos

IIDH

PN-ABI-824

Compilación de trabajos  
académicos de  
Curso Interdisciplinario  
en Derechos Humanos



PN - ABI - 824

**Compilación de trabajos académicos  
del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos  
(1983-1987)**

**El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, es una entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, con un enfoque interdisciplinario que tiene en cuenta, en especial, los problemas de América.**

- a'

---

# INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

---

## Consejo

*Presidente*  
*Vicepresidente*  
*Vice presidente*

Thomas Buergenthal  
Pedro Nikken  
Oliver Jackman

*Miembros*

Lloyd G. Barnett  
Allan Brewer-Carías  
Marco Tulio Bruni-Celli  
Antonio A. Cancado Trindade  
Máximo Cisneros  
Margaret E. Grahان  
Carmen Delgado Votaw  
Louis Henkin  
Eduardo Jiménez de Aréchaga  
Emilio Mignone  
Marco Monroy Cabra  
Jorge A. Montero  
Máximo Pacheco  
Carlos Roberto Reina  
Luis Adolfo Siles Salinas  
Rodolfo Stavenhager  
Walter Tamopolsky  
Cristian Tattenbach  
Edmundo Vargas Carreño  
Fernando Volio Jiménez

*Miembros Ex-Officio*

Polinario Callejas Bonilla  
Héctor Fix-Zamudio  
Héctor Gros Espiell  
Rafael Nieto Navia  
Rodolfo E. Piza E.  
Orlando Tovar

*Directora Ejecutiva*

Sonia Picado Sotela

*Subdirectores*

Roberto Cuéllar  
Daniel Zovatto

**Compilación de trabajos académicos  
del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos  
(1983-1987)**

**IIDH**  
Instituto Interamericano de Derechos Humanos  
1989

C'

Primera Edición  
IIDH, Costa Rica, 1989

Reservados todos los derechos  
Hecho el depósito de Ley

**Esta es una producción del Servicio  
Editorial del IIDH  
Coordinadora: Cecilia Cortés**

Diseñó la portada: Alfredo Aguilar

341.481

C737c **Compilación de trabajos académicos del Curso  
Interdisciplinario en Derechos Humanos:  
1983-1987. -- 1. ed. -- San José, C.R.:  
Instituto Interamericano de Derechos  
Humanos, 1989.**  
p. 250; 13 x 21 cm. -- (Serie Educación  
y derechos humanos)

ISEN: 9977-962-02-2

1. Derechos civiles. I. Título. II. Serie. III. ISBN.

**Esta edición estuvo bajo el cuidado y  
supervisión de la Editorial Universitaria  
Centroamericana -EDUCA-**

## **PRESENTACIÓN**

El esfuerzo por brindar una enseñanza especializada en derechos humanos ha motivado la realización de los Cursos Interdisciplinarios desde 1983 en forma ininterrumpida, con la participación en cada versión, de más de 100 participantes procedentes de toda América y 20 profesores de distintas partes del mundo.

La enseñanza por medio de conferencias y discusiones grupales, ha permitido a los participantes el intercambio de experiencias, profundizando en temas polémicos, que discutidos en un marco de libre expresión y respeto por la opinión ajena, han producido múltiples enseñanzas que han requerido de un mutuo entendimiento.

Los participantes tienen la oportunidad –además de su presencia– de contribuir en el estudio de los derechos humanos, con la presentación de un Trabajo Académico sobre alguno de los tópicos de interés en la materia, que evaluado por la dirección de Cursos, puede ser acreedor de un Certificado Académico.

La presente edición significa, de tal forma, un esfuerzo institucional por mantener la continuidad de su labor educativa, que ha graduado en sus Cursos Interdisciplinarios a más de 700 participantes.

El cuidadoso balance hecho en la escogencia de los estudios hoy publicados, garantiza la efectiva extensión de un material de alta utilidad para el trabajo de los individuos y organizaciones vinculados con los derechos humanos.

Confiamos en una acogida amplia a la publicación, que contiene además el sentido académico que inspira este Instituto, razón por la cual, la presentación de este tipo de temas, busca mantener sobre la mesa de discusión internacional, temas de interés vigente.

Finalmente, debe darse un reconocimiento al esfuerzo de los estudiantes del Curso por el valioso material elaborado, del cual esta recopilación es la muestra.

**Sonia Picado**  
**Directora Ejecutiva**

## INTRODUCCIÓN

La Dirección del Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, cumple con esta edición, el compromiso hecho a sus graduados, de publicar los mejores trabajos académicos presentados a lo largo de sus Cursos.

La escogencia fue particularmente difícil por la calidad de los estudios efectuados, siendo ésta una primera selección del material disponible.

De esta forma, el *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* quiere además, hacer extensiva esta edición, con el fin de aportar nuevos criterios sobre la teorización, contenido y efectividad de los derechos humanos.

Dentro de la ubicación cronológica, el primer estudio seleccionado fue "*El derecho a la vida, la pena de muerte y la política criminal*", del Dr. Fernando Cruz Castro, del Curso de 1983. Para el año siguiente "*Las cláusulas limitativas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos*", del Dr. José Thompson Jiménez. En 1985, "*La Comisión y la Corte de Derechos Humanos en las convenciones americana y europea*", de la Dra. María de los A. Soto Gamboa.

Un año particularmente productivo resultó 1986, se seleccionaron tres trabajos: “*El fundamento de los derechos humanos*”, del Dr. Mauricio García Villegas; “*Sistema Interamericano de derechos humanos: respuesta normativa a la urgencia*”, de la Dra. Mónica Pinto; y “*El Ombudsman o defensor del pueblo como sistema de protección de los derechos humanos en Latinoamérica*”, por el Dr. Jorge Luis Maiorano.

Finalmente, los trabajos con que cierra la publicación son: “*Humanismo Integral*”, del Dr. Víctor Valembois, y “*As organizacoes nao-governamentais e a promocao dos direitos economicos e sociais no Brasil*”, del Dr. Ricardo de Brito A. P. Freitas, ambos de 1987.

El contenido de la edición busca aportar nuevos criterios sobre las consideraciones tradicionales de los derechos humanos, como también profundizar en algunos temas de especial interés en la promoción de los mismos. Se ha considerado la equilibrada inclusión de temáticas, así como la participación de diferentes nacionalidades, razón por la cual otras publicaciones de alto nivel deberán continuar.

Por último queremos dejar constancia del esfuerzo hecho por los graduados de los Cursos Interdisciplinarios. Su constancia académica, el alto nivel de los trabajos realizados, hará de este libro una contribución al conocimiento y promoción de los derechos humanos, objetivo final y sentido mismo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

**Departamento de Cursos  
Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos**

# **EL DERECHO A LA VIDA, LA PENA DE MUERTE Y LA POLÍTICA CRIMINAL**

*Fernando Cruz Castro\**

---

\* Costarricense, participó en el I Curso Interdisciplinario, 1983.

## I. INTRODUCCION

Es indudable que entre el Derecho Penal y la política existe una estrecha relación, puesto que al primero le corresponde garantizar el orden social. Esa vinculación alcanza su mayor expresión a través de la manifestación más dinámica del **derecho penal**: La política criminal, cuyo objetivo fundamental es precisar cómo ha de actuar el **derecho penal** para cumplir su misión de proteger la sociedad.<sup>(1)</sup>

La determinación del concepto de política criminal es un tema polémico, por esa razón se pretende obviar este problema buscando otro tipo de respuestas, tal como lo hace Marc Angel, quien considera que la cuestión primordial es precisar el objeto y los límites de la política criminal, o su noción.<sup>(2)</sup>

---

( 1 ) Barbero Santos, Marino. *Política y derecho penal en España*. Ed. Tucur, España, 1977, p.11-12.

( 2 ) *Ibid.*

Una de las mayores dificultades que plantea la determinación del concepto de política criminal, es su diferenciación con la política global del poder político dominante, Estado legítimamente constituido. En este aspecto, lo más importante es que no debe olvidarse que la política criminal, inevitablemente, debe armonizarse y articularse con la política general del Estado, tomando en cuenta, por otra parte, que la política criminal abarca el sistema de sanciones y la investigación de las causas del crimen, cuyo origen no obedece, exclusivamente, a las causas de naturaleza social.<sup>(3)</sup>

Por el carácter dinámico que tiene la política criminal, ésta debe ejercer una función centrípeta respecto del Derecho Penal, atrayendo a su ámbito una serie de disciplinas de muy variada naturaleza. En el plano político-criminal no basta un análisis de la norma o de los tipos delictivos, es indispensable tener en cuenta otras disciplinas (jurídicas, sociológicas y psicológicas) para conocer la verdadera naturaleza del sistema punitivo y los presupuestos de su transformación. Debe tomarse en cuenta el derecho procesal, político, administrativo, penitenciario, penal comparado, la criminología, la sociología, la ética, dentro de la que inevitablemente deben incluirse los valores que definen los derechos humanos fundamentales.<sup>(4)</sup>

La política criminal debe respetar los derechos humanos<sup>(5)</sup> y tiene que definir, como un presupuesto esencial, algunos valores esenciales.

---

( 3 ) *Ibid.*

( 4 ) *Ibid.* p.13

( 5 ) García Valdés, Carlos. *Un derecho penal autoritario: notas sobre el caso español.* C.P.C., No.3, 1977, p.65. Como criterio legitimador del **poder político**, por lo menos en un nivel teórico ideológico, se utiliza el respe-

## II. INVIOLABILIDAD DE LA VIDA HUMANA

### Abolición de la pena muerte

Uno de los valores esenciales que debe reconocer la política criminal es la inviolabilidad de la vida humana. Para que un Estado sea auténticamente democrático, para que un régimen pueda lograr la verdadera dignificación de la persona, es necesario que renuncie a una de las notas características de la política criminal autoritaria y represiva: la pena de muerte.<sup>(6)</sup> Aunque aparentemente la polémica de la pena de muerte ya se ha superado, es necesario detenerse, aunque sea en forma breve, sobre los argumentos que usualmente se utilizan para justificar la pena capital o para legitimar su abolición.

#### A. ARGUMENTOS DE LOS RETENCIONISTAS

Los principales argumentos en favor de la pena de muerte, se pueden resumir en tres aspectos: manteni-

---

to de los **derechos humanos**. Actualmente ningún Estado acepta que se le acuse de que en su actuación conculca los derechos fundamentales de la persona. Predomina la idea de que la legitimación del régimen gravita alrededor del respeto de los **derechos humanos**. Pero en cuanto a éstos, surgen dos problemas: 1- El primero se aprecia al analizar el panorama real que presenta el respeto a los **derechos fundamentales**. En muchos países, al amparo del poder, funcionarios estatales violan, impunemente, los **derechos humanos**. Este es un tipo de criminalidad cuya investigación y represión resulta harto difícil. 2- El segundo problema es teórico, ya que no es fácil contestar la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los Derechos humanos que deberán recocerse y potenciarse, para que el **poder político tenga** suficiente legitimidad? La respuesta a este interrogante es desoladora. Se enfrentan dos concepciones fundamentales, por un lado están los que justifican las prioridades que impone el socialismo real a los derechos de la persona, y por otro lado, encontramos a los que justifican la violación de los **derechos humanos** en los países subdesarrollados, especialmente en aquellos en los que se irrespetan las **libertades fundamentales** por razones de "Seguridad Nacional".

( 6) *Ibid.* p.65.

miento de la autoridad y las justificaciones teóricas y prácticas.<sup>(7)</sup>

**1. Criterios de autoridad:** una gran parte de las justificaciones filosóficas y teológicas sobre la pena capital se fundamentan en la necesidad de mantener el principio de autoridad, de manera que la pena de muerte se justificaría en los casos de extrema gravedad, cuando está en peligro el orden y la seguridad del régimen.<sup>(8)</sup>

**2. Argumentos teóricos:** en forma resumida, Antonio Beristain menciona los siguientes: *...La pena de muerte es necesaria por su máxima fuerza preventiva e intimidativa respecto a ciertos posibles delincuentes; los crímenes más graves exigen, como justa retribución, como natural consecuencia, la pena capital; el delincuente, al infringir gravemente la ley, se ha privado del derecho a la vida. En tal supuesto, la autoridad debe dar paso y reconocimiento a este proceso privativo, la autoridad tiene facultad para imponer la sanción máxima porque la comunidad le ha otorgado tal poder; si un miembro del "cuerpo" comunitario tiene una enfermedad incurable y contagiosa, para*

---

( 7 ) Beristain, Antonio. *Pro y contra de la pena de muerte en la política penal contemporánea*, publicado en la obra "cuestiones penales y Criminológicas", Ed. Reus, España, 1979, p.581. Los principales argumentos de los abolicionistas y antiabolicionistas, son los siguientes: a- Razones abolicionistas (pena de muerte): abuso legislativo; siempre es violencia y destrucción; constituye un terror penal completo; contraria al fin de la pena; el juez siempre tiene mucho temor de aplicarla; contraria al actual patrimonio cultural; tiene un efecto criminógeno y glorificador; si se produce error judicial, sus efectos son totalmente irreparables. b- Razones antiabolicionistas: la pena de muerte no tiene un alto costo, cosa que sí ocurre con la pena privativa de libertad; es un remedio violento contra la violencia; es eficaz en la prevención de los actos de justicia popular; elimina la parte enferma de la sociedad. García Valdés, Carlos. *No a la pena de muerte*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, España, 1975, p.114.

( 8 ) Beristain. *Ibid.*

*evitar mayores males, la única solución es amputar dicho miembro; la realización de la justicia, la reintegración del orden jurídico violado por el delito, exige la pena de muerte...*<sup>(9)</sup>

**3. Argumentos prácticos:** de acuerdo con algunos especialistas, fundamentándose en experiencias del pasado y en las estadísticas actuales, tratan de demostrar que la delincuencia aumenta al abolirse la pena capital.<sup>(10)</sup>

### *B. ARGUMENTOS DE LOS ABOLICIONISTAS*

No puede considerarse que la pena de muerte sea el último instrumento para el mantenimiento del Derecho, ya que en muchas ocasiones la salvación de una vida humana que ha sido condenada a la pena capital depende del oportunismo político del Gobierno afectado, o de que ceda ante las presiones externas o internas, o que se produzcan otra serie de acontecimientos que son totalmente ajenos al Derecho. Esto convierte la vida del condenado en una mercancía, cuya suerte no depende de razones jurídicas, sino que está en función de cuestiones tan frívolas como la publicidad o la simpatía que despierte el caso.<sup>(11)</sup>

No es posible pensar que la autoridad del Estado pueda llegar a tal extremo, aunque se haya cometido un delito muy grave, de que pueda disponer de la vida de uno de sus ciudadanos. La vida de cualquier persona está por encima del “pacto social”, la “defensa del régi-

---

( 9) *Ibid.* p.582.

(10) *Ibid.*

(11) García Valdés, Carlos. *Supra* nota 7, p.287-288.

men" encuentra su límite en la inviolabilidad de la vida humana. Sabemos que el delito tiene, en alguna medida, un origen social, es decir, que el contexto socio-político puede ser criminógeno: en estas condiciones, ¿por qué razón consideramos que en algunas ocasiones se le debe aplicar la pena capital a un delincuente? ¿En qué casos el delito por el que se le condena se origina en condiciones sociales injustas y criminógenas?, no lo sabemos, pero esta duda cuestiona profundamente la simplicidad con que la pena de muerte pretende resolver la culpabilidad de un delincuente.

Los que tratan de justificar la pena capital a través del argumento de que para impedir la infección en el organismo (la sociedad), se debe eliminar al delincuente, adoptan una argumentación ilógica y muy discutible, desde un punto de vista filosófico. Cuando se amputa una parte del cuerpo, el trozo que se quita no tiene un fin en sí mismo, sino que lo que interesa es el servicio que presta; sin embargo, la persona humana no puede concebirse, si se quieren evitar los excesos del totalitarismo, como un mero instrumento de la sociedad, sino que tiene un fin específico, independiente del cuerpo social. Por otra parte, la amputación del miembro sólo se justifica, desde un punto de vista médico, cuando sea imprescindible para salvar el resto del cuerpo: si se pudiese aplicar un procedimiento menos radical, a él se deberá recurrir. De manera que esta argumentación sólo será medianamente aceptable si se demuestra que la desaparición de un ser humano resulta imprescindible para la salvación de la **sociedad**.<sup>(12)</sup>

Los que aducen que la pena de muerte es necesaria para la prevención del delito, tampoco pueden demos-

---

(12) Gimbernat Ordeing, Enrique. "Contra la pena de muerte", publicado en *Estudios de derecho penal*, Ed. Civitas, España, 1976, p.25.

trar, empíricamente, esa afirmación. Existen suficientes estudios que demuestran que la pena de muerte en nada influye sobre la prevención general.<sup>(13)</sup> La falta de conexión entre la pena de muerte y la prevención general obedece, entre otras, a dos razones esenciales: i- el que comete un delito capital no piensa en el momento de la ejecución; tampoco piensa que su delito pueda ser descubierto. ii- Aunque fuese posible pensar en la posibilidad de que el delincuente reflexione sobre las consecuencias penales de su acción, no estaría en capacidad de establecer, con exactitud, ni aún siendo abogado, que su acción merecerá, dadas las peculiaridades del proceso y la posibilidad de que se produzca un indulto, una pena capital.<sup>(14)</sup>

Los que fundamentan la pena de muerte considerando una reacción justa, como una equitativa retribución a la acción del delincuente, desconocen la función esencial que debe cumplir el Derecho Penal en una sociedad moderna y democrática. El comportamiento humano es el resultado de una infinidad de factores (biológicos, psicológicos y sociológicos) y nadie está en capacidad de establecer la medida y la forma en que esos factores han podido influir en el comportamiento de la persona, por esta razón es que resulta muy difícil hablar de expiación y retribución, ya que no podemos determinar el grado de libertad que tiene cada persona en cada uno de sus actos, tampoco estamos seguros si el delincuente tiene algo que expiar. Esta argumentación nos lleva al problema del fin del Derecho penal. El objetivo fundamental de éste no es la moralización ni la retribución, tiene un propósito mucho más modesto: defender la sociedad e impedir la lesión de los intereses jurídicos

---

(13) *Ibid.* p.26. Beristain. Supra nota 7, p.588 y 592.

(14) *Ibid.*

de mayor relevancia social. De acuerdo con esta finalidad, la pena de muerte sería totalmente inútil, ya que si no tiene relevancia alguna en la prevención de los delitos, no tiene sentido imponer una sanción que ocasiona la pérdida del bien más importante del hombre y que no produce ninguna utilidad a la sociedad.<sup>(15)</sup>

Otra de las grandes deficiencias de la pena capital y se ha mencionado en muchas ocasiones, es que su efecto es irreparable en el caso de que produzca un error judicial.

Es curioso que en los dos psíses más poderosos de la tierra, cuyos modelos socio-políticos inspiran a la mayor parte de las naciones del **Tercer Mundo**, mantienen la pena capital.<sup>(16)</sup> En el caso de la Unión Soviética, sus leyes prescriben la muerte por fusilamiento para 18 diferentes delitos en tiempos de paz, algunos de ellos son delitos económicos o políticos en los que no ha existido ningún tipo de violencia.<sup>(17)</sup> Según datos que proporciona **Amnistía Internacional**,<sup>(18)</sup> de acuerdo con los medios oficiales de comunicación de la URSS, se informa de la condena a muerte de aproximadamente treinta personas, pero es muy posible que el número de ejecuciones sea superior a la cifra citada.<sup>(19)</sup>

---

(15) *Ibid.* p.27.

(16) En muchos aspectos existe coincidencia entre el modelo soviético y el norteamericano, por esta razón es necesario buscar formas de convivencia que eviten la deshumanización que se ha producido en la sociedad soviética y en la sociedad "consumista" norteamericana.

(17) "*Presos de conciencia en la URSS*", Informe de Amnisty International, España, 1980, p.2.

(18) En el año 1979, Amnistía Internacional pudo establecer que en la URSS se había impuesto la pena capital a cuarenta y tres personas. Véase *Informe de Amnistía Internacional*. 1980, p.270.

(19) *Presos de conciencia en la URSS*. Supra nota 17, p.2.

Respecto de los **Estados Unidos**, en muchos estados se aplica la pena de muerte.<sup>(20)</sup> También vale la pena mencionar el caso de la legislación penal cubana, ya que se trata de un país del **Tercer Mundo**, al igual que Costa Rica, de manera que los problemas del sub-desarrollo, aunque con diferencias importantes, nos identifica. En el Código Penal cubano se mantiene la pena de muerte para los delitos más graves.<sup>(21)</sup>

La pena de muerte como respuesta penológica legalmente reconocida por algunos países, no resuelve el pro-

---

(20) En los Estados Unidos de Norteamérica, antes de producirse el histórico fallo del 29 de junio de 1972, emitido por el **Tribunal Supremo**, la pena capital se había abolido en nueve Estados. García Valdés, Carlos. *Supra*, nota 7, p.47-48 y 49. A principios de 1980, más de 600 personas esperaban en las prisiones norteamericanas la ejecución de la pena capital. Véase **Informe de Amnistía Internacional**, 1980. P.120. En los Estados Unidos se ha producido una derogatoria parcial de la pena de muerte, aunque no por la vía legislativa, sino a través de una decisión del **Tribunal Supremo**. Esta derogatoria parcial ocurrió en el caso *Furman* o. *Georgia*, donde se decidió que "...el pronunciar y aplicar la pena de muerte en estos casos constituye una pena cruel y desacostumbrada que viola las enmiendas 8 y 14 de la Constitución..." Se consideró que el hecho de que la pena de muerte se aplicase generalmente a los grupos minoritarios (población de raza negra, por ejm.) constituía una violación al principio de igualdad procesal y legal. Sin embargo, el Tribunal no se pronunció en cuanto a los casos en que la legislación de un Estado forzaba a imponer obligatoriamente la pena de muerte a los delincuentes que habían cometido crímenes especialmente graves. Esta omisión ha permitido que algunos Estados reinstauren la pena de muerte, ya que han hecho obligatorio lo que antes era discrecional. De todas maneras, el Senado, el 13 de mayo de 1974 se inclinó por su restablecimiento. (54 votos a favor y 33 en contra.) Barbero Santos, Marino. "La pena de muerte en el Derecho Histórico y actual", publicado en la obra titulada: *La pena de muerte - seis respuestas*, España, 1978 p.62-64-65.

(21) El informe de Amnistía Internacional de 1979, resaltó el hecho de que en el nuevo código penal cubano, promulgado en diciembre de 1978 y que entró en vigor en 1979, un alto número de delitos son castigados con la pena capital. Véase, *Informe de Amnistía Internacional*, 1980, p.111.

blema satisfactoriamente, ya que en la mayoría de los países latinoamericanos se desarrolla una política criminal paralela a la oficial, en la que con la complicidad del **gobierno** legítimamente constituido, se extermina en forma indiscriminada a todo el que sea "peligroso" o "sospechosamente izquierdista". En muchos países del **Tercer Mundo**, entre los que debemos incluir a la mayoría de los países hispanoamericanos, se desarrolla una tenebrosa política criminal, en la que se parte de la premisa de que la mejor forma de resolver los problemas sociales es mediante el exterminio de la población marginada, especialmente aquella que se atreve, aunque sea tímidamente, a pedir una verdadera justicia social. Esta es una política "de hecho", que surge por la disfuncionalidad de los Gobiernos, por su ilegitimidad, y por esta razón se ven obligados a crear mecanismos ilegales de represión, en los que no se sigue ningún procedimiento, el único objetivo es el exterminio de toda la población rebelde, aún aquella que lo sea potencialmente. Se trata de la aplicación de una política de guerra a la población civil. Aunque sea triste tener que mencionarlo, pero no es posible hablar de la política criminal desde un punto de vista sociológico, sin mencionar este capítulo patético que escriben algunos gobiernos que integran la comunidad internacional.<sup>(22)</sup>

Casi siempre se piensa que si se elimina la pena de muerte, aumentará, irremesiblemente, la delincuencia, pero desde el siglo pasado se han hecho estudios que no

---

(22) A raíz de la revuelta popular que se produjo en El Salvador en 1932, "...El gobierno aplastó la rebelión con todo el poderío del Ejército y la aviación. (...) el número de campesinos asesinados (en su mayoría después de derrotada la revuelta), oscila entre veinte y treinta mil...", Cerdas, Rodolfo. *Farabundo Martí: la Internacional comunista y la insurrección salvadoreña de 1932*, E. Audios del CIAPA, Costa Rica, 1982, p.64-65. Este es un buen ejemplo de la dramática "política criminal represiva" que han escrito muchos gobiernos hispanoamericanos.

demuestran una relación causal entre nivel de delincuencia y la pena de muerte. En un informe hecho en Inglaterra, en 1836, se estableció que la abolición de la pena de muerte para algunos delitos no ocasionó, inevitablemente un aumento de la criminalidad.

Resultados similares se han obtenido en investigaciones realizadas en Dinamarca, Italia, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos y Suiza.<sup>(23)</sup>

Existe también la opinión generalizada, cargada de emotividad y subjetivismo, de que la pena de muerte resuelve el problema de la reincidencia, pero frente a esta afirmación ligera e inhumana, pueden plantearse dos críticas:

a) Las penas de prisión prolongadas (entre los diez y quince años), que es usualmente la alternativa penológica a la pena de muerte, ya evita, de por sí, y salvo casos excepcionales, la reincidencia; b) en un estudio que se hizo en Finlandia, se determinó que la probabilidad de reincidencia de los homicidas era de 0,0023, que a pesar de ser una tasa superior a la media de la población, sin embargo, no obstante esa diferencia numérica, en caso de ejecutarse la pena capital, el número de ejecuciones superaría el de las víctimas evitadas.<sup>(24)</sup>

Tampoco puede admitirse que la publicidad de las ejecuciones produzca un efecto ejemplarizante o intimidante, y como ejemplo puede citarse a España, en donde por una Orden del Ministerio de Gracia y Justicia del nueve de febrero de 1874, se intruyó a los Presidentes de las Audiencias para que evitaran los excesos del público que asistía a las ejecuciones.<sup>(25)</sup>

---

(23) Serrano Gómez, Alfonso. *Efectos de la abolición de la pena de muerte en España*, ADPCP, 1982, p.611.

(24) *Ibid.* p.612.

(25) *Ibid.* p.613.

### III. LA PENA DE MUERTE EN EL DERECHO INTERNACIONAL

#### A. *DECLARACION UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (1948)*

El artículo tercero de la Declaración establece que todo individuo tiene derecho a la vida. A partir de esta norma, no obstante la peculiar condición jurídica de la **Declaración Universal de Derechos Humanos**, se puede admitir que la pena de muerte es incompatible con la vigencia de los derechos humanos. Ningún Estado tiene derecho de disponer de la vida de una persona, no obstante lo que ésta haya hecho.

#### B. *PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS*

En el pacto se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. En el artículo sexto se declara que la vida es un derecho de la persona humana, pero la realidad y la lenta evolución de los derechos humanos, no permiten la abolición de la pena capital, por eso se fijan límites a su ejecución.

#### C. *LA CONVENCION EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)*

En la Convención Europea (Art. 2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 4) se admite, dentro de ciertos límites, la pena de muerte. La realidad sigue imponiendo la necesidad de restringir, hasta donde es posible, la utilización de la pena capital, pero la plena realización de los derechos humanos implica la

abolición y prohibición de la pena capital. La pena de muerte es contraria a la dignidad humana y tampoco logra, desde un punto de vista penológico, tal como se demostró en el apartado anterior, el objetivo preventivo general que se pretende. Su mantenimiento obedece, entre otras razones, a una inhumana irracionalidad que muchas veces orienta la reacción social frente al delito. Es una irracionalidad que tiene estrecha conexión con la evolución o progreso moral, ya que en la medida que vayamos captando la profundidad que tiene el reconocimiento y el respeto a la eminente dignidad humana, las sociedades irán admitiendo que la pena de muerte, a pesar de su legalidad, es contraria a la dignidad del ser humano, y que el delincuente nunca pierde su condición de persona. La vigencia de la pena capital demuestra que estamos aún lejos de *...haber alcanzado la cumbre de la noosfera, a lo más podemos pensar que hemos llegado a uno de los recodos decisivos de su evolución...*<sup>(26)</sup>

#### IV. LA PENA DE MUERTE COMO RESPUESTA POLÍTICA REPRESIVA

La pena capital mantiene su vigencia en muchos países, no sólo por la supervivencia de un irracional sentimiento social de venganza, sino que también es la respuesta predilecta de los regímenes antidemocráticos. Siendo en sí misma un abuso político,<sup>(27)</sup> es el recurso favorito de los Gobiernos que ignoran la eminente digni-

---

(26) Lepp, Ignace. "La nueva Moral", Ed Carlos Lonhlé, Argentina, 1975, p.58.

(27) Es necesario examinar que la lentitud calculada y la solemnidad con que se ejecuta la pena capital no permiten asimilarla al estado de necesidad o a la legítima defensa. Beristain, Antonio. *El catolicismo ante la pena de muerte*, Iglesia Viva, 1977, p.266.

dad de la persona y que recurren siempre a los métodos opresivos y violentos. La vigencia de la pena de muerte conlleva el peligro de favorecer su extensión abusiva a los delitos políticos y económicos, y casualmente cuando surgen los regímenes antidemocráticos, la pena capital se convierte en un puro instrumento de opresión. Frecuentemente se impone a los delincuentes políticos juzgados por tribunales especiales.<sup>(28)</sup> En este sentido el caso de Argentina es un buen ejemplo, puesto que el gobierno militar surgido del golpe de estado del 24 de marzo de 1976, la reinstauró. Esta reinstauración no es un hecho aislado, sino que es parte de un *...contexto absolutista en el que la represión es la única respuesta del gobierno al descontento social. Elevada, pues, la represión al más importante rango de los instrumentos de gobierno, se produce una escalada legal que tiene que contar con la pena máxima...*<sup>(29)</sup> Si un Estado pretende orientar su transformación hacia lo que debe ser un verdadero Estado de Derecho democrático, debe abolir la pena de muerte, ya que este instrumento penológico inhumano sólo es compatible con una situación política represiva y contraria a los derechos humanos.

La vigencia de la pena capital en las legislaciones nacionales, de acuerdo con el derecho internacional y dentro de ciertos límites, no constituye, formalmente, una violación a los derechos humanos. Sin embargo, si se conciben los derechos humanos con mayor amplitud, dándole el verdadero contenido al principio de la eminente dignidad humana, se llega a la conclusión de que la vigencia de la pena capital es una violación a los derechos humanos y demuestra que las sociedades y los

---

(28) *Ibid.*

(29) Solari Yrigoyen, Hipólito. *La pena de muerte en la actual Legislación Argentina*, CPC, No.4-1978, p.144.

individuos se resisten a admitir, en la realidad, lo que con mucha facilidad se escribe y se habla. Los derechos humanos progresan, en la práctica, con demasiada lentitud. Se habla mucho de ellos, pero nos cuesta mucho dar testimonio de nuestra profunda convicción de que “el otro” también es digno y que el verdadero progreso humano sólo se logra a partir de la relación dialéctica entre la intimidad y la comunidad.

# LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS

*José Thompson Jiménez\**

Escuela de Derecho de la UCR

---

\* Costarricense, participó en el II Curso Interdisciplinario, 1984.

## INTRODUCCIÓN

A la hora de estudiar los derechos humanos, si partimos de la base que proporcionan los instrumentos internacionales sobre la materia, salta a la vista que dichos derechos no pueden ser considerados absolutos, sino que ellos se encuentran sometidos a múltiples restricciones, las cuales se indican pero no se desarrollan en los instrumentos respectivos.

Por supuesto, la anterior observación resulta una lógica consecuencia de que los derechos humanos no son, ni pueden ser considerados absolutos, tanto en lo que respecta a su campo de aplicación, como en lo que toca a las circunstancias en que se ejecuten. Por demás está decir, claro está, que tal no es una característica exclusiva de los derechos humanos, sino que, en general, los derechos subjetivos y la mayoría de los institutos jurídicos, como regentes de la vida humana que es en sí misma relativa, no pueden ser aplicados sin ninguna restricción.

Sin embargo, en la materia que nos interesa en este momento, la aplicación y determinación de las “cláusulas limitativas” conlleva, sin lugar a dudas, una importancia enorme, ya que, en buena medida, los derechos humanos han sido condicionados a que no se dé alguna de las circunstancias especiales que justifica su limitación, antes que, como debe ser en concordancia con una interpretación favorable a los derechos humanos mismos, que se considere una regla de aplicación excepcional. Así, es claro que en la práctica, muchos Estados rehuyen la aplicación de los derechos humanos sosteniendo que se está en presencia de alguna limitación autorizada por los propios instrumentos que consagran los derechos en cuestión.

Por supuesto, la idea de que los derechos humanos no deben, en general, ser considerados absolutos, es bastante antigua, tanto quizá como la famosa frase *Mi libertad termina donde empieza la libertad de los demás*, axioma que encierra la base misma de las limitaciones, en tanto se entiende que ellas significan protección y no desmedro de los derechos protegidos.

Nos proponemos en estas páginas estudiar las cláusulas limitativas contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con miras a determinar en la medida de lo posible el alcance de las limitaciones a partir de su propio contenido, sin perjuicio, por supuesto, de considerar, cuando resulte oportuno, otros instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos.

Una aclaración metodológica resulta obligada: nos proponemos hacer, más que una investigación, un comentario sobre la forma en que creemos deben entenderse tales cláusulas, y por lo tanto, la exposición será acorde con este propósito.

## I. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS: ¿LÍMITES O LIMITACIONES?

Sabemos que la regla general es que los derechos humanos no son absolutos. Decimos la regla general porque algunos han sostenido que los “derechos esenciales” no pueden ser limitados, al igual que no pueden ser suspendidos, derechos estos tales como el de la vida o la integridad física. Sin querer entrar en esta discusión de inmediato, consideramos que ningún derecho humano, en sí mismo, puede ser considerado sin restricción alguna, incluyendo a los derechos “esenciales”, pues si observamos que el Estado que, por medio de la Fuerza Pública, mata a un delincuente para proteger la “seguridad colectiva”, viola en abstracto el derecho a la vida, pero lo hace con base en una justificación admisible, por lo cual, en concreto, la violación no se produce.

De lo que hemos dicho, podemos desprender que las cláusulas limitativas operan a efecto de destruir la ilicitud de una conducta, que, en abstracto, puede configurarse como una violación de derechos protegidos. Volvemos sobre este punto más adelante.

Ahora bien, ¿cuál es la esencia de las cláusulas limitativas? Como trabajamos con base en el Pacto de San José, citaremos un ejemplo claro al respecto. El artículo 13 consagra la libertad de pensamiento y de expresión en los términos siguientes:

*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole...*

Como resulta claro, el párrafo 1 citado indica la existencia de la libertad de expresión y de pensamiento

en términos absolutos, puesto que no prevé su ejercicio a ciertos sujetos o en determinadas circunstancias únicamente. Sin embargo, el mismo artículo en comentario contiene un punto 4 que señala:

*Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia...*

La transcrita en último término es una de la que consideramos cláusulas limitativas, por cuanto, sin perjuicio de lo establecido en general para el disfrute y ejercicio del derecho de que se trate, establece que, dada una situación circunstancial, particular, la aplicación del "ámbito" del derecho queda restringida.

Tal restricción, debemos señalarlo desde ya, puede operar objetiva o subjetivamente, según sea dirigida a una situación específica o a determinados sujetos. Lo dicho no obsta a que, en muchos casos, se requiera de una situación dada respecto de determinados sujetos, es decir, aplicación objetiva y subjetiva, que podríamos denominar mixta. Mixta es, precisamente, la cláusula que hemos indicado supra, puesto que se dirige, subjetivamente a las empresas que ofrecen espectáculos públicos y objetivamente a su carácter público en tanto pueda atentar contra la moral de la infancia y la adolescencia.

Algunos tratadistas<sup>(1)</sup> han hecho una distinción de las restricciones a los derechos humanos, dividiéndolas en dos categorías: los límites y las limitaciones. Conside-

---

( 1 ) Entre ellos, ITALIA y MORELLI, cit. por HERNANDEZ (Rubén), *Las Libertades públicas en Costa Rica*, San José, Editorial Juricentro, 1980, p. 42. HERNANDEZ se une a esta corriente.

ran límites los que ...se refieren al derecho en sí, lo mismo que a la posición en abstracto de la esfera de acción de un sujeto<sup>(2)</sup>, y entienden por limitaciones las que ...se refieren a la restricción o sea a una disminución de la esfera jurídica del sujeto...está (n) relacionada (s) con un momento dinámico, es decir, al ejercicio mismo de las libertades públicas<sup>(3)</sup>. De tal modo, los límites, según lo entiende esta doctrina, son generales y abstractos, como los derechos mismos, y no necesitan referirse en particular a alguno de ellos. En otras palabras, límites son las cláusulas generales, aplicables a cualquiera de los derechos consagrados. Por el contrario, la limitación se dirige a un derecho en particular, a restringir el ejercicio de determinado derecho bajo ciertos supuestos. Así, la cláusula antes transcrita es una limitación, aplicable sólo a la libertad de pensamiento y de expresión y, por lógica consecuencia, no extensible a otros derechos. Un límite, bajo esta perspectiva, sería el artículo 32.2 de la Convención que reza:

*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

En nuestra opinión, la distinción tiene una utilidad muy relativa. No creemos conveniente diferenciar ambas figuras otorgándoles una denominación diferente, en tanto sostenemos que forman parte de una misma categoría, que deba analizarse conjunta y no separadamente. De un modo u otro, ambas son formas de restringir los derechos humanos, en las cuales, como veremos más adelante, se dan los mismos problemas. Por ello es

---

( 2) HERNANDEZ, (Rubén), loc. cit.

( 3) *Ibidem*, p. 43

que preferimos hablar de cláusulas limitativas generales o particulares, en vez de límites y limitaciones, teniendo, eso sí, presente que las generales tendrán por característica el ser aplicables a cualquiera de los derechos consagrados, salvo expresa disposición en contrario, mientras que las particulares sólo podrán ser utilizadas para los derechos a los que específicamente se refieren.

Es imprescindible, antes de proseguir, realizar otra distinción que contribuya a precisar lo que entendemos por cláusulas limitativas, y es la que nos orienta a diferenciarlas de lo que constituye las llamadas *suspensiones* de derechos fundamentales.

Las *suspensiones* o *estados de excepción* como se las conoce también,<sup>(4)</sup> previstas en la gran mayoría de las Constituciones que establecen derechos humanos y en los instrumentos internacionales de la materia, se producen a condición de la existencia de situaciones especiales que conllevan la alteración de la vida normal del Estado, lo que se conoce igualmente como *emergencia pública*. En tales circunstancias, y con requisitos que varían de un cuerpo de normas a otro, es permitida la suspensión de la aplicación y el reclamo de las violaciones de derechos humanos, entendiéndose, eso sí, que la suspensión no puede abarcar todos los derechos protegidos, ante la intangibilidad de los considerados *primarios*, y que la medida debe tener un carácter transitorio, como transitoria debe resultar la condición que la origina.

A pesar de que la suspensión se da con base en una causal que podemos entender relacionada con las limitaciones, esto es, la protección de la seguridad colectiva,<sup>(5)</sup> las diferencias entre ambas figuras son muy grandes.

---

( 4 ) A pesar de que el "estado de excepción" es lo que justifica la suspensión, y por lo tanto son conceptos diferentes que no deben ser confundidos.

( 5 ) Ver *infra*, pp.13 ss.

En primer término, y como lo señalamos con anterioridad, las suspensiones deben ser transitorias, a riesgo de que, si se tornan permanentes, deban ser estimadas como una forma encubierta de eliminar la protección de los derechos humanos involucrados. Por su parte, las limitaciones pueden ser permanentes, y de hecho, lo normal es que cambie el criterio social sobre las causas que pueden darles lugar, más que la limitación en sí misma.

Una segunda diferencia a resaltar es que la suspensión puede abarcar sólo determinados derechos, por lo cual, en general, se considera que derechos como el de la vida no son susceptibles de suspensión. Por el contrario y conforme lo dejamos indicado supra, son extremadamente raros los casos, si existe alguno, en que un derecho no pueda estar sujeto a limitaciones de alguna naturaleza.

En tercer lugar, el trámite para la ejecución de las limitaciones y las suspensiones es en general distinto. Lo corriente es que se exija que las limitaciones sean impuestas por ley, mientras que las suspensiones normalmente son actos de gobierno, sin perjuicio de una revisión eventual por el Poder Legislativo.<sup>(6)</sup>

Finalmente, mientras que la causa de las suspensiones es única (lo que por supuesto no debe entenderse como que las situaciones de hecho que le den origen no sean diversas), es decir, una amenaza a la seguridad nacional, las limitaciones encuentran sustento no sólo en esa causal, sino en una serie extensa de valores protegi-

---

( 6 ) En Costa Rica, por ejemplo, debe ser la Asamblea Legislativa la que decrete la suspensión de derechos, salvo en los períodos de receso en que tal facultad corresponde al Ejecutivo, con eventual revisión por el Legislativo, pero en ningún caso corresponde a una ley. (Artículos 121 y 140 de la Constitución Política de Costa Rica).

dos por las cláusulas, tales como el orden público, la moral pública, la seguridad colectiva, etcétera.

Con las precisiones anteriores, podemos ahora entrar a lo que resulta el obligado análisis de los problemas interpretativos planteados por las cláusulas limitativas.

## **II. LA INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS**

Si bien los instrumentos internacionales sobre derechos humanos plasman cláusulas limitativas, el criterio con base en el cual las utilizan, varía de uno a otro. Una técnica puede ser la de establecer cláusulas generales sin agregar ninguna particular; contrariamente, puede tratarse de la utilización de cláusulas particulares sin ninguna general, o una combinación de los dos tipos de limitaciones. Por supuesto, la escogencia de uno u otro sistema dependerá, en última instancia, de la intención que se tenga de proteger a los derechos por igual o con base en diferencias particularizadas.

Pero sea cual sea el método que se aplique, lo cierto es que las cláusulas de limitación plantean graves problemas para el intérprete. La primera dificultad que se nos presenta en este campo es el cómo saber qué grado de limitación es el permitido por las reglas bajo interpretación. Como antes apuntamos, las cláusulas limitativas a menudo han resultado un cómodo instrumento para que los Estados evadan sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Para evitar esta deformación del uso de las limitaciones, lo primero que hay que tener en cuenta es que ellas existen no para destruir sino para fortalecer los derechos mismos. En efecto, si hay límites al ejercicio de un derecho, ello se justifica solamente porque se quiere evitar que la aplicación de una

facultad legalmente concedida ocasione la negación de un derecho de otro individuo.

Entendidas de este modo, las limitaciones no son más que el resultado de la existencia de antinomias entre los derechos humanos, en tanto la protección de uno puede ir en desmedro de la protección del otro. Como consecuencia, limitar los derechos sólo tiene sentido como una medida tendiente a garantizar su máximo desarrollo considerados como totalidad. De lo dicho, desprendemos que las limitaciones, aparte de las causas que ellas mismas establecen para su procedencia, deben encontrar sustento en la necesidad de protección de los derechos humanos o de la sociedad como entes totales.

Pero el principal obstáculo para una aplicación unívoca de las cláusulas limitativas lo encontramos en que ellas están pobladas de *conceptos indeterminados*,<sup>(7)</sup> que son aquellos en los cuales su campo de aplicación no está claramente delimitado, esto es, que puede sostenerse que determinadas situaciones pueden, o no hallarse bajo su campo de aplicación. Así, cuando hablamos de "seguridad colectiva", podemos entender que ella se refiere sólo a circunstancias que pongan a prueba el orden legal de una República, o que puede tratarse también de amenazas a un sector de la sociedad, aunque ellas no afecten al resto de la nación. Por ello, diversos intérpretes pueden sostener posturas contradictorias sobre la existencia o no de un peligro para la seguridad colectiva ante una misma situación, sin que la definición de este concepto nos proporcione las bases suficientes para con-

---

( 7) Para la explicación detallada de lo qué es "concepto indeterminado" puede consultarse HABA (Pedro), *La Protección Constitucional de los Derechos Humanos en América Latina a la Luz de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José - 1983 - Tomos I y II.

cluid que una u otra posición es correcta. Y ello sucede porque, casualmente, lo que hay es falta de precisión, definición incompleta de los términos usados.

Por supuesto que el problema no existiría si hubiera, en los mismos instrumentos internacionales, una precisión de los significados de tales vocablos dudosos. Pero ello no es así, y difícilmente podría llegarse a dar porque los convenios entre Estados involucran la participación de diversos regímenes, con diversas ideologías y concepciones acerca de lo que son los derechos humanos. Por tanto, la idea de que los Estados por medio de sus representantes acordaran dar un contenido preciso a los conceptos bajo comentario, resulta bastante irrealizable.

Es con base en lo anterior, que fácilmente se observa la importancia de la función del intérprete a la hora de analizar las cláusulas limitativas, y el gran peso que adquiere su formación y posición generales respecto de los derechos humanos, a fin de que escoja la alternativa más favorable para su desenvolvimiento. Esta es tarea de la doctrina pero también, y sobre todo, de los órganos internacionales de aplicación y control de los derechos humanos establecidos en los Pactos.

Por consiguiente, la labor de la interpretación de las cláusulas limitativas debe concentrarse en la precisión de esos conceptos, con tal de alcanzar una definición más unívocamente aplicable de ellas. Para esto, es necesario recurrir a la Teoría General del Derecho y a las ramas particulares jurídicas que nos puedan indicar el contenido que debe asignarse a los conceptos indeterminados del caso.

Ahora, ¿cuáles son esos *conceptos indeterminados* que funcionan en las cláusulas de limitación de los dere-

chos humanos? La gama de ellos es diversa según el instrumento internacional de que se trate, pero los más abundantes y usados son los de: orden público, interés general, bien común, seguridad pública, seguridad colectiva, moral pública, seguridad nacional, salud pública, "derechos de los demás" y "sociedad democrática". De la simple lectura, se observa la gran cantidad de ellos y se comprende que sobre ninguno existe una precisión que permita aplicarlos sin lugar a dudas o al menos restringir su campo de aplicación. De los anteriores conceptos indeterminados, nos concentraremos en un somero análisis de lo que es el interés general, bien común y derechos de los demás, como un grupo, por otro lado, la seguridad colectiva, o nacional o pública, con algunas consideraciones sobre la sociedad democrática, la salud y la moral pública, para fijarnos sobre todo en el caso del orden público que ha sido ya calificado como un concepto central en esta materia.<sup>(8)</sup>

### III. LOS CONCEPTOS INDETERMINADOS EN LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS

Hemos precisado con anterioridad la función e importancia que tienen los conceptos indeterminados en esta materia. Corresponde ahora realizar alguna contribución a esclarecer el contenido de estos conceptos.

#### A. EL INTERÉS GENERAL Y EL BIEN COMÚN

Resultaría demasiado extenso y, con mucho, rebasaría los límites que nos hemos propuesto en este Trabajo,

---

( 8 ) Así, KISS (Alexandre), *Permissible limitations on rights*, en HENKIN (Louis), *The International Bill of Rights*, New York, 1981. Este es el estudio más completo sobre el tema de las limitaciones que conocemos. Algunas de las ideas de KISS nos han servido para la exposición que sigue.

el detallar la evolución histórica de estos dos términos, manejados desde antiguo, lo cual resulta obvio si tomamos en cuenta que es a Santo Tomás de Aquino a quien se atribuye la paternidad del *bien común*, como denominación para una restricción al abuso de poder por parte de los gobernantes. Por su parte, el hablar de *interés general* nos encamina a muy distintas corrientes filosóficas, desde la Antigüedad, pasando por la Ilustración francesa y hasta nuestros días.

Lo que pretendemos aquí es esbozar qué se debe entender por estos términos en los instrumentos internacionales que los postulan como causas procedentes para la limitación de los derechos humanos. Lo primero a tomar en cuenta, y desde su propia denominación es la presencia de un adjetivo, por demás común en las cláusulas limitativas, que remite la existencia de la causal a que, además, no sea particular, sino que involucre un riesgo para la sociedad considerada como globalidad o al menos un sector de ella.

Los términos en cuestión se relacionan, claro está, con el uso de la expresión *derechos de los demás*, que también encontramos en instrumentos internacionales.<sup>(9)</sup>

Aun sin necesidad de retroceder hasta las fuentes mismas de los conceptos que nos ocupan, las palabras *bien e interés*, considerables, por cierto, como valores jurídicos en sí mismos, remiten a ideas básicas del mundo jurídico. El interés, efectivamente, remite a la ganancia, beneficio o utilidad que un sujeto puede derivar de un derecho o de su ejercicio. El bien se relaciona con una ventaja o un mejoramiento de las condiciones. Am-

---

( 9) Por ejemplo, el artículo 32.2 de la Convención Americana.

bos, y ello debe repetirse, son, en esta materia, colectivos, de manera que debe tratarse de ventajas o beneficios efectivos o eventuales para toda la comunidad. Por esto es que podemos derivar una profunda relación entre ellos, y con lo que se conoce como *derechos de los demás*. El bien común y el interés general, con connotaciones diferentes, persiguen el mismo objetivo: servir de valla a la acción estatal y de guía a la actuación gubernamental. Así, puede una propiedad particular constituir objeto del interés general cuando se debe disponer de ella para la construcción de una carretera que satisfará ciertas necesidades en aras del bien común.

Pero conviene hacer una consideración que ha sido repetida constantemente desde que se usan estos términos: la comunidad a la que se dirige el bien o de quien procede el interés debe entenderse como ente diferente de la totalidad de sus miembros, de modo que la simple mayoría de opiniones no representa la comunidad, a pesar de que puede ser usada la votación como medio interpretativo. De tal modo, la restricción al ejercicio del poder público debe a menudo ser desentrañada por los mismos gobernantes.

El vínculo de ambos términos con los *derechos de los demás* se comprende fácilmente: se restringirán derechos de un individuo en razón de alcanzar metas, derechos de los demás, tal como el ejemplo visto el derecho de propiedad del sujeto accederá a las necesidades y derechos de la comunidad.

Pero el anterior no es el único uso posible del término *derechos de los demás*. El también significa que los derechos individuales están limitados por los demás derechos individuales o colectivos. De tal modo mi libertad de tránsito no puede ejercerse hasta el punto en que impida su acción por otros individuos. Empero, la utili-

zación de este concepto en tal sentido nos lleva a una frontera peligrosa: ¿hasta dónde se puede llegar en el ejercicio y cuándo se rebasa la frontera hasta poner en peligro los derechos de los demás? Lamentablemente, se trata de un problema que no parece admitir solución general sino casuística, para cuya aplicación la guía más valiosa, en nuestra opinión, debe ser la regla de no discriminación, aunque indefinible en abstracto.

### *B. SEGURIDAD COLECTIVA, SEGURIDAD NACIONAL Y SEGURIDAD PÚBLICA*

Uno de los más empinosos problemas en el caso de las cláusulas limitativas lo constituye el de las *seguridades*, en las tres formas que sirven de título a este párrafo. Su uso indiscriminado y su formulación desafortunada en nuestro medio latinoamericano justifican su consideración.

Sostenemos que, a pesar de sus muchas manifestaciones, se trata de dos conceptos únicamente, a saber: seguridad pública y seguridad nacional, con distinta orientación. Así, la seguridad pública debemos entenderla como aquel valor que se pone en peligro cuando se amenazan los derechos fundamentales de los individuos particular o sectorialmente considerados, con lo cual se afecta su tranquilidad (seguridad subjetiva). En tal evento, el Estado debe entrar a frenar la amenaza con base en la propia defensa de los derechos humanos. Estamos ante un caso de estos cuando la Fuerza Pública de un país se enfrenta a la delincuencia, o cuando se regula una manifestación pública que por su violencia pone en riesgo las propiedades y vidas de grupos de individuos.

Diverso es el caso de la seguridad nacional. Seguri-

dad nacional remite a la consideración del Estado como un ente en sí mismo, como un conjunto de elementos que se integran en un todo. Con esto en mira, una amenaza a la seguridad nacional sólo puede producirse cuando se ataca al *todo*, sin que ello no implique que el ataque se dé contra uno de sus elementos. Así, un ataque terrorista puede, si se dan las condiciones, ser considerado contrario a la seguridad pública, pero no a la seguridad nacional, porque no es un atentado contra el todo, sino, digamos, contra el Gobierno, que es apenas uno de los componentes estatales. Un ataque a la seguridad nacional, por supuesto, sí se da cuando se produce una invasión extranjera o se declara estado de guerra por otro Estado, porque aquí sí se amenaza al ente abstracto que llamamos Estado.

La tristemente célebre *doctrina de la seguridad nacional* desarrollada sobre todo en el Cono Sur, confunde (¿intencionadamente?) ambos conceptos, fenómenos de terrorismo o ciertas doctrinas ideológicas se estiman contrarias a la seguridad nacional. Lo mismo sucede en regímenes socialistas, en que se consideran actitudes o ideologías contrarias al socialismo como atentados contra la seguridad nacional.

Es por lo anterior que es preciso distinguir, como lo hemos hecho ambas limitaciones, porque algunos derechos no resultan limitables por la seguridad pública sino sólo por la nacional y a la inversa, dependiendo del instrumento internacional de que se trate. Nos resta indicar que, en nuestra opinión, el término *seguridad colectiva* se relaciona con *seguridad pública* y *seguridad del Estado* debe corresponder a *seguridad nacional*, con las consecuencias ya apuntadas.

### C. EL CONCEPTO DE SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

La remisión muy común de los instrumentos internacionales a que las limitaciones deben ser impuestas en armonía con las necesidades de una sociedad democrática acarrea la importancia de determinar qué se entiende por tal.

La mención a una *sociedad democrática* es más problemática de lo que en apariencia uno podría considerar, y ello debido a las distintas concepciones que se tienen en el mundo acerca de la democracia. Y si, por otro lado, tomamos en cuenta que los pactos internacionales implican a menudo y particularmente en materia de derechos humanos un compromiso entre ideologías enfrentadas, la referencia a la democracia se nos vuelve aún más difícil de interpretar.

Creemos que para interpretar qué se entienda por *sociedad democrática*, y habida cuenta de los razonamientos antecedentes, debe recurrirse, necesariamente, al ámbito territorial de que proceda el instrumento. Así, en América podría considerarse que los regímenes que se ubiquen como "comunistas" no corresponderían a sociedades democráticas, si recordamos los criterios que primaron para excluir a Cuba del sistema interamericano. En Europa, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que una sociedad democrática debe proteger la libertad individual, el pluralismo y sobre todo la libre expresión de las ideas.

No obstante lo dicho, hay ciertos elementos básicos en cualquier concepto de democracia, que consideramos rescatables para precisar la utilización de este término en las cláusulas limitativas.

En primer lugar, no puede haber democracia, por

esencia y derivado de la misma denominación, si no hay participación popular directa o indirecta en la toma de decisiones y la formulación de la legislación. Esto resulta importante ya que explica por qué las cláusulas limitativas a menudo exigen que la limitación a lo interno opere por medio de una ley. Se trata, pues, de permitir que sean los representantes populares los que decidan si y cómo se limita un derecho humano. Por tanto, para que una sociedad se estime democrática debe haber cierto grado de representatividad popular en el Gobierno y en la legislación.

Quizá más trascendente sea el hecho de que el respeto de los derechos humanos, en general, más que ciertos tipos de derechos, es consustancial a la sociedad democrática. Esto nos regresa a una idea esbozada arriba, en el sentido de que las limitaciones de los derechos humanos se justifican en aras de la protección general de los mismos derechos.

Derivado de lo anterior, parece necesario para que estemos en presencia de una sociedad democrática que exista limitación del poder público. Si debe haber representatividad popular, y si debe darse respeto por los derechos humanos, resulta claro deducir que la forma democrática se caracteriza porque el poder público se encuentra legalmente limitado en sus atribuciones que vayan en perjuicio de los particulares.

Tales deben ser estimadas características necesarias para que haya una sociedad democrática. Pero no parecen suficientes, y el problema es que las restantes piezas del cuadro no pueden ser definidas en abstracto sino, como ya lo dejamos indicado, de acuerdo con parámetros que respondan regionalmente a la estimación de democracia.

## D. MORAL PÚBLICA

Es también común hallar como limitación posible de los derechos humanos, la protección de la moral pública. En cierto sentido, es esta la orientación de la limitación al artículo 13 del Pacto de San José transcrito supra.

Es este quizá de los más complejos conceptos indeterminados de uso en las cláusulas limitativas, debido a que la moral se ha entendido a menudo un asunto de determinación individual, más que social, y probablemente unida a las concepciones religiosas que tengan, ya que, de hecho, toda religión involucra una toma de posición sobre la moralidad. Existiendo en la sociedad diversos grupos y diversas religiones, parece poco menos que imposible tomar una de ellas como la *pública*. Por esto es que es común el argumento de que, ante la imposibilidad de definir la moral pública, todas las morales particulares o de grupos que no afecten la seguridad pública, deben entenderse válidas y aceptables.

Sin embargo, la presencia de la moral pública como limitación de los derechos humanos en los Pactos internacionales nos obliga a intentar la precisión del concepto.

Un problema adicional se nos presenta si consideramos que, ante la posible *estabilización* de otros conceptos limitativos, la moral es uno de los aspectos más cambiantes de una sociedad. Lo que hasta hace poco podía considerarse inmoral, deja de serlo de un momento a otro y se vuelve de plena aceptación. Pero el elemento de la aceptación social parece rescatable aunque ambiguo. Porque no todo lo aceptado socialmente es considerado moral y a la inversa. Lo moral se relaciona con los principios *básicos* de conducta, de donde parece válido

concordar con que la moral pública se refiere a los principios esenciales de convivencia humana en la sociedad que son aceptados como guía por la totalidad o al menos la estructura social. No obstante, dada la imprecisión enorme del término, y su utilización encubierta para otros propósitos, somos de la idea de que es necesario eliminar este concepto de las cláusulas limitativas, lo cual, dadas las características del término *orden público* —como veremos más adelante—, no iría en detrimento de los valores que se pretende proteger.

### E. SALUD PÚBLICA

No es difícil entender por qué se incluye a la salud pública como posible limitación de los derechos humanos, en atención de que es un derivado de los *derechos de los demás*, pues no puede pretenderse ejercer los derechos perjudicando la salud pública, ya que la constituyen derechos reconocidos a los demás individuos.

Pero de nuevo, resulta una tarea ardua esclarecer qué debe y qué no debe entrar en su definición.

Con un criterio amplísimo, podemos sostener que la salud pública se dirige a la prevención y atención de enfermedades en la comunidad. Por lo tanto, podemos hablar de incremento en las condiciones físicas de los individuos de una sociedad como la meta esencial a ser alcanzada mediante la *salud pública*.

El principal uso de la salud pública como limitación de los derechos humanos se da por la acción de los órganos de salud públicos y a menudo con base en leyes de protección al consumidor, y generalmente relativas a limitar la libertad de comercio y de industria.

Por lo anterior, el uso de esta limitación es menos peligrosa que la mayoría de las demás y si bien su definición es imprecisa, hay instrumentos internacionales como el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales,<sup>(10)</sup> y organismos como la Organización Mundial de la Salud que en su texto y actividades, respectivamente, contribuyen a precisar el concepto.

## F. ORDEN PÚBLICO

La presencia del término *orden público* en las cláusulas limitativas es frecuente, y aunque su indeterminación no es tan grande, existen jurídicamente concepciones que difieren en alguna medida sobre esta materia. En efecto, podemos apuntar que en Derecho han sido desarrolladas teorías sobre el orden público en Derecho Público (de aplicación en múltiples institutos de Derecho Privado) y en Derecho Internacional Privado, con aplicaciones bastante diversas.

En Derecho público, lo que se entiende por orden público se relaciona con las instituciones fundamentales de la sociedad, los principios básicos del ordenamiento jurídico, que no pueden ser derogados ni afectados por los particulares en sus actos individuales.<sup>(11)</sup> Este concepto es tan amplio que sigue resultando impreciso: ¿cuáles son los principios básicos?, ¿cómo se determinan y por quién? Se sostiene que, en tal sentido, que el orden público no sólo es una limitación a los derechos humanos, sino, en general, a las actividades particulares, y que principios básicos son los entes jurídicamente reconoci-

---

(10) Artículo 12. Esta es la opinión de KISS (Alexandre), *op.cit.*, p.303.

(11) Así, RAMIREZ (Juan), *Diccionario jurídico*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1961, p. 210.

dos y protegidos. Como resulta obvio, aun si restringimos el concepto a aquellos principios jurídicos sin los cuales el ordenamiento no tendría existencia, quedamos con alto grado de indeterminación.

En Derecho Internacional Privado, orden público refiere a aquellas normas jurídicas que, por responder a principios fundamentales de la sociedad regida por ese Derecho, no pueden ser desaplicadas en favor de la vigencia de una norma extranjera, y por tanto, constituyen un límite a la aplicación extraterritorial de las normas jurídicas. Es, pues, un concepto íntimamente relacionado con el desarrollado por el Derecho Público, pero de orientación diversa.

Parece que es el primero de estos el concepto que más se adapta a lo previsto en las cláusulas de limitación. Su amplitud ha ameritado que se le considere la limitación por excelencia de los derechos humanos y de la cual las otras son sólo derivaciones particulares.<sup>(12)</sup>

Debe quedar claro, entoces, que el orden público se refiere a aquellos principios de convivencia social generales y que se desprenden de las normas jurídicas en vigencia, normas que son sólo el reflejo legal de la vida en sociedad. Es, pues, más que la tranquilidad pública, pero mantiene una relación con ella.

No obstante lo dicho, consideramos que, en el juicio y apreciación de las cláusulas limitativas con base en el orden público, la interpretación debe ser cuidadosa, referida al ordenamiento jurídico como *reflejo social* y no como *producto estatal*.

---

( 2 ) KISS (Alexandre), *op. cit.*, pp. 299 ss.

## CONCLUSIONES

A lo largo de las páginas anteriores hemos tratado el problema de las cláusulas limitativas que es, a no dudarlo, uno de los más importantes en la problemática de los derechos humanos, debido al amplio margen de interpretación que los conceptos en ellos empleados permiten y al uso indiscriminado que de tales cláusulas se ha hecho para reducir la vigencia de los derechos reconocidos.

Indicamos que el principal aspecto a estudiar es la forma de determinar el contenido de esos conceptos, y nos hemos dedicado a esta tarea en el desarrollo de nuestro análisis.

No creemos, ciertamente, haber agotado el tema en cuestión ni, de ningún modo, haber precisado totalmente el significado de las limitaciones mencionadas, labor que, por demás, ameritaría mayor desarrollo y que, en gran parte, depende de los órganos jurisdiccionales internacionales en la materia. Pero algunos aspectos sí deben ser señalados a modo de conclusión.

En primer lugar, si bien la indeterminación existe en cuanto al significado de los conceptos limitativos, esta indeterminación no es absoluta y puede ser reducida con ayuda de la Hermeneútica Jurídica, sobre todo a partir de las ramas del Derecho que han creado los conceptos en estudio.

Por otro lado, la indeterminación no debe servir como medio para la abrogación de los derechos, sino que sólo se justifica como un instrumento para la protección global de los derechos humanos. Por consiguiente, cualquier acción estatal que se ampare en las cláusulas limitativas deberá también apoyarse en razones de protección de los derechos de todos.

Quizá la consecuencia más importante de lo anterior es que las cláusulas de limitación son de origen en valores *comunes* o *generales*. Es por ello la presencia del adjetivo *público* en muchas de ellas, sustituido por el *general*, *común* o *colectiva* a veces, pero siempre con la misma intención, la cual es que la limitación se base en una necesidad de la sociedad regida por el Derecho, no de una parte de ella o de sus gobernantes, y menos aun en la atención de intereses particulares que no respondan a los propósitos comunitarios.

Finalmente, la interpretación, en materia de cláusulas limitativas, juega un papel preponderante pero debe tomar en cuenta elementos jurídicos y también reales, y dentro de ellos los sociales particulares, los regionales y los acuerdos previos a la elaboración de los instrumentos, si se quiere tener una visión completa e integradora.

Si bien consideramos poco menos que imposible lograr un acuerdo entre los Estados a fin de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos contengan una definición de las causas que justifican una limitación, si es conveniente que se sigan dos criterios que, sin duda, ayudarían a una aplicación más unívoca de las cláusulas. El primero de ellos, utilizar más las cláusulas particulares restringidas objetiva o subjetivamente que las generales y, con ello, adjudicar la limitación de acuerdo con el derecho protegido. El segundo, eliminar los conceptos más indeterminados sustituyéndolos por otros más útiles; así, el concepto *moral pública* debería desaparecer, precisando el uso de *orden público* en sus manifestaciones correspondientes, dependiendo del caso ante el que se esté.

**LA COMISIÓN Y LA  
CORTE DE DERECHOS  
HUMANOS EN LAS  
CONVENCIONES  
AMERICANA Y EUROPEA**

*María de los A. Soto Gamboa\**

---

\* Costarricense, participó en el III Curso Interdisciplinario, 1985.

## **I. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS**

A través de un proceso evolutivo que ha significado la adopción de diversos instrumentos internacionales, los Estados Americanos han estructurado un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos en el cual se reconocen y definen con precisión los mismos: se establecen normas de conducta obligatorias para su protección y se crean órganos destinados a su observancia y salvaguarda.

La evolución del sistema normativo termina con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 1969, denominada *Pacto de San José*, y su inicio se encuentra en la *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, acogidos por la Novena Conferencia Americana de Bogotá, 1948, en donde se adoptó la Carta de la OEA, que proclamó los derechos fundamen-

tales de la persona humana, como principio base de la organización. En esta Conferencia fueron adoptadas otras resoluciones, como las referentes a la "Concesión de los derechos civiles de la Mujer", así como sobre la "Concesión de la mujer trabajadora" y la "Carta Internacional Americana de Garantías Sociales".<sup>(1)</sup>

Antecedentes de la Declaración Americana, así como de las disposiciones de la Carta de la OEA en sede de derechos humanos, se deben tomar en consideración algunas resoluciones dictadas antes de la Noventa Conferencia, tales como la Octava Conferencia Internacional Americana (Lima, Perú, 1938), en donde se incluyeron resoluciones sobre la libertad de Asociación y expresión de los obreros; "Declaración de Lima a favor de los derechos de la Mujer" y la "Declaración en defensa de los derechos humanos".

Otro antecedente lo encontramos en la Conferencia Interamericana sobre los problemas de la Guerra y de la Paz, realizada en México en 1945, en la resolución XL titulada "Protección Internacional de los derechos esenciales del hombre" y que fue determinante para la adopción de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, pues en ella los Estados proclamaron su adhesión a los principios establecidos en el derecho Internacional para su salvaguarda: se pronunciaron así a favor de un sistema de protección internacional, y encargaron al Comité Jurídico Internacional, la redacción de un proyecto que se sometería a los gobiernos. Este proyecto de Declaración Americana se sometió a

---

( 1 ) *Manual de Normas Vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, OEA, Washington, 1983, pp. 6-7. Sobre la evolución del sistema interamericano, véase BUERGHENTAL - SHELTON - NORRIS, *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*, San José, Juricentro, 1983, pp. 27-62.

la Novena Conferencia y no obstante constituir el primer documento en su género, no tuvo la forma de un acuerdo.

El último antecedente se encuentra en el Preámbulo del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), Río de Janeiro, 1947, en el que se lee:

*La paz se basa en la justicia, en el orden moral, y en el reconocimiento y protección internacional de los derechos y libertades de la persona humana.*<sup>(2)</sup>

La Declaración de Caracas de 1954, con la resolución titulada "Fortalecimiento del sistema de Protección de los derechos humanos" constituye otro documento importante en sede de derechos humanos en el continente americano.

Es después de cinco años, en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, (Santiago de Chile, 1959), cuando se dictan resoluciones relativas al desarrollo y fortalecimiento del sistema, siendo la más importante, la referente a los derechos humanos. En ella, los Ministros afirmaron que los programas obtenidos en la materia, después de once años de la Declaración Americana, y las ventajas obtenidas en el seno de la ONU y del Consejo de Europa, en la reglamentación y ordenación del sistema, habían preparado el ambiente en el continente para la celebración de una Convención, ya que consideraron que era:

*indispensable que tales derechos fueran protegidos por un orden jurídico, con el fin de que el hombre,*

---

( 2 ) Vid. Manual...*Op.cit.*, p. 9. Sobre el particular, Vid Buerghental, *Op.cit.*, p. 29.

*no fuera constreñido a recurrir a la rebelión, contra la tiranía y la opresión.*<sup>(3)</sup>

Con tal finalidad, en la primera parte de la Resolución, se encarga al Consejo Interamericano de Juristas, la elaboración de un Proyecto de Convención, sobre la Creación de una Corte Interamericana para la protección de los derechos humanos, así como de otros órganos adecuados para la tutela y observancia de los mismos. Es así como en la segunda parte de esta resolución, la Quinta Conferencia crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la cual se resuelven los problemas, que en esa época encontraban los Estados Americanos por falta de órganos adecuados para la salvaguarda de estos derechos, ya que existían solamente instrumentos declarativos, pero no instrumentos jurídicos, de carácter obligatorio y efectivo. El texto decía:

*Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que estará compuesta por 7 miembros, elegidos a título personal de las ternas presentadas por los gobiernos, al Consejo de la Organización de los Estados Americanos. Esta Comisión será la encargada de promover el respeto a tales derechos y será organizada por el consejo mismo, quien indicará sus facultades específicas.*

El Consejo de la Organización aprobó el Estatuto de la Comisión el 25 de mayo de 1960 y eligió a los primeros miembros el 25 de enero de 1961. Este estatuto va a regular la Comisión hasta 1965, fecha de la segunda Conferencia Interamericana de Río de Janeiro, que decidió una modificación y ampliación de las funciones y facultades de ese órgano. Incluyó como novedad: la au-

---

( 3 ) Buerghenthal, *Op.cit.*, p. 3.

torización para examinar y obtener información de los Estados sobre los derechos humanos, así como el hacer recomendaciones para la observación de los mismos y el deber de aquellos de hacer un reporte anual a la reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, así como el agotamiento de los recursos internos de cada Estado, como medida previa a su actuación.

El Protocolo de Buenos Aires de 1967 reforma la Carta de la OEA y la Comisión adquiere la jerarquía de órgano principal de esta organización. La "Carta" reformada se refiere a la Comisión en dos artículos: 112 y 150. En el primero, la ratificación a nivel constitucional de la creación de la Comisión para la defensa de los derechos humanos, dejando a la futura Convención determinar la estructura, competencia y procedimiento. El Art. 150, transitorio asegura a la Comisión la función de salvaguarda de tales derechos, antes de la entrada en vigor de la Convención.<sup>(4)</sup>

Es decir, que la creación de la CIDH en América, antes de la redacción de la Convención, constituía un órgano de la OEA con su propia jerarquía. Cuando la Convención Americana sobre Derechos Humanos se dicta, dicho órgano se incluirá como un mecanismo de garantía al igual que la Corte Interamericana, prevista en este instrumento.

## **II. LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, PACTO DE SAN JOSÉ, 1969**

La estructura institucional del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos huma-

---

( 4) Véase Buerghental, *Op. cit.*, pp. 54-55.

nos, que hasta aquel momento tenía su base en instrumentos declarativos, experimentó un cambio sustancial, al cumplirse la aspiración adoptada en México, 1945, de precisar tales derechos y deberes correlativos, en una declaración adoptada en la forma de una Convención de los Estados.<sup>(5)</sup>

De hecho, la adopción de la Convención de 1969, 22 de noviembre, denominada "Pacto de San José", por crearse en San José de Costa Rica, constituye un fortalecimiento al sistema de protección, pues le dará más efectividad a los mecanismos de garantía. Suscrita por 12 Estados Americanos, y actualmente ratificado por 17, constituye el mayor instrumento jurídico internacional americano, en sede de derechos humanos.

La Convención, según su primer considerando, tiene la finalidad de ... *consolidar en América, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*. En su primera parte, establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidas, y el deber de los mismos de adoptar las disposiciones de derecho interno, que fueran necesarias para hacer efectivo el goce de los mismos. Define los derechos y libertades protegidos, principalmente aquellos civiles y políticos, luego los económicos, sociales y culturales. En su segunda parte, la Convención establece los medios de protección y se refiere a la Comisión Interamericana (CIDH) y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a las que declara "órganos competentes" para "conocer del cumplimiento

---

( 5 ) Constituye así la culminación de la evolución normativa del sistema al cambiarse la naturaleza jurídica de los instrumentos, ya que la competencia de la CIDH será pactada. Véase BUERGHENTHAL, *Op. cit.*, p. 49. En el mismo sentido, véase Manual..., *Op. cit.*, p. 11.

de los compromisos adquiridos por los Estados en la Convención”, Art. 33 del Pacto, así como la “obligación de suministrar a la Comisión” las informaciones que ella solicite sobre la manera en que su derecho interno asegure la aplicación efectiva de cualquier disposición de esa Convención.

Otra innovación sería, el derecho de recurrir contra los Estados, cuando exista una violación de acuerdo con el Art. 45, ya que tanto el Estado que denuncia, así como aquel contra el que se recurre, tiene como un antecedente necesario el reconocimiento de la competencia de la Comisión, para recibir y examinar las comunicaciones.<sup>(6)</sup>

### **III. EL FUNCIONAMIENTO DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA PREVISTA EN EL PACTO DE SAN JOSÉ**

Los miembros de la Comisión serán siete, elegidos por escrutinio secreto, a título personal por el Consejo de la Organización de la OEA, de una lista presentada en donde cada miembro de la Comisión debe ser representante de los Estados miembros de la organización, y serán escogidos por su alta autoridad moral y su competencia reconocida en esta materia. Representan a todos los Estados Miembros, actúan a título personal por cuatro años, con la posibilidad de reelección. El artículo 41 de la Convención indica su función al señalar:

---

( 6 ) Según el Art. 45 de la Convención, la aceptación de la competencia de la CIDH, en los recursos de un Estado contra otro Estado, puede hacerse en el momento de la ratificación, o a posteriori, a través de un documento que se depositará en la secretaría de la OEA. Hasta ahora, sólo Costa Rica, Jamaica, Honduras, Perú y Venezuela han reconocido tal competencia. Véase Manual,...., *Op. cit.*, p. 12.

*La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones:*

- a. *Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.*
- b. Formular recomendaciones cuando lo estime conveniente a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.
- c. Preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.
- d. Solicitar de los gobiernos de los estados miembros que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.
- e. Atender las consultas que por medio de la Secretaría General de la OEA, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten.
- f. Actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 44 a 51 de la Convención, y

g. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Los Estados partes deben enviar a la CIDH copia de las relaciones y de los estudios que ellos presentan cada año, dentro del ámbito de la respectiva competencia al Comité Ejecutivo del Consejo Económico y Social Interamericano y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, con la finalidad de que se vigile la promoción de los derechos derivados de las normas económicas y sociales y aquellas relativas a la educación, la ciencia y la cultura, contenidas en la Carta de la OEA (Art. 42 de la Convención).<sup>(7)</sup>

Como sujetos legitimados para recurrir a la Comisión se señala que cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernativa, reconocida legalmente en uno o más estados, pueden someter a la Comisión las peticiones que contengan denuncias o hechos relativos a una violación de la misma, efectuadas por un Estado parte (Art. 44). Es decir, tanto los sujetos particulares, así como los Estados partes pueden recurrir, exigiéndose para el segundo caso, la aceptación de la competencia. Por eso, al momento del depósito del instrumento de ratificación o de adhesión, cada Estado puede declarar el reconocimiento de la competencia de la Comisión, así como recibir y examinar las comunicaciones con las que un Estado parte afirma que otro Estado parte ha violado los derechos humanos sancionados. Por ello se necesita, que se haya declarado la aceptación de la competencia, la que puede hacerse por tiempo indefinido, determinado o para un caso concreto (Art. 45).

---

( 7 ) *Codici degli Atti Internazionali sui diritti dell'uomo*, VITTAGREMENTIERI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 997 y ss.

Con respecto a la admisibilidad de los recursos, es necesario cumplir con las siguientes condiciones, de acuerdo con el Art. 46:

1. Agotamiento de los recursos internos.
2. Que las peticiones o comunicaciones sean presentadas dentro de 6 meses, desde el momento en que el individuo que se presume lesionado en sus derechos tiene conocimiento de la decisión definitiva.
3. Que sobre el objeto de la petición o de la comunicación no haya pendiente otro procedimiento a nivel internacional.

Para que la solicitud sea admitida debe contener:

1. Nombre, ciudadanía, profesión, domicilio, y la firma de la persona o de las personas o del representante legal que presente la relación. Se señalan algunas excepciones al principio, que se enuncian en el Art. 46, al expresarse, que dichos requisitos no se exigirán cuando:
  - a) no existe en la legislación interna del Estado de que trata, el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alegan han sido violados,
  - b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido agotarlos y,
  - c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

La falta de requisitos en cualquier comunicación establece la no admisibilidad del recurso, es decir, según el Art. 47, la falta de condiciones, que no se indiquen hechos que constituyan violación de derechos humanos, que se trate de peticiones infundadas, o que esta reproduzca otra petición o comunicación anteriormente examinada por la Comisión, o de otro organismo internacional.

El Procedimiento para recurrir ante la Comisión será el establecido en el Art. 48, que señala en términos generales lo siguiente: si se reconoce como admisible la petición, la Comisión solicitará información al gobierno del Estado al que pertenece la autoridad a quien se imputa la violación y comunicará a las partes de la instancia. Estas informaciones se presentarán en un lapso de tiempo razonable fijado por la Comisión. Podrá asimismo, declararse la inadmisibilidad o no procedencia de la petición o de la comunicación, sobre la base de informaciones o pruebas aportadas.

Si no se archiva el caso, la Comisión con la finalidad de acertar los hechos, examina las circunstancias y solicita toda la ayuda necesaria a los Estados los cuales les procurarán a los Estados interesados cualquier información pertinente, y se aceptarán pruebas orales y escritas. Cuando se dieran casos graves y urgentes, la CIDH, podrá realizar una investigación, previo consentimiento del Estado, sobre cuyo territorio se considere cometida la violación, solamente se requerirán peticiones o comunicaciones con los requisitos de admisibilidad. Por ende tenemos, que de acuerdo al Art. 49 del Pacto de San José, si existe un arreglo amistoso la Comisión hará una relación que será transmitida a los Estados partes o al Secretario General de la OEA para su publicación. Si por el contrario no se da una solución, la Comisión redactará un informe en el que explicará los hechos y las

conclusiones a las que ha llegado, así como las propuestas y recomendaciones que juzgue necesarias. Posteriormente, si al término de tres meses desde la transmisión de la relación a los Estados miembros no se ha resuelto o sometido el caso a la CIDH, o por el Estado interesado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o la competencia no haya sido aceptada, la Comisión con la mayoría absoluta, podrá adoptar un parecer y sus conclusiones sobre la cuestión.

De acuerdo al Art. 51, 2 y 3 párrafos del Pacto de San José, la conclusión del procedimiento será la siguiente:

*La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada.*

*Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá, por la mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe.<sup>(8)</sup>*

#### **IV. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Como se ha señalado, otro de los mecanismos de garantía de los Derechos Humanos en el Continente Americano, previsto por el Pacto de San José, es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como se ha señalado en la evolución histórica del sistema de protección internacional, la Quinta Reunión de Consulta, 1959

---

( 8) Vid. Manual..., *Op. cit.*, p.16.

encomenau al Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la elaboración de dos tipos de proyectos: uno sobre "derechos humanos" y otro sobre la creación de una "Corte Interamericana de derechos humanos". Así, el Consejo de Jurisconsultos, cumplió su cometido y en su cuarta reunión, en Santiago de Chile, 1959, elaboró un proyecto de Convención, que contenía además de la parte sustantiva, la parte institucional y procesal respecto de tales derechos, incluyendo la creación y funcionamiento de una Corte de Derechos Humanos.

Este proyecto fue luego sometido al conocimiento de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, que, a su vez, acordó enviar el Proyecto al Consejo de la Organización con el encargo de que lo actualizara y completara, previo dictamen de la Comisión de Derechos Humanos. Esta presentó su dictamen al Consejo, el 10 de abril de 1967, y el 22 de noviembre de 1969 fue adoptada en San José de Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Capítulo VII de la parte II de la Convención crea una Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asamblea General de la OEA, celebrada en la Paz, Bolivia, el 31 de octubre de 1979, aprobó el Estatuto de la Corte cuyo artículo primero la define como:

*una institución judicial autónoma que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.*<sup>(9)</sup>

---

( 9) Vid. "Manual...", *Op. cit.*, p. 16. Al respecto, señala VENTURA (Manuel), *Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *Revista Judicial*, San José, N° 27, diciembre de 1983, p. 11. "La Corte se instaló el 3 de setiembre de 1979, en el Teatro Nacional de Costa Rica, lugar donde se había suscrito en 1969 la Convención Americana, y desde entonces ha venido funcionando en San José, con un amplio respaldo a sus altas funciones...".

La Corte tiene función jurisdiccional y consultiva. En cuanto a la primera, sólo la Comisión y los Estados Partes de la Convención que hubieren reconocido la Competencia de la Corte, están autorizados para someter a su decisión un caso relativo a la interpretación o aplicación de la Convención siempre que se hubiere agotado los procedimientos previstos en los artículos 48 y 50 de la misma. En cuanto a la declaración de reconocimiento de competencia, puede ser hecha en forma incondicional para todos los casos, o bajo la condición de reciprocidad, por un tiempo determinado o para casos específicos (artículos 71-73).

En cuanto a su función consultiva, la Convención prevé en el artículo 64 que cualquier Estado miembro de la organización podrá consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Podrá también, a solicitud de cualquier Estado, emitir opinión acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales anteriormente mencionados.

Es de resaltar, la manera cómo se ha organizado la Corte, de acuerdo a su Estatuto, que la define como una institución judicial y autónoma, cuyo propósito es el de aplicar e interpretar la Convención Americana. Está integrada por siete jueces que son nacionales de los Estados miembros de la OEA, elegidos a título personal, y que de acuerdo con el artículo 52 del Pacto de San José, *sean juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos.*

El mandato es de 6 años y la elección se lleva a cabo en la Asamblea General de la OEA, en secreto y por mayoría absoluta.<sup>(10)</sup>

## V. LA CONVENCION EUROPEA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE. TRATADO DE ROMA - DE NOVIEMBRE DE 1950

Elaborado en el seno del Consejo de Europa, y firmada el 4 de noviembre de 1950, entra en vigor el 3 de setiembre de 1953. Ratificada por 21 Estados miembros del Consejo de Europa, a excepción del de Liechtenstein, este instrumento constituye un mecanismo de tutela colectiva, a nivel europeo de algunos de los principios enunciados en la declaración Universal de los Derechos Humanos, fortalecida por un control jurídico internacional, cuyas decisiones deben ser respetadas por los Estados. Es así como dichos países europeos han transformado principios generales, en un sistema que asegura eficazmente la garantía judicial de tales derechos. Otras regiones del mundo se inspiran en la Convención Europea, que tal vez sea la más conocida de todas las convenciones elaboradas en el Consejo de Europa.<sup>(11)</sup>

La salvaguarda de los derechos definidos por la Convención está garantizada por dos órganos indepen-

---

10) Vid. *Buerghental, Op .cit.*, pp. 59-62.

(11) *El Consejo de Europa (Objetivos - funcionamiento y actividad)* Strasburgo 1978, p. 17. *Ibid. Consiglio de Europa (Breve guida)*, Strasburgo 1983, p. 25.

La influencia de esta Convención se ha advertido no sólo en Europa, sino en todos los Continentes en donde se ha tratado de garantizar una mejor protección de los derechos humanos. Sirvió de modelo a la Convención Americana. Vid. *La protección de los derechos humanos*, Consejo de Europa, Strasburgo, s.f. p. 3.

dientes: una Comisión y una Corte de Derechos Humanos, así como de una instancia especial, formada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que es igualmente llamado a intervenir cuando no actúa la Corte. Entre los dos órganos de protección, la Comisión Europea cumple una función de investigación y de conciliación, y si ninguna solución amistosa se pudiera realizar, dicho órgano formulará un parecer.<sup>(12)</sup> Durante el desarrollo del procedimiento, la Comisión tiene paralelamente junto a los Estados interesados, el derecho de iniciativa para llevar los casos de su conocimiento a la Corte.

En cuanto a la acción, un Estado puede tener una causa contra otro Estado, pero el más frecuente es aquel de una instancia presentada por un individuo o por un grupo de individuos o eventualmente una organización no gubernativa, contra otro Estado de cuya jurisdicción depende. Así las instancias que denuncien violación de la Convención se presentan a la Comisión. Sin embargo, hasta que tales instancias se presenten, es necesario que el Estado en cuestión haya reconocido mediante declaración expresa, el derecho de recurso individual previsto en el artículo 25 de la Convención, que representa una notable innovación en el derecho internacional y uno de los aspectos más relevantes del mecanismo judicial instituido por la Convención. A fines de 1981, 16 de los 21 Estados Europeos, miembros del Consejo de Europa, habían reconocido ese derecho: Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo,

---

(12) **Monconduit**, Francois, *La Comisión Europea des Droits de L'home*. A. W. Sijthoff, Leyde, 1965, p. 47 sostiene: "Constituye el pilar sobre el que se funda todo el sistema de garantías instituido por la Convención: es la pieza central que dirige la acción de otros órganos, la que confiere la arquitectura de conjunto, dándole originalidad y eficacia".

Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Alemania, Grecia y Suiza.<sup>(13)</sup>

## VI. LA COMISION EUROPEA DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU FUNCIONAMIENTO

La Comisión Europea de los Derechos Humanos está compuesta por un número igual de miembros de aquellos Estados miembros que han ratificado la Convención, y es el primer órgano ante quien se puede recurrir. El recurso puede ser dirigido contra un Estado (Art. 24 de la Convención Europea) por otro Estado, o por un individuo (Art. 23). Es ésta la principal característica de todo el sistema de control: por primera vez el individuo puede actuar en el plano internacional y denunciar frente a un órgano, la violación de los derechos fundamentales del hombre, perpetrados por un Estado bajo la jurisdicción en la que el individuo se encuentra.<sup>(14)</sup> Mientras el recurso interestatal es siempre posible, el recurso individual es posible sólo contra los Estados que han aceptado la cláusula facultativa prevista en el Art. 25 de la Convención, que subordina el recurso de “cada persona física, cada organización no gubernativa o grupo de particulares” a la expresa declaración de reconocimiento de la competencia de la Comisión por parte del Estado interesado. La Comisión ejercita la propia competencia con referencia a los recursos individuales desde el 5 de julio de 1955, fecha de entrada en vigor de la cláusula

---

(13) Consejo de Europa, *Op. cit.*, p. 18.

(14) Sobre el problema del individuo como sujeto de Derecho Internacional. Ver GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Derecho Internacional*, Milano, 2da. edición, Vol. I, Giuffrè, 1983, pp. 543-53. Sostiene una posición un poco diferente, MORELLI (Gaetano), *Nozioni di Diritto Internazionale*, Padova, Cedam, 1967, p. 116.

facultativa, después del reconocimiento de la competencia por parte de seis Estados que han ratificado la Convención. Sobre la cláusula facultativa existente en la Convención señala **Ronzitti**:

*...la exigencia que para la Convención de los Derechos del hombre venga dada plena atracción particularmente a través de la cláusula facultativa concerniente al llamado "recurso individual" corresponde a un interés conjunto de principios y convenciones políticas que el gobierno por su parte no puede condicionar enteramente, ya que la noción de los derechos del hombre sobre los que se fundamenta la misma, es patrimonio común de la humanidad, de la conciencia civil de nuestro país, sea porque la subsodicha cláusula contiene en sí importantes elementos de supra nacionalidad y su aplicación representa un paso adelante hacia la profunda integración de la colectividad europea, que sería uno de los principales objetivos de la política italiana.<sup>(15)</sup>*

Una vez que el recurso se presenta, la Comisión procede a un examen preliminar sobre la admisibilidad. Este examen es muy importante, dado que no está limitado a elementos de forma, pero se extiende también al mérito del recurso, para determinar si es infundado.

---

(15) RONZITTI (Natalino), *L'acquetazione della Convenzione Europea dei diritto del l'uomo e delle sue clausole, acoltativ da parti degli Stati membri del Consiglio D'Europa*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. L, Fasc. 2 1967, Giuffrè, 1967, p. 366. Sobre el tema, ver **Sperdutti** (Giuseppe), "Sulla presentazione di ricorsi individuali davanti alla Commissione Europea di Diritti Umani". *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LVII, Fasc. 3, 1974, p. 815. **Pocar** (Fausto) "La trattazione dei ricorsi individuali davanti a la Comisione Europea dei diritto dell'uomo". *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. LV, Fasc. 2, 1972, Giuffrè, 1972, p. 223.

En efecto, la Comisión puede declarar admisible el recurso, es decir, si se cumplen las condiciones siguientes: tanto el recurso individual como interestatal debe ser presentado una vez agotados los recursos internos y dentro de los seis meses a partir de la fecha de la decisión interna definitiva (Art. 26); en segundo lugar, el recurso individual no debe ser anónimo, ni idéntico a otro ya examinado por la Comisión, ni ser presentado ya en otras instancias internacionales; no deber ser incompatible con las disposiciones de la Convención y no debe ser infundado o abusivo (Art. 27).

Luego la Comisión delibera sobre la admisibilidad del recurso mediante una decisión motivada e inapelable. Superado ese paso, se abre uno nuevo, en el cual la Comisión examina el caso con el fin de llegar a un arreglo amistoso de la controversia, de conformidad con el principio del respeto a los derechos del hombre (Arts. 28 y 29).

Se abre así una fase político-judicial, que podría tener una conclusión "política" con la constatación del arreglo amistoso mediante una comunicación a la Comisión, de las partes en conflicto (Art. 30); o una conclusión "judicial" cuando la Comisión en su informe, vista la imposibilidad de un arreglo, expone los hechos y expresa su parecer sobre si los hechos constituyen una violación de la Convención por parte del Estado interesado (Art. 31).<sup>(16)</sup> Este informe viene transmitido al Comité

---

(16) La jurisprudencia de la Comisión en materia de admisibilidad, es muy importante por su carácter vasto y profundo, ya que de ella salen los principios fundamentales de interpretación de toda la Convención. Es de notar, que hasta el 31 de diciembre de 1979 se declararon admisibles solamente 215 recursos, de 8.826 presentados. Véase, *Codice di atti internazionali...* Op. cit., p. 697.

Sobre la fase judicial, se encuentra un amplio tratamiento en Vasak (Karel), *Les dimensions internationales des droits de l'homme-Manuel destiné a l'enseignemt des droits des l'homme dans les Universites*. París, UNESCO, 1980, pp. 538 y ss.

de Ministros y comunicado a los Estados interesados, pero no al sujeto recurrente, ya que tiene carácter confidencial y viene publicado sólo cuando el caso es llevado a la Corte Europea de Derechos Humanos que reabre el caso, y decide con sentencia de carácter obligatorio y definitivo, o una solución política con la presentación de la controversia al Comité de Ministros del Consejo de Europa.<sup>(17)</sup> La presentación de la controversia ante la Corte puede ser efectuada dentro de tres meses del informe de la Comisión, por iniciativa de la Comisión misma o de los Estados interesados (Art. 48), pero está subordinada a la aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte por parte del Estado acusado de violación de la Convención (de acuerdo con la segunda cláusula facultativa prevista por el Art. 46).

Actualmente, la jurisdicción obligatoria de la Corte ha sido reconocida por 18 Estados sobre 20 que han ratificado la Convención, mientras no han aceptado la jurisdicción obligatoria, Malta y Turquía. Se puede hacer notar, que en caso de falta de aceptación de la jurisdicción obligatoria, el caso puede ser diferido ante la Corte con el consentimiento del Estado interesado. Si el caso no es diferido ante la Corte dentro de tres meses desde el informe de la Comisión, la cuestión se somete al Comité de Ministros, al cual le espera decidir con la mayoría de los dos tercios de sus miembros, si ha existido o no una violación de la Convención (Art. 32 párr. 1); en el caso de que se constate una violación, el Comité debe indicar las medidas que el Estado interesado debe adoptar para eliminarla (Art. 32 párr. 2).

---

(17) Sobre el rol del Comité de Ministros, véase **Lodigiani** (Giorgio), *La Commissione nella Convenzione Europea dei diritti dell uomo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 97. *Ibid.*, **VASAK**, *Op.cit.*, pp. 552-553, **Monconduit**, *Op.cit.*, p. 10.

El Comité de Ministros ha constatado la violación de la Convención en un gran número de casos individuales, así como en algunos casos interestatales. En 1970, por ejemplo, los Ministros decidieron que el gobierno griego había contravenido distintos artículos de la Convención. Acatando esta decisión, Grecia se retiró del Consejo de Europa denunciando la Convención Europea de Derechos del Hombre. Posteriormente, este país renovó su ratificación.<sup>(18)</sup>

## VII. LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Europea de Derechos Humanos, que comenzó a operar el 3 de setiembre de 1958 después del reconocimiento de su competencia por parte de 8 Estados, Art. 56, y que está compuesta por un número de jueces igual a aquellos de los Estados miembros del Consejo de Europa (Art. 58), que en la actualidad son 21, examina el caso *ex-novo*, sin ser vinculada ni siquiera por la admisibilidad del informe de la Comisión.

Ante la Corte pueden comparecer la Comisión y los Estados Interesados, pero no el individuo recurrente, sin embargo la Comisión toma en cuenta al individuo recurrente frente a la Corte.

---

(18) Sobre el funcionamiento del Comité de Ministros, se indica "Los gobiernos deben respetar las sentencias pronunciadas contra ellos por la Corte, no obstante que esta última no disponga de un poder coercitivo. La ejecución de las sentencias está controlada por el Comité de Ministros. En caso de no ejecución, el Estado en causa puede ser expulsado del Consejo de Europa. Cuando un caso no ha sido referido ante la Corte, el Comité decide si se ha producido violación de la Convención y sus decisiones no tienen apelación, y en este caso el deber de los Estados de reconocer el carácter obligatorio". Vid. El Consejo de Europa, *Op.cit.*, p. 30.

El procedimiento ante la Corte se concluye con la emanación de una sentencia obligatoria y definitiva a los que los Estados tienen el deber de conformarse y de la que el Comité de Ministros vigila su ejecución (Arts. 53-54). Al contrario, si el derecho interno del Estado reconocido como culpable de la violación, no permite la reparación total o parcial del daño, la Corte puede acordar una satisfacción equitativa a la parte lesionada (Art. 50). Es relevante indicar que la sentencia de la Corte no tiene una fuerza autónoma ejecutiva en los ordenamientos internos, como sucede por ejemplo en las sentencias de la Corte de Justicia de la Comunidad Europea.

Cuando se lleva un caso ante la Corte, la Comisión no tiene una función de Ministerio Público, sino que presenta sus conclusiones de manera imparcial y objetiva. El recurrente puede ser citado como testigo en audiencia pública.

Generalmente las causas son confiadas a una Cámara de siete jueces, dentro de los cuales se encuentra el Juez del Estado en causa. Los problemas importantes surgidos por la interpretación de la Convención son conocidos por la Corte en plenario con 21 jueces. La Corte delibera a puerta cerrada, pero la audiencia en general es pública y las sentencias, contra las que no cabe apelación, son siempre públicas.

El recurrente que gane el juicio, puede ser beneficiado con una indemnización, así como el reembolso de los gastos judiciales.<sup>(19)</sup>

---

(19) Consejo de Europa, *Op.cit.*, pp. 26-30; Vitta-Grementieri, *Atti internazionali...*, *Op.cit.*, p. 699.

Los gobiernos deben respetar las sentencias pronunciadas contra ellos por la Corte, no obstante que ésta última no disponga de un poder coercitivo. Como se ha ya indicado, la ejecución de las sentencias está controlada por el Comité de Ministros, y en caso de la no ejecución, el Estado enjuiciado, puede ser expulsado del Consejo de Europa.

De este procedimiento complejo en el cual tanto la Comisión como la Corte son parte de las garantías que tiene el sujeto en cuanto a sus derechos humanos, se observan algunos aspectos negativos y positivos de la Convención Europea: el dato positivo, es sin duda la consideración del individuo a nivel internacional; el sujeto es por primera vez reconocido titular de derechos a tal nivel y por su tutela puede presentar un recurso delante de un órgano internacional; en segundo lugar, el procedimiento adoptado ofrece amplias garantías de independencia y de imparcialidad, al menos en cuanto se refiere a las fases que se desenvuelven delante de la Comisión y de la Corte. Sin embargo, se encuentra un perfil negativo, que sería el considerar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de un órgano político cual es el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y la imposibilidad para el individuo de ser parte ante la Corte.

Señala Vitta y Grementieri, que dentro de los aspectos positivos instituidos por la Convención se encuentra algunos aspectos prácticos alcanzados, por ejemplo la modificación del Código Penal Austríaco, frente al caso Pataki-Dunshirn; la nueva legislación escolástica Belga con relación a los casos lingüísticos; a las denuncias por violación perpetrada por la dictadura instaurada en Grecia, con el golpe de Estado de abril de 1967. Además, en los últimos años, el rol de la Corte Europea se ha convertido en más relevante, con la emanación de un

número creciente de sentencias, que sancionan, siempre sin titubeos, las violaciones de los derechos y libertades garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos.<sup>(20)</sup>

### **VIII. COMPARACIÓN DE LAS DOS CONVENCIONES CON REFERENCIA A LA COMISIÓN Y A LA CORTE DE DERECHOS HUMANOS**

Debe hacerse notar sobre todo que las dos Convenciones tienen carácter regional y han sido concebidas como acuerdos internacionales, bajo la forma de una convención, jurídicamente obligatorios y no como meras declaraciones con valor moral o persuasivo. Ambas preveen algunas situaciones distintas cuando se trata de la acción, de las instancias, de la resolución de las controversias, así como en su interpretación y la manera de asegurar su cumplimiento.

La Convención Americana contempla 26 derechos y libertades, de los cuales 18 figuran también en la Convención Europea y sus protocolos adicionales. Mientras que 8 derechos sólo figuran en la Convención Americana: el reconocimiento de la personalidad jurídica; la indemnización por errores judiciales; derecho de rectificación y de respuesta en caso de acusaciones difamatorias, y el derecho al nombre, a la nacionalidad, a la igualdad delante de la ley, al asilo, a la protección de menores. En la Convención Europea, se protege el derecho a la educación, que no ha sido incorporado en la Americana.

---

(20) Vitta-Grementieri, *Atti internazionali...*, *Op.cit.*, p. 700.

En cuanto a los órganos previstos en las dos Convenciones, son similares, sea en cuanto a su nombre, sea en cuanto a la competencia. Se trata de una Comisión (Americana y Europea) de los derechos humanos y una Corte. La composición de tales órganos es sin embargo distinta. La Comisión Europea está compuesta de un número de miembros iguales a aquellos Estados partes en la Convención (actualmente 21), mientras, que la Americana preve una comisión de siete miembros y la Corte, de siete jueces. La Corte Europea será compuesta por un número de jueces igual a aquel de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Los recursos, tanto ante la Comisión Europea, como ante la Comisión Americana, pueden ser alegados sea por un Estado Parte en la Convención, sea por un individuo. Los recursos individuales son admitidos por la Convención Europea sólo en confronto con los Estados que hayan aceptado la cláusula facultativa del Art. 25 de tal Convención, mientras que en el Pacto de San José, Art. 44 permite los recursos individuales contra todos los Estados miembros y partes en la misma, sin que sea necesaria la aceptación por parte de ellos. Es esta una de las diferencias mayores entre ambos instrumentos.<sup>(21)</sup>

Al contrario, en cuanto a los recursos frente a la Comisión de un Estado Parte en la Convención, contra otro Estado, también parte de la Convención, se tiene una situación diversa: la Europea admite sin ninguna limitación, mientras que la Comisión Americana, contempla recursos de tal tipo, sólo frente a Estados que

---

(21) Señala Curti-Gialdino, *Op.cit.*, p. 31 que esta inversión con relación al Tratado de Roma se puede explicar con referencia a la experiencia europea, que ha tenido un escaso número de recursos estatales, frente a gran cantidad de recursos individuales.

hayan aceptado la cláusula facultativa del Art. 45 del Pacto de San José.

Sobre la admisibilidad de los recursos, en las dos Convenciones se encuentran análogas limitaciones, tanto a nivel individual como de Estados: previo agotamiento de los recursos internos, necesidad de que el recurso sea diferente a otro ya examinado y que no constituya objeto de otro, pendiente en instancia internacional, así como que no se trate de recursos anónimos o sin fundamento (Arts. 26 y 27 de la Convención Europea y 46-47 de la Americana). No obstante lo anterior, el Pacto de San José atenúa la regla del agotamiento de los recursos internos, disponiendo en el Art. 46 que el recurso sea admisible, en ausencia de los requisitos, si en el Estado en cuestión no se haya previsto un procedimiento judicial para la protección del derecho de que se trata, o si para el interesado haya sido negada la posibilidad de recurrir, o si existiese un retardo injustificado en las decisiones de las instancias recurridas. Encontramos además otras diferencias: la Comisión Europea, cuando no haya podido lograr un acuerdo amistoso de la controversia, puede enviar su informe al Comité de Ministros del Consejo de Europa, que decidirá las medidas a adoptar. Por el contrario, la Comisión Americana, se limita a transmitir el informe a los Estados interesados y a formular propuestas para la solución de la controversia (Art. 50); si esta es todavía insoluta, después de tres meses, la Comisión puede hacer nuevas propuestas, fijando un nuevo término, y al expirar éste, lo que hace es decidir por mayoría absoluta si el Estado de que se trata ha adoptado o no las medidas apropiadas y si el informe debe ser publicado (Art. 51). Este mecanismo atenúa el elemento de presión política para la ejecución de las decisiones de la Comisión que en la Convención Europea deriva de la posibilidad de una intervención del Comité de Ministros, que sustituiría a otro órgano

de garantía introducido por la Convención.

Indica Curti-Gialdino que es muy diferente la actividad de la Comisión Americana en la fase sucesiva a la instructora, ya que en el caso que no se encuentre una solución de conciliación, se prevé que la Comisión escriba un informe en el cual se hayan constatado los hechos y las conclusiones que debe transmitir a los Estados interesados, unidos a las propuestas y recomendaciones. Es así que la posibilidad de llegar a una solución del pleito, a menos que no se realice un arreglo amigable, o que se presente el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Falta así, la otra posibilidad de solución alternativa, respecto a la jurisdiccional, que sí la ofrece el Tratado de Roma, o sea la decisión a un órgano de naturaleza política, que sería el Comité de Ministros de Relaciones Exteriores.<sup>(22)</sup>

En cuanto a la Corte, tanto Europea como Americana, encontramos notables analogías, sobre todo en cuanto al punto de la investidura: ambas conocen de un caso, después de que ha sido agotado el procedimiento delante de la Comisión. En segundo lugar, en cuanto a los individuos, no tienen directo acceso a alguna de las dos Cortes, pues sólo los Estados partes en la Convención, así como la Comisión pueden actuar ante ella. También sólo los Estados que hayan suscrito la cláusula facultativa para tal efecto (Art. 46 de la Convención Europea y Art. 62 de la Americana), o que acepten la jurisdicción de la Corte para un caso concreto. En cuanto a las sentencias de las dos Cortes, se da la obligatoriedad en ambas, pero es de notar que el Comité de Ministros del Consejo de Europa entiende la ejecución de las Sentencias de la

---

(22) Curti-Gialdino, *Op.cit.*, p. 31. *Ibid.*, Superduti, Giuseppe, Voce Diritti Umani, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Tomo XII, 1964, p. 819.

Corte, mientras que no existe una garantía análoga para las sentencias de la Corte Americana.

Las dos Cortes emanan pareceres consultivos, y mientras la Corte Europea puede rendir pareceres sólo en lo que se refiere a la interpretación de la Convención Europea de los Derechos Humanos, la Corte Americana tiene poderes más amplios: puede en efecto ante la demanda de un Estado parte en la Convención y de cualquier órgano de la OEA expresar su parecer acerca de la interpretación de todos los tratados interamericanos referentes a la protección de los derechos humanos (Art. 64). También ésta, constituye una disposición interesante, al afirmarse que puede consultar la compatibilidad de cualquier ley interna de un Estado con la Convención y con otros tratados interamericanos relativos a los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Costarricense Pro-Naciones Unidas, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, San José, Juricentro, 1979.
- Buergenthal (Thomas); Norris (Robert); Shelton (Dinah), *La protección internacional de los Derechos Humanos en las Américas*, San José, Juricentro, 1983.
- Codice Degli Atti Internazionali Sui Diritti Dell'uomo a cura di De Vita-Grementieri, Milano, Giuffré, 1981.
- Consiglio d'Europa. *La Protezione dei diritti dell'uomo in Europa*, Strasburgo, s.d.
- Curti-Gialdino, Agostino. *Los sistemas de garantía en los convenios generales sobre derechos humanos*, Revista Judicial 22, Año VI, julio, 1982.
- Diritti Dell'uomo e Societa Internazionale*, Dispensa di studio, Sioi, Roma, s.d.
- Diritti Dell'uomo e Istituzioni Comunitarie*, Roma, SIOI, 1981.
- Educare Ai Diritti Dell'uomo*, Roma, SIOI, 1982.
- Europa I Diritti Umani*, a cura di CASADIO Franco e Bellamdo Alfonso, EDA, Torino, 1981.

- Fanara, E. *I diritti dell'uomo da Helsinki a Belgrado* Milano, Giuffrè. 1981.
- Il Consiglio D'Europa* (breve-guida), Strasburgo, 1983.
- Il Consiglio D'Europa* (obbiettivi-funzionamento-attività) Strasburgo, 1979.
- La Protezione Internazionale dei diritti dell'uomo* SIOI, Roma, 1978.
- Lodigiani, Giorgio. *La Commissione Hella Convenzione Europea Dei Diritti Dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 1969.
- Manual de Normas Vigentes en Materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, OEA, Washington, 1983.
- Moncounduit, Francois. *La Commission Européene des Droits de L'Homme*, A.W. Sijhoff, leyde, 1965.
- Mora Rojas, Fernando. *Derechos Humanos, Aspectos Prácticos de su Defensa Internacional*, Ed. Universidad de Costa Rica, San Pedro, 1982.
- Pocar, Fausto. *La Tratatione Dei Ricorsi Ricevibili Davanti Alla Commissione Europea del Diritti Dell'uomo*, *Revista di Diritto Internazionale*, Vol. IV, Fasc. 2, 1972. Milano Giuffrè.
- Ronzitti, Natalino. *L'Accetazione Della Convenzione Europea dei Diritti Dell'uomo e Delle Sue Clausul Facultative Degli Stati Nembri del Consiglio D'Europa*, *Rivista di Diritto Internazionale*, Vol. I, Fasc. 2, Milano, Giuffrè 1967.
- Sperduti, Giuseppe, voce *Diritti Umani*, *Enciclopedia del diritto*, Tomo XII, Milano, Giuffrè, 1964.

- Sperdutti, Giuseppe. *Sulla presentazione di ricorsi individuali davanti alla Commissione Europea dei Diritti umani*, Rivista di Diritto Internazionale, Vol. LVII, Fasc. 3, 1974.
- Vasak, Karel. *Les dimension internationales des droits de l'homme-Manuel destiné a l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, UNESCO, Paris, 1980.
- Ventura, Manuel. *Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Revista Judicial 27, Año VIII, Corte Suprema de Justicia, San José, 1982.
- Vitta - Grementieri. *Codice degli Atto Internazionali sui diritti dell'uomo*, Milano, Giufreé, 1981, pp.997 y ss.

# EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

*Mauricio García Villegas\**

---

\* Colombiano, participó en el IV Curso Interdisciplinario, 1986.

## I. INTRODUCCIÓN GENERAL

No falta quien, aún hoy en día, defina los derechos humanos como aquéllos que pertenecen al hombre como tal. Esta tautología inaceptable y hasta ridícula para cualquier semántico ha sido justificada desde Cicerón hasta Hegel y sus discípulos con base en la supuesta evidencia de una naturaleza común a todos los hombres.

En la actualidad, cualquier persona provista de la prudencia mínima que proporciona el estudio de la epistemología, podría negarse a reconocer la existencia de una tal naturaleza humana.<sup>(1)</sup> De ahí que no sea mucho el entusiasmo entre filósofos y abogados para emprender una fundamentación de los derechos humanos. Dos dificultades saltan a la vista: 1) los derechos humanos varían a través de la historia. El derecho de propiedad, por

---

( 1) Para un estudio sobre este tema, puede leerse *Teoría Política* de Arnold Brecht. Depalma, Buenos Aires, 1963.

ejemplo, defendido incondicionalmente a principios del siglo XIX ha cambiado de una manera fundamental en el presente siglo. 2) Estos son de una intensidad variable, de tal manera que no sólo existe una jerarquía de valores hecha al tamaño de sus creadores, sino que incluso la aplicación de unos derechos resulta incompatible con la aplicación de otros. Por ejemplo el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18 de la Declaración Universal), puede resultar incompatible con el derecho a la instrucción elemental obligatoria (Art. 26 de la Declaración Universal).

Este asunto del fundamento tiene mucho que ver con un debate que durante siglos ha desvelado a los juristas: ¿son universales los valores? *Iusnaturalistas* y positivistas han invertido todas sus energías en esta discusión que a la postre ha producido más libros que convencidos. Como suele suceder en estas cosas, el debate sobre la objetividad de los valores se ha encontrado con el peor de los enemigos: la indiferencia.

Sin embargo no todo está perdido para los derechos humanos, más aún, mucho se ha ganado. El abandono de la discusión sobre el fundamento excluye cualquier solución filosófica pero en compensación recupera el debate para la política. Y es aquí donde el tema adquiere su verdadero sentido e importancia.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los dos pactos adicionales sobre derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, constituyen, desde un punto de vista político, un logro incuestionable. Es cierto que el texto votado por la mayoría de los pueblos del mundo, es una forma genérica que oculta las diferencias ideológicas de los firmantes. Sin embargo, el hecho de plasmar en el papel 126 artículos, constituye una limitación a la conducta de los gobiernos que no

debe ser subestimada. El discurso político no es lo suficientemente flexible como para acomodar cualquier comportamiento dentro de lo prescrito por la Declaración y los pactos. Toda diplomacia medianamente eficaz se cuida de no aparecer como vocera de un gobierno violador de los derechos humanos.<sup>(2)</sup> Es cierto que esto no es una garantía de que los derechos humanos se respeten, pero sí constituye un obstáculo para aquél que los viola.

Cada período de la historia posee unos valores y unas condiciones de verdad que determina cierta racionalidad propia de la época. Ningún discurso político puede impunemente desconocerlos. Pues bien, los derechos humanos son un buen ejemplo de estos valores históricos —lugares comunes si se quiere— concebidos y desarrollados en nuestra época. Esto ya es suficiente para hacer de éstos una causa política. Su ineficacia se debe principalmente a inconvenientes prácticos que sólo pueden superarse con acuerdos entre gobiernos.

Estos inconvenientes son: primero que todo un sistema internacional anárquico en donde suele triunfar la ley de los poderosos, y segundo, la necesidad de cierto desarrollo económico como requisito esencial para la eficacia de los derechos humanos. Es por eso que la protección es más efectiva allí donde menos se necesita (Europa) y menos operante allí donde es más imperiosa (Tercer Mundo).

En el presente trabajo nos proponemos demostrar —con las limitaciones propias que la epistemología ha dado a este término—<sup>(3)</sup> la importancia política creciente

---

( 2 ) Esta afirmación es propia del realismo político promovido por autores como Hans Morgenthau.

( 3 ) Esto será objeto de análisis en un capítulo posterior. Sin embargo, téngase en cuenta que el término demostración en ciencias humanas es sumamente restringido.

del tema de los derechos humanos como fenómeno concomitante al descrédito del problema filosófico del fundamento absoluto de los derechos humanos.

Con este propósito hemos dividido el presente estudio en tres partes. En la primera de ellas se hace un corta introducción teórica que comprende dos comentarios: uno sobre la ciencia y otro sobre la violencia en nuestra época. Estos dos temas sin conexión aparente servirán para demostrar posteriormente la prioridad del trabajo político sobre la especulación filosófica tratándose del tema que nos ocupa. Un segundo aparte servirá para desarrollar el problema del fundamento de los derechos humanos. Aquí haremos alusión a cuestiones relativas a la filosofía del derecho e introduciremos algunos elementos de filosofía política. Por último se expondrán algunas conclusiones.

## II. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

### A. LA CIENCIA

La ciencia no tiene nada de qué avergonzarse, ni siquiera de las ruinas de Nagasaki, decía en 1956 el investigador inglés Jacob Bronowski. Pero los hechos muestran otra cosa.

El pedagogo Arthur Jensen sostuvo hace algunos años que los norteamericanos negros disponían de un cociente intelectual (CI) promedio de 15 puntos por debajo de sus similares blancos. Pretendía ser ésta una prueba de que los blancos son más inteligentes que los negros. Las investigaciones de Jensen se basaban en las del psicólogo británico Cyril Burt, según el cual dos gemelos educados en distintos ambientes poseen el mismo CI, demostrándose así su carácter hereditario. Algunos

años más tarde se probó que Burt había simplemente inventado su teoría de los gemelos y que jamás existió tal constatación. Con el descubrimiento de semejante patraña, se supo entonces que el CI depende de factores socio-culturales y no raciales como pretendía Jensen.

En otros casos la vergüenza es producto de la incompetencia: el 5 de mayo de 1902, una comisión de expertos nombrados por el gobierno de Martinica para investigar las amenazas del volcán Peleé, concluyó que existía una ausencia total de peligro. Tres días más tarde la montaña hizo explosión y cubrió de lava la población de Saint Pierre con sus 28.000 habitantes.

El bochorno de la comunidad científica no es menor cuando miles de sus miembros participan, –amparados en la supuesta neutralidad de su oficio– en los oscuros negocios de fabricación y venta de armas, en la transferencia de tecnología obsoleta a los países subdesarrollados y en general en proyectos de dominación en donde se requiera el aporte de la ciencia o de la tecnología.

Esta idea de la *Ciencia Neutral*, amoral, es más común de lo que se cree. Puesto que el trabajo del científico –se dice– está limitado al descubrimiento de verdades fácticas, ni el bien ni el mal le atañen. Sólo la buena o mala utilización que de estos logros hagan políticos o militares, puede ser juzgada moralmente. Suponen entonces que sólo en el caso del derecho o de la moral, que no describen lo que es, sino que prescriben lo que debe ser, la crítica es posible. Su inevitable vinculación con los valores excluye toda neutralidad.

Esta idea proviene de una errada interpretación de las ciencias naturales: el dogma de la veracidad incuestionable de la física. Newton, de acuerdo con Kant, habría extractado de la realidad aquellos principios *a priori* e

inmutables que determinan su comportamiento. Sin embargo ésto era una quimera. De la misma manera como los modernos demostraron la falsedad de la física basada en el paradigma iniciado por Aristóteles, la ciencia contemporánea, con Einstein, demostraría años más tarde la falsedad de la física de Newton (Thomas Kuhnt).<sup>(4)</sup> Nada impide entonces que el día de mañana un nuevo genio científico ocasione el desplome de los fundamentos del actual paradigma construido por la Teoría de la Relatividad. Por esta razón Feyerabend afirma que la mejor manera de lograr descubrimientos en el campo de la ciencia, es olvidándose de las enseñanzas metodológicas recibidas de la comunidad científica.

No existe, pues, la pretendida objetividad de la ciencia. El investigador dispuesto a iniciar su trabajo, no lo hace desprovisto de toda simpatía o inclinación. Su proceder responde en buena parte a los prejuicios de su formación y de su sensibilidad. *El conocimiento científico –dice Bachelard– es siempre la reforma de una ilusión:*<sup>(5)</sup> la verdad del objeto.

Siendo así –hipotética y no legal– la ciencia no es ni la depositaria de la certeza y de la pulcritud en el saber, ni la vocera de un conocimiento amoral. La presencia de científicos, para bien o para mal, en los grandes problemas de la humanidad, es una buena señal de esta susceptibilidad moral. El hambre, la disuasión nuclear, el desempleo, la insalubridad...etc., no siempre existen a pesar de los esfuerzos de la ciencia, sino precisamente gracias a su colaboración e indiferencia.<sup>(6)</sup>

---

( 4 ) Thomas Kuhnt, *La Estructura de las Revoluciones Científicas*.

( 5 ) En su libro *Epistemología*. Edit. Anagrama, Barcelona, página 16.

( 6 ) Al respecto puede leerse el interesante estudio de Mario Bunge: *Ciencia y Ética*. Editorial Siglo XX.

## B. VIOLENCIA Y POLÍTICA

Los hombres poseemos una singular manera de percibir los riesgos y de prever los peligros. Quizá aquí se encuentre uno de los secretos de la supervivencia humana. La alarma social que produce la violencia no siempre guarda correspondencia con los hechos. Así por ejemplo, seis años de guerra entre Irak e Irán con sus 900.000 muertos, parece inquietar menos al mundo que los conflictos de Afganistán o de Nicaragua. Los muertos consumidos por las llamas del terrorismo valen más —producen más estupor ante la opinión pública— que los millones de seres humanos que anualmente mueren víctimas del sueño inexorable del hambre y la desnutrición. El orden económico internacional, con sus excedentes de alimentos en el norte y sus hambrunas en el sur, parece causar menos indignación que un embargo o el aumento del precio del petróleo.

Cuando la violencia se prolonga en el tiempo, diluyéndose imperceptiblemente en los acontecimientos, su magnitud no importa. Si las personas no se desploman en las calles, o no explotan en los aviones, o no mueren en los campos de batalla, entonces se cree que todo va bien. El hombre contemporáneo se ha vuelto escrupuloso con la violencia. La sangre esparcida le incomoda hoy más que nunca.

Por eso señala Michel Foucault que el sufrimiento ha variado, *sólo cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos.*<sup>(7)</sup> El hombre de hoy no es más indulgente, simplemente es más zalamero.

---

( 7) Tomado de *Vigilar y Castigar*. Siglo Veinte Editores, México, 1976.

Esta tranquilidad ingenua ante la violencia que no salta a los ojos, se observa con el peligro nuclear. Antes, cuando la disuasión atómica no gobernaba las relaciones entre las potencias, la guerra se preparaba y de alguna manera se avisaba. Hoy, en un planeta infestado de energía nuclear, sigilosamente camuflada en impecables plantas de procesamiento o en misiles escondidos bajo la superficie, nos resistimos a pensar que todo pueda explotar de un momento a otro.

Muy sencillo, los muertos de Hiroshima no son un cuento. Las cifras no mienten en esto: la explosión de una bomba atómica libera energía en tres formas: de golpe 50%, de calor y radiación 35%, y de radiación nuclear 15%. Se calcula por ejemplo que un ataque atómico de 10 megatones (500 veces Hiroshima, es decir 0.005% de la capacidad mundial) sobre una ciudad de 7 millones de habitantes, ocasionaría la muerte instantánea a 4,5 millones de habitantes y 750.000 quedarían heridos en medio de una infraestructura devastada: ni hospitales, ni alimentos, ni agua, ni electricidad. En estas circunstancias, no es debido a la buena fortuna que se sobrevive; todo lo contrario. Las enfermedades, el frío, el hambre...etc., concluirán el desastre iniciado por las explosiones.

Estos son sólo algunos ejemplos entre muchísimos más que podrían demostrar la sutil y descarnada violencia de nuestra época. El hecho de que nos consideremos más *civilizados* que en otras épocas sólo parece significar que la opresión y la injusticia ya no se ejercen de la misma manera que antes. Pero este cambio no puede hacernos creer que han desaparecido. El tema de los derechos humanos sigue siendo de crucial importancia hoy en día. Más aún, no es aventurado afirmar que hoy más que nunca el discurso político gira alrededor de este tema.

### III. EL PROBLEMA DEL SENTIDO DEL DERECHO

La pregunta por el fundamento de los derechos humanos se relaciona con el problema del fundamento del derecho. Aunque no se trata de una identidad de asuntos, sí podemos remitirnos a éste más general, el derecho, para dilucidar aquél más específico, los derechos humanos.

#### A. *IUSNATURALISMO* E *IUSPOSITIVISMO*

A partir del siglo XVIII el tema fundamental de la Filosofía del Derecho es el tema de los valores y dentro de éste el del valor justicia.

En esta época la Filosofía del Derecho se preocupa por la existencia de los valores. Esto no es tarea fácil. Se trata de establecer si ellos existen independientemente de la voluntad del hombre –del legislador o del juez en nuestro caso–, es decir como objetos ideales, como esencias; o si por el contrario son sólo el producto de la voluntad del hombre como mera subjetividad. De acuerdo con esta última tendencia lo arbitrario define el ente. No existen valores *en sí*, sólo valoraciones. Por supuesto las implicaciones epistemológicas para el Derecho son fundamentales según se tome partido por una u otra postura. Aquéllos que sostienen la existencia objetiva y universal de los valores, consideran que el objeto del Derecho es una norma con un contenido justo. Entre aquéllos que niegan tal existencia, o mejor tal conocimiento, algunos piensan que la forma lógica de la norma jurídica es el único objeto comunicable, es decir científico. Los primeros se fundamentan en el derecho natural --bien sea la ley eterna o la razón– y los segundos en el derecho positivo. Aquéllos postulan una ciencia mate-

rial que involucra la realidad dentro del objeto, sostienen que dicho método es científico y por lo tanto proporciona resultados ciertos, objetivos. Estos por el contrario desconfían de dicho conocimiento material y reducen el objeto de la ciencia del derecho a la forma lógica de la norma.

En síntesis ambas teorías, *iusnaturalismo* e *iuspositivismo* difieren en cuanto a la objetividad del conocimiento del contenido de las normas jurídicas. Este contenido es siempre axiológico, realiza un valor. Unos creen que la ciencia puede conocer este valor y los otros lo niegan. Pero esta falta de acuerdo no radica en el valor como pudiera pensarse, sino en la ciencia. La diferencia debe encontrarse en una concepción de la ciencia que no les es común: los partidarios del derecho natural se valen de una *ciencia amplia* optimista en cuanto al conocimiento de la verdad, fruto de una visión armónica y segura del cosmos en donde Dios o un principio de organización son la base. La naturaleza entonces posee cierta finalidad innata y clara ante la mirada del hombre. Los positivistas en cambio prefieren una mirada cautelosa y desconfiada que elimina del conocimiento objetivo todo aquello que no sea demostrable racional o experimentalmente, lo demás, dicen, hace parte del oscuro e impenetrable mundo de la metafísica.<sup>(8)</sup> Siendo un poco atrevidos, aunque sin faltar a la verdad, podríamos decir que en el fondo una sensibilidad ontológica y sobre todo estética domina el conflicto. Es una cierta posición emocional del hombre frente al mundo, lo que determina ambas corrientes.

---

( 8) Un ensayo de Heinz Wagner intitulado *La Teoría Pura del Derecho y la Teoría Marxista del Derecho*, es especialmente ilustrativo en este tema.

## B. ORIENTE Y OCCIDENTE

El concepto de la ciencia que se utiliza normalmente para dar claridad y objetividad a un razonamiento es problemático y ambiguo. La palabra ciencia suele tratarse amañadamente. A la ciencia se hace alusión inescrupulosamente para reclamar de manera unilateral sus beneficios. Cada autor –quién no– desea ampararse en ella. Veamos algo sobre la evolución de la idea de ciencia en la filosofía.<sup>(9)</sup> La historia de la filosofía es una historia arbitraria y contingente. Todos en occidente somos de una u otra forma, herederos de Parménides, herederos de una disposición especial –quisiera decir, estética especial– frente al objeto. Se nos ha enseñado siempre a conocer la verdad que está ahí, en el objeto. El ser, la totalidad, la esencia, el ser *en sí*, son ejemplos clásicos de un discurso que quiere dominar al objeto que quiere poseerlo, asirlo. Sin embargo, ésto pudo haber sido diferente si los griegos no hubieran colonizado culturalmente el imperio romano. La filosofía oriental –la otra mitad del mundo– no pretende ni este descubrimiento, ni esta posesión. Sus intereses –su postura estética– están localizados en la introspección y no en la razón. El culto por el yo, por la vida, por la naturaleza, dominan las preocupaciones de los filósofos de oriente.<sup>(10)</sup> Esto explica en buena parte el adelanto científico de nuestra civilización con respecto a la oriental. Los griegos se preocuparon ante todo por la naturaleza, por el objeto *en frente*, de ahí la extraordinaria transformación de la materia, la tecnología, el confort, etcétera.<sup>(11)</sup>

---

( 9) Es de anotar que la palabra ciencia ha tenido múltiples significados en su evolución histórica.

(10) Puede leerse una magnífica conferencia dictada por Jorge Luis Borges el 6 de julio de 1977 en el Teatro Coliseo de Buenos Aires.

(11) En *Filosofía Cristiana de la Existencia* de Ignace Ceep, Capítulo I, se trata este tema.

Este conflicto entre razón e introspección entre Parménides y Lao Tze, fuente de dos civilizaciones, parte de una contingencia que no puede menos que asombrarnos cuando pensamos en el caprichoso azar que la sustenta. En la filosofía occidental –una manera amañada de hacer filosofía según lo dicho–, existe como decíamos antes una preocupación fundamental por el conocimiento de lo verdadero, de lo general, de lo científico.

Sin embargo, estas pretensiones no siempre han sido satisfechas. Primero –los antiguos– querían conocer *El Ser* tal cual, total e inmenso. El afán de objetividad y la pobreza tecnológica hacían del universo una morada amplia y amable para las preguntas de los filósofos. El cristianismo,<sup>(12)</sup> siglos después, vendría a fortalecer esta visión pagana de la naturaleza con la fuerza y el vigor de la teología tomista.

Pero ya en la modernidad este optimismo realista comienza a derrumbarse: Descartes pone en tela de juicio la claridad del conocimiento de los objetos reales y reduce la certitud del pensamiento. Dios, el alma, el universo, respaldan aún la confianza en un conocimiento seguro. Pero el idealismo iniciado por Descartes engendraba una lógica de escepticismo demoleadora: Locke, Berkeley, Hume y por último Kant reducirán cada vez más el espacio de lo cierto. Sin duda alguna el esfuerzo más notable dentro de los idealistas fue el realizado por Kant. En él, más que la purificación, la racionalización del pensamiento conduce a creaciones elogiosas desde el punto de vista intelectual, aunque monstruosas desde el punto de vista existencial, como lo anotará más tarde Kerkegaard. Marx reacciona contra los excesos del idealismo. Su obra intenta recuperar el mundo real sustiuyendo el método dialéctico Hegeliano por una dialéctica

---

(12) Por supuesto, sin desconocer el aporte del estoicismo.

concreta del devenir histórico. Su fé ciega en la ciencia del siglo XIX lo conduce a desconocer la metafísica. Todo este proceso iniciado por Descartes va arrebatando poco a poco a la teología su situación preponderante en el saber. El hombre contemporáneo busca entonces certeza en las ciencias naturales. Nietzsche, Freud, Marx, crean las condiciones teóricas para la conformación de una nueva *episteme*; la contemporaneidad, las ciencias naturales son aquí el último refugio de la objetividad y pronto ellas mismas engendrarían las bases para vencer este refugio.

Pero hoy en día son muchos los filósofos que le niegan esta prerrogativa a las ciencias físicas. Puede demostrarse por ejemplo que no existen reglas científicas que no puedan ser infringidas en una u otra ocasión. La idea de un método perfecto que produzca siempre resultados ciertos no pasa de ser una ilusión romántica del siglo XVIII. El *progreso* de la ciencia se hace precisamente violando el método aceptado, establecido. Así sucedió con la revolución copernicana, con la teoría cuántica...etc. Más aún, como lo dice Feyerabend, *Considerando cualquier regla por fundamental que sea hay siempre circunstancias en las que se hace aconsejable, no sólo ignorar la regla sino adoptar su opuesta.*<sup>(13)</sup> La idea sobre la *comunidad científica* de Tomas Kuhn, según la cual en cada *episteme* científica se crean unas condiciones de verdad que en un momento determinado –de madurez del *paradigma*– se rompen dando lugar a una revolución científica, la cual crea otras condiciones de verdad diferentes, esta idea repito, muestra la misma relatividad.<sup>(14)</sup> En esta forma la física Newtoniana por ejemplo, no es de ninguna manera la continuación –el progreso–

---

(13) En *El Método Científico*. Feyerabend, F.C.E., México.

(14) En *La Estructura de las Revoluciones Científicas*. F.C.E., México.

de la física de Aristóteles. Ni la física de Einstein está por encima –como acumulación de verdades– de aquella explicada por Newton. En un plano diferente, Gaston Bachelard ha demostrado cómo el sujeto científico es parte determinante en la investigación y en el resultado. El, como sujeto psicológico que quiere y siente, encausa el saber. De ahí que no pueda predicarse la objetividad e inmutabilidad de la ciencias naturales.

La confianza en el objeto, la seguridad escolástica, se perdieron para dar paso al nihilismo y a la angustia. “La Detrese”, la angustia de que nos habla Heidegger provienen precisamente de ese olvido del ser de una civilización inmersa en el ente embriagante de la técnica.

### *C. FILOSOFIA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA*

La filosofía del derecho ha heredado este problema contemporáneo del sentido. Es bien conocida la feroz disputa por la científicidad del derecho entre los partidarios del derecho natural y los positivistas. En esta discusión se debate el mismo asunto de la filosofía general: qué tiene sentido y qué no tiene, qué es científico y qué no lo es. Es difícil hacer un balance de tal enfrentamiento, sin embargo creemos que nos es aventurado decir por una parte, que el positivismo siempre ha tenido más unidad y firmeza en sus planteamientos. Después de todo, sus tesis han sido simples y radicales: los valores no existen puesto que no son demostrables ni racional ni experimentalmente. Por otra parte, para los “iusnaturalistas” el recurso a explicaciones detalladas y a veces fatigosas, de supuestas evidencias subjetivas que demostraban la existencia de los valores, los condujo a formar grandes bibliotecas pero pocos adeptos. Sin embargo, tales evidencias de valores universales laten aún en mu-

chísimos filósofos. Después de las atrocidades de las dos guerras mundiales –y de períodos tan escabrosos como la dictadura Estaliniana y el régimen Nazi–, existe una tendencia hoy en día a retomar principios y valores del viejo derecho natural, como logros históricos que deben respetarse. En nuestra opinión, el empate no es un resultado injusto para ninguna de las dos escuelas. Ha sido el olvido tácito, la fatiga de argumentos interminables y la falta de una solución lo que ha causado el descrédito de esta discusión.

Ello demuestra por lo demás, que el planteamiento clásico del problema no satisface las necesidades actuales y que hoy en día se requieren tesis que superen el dualismo tradicional entre iusnaturalismo e iuspositivismo. En síntesis el fracaso de esta discusión, o mejor la falta de soluciones concretas, no proviene de una especificidad del derecho, sino que debe enmarcarse dentro de la problemática de la filosofía occidental: Esa imposibilidad de demostrar científicamente –a la manera de las ciencias naturales– la existencia de verdades eternas. Y es que esta pretensión desconoce el carácter dinámico e inasible del hombre. El método para mensurar los fenómenos físicos no puede utilizarse con el hombre. La llamada *Naturaleza Humana* no es algo estático, permanente. Su ontología se altera permanentemente con la interferencia del elemento cultural que no es otra cosa que la libertad.

Pero entonces si esta idea de objetividad es imposible, si inclusive las ciencias naturales han perdido la clásica pretensión de objetividad e inmutabilidad, como se puede constatar hoy en día, si la verdad, eterna, en sí, invariable, es una idea ajena a la *naturaleza humana*, anonadada en un devenir permanente e inasible por el espectro de las ciencias físicas, ¿por qué no abandonarla reconociendo esta limitación y cambiando de estrategia?

La filosofía occidental no es la única manera de hacer filosofía. Tampoco sería sensato adoptar los postulados de la filosofía oriental tal cual. Lo que debe hacerse en la filosofía del derecho es entonces: 1) Por una parte reconocer la existencia de valores como elementos fundamentales de las normas jurídicas: el positivismo jurídico, en aras de la científicidad, redujo el derecho a la forma lógica de las normas, restándole así su materialidad fruto de su riqueza teórica y de su importancia existencial y humana. 2) Y por otra, abandonar la pretensión de objetivizar el contenido de las normas jurídicas. Los valores son históricos y deben estudiarse dentro de una sociedad determinada y en un momento determinado. En otras palabras, tanto la pretensión del positivismo de hacer de las formas jurídicas el único objeto del derecho, como aquélla de la escuela del derecho natural de hacer de los contenidos jurídicos elementos eternos e inmutables son propósitos desmesurados que buscar infructuosamente recogerse al amparo de una ciencia dogmática e infalible que no existe.

#### **IV. EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS**

##### *A. EL CONCEPTO DE FUNDAMENTO*

Ante todo es necesario determinar el alcance de la palabra fundamento. En términos epistemológicos, éste puede indicar básicamente dos cosas: 1) principios últimos que dan cuenta de manera absoluta de un determinado conocimiento. 2) principios que dan cuenta o explicar de manera relativa un determinado conocimiento.

En cuanto al primer sentido, digamos desde ahora que no parece posible encontrar tales postulados invaria-

bles.<sup>(15)</sup> El estado actual del saber nos indica que ni siquiera las ciencias naturales poseen tal pretensión.<sup>(16)</sup> Podemos afirmar que una de las adquisiciones de la ciencia contemporánea es la de explicar sus leyes como hipótesis verificables en un tiempo y un espacio determinados sin que ello indique la permanencia de la ley para todo tiempo y espacio posibles.

Partiendo de ese supuesto el fundamento de un saber científico tiene el valor de proporcionar una explicación aceptable, razonable para la comunidad de científicos de un período determinado. En términos de Karl Popper, se trata de buscar un principio que no pueda ser falseado con los criterios de verdad establecidos, pero que podría serlo en un futuro.<sup>(17)</sup>

De acuerdo con lo anterior, lo más indicado será limitar el problema del fundamento a una explicación relativa, circunstancial. Por lo demás, nos parece que esto no demuestra el valor del saber ni mucho menos conduce los postulados del derecho a la anarquía. Más

---

(15) A propósito, Norberto Bobbio en un simposio sobre Fundamento de los derechos Humanos del Hombre promovido por el Institut International de Philosophie y desarrollado en L'Aguila en septiembre de 1964, expuso algunas de las dificultades para encontrar un fundamento absoluto. Estas son: 1) La vaguedad de la expresión derechos humanos; 2) Estos derechos son de una especie variable como la historia de estos últimos siglos demuestra abundantemente; 3) Estos derechos son heterogéneos. Hay exigencias muy diferentes entre los distintos derechos humanos, y lo que es peor, éstas son muchas veces incompatibles.

(16) Para mayor ampliación de esta idea puede leerse, Thomas Kuhn: "La estructura de las revoluciones científicas". Aquí se da una idea clara de cómo la comunidad científica con sus prejuicios y sus presupuestos, circunscribe las posibilidades de desarrollo científico a unas condiciones de verdad específicas válidas sólo para un período de desarrollo científico.

(17) En *Derecho, Legislación y Libertad*, Frederic A. Hayek proporciona fundamento al derecho en este último sentido.

adelante se mostrará cómo esta explicación relativa –espacio temporal– está más cerca del optimismo y del humanismo que el dogmatismo de un fundamento absoluto.

Así, tendremos una teoría de los derechos humanos en la cual sus principios están en permanente confrontación con la realidad y con el avance del saber. Es aquí donde adquiere una importancia extraordinaria la teoría de la *Nueva Retórica* de Chaim Perelman.

### **1. Perelman y la teoría de la tesis más razonable**

Perelman, conciente de la incapacidad de las doctrinas iusnaturalistas e iuspositivistas para explicar el derecho, formula una nueva teoría partiendo del análisis del lenguaje.

Según Perelman, en el ajetreo cotidiano de la práctica jurídica, abogados, jueces y legisladores trabajan con el propósito fundamental de convencer a su auditorio de un argumento específico. Así, el juez en su sentencia debe encontrar la solución más adecuada al caso concreto que se le formula. Es evidente que en muchos casos dicha solución está claramente prevista por el ordenamiento jurídico, de tal manera que su argumentación será contundente y clara. Sin embargo no siempre la práctica judicial es tan simple. Con frecuencia las normas previstas, para determinados hechos no encuentran acomodo en la realidad; bien porque el legislador no previó los nuevos hechos presentados, o bien porque aunque prevista la solución dada por el legislador ya no parece justa. En estos casos el juez debe encontrar la solución más razonable al caso que se formula. Esto es, debe convencer a su auditorio –las partes y los demás implicados en el asunto– de que la mejor solución al caso

es la propuesta y no otra, a pesar de que ésta no esté prevista por las normas positivas.<sup>(18)</sup>

Lo anterior basta para postular la primacía de lo espacio-temporal sobre lo ideal, ya sea que éste último provenga de un absolutismo axiológico (iusnaturalismo) o de un absolutismo formal (iuspositivismo). El derecho entonces adquiere sentido en la medida en que sus afirmaciones sean consideradas como las más acertadas. No se trata entonces de exigir veracidad de las normas, esto es, de sus valores, se trata de exigir razonabilidad. La comunidad receptora de normas encontrará legítimo el derecho cuando éste proporciona decisiones aceptables para una mayoría.

Según Perelman entonces la solución de los problemas en esta perspectiva no será nunca ni evidente ni arbitraria: *ella será dada gracias a una toma de posición del teórico que resultará de una decisión personal, que se presenta sin embargo como válida para todos los espíritus razonables. Esta decisión no siendo una simple conformidad con la evidencia, ni pretendiendo ser infalible, no arriesga con convertirse en fundamento de un despotismo éclairé<sup>19</sup> escapando a todo control y a toda crítica.*<sup>(20)</sup>

- 
- (18) Lejos están aquellos tiempos en los que se consideraba que el único papel del juez era el de aplicar un derecho claro y evidente en cualquier caso. Los postulados de la Escuela Exegética de interpretación han sido suficientemente rebatidos por la doctrina. Para dar un buen ejemplo puede leerse el interesante estudio de Luis Recassens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. Es importante resaltar la similitud de las afirmaciones de Recassens con las de Perelman.
- (19) Un buen ejemplo de este despotismo puede encontrarse en la República de Platón. En este sentido, el libro de Karl Popper *La Sociedad Abierta y sus Enemigos* es especialmente ilustrativo. También es de interés el análisis que se hace en el mismo libro del despotismo hegeliano.
- (20) Tomado de *Le Raisonnable et Le deraisonnable en droit*, Perelman, Herbert L. Hart en *El Concepto del Derecho* analiza con detenimiento la importancia que posee la crítica en las sociedades contemporáneas.

## 2. La importancia de la realidad

A pesar del desorden internacional, a pesar de la debilidad de las normas del derecho internacional y a pesar de los abusos de las grandes potencias, el ejercicio del poder no está desprovisto de límites. Maquiavelo tendría que haber sido mucho más sutil en sus recomendaciones a un mandatario de esta parte del siglo veinte. El hecho de que los gobernantes todavía dispongan de un buen margen de acción que siempre se queda en la impunidad, no puede hacernos olvidar aquello que los mismos gobernantes han dejado de hacer para no perder el poder.

Fuera de los controles convencionales de que están provistos casi todos los regímenes políticos, cada día cobra mayor importancia el control ejercido por la opinión pública. Incluso en países del tercer mundo la población se siente fuerte para reclamar ante sus gobernantes una determinada conducta acorde con la moral del momento. Si bien es aventurado opinar que todos los pueblos del mundo reclaman los mismos derechos, sí se puede constatar un espíritu de crítica y de participación popular en las decisiones estatales en las últimas décadas del presente siglo.

Hay algo básico en el ejercicio del poder en nuestra época que le proporciona una especificidad y una dimensión inusitadas. Se trata de la importancia del lenguaje. Nunca antes los políticos se vieron tan forzados a convencer. La política se hace con obras y sobre todo con palabras. El gobernante debe encontrar las tesis susceptibles de ser acatadas por su pueblo (su auditorio) para poder mantenerse en el poder. Ningún gobernante

---

La obediencia a la ley y la crítica permanente hacen posible el mantenimiento de la seguridad jurídica y al mismo tiempo la renovación de los contenidos de las normas.

por seguro que se encuentre, puede hoy impunemente subestimar el convencimiento de los ciudadanos. Cotidianamente, a cada paso, el jefe de un Estado debe tener presente esa relación contingente, diabólica, entre el orador que trata de convencer, y su auditorio que escucha, piensa y decide. Es evidente que se presentan manipulaciones y tergiversaciones pero ello no puede hacernos olvidar el aumento de la participación popular en los asuntos del Estado que se presenta después de la Segunda Guerra Mundial.

El reciente escándalo del envío de armas a Irán, es un buen ejemplo de cómo el pueblo participa en el poder. En América Latina la década de los 80 ha sido un punto de ruptura con las estructuras opresivas de los sistemas de seguridad nacional. El gran camino que resta por recorrer hacia la democracia no puede hacernos olvidar –repetámoslo un vez más– el camino ya recorrido.

Una buena demostración de cómo el lenguaje limita el campo de acción de los gobernantes está dada por el tema de los derechos humanos. Desde mediados del siglo XVIII este tema ha hecho parte de los textos de ciencia política. Sin embargo si separamos la historia de estos derechos veremos cómo los valores que componen su deber ser, han variado esencialmente en estos dos siglos; de tal manera que lo que hoy entendemos por este concepto fue extraño para las gentes del siglo pasado o de finales del XVIII. Pero esta relatividad atenuada por lentas variaciones en largos periodos de la historia se acompaña de un cierto consenso en un mismo periodo. Así, a pesar de marcadas diferencias ideológicas, los hombres de una misma época coinciden en ciertos presupuestos axiológicos, parten de condiciones de verdad y de valor similares que permiten un acuerdo inicial básico. En nuestra época este acuerdo está en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos

adicionales. Allí, en esos textos, a pesar de su generalidad, hay un principio de acuerdo. Esa sensibilidad común de todos los países firmantes está plasmada en un documento. Este hecho proporciona una buena dosis de objetividad al problema de los derechos humanos, pues el político no puede desconocer el famoso texto al momento de tomar una decisión. El lenguaje —y por ende los hechos— están limitados. Una perspectiva realista en materia de relaciones internacionales por ejemplo, recomendaría tomar decisiones que no sobrepasen la tolerancia de los demás estados —y del auditorio en general— en materia de derechos humanos. La política es el arte de tomar decisiones eficaces en lo relativo a la consecución o al mantenimiento del poder y hoy en día este arte para ser eficaz, requiere entre otras cosas del convencimiento de los súbditos y este convencimiento difícilmente se logra sin un mínimo respeto de los derechos de los individuos.

## V. CONCLUSIÓN

Dice el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: *Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y dotados como están de razón y conciencia deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.* Este texto que parece decantar en cada letra todo el peso de la cultura occidental, todavía guarda su parentesco con las palabras de Cicerón: *Exite pues, una verdadera ley, la recta razón congruente con la naturaleza, que se extiende a todos los hombres y es constante y eterna.* Ambos enunciados recogen esa disposición tan propia de nuestra cultura, para refugiarse en verdades, esencias, naturalezas o cosas en sí. El hombre occidental siempre ha necesitado tanto de la verdad como del confort o de las máquinas. Su racionalismo es de carácter, de principio, de entrañas. En occidente ve-

mos con asombro y hasta menosprecio, el apego incuestionado a las tradiciones religiosas de los orientales, así como el fatalismo que alienta sus espíritus. Nuestras mentes predispuestas a no pasar en vano, a producir, a cumplir una tarea, no soportan ese desapego, esa levitación. El Nirvana y la idea de la reencarnación son relativizaciones, diluciones de lo específico en el todo, que nuestra cultura no soporta.

Esta disposición frente a la naturaleza, esta manera de ver lo real, ha traído beneficios y frustraciones. El adelanto de las ciencias naturales y de la tecnología provienen en buena parte de este interés por desentrañar el ser. Pero al mismo tiempo la historia de la filosofía occidental ha sido la historia de una frustración: la imposibilidad de descubrir El Ser, La Verdad. Parménides no podía estar tan seguro.

Poco a poco la filosofía ha ido renunciando a sus dominios. Dios, El Alma, El Universo, La Razón, han sido sucesivamente desahijados, en favor del arte, la literatura o el ocio. *El hombre está dejado de la mano de Dios*, dice Octavio Paz. La pérdida del sentido se encuentra íntimamente ligada al olvido, al abandono de lo inextricable de metafísico. Esto ha hecho que filósofos como K. Popper afirmen: *Todos los términos realmente necesarios de una ciencia deben ser indefinidos.*<sup>(21)</sup> Las definiciones con toda la carga ideológica que implican, no desempeñan ningún papel importante en la ciencia. *La filosofía que durante siglos viene preocupándose por el significado de los términos se halla repleta de verborragia (...) mientras que la física que no se preocupa de los términos y su significado sino de los hechos, ha alcanzado una notable precisión (Popper).*<sup>(22)</sup>

---

(21) Tomado de *La Sociedad abierta y sus enemigos*, K. Popper.

(22) *Ibidem*.

Hay que abandonar entonces esta prentensión –ilusión– de ver la realidad a partir de impecables esencias incuestionadas. ¿Qué importa si los derechos humanos capturan o no esta evasiva y supuesta naturaleza humana inmutable? Esa manía de eternizar al hombre en unas pocas palabras siempre será sospechosa. El sujeto está imbuido en un mundo contradictorio e insospechado que no puede medirse o sopesarse con lo ideal o lo exacto. *Los grandes problemas están en la calle* decía Nietzsche. El hombre es una mezcla inefable de pasión, razón, grandeza, miseria, virtud y vicio. Desconocer esta dialéctica inasible puede parecer menos dramático, pero siempre será más inhumano.

Así las cosas lo que importa es la acción. Los Derechos Humanos como verdades de nuestra época, plasmadas en una declaración universal, sobrepasan toda especulación e inducen a la lucha política. Cobran entonces sentido las palabras de Fausto: *No quiero conquistar el poder, la posesión. La acción lo es todo, la gloria no es nada.*

## BIBLIOGRAFÍA

- ACHOUR, Yadh Ben. *L'Etat nouveau et la philosophie juridique et politique occidentale*. Facultad de Derecho de la Universidad de Tunes.
- ARCHIVES des Philosophie du droit*. Tomo 29. Sirey, París, 1984.
- BALLESTEROS, Jesús. *Sobre el sentido del Derecho*. Edit. Tecnos, Madrid, 1984.
- BOBBIO, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Gedisa, Barcelona, 1982.
- BRECHT, Arnold. *Teoría Política*. Depalma, Buenos Aires, 1963.
- BRIMO, Albert. *Les grands courants de la philosophie du droit et de L'Etat*. A. Pedone, París, 1978.
- BUNGE, Mario. *Ética y Ciencia*. Edit. Siglo Veinte, Buenos Aires.
- FERRY, Duc. *Philosophie Politique*. P.U.F., 1984.
- FREUND, J. *L'essense du politique*. Sirey, París, 1965.
- GROS ESPIELL, Héctor. *Los Derechos económicos, sociales y culturales*. Libro Libre, San José, 1986.
- HART, H.L. *El concepto de Derecho*. Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.

- HAYEK, F.A. *Droit, legislation et liberté*. París, P.U.F., 1982.
- HERNANDEZ GIL, Antonio. *Problemas epistemológicos de la Ciencia Jurídica*.
- IRIBARNE DE, Aginsky. *Fenomenología y Ontología Jurídica*. Edit. Pannedille, Buenos Aires, 1971.
- LENOBLE, Jaques y OST, Francois. *Droit mythe et raison*. Faculte Universitaires Saint-Louis, Bruselas, 1980.
- NINO, C.S. *Etica y Derechos Humanos*. Edit. Paidos, México, 1984.
- PERELMAN, Chaim. *Droit morale et philosophie*. Edit. L.G.D.J., París, 1976.
- PERELMAN, Chaim. *Le Raisonnable et le deraisonnable*. Edit. L.G.D.J., París, 1976.
- PERELMAN, Chaim. *Methodes du droit logique juridique*. Dalloz, Paris, 1979.
- PICADO, Sonia. *Los Derechos Humanos en la filosofía del derecho en América Latina*. IIDH, San José, 1986.
- POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Paidos Studio, Buenos Aires, 1982.
- PRELOT. *Histoire des idées politiques*. Dalloz, París, 1980.
- RAZ, Joseph. *La autoridad del Derecho*. UNAM, México, 1985.
- REICHENBACH, Hans. *La Filosofía Científica*. FCE, México, 1975.

SICHES, Recassens. *La nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. Edit. Porrúa, México, 1978.

VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Edit. Montcheretien, París, 1975.

VILLEY, Michel. *Philosophie du droit*. Dalloz, París, 1979.

WEBER, Max. *Política y ciencia*. La Pléyade, Buenos Aires.

**SISTEMA  
INTERAMERICANO DE  
DERECHOS HUMANOS:  
RESPUESTA NORMATIVA  
A LA URGENCIA**

*Mónica Pinto\**

Revista de Derecho y Política

---

\* Argentina, participó en el IV Curso Interdisciplinario, 1986.

## I. INTRODUCCIÓN

Toda referencia al Sistema Interamericano pasa inexcusablemente por el meridiano de un sentir regional que busca expresarse en realizaciones comunes. Trátase de procesos de lenta, y generalmente informal, elaboración que traducen una peculiar visión del continente y de su inserción en la comunidad internacional.

Si adherimos, como de hecho lo hacemos, a las palabras de Antonio Gómez Robledo en cuanto a que el Sistema Interamericano es *la idea y la experiencia de América*,<sup>(1)</sup> debemos reconocer que se trata de un concepto que va más allá de lo jurídico; que se hace espacio a una cierta dosis de emotividad en el accionar intracontinental.

Sea que nos remontemos a la Carta de Jamaica o que partamos de un dato más convencional como la

---

( 1) Antonio Gómez Robledo, *Idea y Experiencia en América* (México, 1958).

Conferencia de Panamá de 1826, el entonces hispanoamericano encuentra motivo para surgir a raíz de la eventual amenaza de intervención de Europa en América. El tema se transforma así en el nexo aglutinante, los acuerdos sobre el punto se incrementan, el número de Estados convocados en cada ocasión también.

Sin embargo, el sistema crece pero no madura. La verosimilitud del núcleo unificante es cada día más lejana.<sup>(2)</sup>

Otros ámbitos del mismo contexto presentan similar patología. La creatividad del continente para generar marcos normativos sobre la mayoría de los temas del derecho internacional clásico es notable. Lamentablemente también lo es la escasa voluntad política de los Estados para comprometerse por los instrumentos por ellos creados. El fenómeno de la *firma sin ratificación* cobra cuerpo en el Sistema Interamericano. Diversos y variados son los tratados celebrados respecto de una misma materia. Ello no obstante, planteada una controversia, resulta difícil encontrar la norma convencional que vincule a las partes.<sup>(3)</sup>

Si en su praxis el Sistema Interamericano se ha alejado de la realidad contextual, adoptando fórmulas y esquemas que en más de una ocasión no se han verifica-

---

( 2 ) César Supúlveda, *El Sistema Interamericano. Mudanza y Transición* (Valladolid, cuadernos de la Cátedra "J.B. Scott", Universidad de Valladolid, 1973), p. 19.

( 3 ) A título de ejemplo: convenciones sobre derechos de los extranjeros (1902,1928), sobre asilo (1928,1933,1954), extradición (1933,1980), sobre derechos de la mujer (1933-1948), sobre solución pacífica de controversias internacionales (1902,1923, 1933, 1948), etc. Asimismo, en el caso Derecho de Asilo, Colombia y Perú no se encontraban vinculados por la misma norma en el tema, cf. *CIJ Recueil* 1950, p. 266 en pp. 276-277.

do exitosos, en la esfera de los principios se ha apartado del ser empírico para promover un deber ser de justicia. De esta suerte, en un continente de alta inestabilidad política en el que ha proliferado los gobiernos autocráticos, la democracia es uno de los valores implícitos del sistema.

Distinguir entre la creatividad y la efectividad, entre lo urgente y lo importante es una ardua tarea en el marco regional americano.

Probablemente una de las áreas en la cual ambos hayan logrado una más armoniosa conjunción sea la de la protección de los derechos humanos.

Confluyen en ella una imitación de modelos extranjeros equilibrada con una buena dosis de creatividad vernácula que, teniendo en cuenta la importancia del contexto y a la luz de un pragmatismo motivado por la urgencia, resultan en un sistema con gran tendencia a la efectividad.

La cristalización del pragmatismo de la urgencia en la norma jurídica es el objeto de este trabajo. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos como respuesta normativa a la urgencia es la hipótesis sustantiva que esperamos corroborar.

No nos proponemos recrear la historia del tema en el ámbito regional sino que, por el contrario, prescindiendo de los trabajos preparatorios, intentamos demostrar cómo en un medio ambiente en el que lamentablemente la lesión a los derechos humanos es casi cotidiana, el derecho es el instrumento elegido para impulsar un sistema de protección que, no obstante ser subsidiario de los sistemas nacionales, se propone efectivo a la luz de la urgencia imperante.

A tal fin, hemos recurrido a determinadas variables que, igualmente elegidas con criterio pragmático, nos ayudan a demostrar cómo la realidad normativa se com-padece con la estructura de relaciones que rige.

En este orden de ideas, comenzaremos por tratar la creación del "sistema" de derechos humanos en el marco regional, para ocuparnos luego de la importancia de sus valores. Seguidamente trataremos las respuestas normativas a la situación de urgencia apuntada tal como han sido cristalizadas en el derecho de fondo y el de forma. Finalizaremos con una síntesis conceptual y una conclusión valorativa.

## II. GESTACIÓN DE UN MARCO DE COMPETENCIA

Uno de los rasgos que usualmente se señalan como características del Sistema Interamericano es su carencia de base normativa hasta la adopción de la Carta de la OEA en 1948.<sup>(4)</sup> Cinco encuentros hispanoamericanos, ocho conferencias interamericanas, tres conferencias especiales sobre problemas de paz y guerra y otras tantas reuniones de consulta de los cancilleres de la región permiten afirmar que *el trabajo de la Conferencia de Bogotá fue más bien de consolidación y de formalización que de auténtica creación.*<sup>(5)</sup>

Coherente con este marco de referencia, el sistema de protección de los derechos humanos surge en el esce-

---

( 4 ) Ann Van Wynen Thomas & A.J. Thomas Jr., *The Organization of American States* (Dallas, Texas: Southern Methodist University Press, 1963) p. 35. Carta de la O.E.A., 119 UNTS No. 1609 p. 3.

( 5 ) Op. cit. supra 2, p. 38.

nario regional como una materialización del pragmatismo desprovista de toda formalidad.

Hacia fines de los años 50, América ya contaba con algún derecho positivo en materia de protección del individuo: normas sobre extranjeros, nacionalidad, asilo, extradición, entre otras, y una declaración regional de derechos y deberes del hombre.<sup>(6)</sup> Tratábase sólo de un primer ladrillo en la construcción de un sistema internacional de derechos humanos.

Muchas son las definiciones de este concepto que se han dado y ensayado. Por el momento lo que nos interesa retener como condición necesaria, aunque no suficiente, de la existencia de un sistema internacional de derechos humanos, es la posibilidad de acceder a una instancia internacional que ponga de manifiesto la responsabilidad internacional del Estado y que arbitre los medios necesarios para asegurar la extinción de las causas que dan origen a la violación.

En el Sistema Interamericano, ello comienza a lograrse con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH.

La V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile en 1959,

---

( 6 ) Para los primeros, véase *supra* 3. O.E.A., *Manual de Normas Vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano*, OEA/Ser. L.V./II.65, Doc. 6, Julio 1, 1985, para la ubicación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana de Derechos Humanos. (Pacto de San José), Estatutos y Reglamentos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pactos Internacionales de Derechos Humanos (Naciones Unidas, 1966), 993 UNTS No. 14531, 999 UNTS No. 14668. Convención Europea (Convención de Roma de 1950), 213 UNTS No. 2889 p. 221. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1981), 21 *International Legal Materials* 59 (1982).

adopta una resolución sobre derechos humanos que, en su parte segunda, resuelve *crear una comisión interamericana de derechos humanos... encargada de promover el respeto de tales derechos.*

La decisión permite augurar que con ello *se iniciaría una nueva época en la historia de la comunidad americana; una época en que la OEA se afianzaría como una Asociación de Naciones genuinamente democráticas, lo que vale decir una Asociación de Pueblos Libres, más que de Estados o de Gobiernos.*<sup>(7)</sup>

Los hechos posteriores se encargarían de acreditar que la nueva etapa estaba efectivamente abierta pero que, lejos de afianzarse la democracia, América Latina caía en uno de sus más sórdidos períodos de autocracia y sistemática violación de los derechos humanos, en el cual la Comisión tendría una ardua tarea que cumplir.

La CIDH comienza a trabajar con base en las disposiciones de la Carta de la OEA relativas al tema y al Estatuto que ella misma se da en 1960. Posteriormente, una nueva Reunión de Consulta –la VIII celebrada en Punta del Este en 1962– considera la insuficiencia de las atribuciones y facultades de la Comisión y encarga al Consejo Permanente de la OEA una reforma del Estatuto. Ello sobreviene en la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965) y el Estatuto modificado comienza a regir en 1966.

La consideración de la Comisión como órgano principal de la OEA sólo se logra en el Protocolo de Buenos

---

( 7 ) Comité Jurídico Interamericano, "Estudio sobre la relación jurídica entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la democracia (octubre 1959" en *Recomendaciones e Informes*, Documentos oficiales, vol. VI, pp. 221-245 en p. 225.

Aires de 1967 que modifica el instrumento constitutivo de la organización.<sup>(8)</sup>

Finalmente, la entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1978 adiciona a las atribuciones y funciones de la Comisión con base en la Carta de la OEA las atribuciones y funciones previstas en su texto para la Comisión, uno de los dos órganos del sistema de contralor. Ello conduce a una nueva reforma del Estatuto (La Paz, 1979), de la que resulta el texto hoy vigente.

Una serie de factores han coadyuvado para que la CIDH devenga un órgano único en su calidad: un contexto de golpes de Estado –en su mayoría militares– que se suceden con lamentable frecuencia desde los primeros años de la década del 60, las severas violaciones de los derechos humanos acaecidas en casi toda América y la personal interpretación que de su mandato ha hecho la Comisión.<sup>(9)</sup>

En este orden de ideas, creemos acertado afirmar que, como expresara Antonio Machado, el Sistema Interamericano hizo camino al andar y estructuró un órgano que en razón de su misma historia –la carencia de un marco orgánico inicial y la consiguiente libertad de acción– se verifica eficaz para la protección de los derechos humanos en el contexto en el que se halla inserto.

---

( 8 ) Protocolo de Buenos Aires, 1967, TIAS 6847.

( 9 ) Bryce Wood, "Human Rights and the Inter-American System" EN *The Future of the Inter-American System* (Tom J. Farer ed., New York: Praeger, 1979), pp. 119-141 en pp. 119 y 124.

### III. DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS

La democracia y el respeto por los derechos humanos son consagrados en el Sistema Interamericano como valores más que como datos empíricos.

Ello se proclama en el preámbulo de la Carta de la OEA cuando se enuncia el propósito de *consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre*. Y se confirma en los principios: *...el ejercicio efectivo de la democracia representativa* (Art. 3:d); *los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo* (Art. 3:j).

La democracia como medio ambiente natural de convicciones respetuosas de los derechos humanos queda así jurídicamente consagrada en el ámbito regional. Sin embargo, ello no es suficiente, resulta necesario crear las condiciones para que el binomio democracia-derechos humanos pueda ser incorporado como valor cultural.

Pese a que la Organización afirma que *la relación entre el respeto de los derechos humanos y el ejercicio efectivo de la democracia no sólo es posible sino evidente*,<sup>(10)</sup> constata la ausencia de *una uniforme conciencia cívica en relación con la dignidad de la persona humana y sus derechos esenciales*.<sup>(11)</sup>

---

(10) *Loc. cit. supra* 7, p. 222.

(11) Comité Jurídico Interamericano, "Informe sobre el estado actual del tema: Fortalecimiento y Ejercicio Efectivo de la Democracia; Rio de Janeiro, 13 de julio de 1959" En *Recomendaciones e Informes*, Documentos Oficiales, vol. VII, pp. 33-42 en pp. 34-35.

Esta idea, a la vez que corroboración empírica, es recuperada en la Convención Americana de Derechos Humanos que, al referirse a las funciones de la CIDH, expresa en primer término *estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América* (Art. 41:a).<sup>(12)</sup>

De esta suerte, la carencia o la pérdida de la conciencia jurídica por un Estado es válidamente contrarrestada por *el avance de la conciencia internacional en los derechos humanos*.

La CIDH se presenta como un foro apto para la discusión, el planteo y la defensa de las cuestiones atentatorias de los derechos humanos. Su actividad se traduce fundamentalmente en una labor de formación de opinión pública favorable a los derechos humanos que, en tanto que elemento de presión, active la conciencia en el tema.

Aún en situaciones extremas, de sistemáticas e impunes violaciones de los derechos humanos, actuando con bases generales como las de la propia Carta de la OEA –tal el caso argentino durante el llamado **Proceso de Reorganización Nacional**–, la CIDH ha logrado fortalecer la precaria conciencia de los derechos humanos expresada por las organizaciones no gubernamentales y presionar con ello a gobiernos autocráticos con aspiraciones mesiánicas.

La interrelación democracia-derechos humanos ha sido también ponderada por la Corte Interamericana. En este orden de ideas, el tribunal ha confirmado que *la democracia representativa es determinante en todo el*

---

(12) Ello es también receptado en el Estatuto de la CIDH, Art. 18:a, texto vigente.

*sistema del que la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] forma parte.*<sup>(13)</sup>

Refiriéndose al sentido del vocablo *leyes* en el artículo 30 del Pacto de San José, la Corte ha sostenido que *trátase de una norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las Constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.*<sup>(14)</sup>

Su opinión se sustenta en la constatación de que *sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.*<sup>(15)</sup>

En un contexto como el americano en el que las tradiciones democráticas resultan frecuentemente suspendidas, cuando no fracturadas, por gobiernos de facto propensos a perpetuarse en el poder declamando respeto por las instituciones y los derechos del hombre pero violándolos con absoluta sistematicidad, la única vía de acceso al restablecimiento del respeto del hombre por el hombre es la incorporación de la democracia y de los derechos humanos como valores, la formación de convicciones democráticas y de la conciencia de los derechos humanos.

---

(13) Corte I.D.H., La expresión "leyes" en el Art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, mecanografiado, párrafo 34.

(14) *Idem*, párrafo 38.

(15) *Idem*, párrafo 37.

Pese a que los progresos logrados en la concientización frente al problema de los derechos humanos son mayores y más efectivos que los obtenidos en relación con la situación real de su vigencia y respeto, trátase de un ineluctable proceso que nunca ha de terminar y en el que nunca se ha de alcanzar una situación final definitiva y óptima.<sup>(16)</sup>

La existencia de principios formales con estos contenidos y la creación de órganos que tengan fuerza suficiente como para propugnarlos no puede ser considerada sino como una expresión de un deber ser que, ubicado en parámetros de tiempo y espacio, hoy reclama de una actitud generalizada de retorno al Estado de Derecho, esto es de vigencia de la democracia y consecuentemente de respeto por los derechos humanos.

#### **IV. LA URGENCIA EN EL DERECHO SUSTANTIVO**

Un orden jurídico sólido, vinculante respecto del mayor número de Estados, en el que las situaciones no resueltas tengan las mínimas posibilidades de plantearse, parece ser la fisonomía del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En este marco se inscriben sus respuestas normativas a una situación verificable de urgencia en la cual aún los derechos humanos más esenciales son objeto de lesión.

---

(16) Héctor Gros Espiell, "Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional" en *I Seminario Interamericano sobre Educación y Derechos Humanos*, San José 1985 (comp. Leticia Olguín, San José: Asociación Libro Libre, 1986), pp.33-61 en p. 61.

## A. VALOR JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

El ámbito americano ha dado sus propios pasos en la senda de los derechos humanos. En este orden de ideas, escasos meses antes de la proclamación de la Declaración Universal por la Asamblea General de las Naciones Unidas –resolución 277(III) de 10 de diciembre de 1948–, la Novena Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

Esta declaración presenta los mismos caracteres que la Declaración Universal en punto a su valor jurídico.

En el momento de su adopción no era posible afirmar legítimamente que se trataba de *de lege lata*. En todo caso, a la luz de doctrinas posteriores, podría intentarse una explicación en el sentido de que lo que se consagraba era una *opinio juris* a la que debía ajustarse la práctica ulterior de los Estados.

En el estado actual del derecho internacional, ocioso resulta afirmar que los contenidos de ambas declaraciones han devenido normas consuetudinarias internacionales y que un núcleo central de derechos por ellas enunciados expresa el orden público internacional, esto es que se trata de normas de *jus cogens* o normas imperativas de derecho internacional general.<sup>(17)</sup>

---

(17) Para la noción de norma de *jus cogens*, véase el Art. 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, A/CONF. 39/27. Respecto de la conceptualización de algunos derechos humanos como normas de *jus cogens*, la mayoría de la doctrina coincide, v.g. Louis B. Sohn, "La Declaración Universal de Derechos Humanos", VIII *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, No. 2, Diciembre 1967, pp. 20-30 en p. 30

Resulta pues que toda conducta contraria a lo dispuesto en la declaración puede ser legítimamente conceptualizada como violatoria del derecho internacional. A nadie escapa, sin embargo, que uno de los puntos álgidos de la costumbre es el de la prueba.

El Sistema Interamericano ha ensayado fórmulas para integrar la Declaración Americana en un marco jurídico con características vinculatorias. De esta suerte, la Declaración no sólo es mencionada en el preámbulo de la Convención Americana como un instrumento consagratorio de principios –noción a la que subyace la de norma– sino que ella integra como referente normativo la definición de derechos humanos contenida en el Art. 1:2:b del Estatuto de la CIDH.

Así las cosas y siendo generalmente admitido que las resoluciones que hacen al derecho interno de una organización internacional son vinculantes,<sup>(18)</sup> la Declaración encuentra cabida en un esquema compromisorio.

Por otra parte, en punto a la hermenéutica, la propia Convención deja a salvo el mayor valor obligatorio que pudiera adquirir la Declaración al establecer que nada de lo que ella dispone puede ser interpretado en el sentido de *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza* (Art. 29:d).

#### La adquisición de **cierto rango normativo** por la De-

---

(18) A título de ejemplo, Jorge Castañeda, *Valor Jurídico de las Resoluciones de las Naciones Unidas* (México: El Colegio de México, 1967), pp. 23-69; *Certaines dépenses des Nations Unies, avis consultatif du 20 juillet 1962, CIJ Recueil 1962*, p. 162 y ss.

claración es hoy la posición generalmente aceptada en el Sistema Interamericano.<sup>(19)</sup>

## *B. LOS DERECHOS NO ENUMERADOS*

La estructura jurídica formal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se sustenta fundamentalmente en el Pacto de San José, la Declaración Americana y la Carta de la OEA. A ello se suma el derecho derivado, esto es los respectivos Estatutos y Reglamentos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

La individualización de los derechos protegidos se lleva a cabo en los dos primeros instrumentos citados. Ambos se ciñen prácticamente a la esfera de los denominados derechos civiles y políticos pese a las referencias a algunos derechos económicos, sociales y culturales en cláusulas de carácter generalmente programático.

Siguiendo una práctica bastante frecuente en las declaraciones de derechos contenidas en los ordenamientos jurídicos nacionales,<sup>(20)</sup> el Pacto de San José contiene una cláusula de derechos no enumerados.

---

(19) Thomas Buergenthal, "The Revised OAS Charter and the Protection of Human Rights", 69 A.J.I.L., 1975, p. 828 y "Los derechos humanos en el sistema de protección regional", IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, 18-30 agosto de 1986), mecanografiado, p. 8.

(20) A título de ejemplo, Art. 33 Constitución Argentina (1853-1957), Art. 74. Constitución Política de la República de Costa Rica (1949 y modificaciones posteriores), Art. 50 Constitución de Venezuela (1961 con Enmienda No. 1), Art. 72 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay (1966), Constitución de los Estados Unidos - Novena Enmienda.

En este orden de ideas, se establece que la Convención no puede ser interpretada en el sentido de *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno* (Art. 29:c).

De esta suerte, capitalizando la fórmula del derecho interno y dotándola de la proyección de un tratado internacional, la Convención Americana queda abierta a la recepción de otros derechos que la evolución de la comunidad internacional y de su conciencia jurídica cristalicen como derechos humanos.

Hasta tanto se logre el proyectado Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos –relativo a los derechos económicos, sociales y culturales– y los denominados derechos humanos de tercera generación se cristalicen definitivamente como derecho positivo, la cláusula de derechos no enumerados será un instrumento útil a los fines de comprender a los primeros en la esfera de protección internacional y permitirá el inmediato resguardo de los segundos acelerando su positivización.

En el mismo ámbito cabe considerar incluidos los derechos humanos consagrados en otros instrumentos tales como, por ejemplo, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario,<sup>(21)</sup> que protegen a la víctimas de los conflictos armados, sean o no de carácter internacional.

---

(21) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña del 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 31; Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 85; Convenio de Ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 135; Convenio de Ginebra sobre la protección de personas civiles en tiempos de guerra de 12 de agosto de 1949, 75 UNTS 287.

Trátase, sin duda, de un rasgo poco frecuente en el orden jurídico internacional que confirma la sustracción del tema de la competencia doméstica de los Estados y, por ello mismo, resulta revelador del interés legítimo de la comunidad internacional en la preservación de los derechos humanos.

### C. LOS DEBERES

En una actitud absolutamente original, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha ocupado desde su origen en subrayar lo que la doctrina jurídica denomina el **carácter bifronte de los derechos subjetivos**, esto es que a todo derecho corresponde un determinado deber jurídico.

Consecuentemente, tanto la Declaración Americana como el Pacto de San José se ocupan, si bien no exhaustivamente este último, de los *deberes*.<sup>(22)</sup>

Una sucinta disposición de la Convención apunta a la correlación entre deberes y derechos y señala que *toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad* (Art. 32:1).

Sin prejuzgar sobre los problemas hermenéuticos derivados de tan amplia formulación, la inclusión de una cláusula como la que nos ocupa corrobora la aserción de que considerar lo urgente no exime de evaluar lo importante. Y es a todas luces importante destacar

---

(22) Ello ha sido seguido en época reciente por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Parte I, Cap. II: Deberes. El antecedente del Sistema Interamericano parece obviado en un comentario sobre la Carta Africana efectuado por U.O.U. Umzorike, en el que se expresa "the Charter breaks new ground by including individual duties in an international instrument", cf. "The African Charter on Human and People's Rights", 77 A.J.I.L., 1983-4, pp. 902-912 en p. 907.

que la conciencia de los derechos humanos no puede ser estimulada sino cuando cada uno sabe a ciencia cierta cuáles son sus derechos y sus deberes. La violación de los unos entraña inexorablemente la lesión de los otros y viceversa.

#### D. LAS SITUACIONES DE EMERGENCIA Y LOS DERECHOS NO SUSPENDIBLES

La casi generalidad de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos incluyen lo que la doctrina ha dado en denominar una *cláusula derogatoria*. Se trata de una disposición que ante una situación excepcional que pone en peligro la vida del Estado, autoriza la suspensión de las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, en la medida estrictamente necesaria a las exigencias de la situación y siempre que ello sea compatible con otras obligaciones asumidas por los Estados en virtud del derecho internacional.<sup>(23)</sup>

La inclusión de esta disposición en los tratados obedece a la existencia de cláusulas con contenido semejante en los derechos internos. Ella traduce *un incómodo compromiso entre la protección de los derechos individuales y la protección de las necesidades nacionales en tiempo de crisis*.<sup>(24)</sup>

---

(23) Convención Europea Art. 15; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 4; Convención Americana de Derechos Humanos Art. 27. Ni el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ni la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos participan de esta característica.

(24) Joan F. Hartman, "Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies", 22:1 *H.I.L.J.*, 1981, pp. 1-52 en p. 2.

En el ámbito americano, la existencia de esta norma es comprobada en la casi totalidad de las disposiciones constitucionales. Su aplicación es más que frecuente así como prolongada es su vigencia.

Sin embargo, no todos los derechos protegidos en los tratados son suspendibles. Aplicando la técnica comparativa se logra un mínimo común denominador de derechos no suspendibles: el derecho a la vida, a la integridad personal (prohibición de la tortura, los tratos crueles, inhumanos o degradantes), prohibición de la esclavitud y servidumbre, la irretroactividad de la ley penal.<sup>(25)</sup>

En la misma óptica puede apreciarse que los derechos no suspendibles en el Pacto de San José son cuantitativamente más numerosos los apuntados en otros tratados. A los ya reseñados se adicionan: el reconocimiento de la personalidad jurídica,<sup>(26)</sup> la libertad de conciencia y religión,<sup>(27)</sup> la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad y los derechos políticos (Art. 3, 12, 17 a 20, 23).

La tendencia a la conformación de una trama normativa en la que no queden vacíos es evidente. La inclusión de la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño es altamente relevante a la luz de

---

(25) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 6, 7, 8:1/2, 15; Convención de Roma Art. 2, 3, 4, 7; Pacto de San José Art. 4, 5, 6, 9.

(26) Igualmente considerado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 4 y 16.

(27) *Idem*, Art. 4 y 18.

los acontecimientos posteriores a la adopción de la Convención, que configuraron la categoría de la desaparición forzada con las importantes secuelas de alteración de filiación de los niños desaparecidos.

Asimismo, la privación arbitraria de la nacionalidad no sólo se ha planteado en casos específicos sino que ha sido objeto de reformas legislativas de alcance general. Tal el caso de la ley argentina 21.795 adoptada el 18 de mayo de 1978 –derogada por el gobierno constitucional mediante ley 23.059 de 22 de marzo de 1984– que brindaba más de una ocasión a la apatridia y dejaba suficiente espacio al arbitrio de la autoridad para la decisión sobre la pérdida de la nacionalidad argentina.

Más difíciles de lograr efectividad en situaciones de emergencia son los derechos políticos. Sin embargo, nada obsta a que la declaración de una tal situación, regularmente efectuada, pueda coexistir con el normal ejercicio de los mentados derechos.

### *E. LA TENDENCIA A LA PARTICIPACIÓN Y EL SISTEMA DE RESERVAS*

El pragmatismo de la urgencia se ha traducido también en la adopción de un sistema flexible de reservas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En 1982, la Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre el particular y explicitar dos aspectos igualmente importantes: el relativo al carácter unilateral de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto de San José –característica, por otra parte, compartida con todos los tratados de contenido humanitario y expresamente consagrada, *inter alia*, en el Art. 1 de los

Convenios de Ginebra de 1949 sobre derecho internacional humanitario- y el referido a la relación entre la formulación de reservas y la entrada en vigor de la Convención.

En cuanto a lo primero, la Corte enfatizó,

*...los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...*<sup>(28)</sup>

Por lo que hace específicamente a las reservas, la Corte consideró que las reservas compatibles con el objeto y fin de la Convención están expresamente autorizadas y, por ello, no requieren de la aceptación de un Estado parte para la entrada en vigor del tratado respecto del Estado formulante. En este orden de ideas, argumentó que

---

(28) Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 74 y 75), opinión consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A No. 2, párrafo 29.

*...un tratado que da tal importancia a la protección del individuo, que abre el derecho de petición individual desde el momento de la ratificación, difícilmente puede decirse que tienda a retrasar la entrada en vigencia del tratado hasta que por lo menos otro Estado esté dispuesto a aceptar al Estado reservante como parte. Dado el marco institucional y normativo de la Convención, tal atraso no cumpliría ningún propósito útil.<sup>(29)</sup>*

## V. LA URGENCIA EN EL DERECHO PROCESAL

Probablemente el ámbito de los procedimientos sea el más conmocionado por el pragmatismo de la urgencia. Las normas procesales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos evidencian un apartamiento de lo que la generalidad de los otros sistemas ha consagrado. Ello se verifica esencialmente en la competencia y el manejo de las cuestiones procesales por la CIDH y, en escala más reducida, en la actividad de la Corte Interamericana.

### A. LA COMPETENCIA DE LA CIDH

Sin duda alguna, la Convención Europea de 1950 ha servido de modelo a los organismos de contralor en la materia. Trátase de un control de restablecimiento del imperio de la norma de derecho ya que el sistema actúa *a posteriori* de una violación cierta.

En este orden de ideas, la Comisión Europea de Derechos Humanos está dotada inicialmente de competencia para conocer las reclamaciones interestaduales (Art. 24), esto es que con la manifestación del consenti-

---

(29) *Idem*, párrafo 34.

miento en obligarse por la Convención de Roma, las partes están admitiendo esta competencia. Para las reclamaciones individuales o de grupos de individuos, se requiere una declaración expresa e inequívoca en este sentido que puede darse al obligarse o en cualquier momento posterior (Art. 25).

En la esfera universal, las cosas son aún más complejas pues la cantidad y la diversidad de las posiciones e intereses en juego conduce a la adopción de fórmulas más amplias y flexibles. De esta suerte, el Comité de Derechos Humanos establecido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sólo tiene competencia para recibir informes de las partes (Art. 40). Respecto de las reclamaciones interestadales se requiere el consentimiento expreso por separado (Art. 41) y en lo relativo a la facultad para recibir reclamaciones individuales o de grupos de individuos, no sólo se reitera este requisito sino que ello se formaliza por la manifestación del consentimiento en obligarse por un instrumento separado, el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La reciente Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos consagra un sistema distinto. Cuando un Estado parte tiene razones suficientes para creer que otro Estado parte ha violado la Carta, tiene ante sí dos procedimientos inicialmente alternativos. Puede llamar la atención del otro Estado sobre la cuestión mediante comunicación escrita y éste debe responderle o puede presentar la cuestión directamente a la Comisión Africana. Asimismo, éste puede conocer del tema sí, habiendo optado por el primer procedimiento, los Estados no hubieran arribado a una solución. Además de las comunicaciones de los Estados se contemplan "otras comunicaciones" que presumiblemente comprenderían a las reclamaciones individuales o de grupos de individuos (Art.

47 a 59). En ambos casos, la competencia de la Comisión Africana parecería quedar consentida en el momento de obligarse por la Carta Africana.

El Sistema Interamericano ha optado por una fórmula diferente; en realidad por el mecanismo inverso al consagrado en el ámbito europeo. La competencia de la CIDH para recibir peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, efectuadas por individuos, grupos de personas o entidades no gubernamentales legalmente reconocidas en uno o más Estados miembros de la OEA se acepta por el solo hecho de devenir Estado parte (Art. 44). La competencia respecto de las presentaciones interestadales requiere, en cambio, del consentimiento expreso y separado (Art. 45).

De esta suerte, el paso más riesgoso del derecho internacional en la materia en los últimos años –el acceso del individuo a una instancia internacional no jurisdiccional– es la norma de base. Ello se explica por la necesidad de dotar a la persona de instrumentos idóneos para la salvaguarda de sus derechos en un contexto de gran inestabilidad política en el que los Estados permanecen pero los gobiernos cambian, también su filiación política e ideológica y con ello su percepción respecto de la teoría y la praxis de los derechos humanos.

## *B. LA LEGITIMACIÓN PARA OBRAR*

En general, en derecho, la legitimación para obrar depende de la existencia de un interés legítimo que al resultar afectado por el acto de un tercero, permite al damnificado ocurrir ante la justicia para obtener satisfacción.

En el ámbito internacional, por siglos, se ha considerado que sólo el Estado poseía intereses legítimos. Con la asunción por parte del individuo de la calidad de sujeto de derecho internacional, las cosas han variado.

La osadía inicial del orden jurídico internacional de facilitar el acceso del individuo a una instancia internacional resulta atenuada al limitarse sus facultades al caso concreto de ser sujeto pasivo de una violación.

Así planteadas las cosas, la Convención de Roma, en su Art. 25:1, expresa que *la Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona, física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación...* Con el transcurso del tiempo, la Comisión Europea ha flexibilizado este requisito admitiendo demandas de los parientes más próximos de las víctimas, de sus representantes legales e incluso de quienes no habiendo sufrido una lesión, en razón de la legislación vigente, asumen el carácter de víctimas potenciales.

En el mismo orden de ideas de la Convención Europea se inscribe la disposición del Art. 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En nuestro medio regional, coherente con otras adaptaciones contextuales ya reseñadas, la legitimación para obrar ante la CIDH es de una amplitud tal que prácticamente podría considerarse que se está ante una *actio popularis*.

En efecto, el Art. 44 del Pacto de San José señala que *cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Es-*

*tados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias.. Según el Art. 26:1 del Reglamento de la CIDH, tales peticiones pueden ser presentadas en su propio nombre o en el de terceras personas.*

Consecuentemente, todo habitante de un Estado parte puede llegar a la Comisión en calidad de denunciante. En lo relativo a las organizaciones no gubernamentales, es de resaltar que el reconocimiento legal al que apunta la norma puede estar dado por cualquier miembro de la OEA, lo que permitiría que entidades de defensa de los derechos humanos no reconocidas por el Estado al que se imputa la comisión de la violación pudieran peticionar por la conducta de éste. De alguna manera, es el interés legítimo de la comunidad internacional el que encuentra cabida en una fórmula de gran vastedad.

Idéntico camino se siguió en lo que no pasó de ser el Proyecto de Convención Centroamericana sobre derechos humanos,<sup>(30)</sup> concebido en los primeros años de la década del 60, a instancias de *Freedom Through Law, Inc.* ante los temores de que el advenimiento del *castrismo* abortara la adopción de una *Convención Americana de derechos humanos.*<sup>(31)</sup>

---

(30) "Confrontación sistemática de los instrumentos para la protección de los derechos humanos en el plano regional: proyecto de convención centroamericana, proyecto de convención interamericana y Convención Europea", VI:1 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, verano de 1965, pp. 156-209 en p. 183, Art. 29 en iguales términos al Art. 49 del entonces proyecto de convención interamericana.

(31) Secretariado de la Comisión Internacional de Juristas, "Presentación del Proyecto de Convención Centroamericana sobre Derechos Humanos y su respectiva Corte", VI:1 *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, verano de 1965, pp. 145-153 en p. 149.

## C. EL AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

El derecho internacional clásico consagra el requisito del agotamiento de los recursos internos en el caso de daños a extranjeros a los fines de posibilitar el ejercicio de la protección diplomática.

Esta regla sustantiva del derecho internacional general que *está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios*<sup>(32)</sup>, se traslada al derecho internacional de los derechos humanos como regla procesal. Su inclusión en los tratados sobre el tema es la consecuencia de la consagración del derecho de petición individual.<sup>(33)</sup>

En consecuencia, la Convención de Roma estipula que *la Comisión no podrá ser requerida más que después del agotamiento de los recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos...* (Art. 26). Igualmente, el Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos exige el agotamiento de todos los recursos internos disponibles (Art. 2) pero señala que *no se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente* (Art. 5:2:b *in fine*).

---

(32) Corte I.D.H., Asunto de Viviana Gallardo y otras, No. G 101/81, Serie A, párrafo 26.

(33) Antonio A. Cançado Trindade, "El agotamiento de los recursos internos en el derecho internacional de los derechos humanos", IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José, 18-30 de agosto de 1986).

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos no difiere demasiado en su letra de los antes reseñado. Se exige como principio básico *que se haya interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios de derecho internacional generalmente reconocidos*, al tiempo que se sientan como excepciones los casos en que *no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos y haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos* (Art. 46:1:a y 46:2:a/b/c Pacto San José; Art. 37:1 y 37:2:a/b/c Reglamento CIDH).

Ello no obstante, la praxis de la Comisión revela la existencia de una diversidad de criterios en la aplicación de la regla en examen. Así, por ejemplo, la CIDH evita declarar inadmisibles una denuncia en este ámbito y pospone su consideración para propiciar el agotamiento. Por otra parte, en los “casos generales” el criterio no es aplicado, es decir cuando se trata de violaciones tan generalizadas que resulta inconcebible considerar la eficacia de los recursos internos. Asimismo, en la práctica de la Comisión, es al Estado reclamado a quien incumbe la carga de la prueba acerca de la existencia y la efectividad de los recursos (Art. 42 Reglamento CIDH).

En definitiva, es una cuestión de hecho que se considera a la luz de un criterio muy pragmático: no es necesario agotar los recursos internos si ellos no existen o no son eficaces.

## D. LA DUPLICIDAD DE PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES

Por cuestiones de economía procesal, en general un tribunal queda inhibido de conocer en una causa cuando la misma ya ha sido radicada ante otra instancia competente.

Estas mismas razones se han trasladado al campo internacional en la materia que nos convoca.<sup>(34)</sup>

Pese a ello, el Reglamento de la CIDH contiene importantes precisiones al respecto que conducen a una gran flexibilidad en la apreciación de lo que se considera "duplicidad de procedimientos".

Así cuando el procedimiento instaurado ante otra instancia internacional *se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el Estado aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada* o cuando *el peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante dichas organizaciones sea una tercera persona o una entidad no gubernamental, sin mandato de los primeros*, la Comisión no se inhibirá de conocer y examinar una petición (Art. 39:2:a/b Reglamento CIDH).

Ello es así a los fines de lograr una más pronta y efectiva implementación del sistema que no desampare al sujeto pasivo de la violación.

---

(34) Convención de Roma Art. 27:1:b; Pacto de San José Art. 46:1:c; Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Art. 5:1:a.

## E. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

En una actitud inédita en el ámbito internacional, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos consagra la facultad de la Comisión para solicitar medidas provisionales en asuntos aún no sometidos a la Corte.

El instrumento por el cual se cristaliza esta innovación procesal es el derecho derivado. En efecto, el Reglamento de la CIDH dispone que *en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario para evitar un daño irreparable a las personas en un asunto aún no sometido a consideración de la Corte, la Comisión podrá solicitar a aquélla que adopte las medidas provisionales que juzgue pertinentes* (Art. 73:1; Art. 23:2 Reglamento Corte).

Lo novedoso de la disposición en análisis amerita algunos comentarios. La solicitud de medidas provisionales es a cargo de la CIDH, ente con *ius standi* ante la Corte y que, normalmente, patrocina a los reclamantes individuales –personas o grupos de personas, entes no gubernamentales reconocidos– que no pueden prevalerse de sus derechos directamente ante el tribunal.

Las causales que motivan el pedido son evaluadas por la propia Comisión a la luz de los parámetros fijados por su Reglamento, que no difieren mayormente de los requeridos para un pedido semejante en el contexto de un procedimiento judicial ante la Corte Internacional de Justicia. Esta primera evaluación es objeto de un segundo análisis, esta vez definitivo, por la propia Corte.

Por otra parte, dado que la jurisdicción de la Corte Interamericana es facultativa (Art. 62 Pacto San José), podría suponerse que el Estado al que se le imputa la comisión de la violación debería haber aceptado la jurisdicción del tribunal.

Asimismo, de la redacción de la norma *—...asunto no sometido aún a consideración de la Corte—* parecería desprenderse que el caso debiera ser llevado ante el tribunal, lo que evidenciaría la asunción de un cierto compromiso por la Comisión. Sin embargo, si la medida provisional fuera observada y la situación que origina la violación cesara, no se vería el sentido de abrir la instancia jurisdiccional dado que no subsistirían los motivos de la petición. Ello sin perjuicio de que el tribunal guardara jurisdicción para revocar la medida ordenada.<sup>(35)</sup>

Otro punto problemático es el relativo a la determinación del momento en que la Comisión puede solicitar las medidas provisionales. Teniendo en cuenta que los hechos relatados en la petición se presumen verdaderos si el gobierno imputado no suministra la información correspondiente y siempre y cuando de otros elementos de convicción no resulte una conclusión diversa (Art. 42 Reglamento CIDH), no parecería posible que el pedido de medidas provisionales se efectuara antes del vencimiento del plazo acordado al gobierno de que se trata para informar.

Trátase, a no dudarlo, de especulaciones jurídicas que sólo podrán ser corroboradas cuando el tópico sea efectivamente aplicado. Entre tanto debe rescatarse la existencia de un procedimiento que habilita a un tribunal a ordenar medidas provisionales en un asunto que no ha entrado formalmente a su conocimiento. Ello, por sí solo, es una genuina creación del Sistema Interamericano.

---

(35) Thomas Buergenthal, "The Inter-American Court of Human Rights", 76 *A.J.I.L.*, 1982-2, pp.231-245 en p. 241.

## F. LA COMPETENCIA CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El Sistema Interamericano ha dado origen al segundo tribunal de justicia en el mundo con competencia específica en materia de derechos humanos. Siguiendo los moldes de la Corte Europea de Derechos Humanos y bajo la influencia del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, su jurisdicción es voluntaria y su competencia doble: contenciosa y consultiva.

Es justamente este último aspecto el que presenta los rasgos más novedosos dentro de lo que expresa la práctica internacional.

En el ámbito de las Naciones Unidas, las opiniones consultivas a la Corte sólo pueden ser solicitadas por la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, los demás órganos de la ONU y los organismos especializados con la autorización del órgano plenario (Art. 96).

En el marco de la Convención de Roma, sólo el Comité de Ministros —órgano del Consejo de Europa que actúa como instancia política *a posteriori* de la Comisión Europea de Derechos Humanos— puede incitar la competencia consultiva de la Corte Europea (Art. 1:1 Protocolo Adicional II).

Por el contrario, la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el único tribunal de su tipo que puede dar opiniones consultivas a solicitud de cualquier Estado miembro de la OEA así como de los órganos de la misma (Art. 64).

Por consiguiente, la competencia consultiva *ratione personae* del tribunal es doblemente amplia: en primer

término por comprender también a los Estados y en segundo lugar por habilitar no sólo a los Estados partes sino a cualquier Estado miembro de la OEA.

Por otra parte, la extensión de la competencia consultiva *ratione materiae* también es novedosa. No sólo se comprende en ella cualquier asunto relativo a la interpretación de la Convención Americana sino también *otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos* (Art. 64:1).

La delimitación del espectro jurídico involucrado en la fórmula apuntada ha sido objeto de una opinión consultiva de la misma Corte. La opinión del tribunal fue amplia respecto de su propia competencia: los tratados a los que se refiere la norma son todos aquellos relativos a la protección de los derechos humanos en los países de América.<sup>(36)</sup>

Queda, pues, incluido todo acuerdo bilateral o multilateral, celebrado o no bajo el auspicio del Sistema Interamericano, aplicable a un Estado americano aunque las otras partes no sean Estados americanos.<sup>(37)</sup> Se trata esencialmente de las disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos contenidas en tales acuerdos aunque ellos no se refieren exclusivamente al tema.<sup>(38)</sup>

---

(36) Corte I.D.H., "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982, Serie A No. 1, párrafo 21.

(37) *Ide*m, párrafo 34.

(38) Thomas Buergenthal, "The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Court", 79:1 *A.J.I.L.*, 1985, pp. 1-27 en pp. 6-7.

Por lo que respecta a la posibilidad de que la Corte pueda opinar sobre la Declaración Americana —tema sobre el cual el tribunal no se ha expedido aún—, si se asume la tesis antes reseñada, nada obstaría a que pudiera considerársela materia comprendida en el Art. 64:1 del Pacto de San José.<sup>(39)</sup>

Sucede, pues, que virtualmente todo acuerdo que contemple la protección de los derechos humanos en alguna de sus cláusulas y sea aplicable en un Estado americano y la Declaración Americana pueden ser considerados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su competencia consultiva. Ocioso resulta subrayar el enorme caudal de material normativo susceptible de caer bajo el paraguas de la competencia consultiva de la Corte. No obstante la discrecionalidad del tribunal en admitir o no la solicitud, a la luz del contexto y aplicando el pragmatismo de la urgencia, no cabe sino esperar que la Corte continuará con la tradición de hacer suyas prudentemente las interpretaciones extensivas.

## CONCLUSIÓN

A lo largo de las páginas precedentes hemos intentado demostrar cómo en un contexto en el que la violación de los derechos humanos ha cobrado características aberrantes, el derecho ha sido inteligentemente empleado como motor de un cambio favorable a la protección integral de los derechos del hombre.

Ello ha exigido una adaptación de los esquemas jurídicos tradicionales a las circunstancias contextuales que se han expresado en cláusulas de gran amplitud y flexibilidad y en creaciones sobre la marcha.

---

(39) *Idem*, p. 8.

La propia existencia de un “sistema” regional de derechos humanos, a partir del establecimiento del CIDH, es una acabada demostración del recurso o mecanismos informales para afrontar situaciones que, de dispensárseles otro trato, habrían demorado en verse cristalizadas jurídicamente.

Las respuestas normativas a la urgencia se verifican tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo o procesal.

Formalmente se ha logrado –en un ciclo aún sin completar– una trama normativa sólida con tendencia a evitar las situaciones *non liquet*. Ello se evidencia en la jerarquización de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en tanto que instrumento con características compromisorias, en la inclusión de una cláusula de derechos no enumerados que permite recuperar para la esfera de protección derechos que la evolución de las relaciones humanas y del orden jurídico vayan consolidando, en la integración del carácter bifronte de los derechos a través de una expresa disposición sobre los deberes.

Asimismo se ha obviado obstáculos que de alguna manera pudieran impedir o retrasar la vigencia de los compromisos de derechos humanos del Sistema Interamericano. Tal el caso de la amplitud de los derechos no suspendibles en situaciones de emergencia y la tendencia a la mayor participación en el sistema de reservas.

En el área de los procedimientos se ha logrado un atemperamiento de la rigidez procesal que favorece el acceso a la instancia internacional y permite un amplio margen de maniobra a los órganos del sistema de control. De esta suerte, con la sola ratificación del Pacto se consiente la competencia de la CIDH para recibir recla-

maciones individuales; virtualmente toda persona o grupo de ellas o ente no gubernamental reconocido por algún Estado miembro de la OEA está legitimado para obrar como denunciante. En el mismo orden de ideas se inscribe la prudente amplitud de criterio de la Comisión para evaluar el agotamiento de los recursos internos, la duplicidad de procedimientos, para solicitar medidas provisionales a la Corte en asuntos aún no sometidos a su jurisdicción y la extensión de la competencia consultiva de la Corte Interamericana a todo acuerdo que contenga cláusulas de derechos humanos aplicable a un Estado americano.

A nivel de los principios, el Sistema Interamericano ha sabido incorporar a los derechos humanos como valor cultural, presentándolos conjuntamente con el ejercicio efectivo de la democracia en una simbiosis genética. Se ha comprendido así --al menos teóricamente-- que el único camino eficaz para el respeto de los derechos humanos es el estímulo de la conciencia de los mismos.

La percepción de los derechos humanos que actualmente poseen nuestros pueblos es sectorializada. Las dramáticas experiencias soportadas nos han conducido a privilegiar como exponente de los derechos humanos sólo a los derechos esenciales. Esta visión --sintomática de nuestra situación de subdesarrollo-- debe ser superada por una concepción global, comprensiva no sólo de los apuntados derechos esenciales sino también de los otros derechos civiles y políticos, de los económicos, sociales y culturales e incluso de los llamados derechos humanos de tercera generación, el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano, al patrimonio común de la humanidad...

En la formación de la conciencia de la globalidad de los derechos humanos también está la tarea del Siste-

ma Interamericano. Ocuparnos de lo urgente no nos exime de ocuparnos de lo importante.

Y en el área de lo importante se cuenta la necesidad del desarrollo de un sistema preventivo de la violación de los derechos humanos.

Todo lo expuesto nos conduce a sostener que esta tendencia del Sistema Interamericano a dar respuestas normativas a la urgencia en lo que se ha verificado un sistema con gran aptitud de efectividad es un accionar en defensa de los derechos humanos lo que, en definitiva, implica una defensa de la vida.

Y si coincidimos en que la violación de los derechos humanos es hoy una dolorosa realidad, debemos recordar que la historia de los pueblos americanos nos ha enseñado que para gozar el mañana hay que pelear el ahora. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha elegido al derecho como arma en una lucha contra el despotismo, la arbitrariedad, por el ejercicio de la soberanía popular, en un manejo no sólo contrario a derecho sino, en ocasiones, prescindente de todo derecho.

*Puede que una vida no valga nada pero es seguro que nada vale una vida (André Malraux).*

**EL OMBUDSMAN O  
DEFENSOR DEL PUEBLO  
COMO SISTEMA DE  
PROTECCION DE LOS  
DERECHOS HUMANOS  
EN LATINOAMERICA**

*Jorge Luis Maiorano\**

---

\* Argentino, participó en el IV Curso Interdisciplinario, 1986.

## I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aspira a reseñar el estado que ofrece la consideración del tema del “*ombudsman*” o “*defensor del pueblo*”, como se lo denomina castizamente, en los países de América Latina tanto desde el punto de vista constitucional, legislativo como doctrinario.

Al mismo tiempo, pretende destacar la creciente importancia que ha ido asumiendo esa figura como instrumento de protección de los derechos humanos que complementa, sin colisionar, la valiosa función que cumplen en la actualidad los organismos internacionales y locales.

La institución, nacida en tierra escandinava a principios del siglo XIX y difundida vertiginosamente desde la segunda mitad de este siglo por todo el mundo, no despertó al mismo tiempo en Latinoamérica un interés similar al que suscitó en otras regiones del planeta.

No obstante ello, en los últimos años, diversas iniciativas legislativas así como varios eventos internacionales y una proficua labor doctrinaria parecen estar evidenciando que los sistemas jurídicos latinoamericanos están saliendo de aquel letargo, generalmente impuesto por peculiares contingencias políticas. Como sostuviera el profesor Fix Zamudio, en ocasión de disertar en el IV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, *la institución del Ombudsman como organismo técnico con la función esencial de recibir, tramitar y procurar la resolución de las reclamaciones de los gobernados contra la administración por la violación de sus derechos e intereses legítimos...ha continuado su extraordinaria expansión en diversos sistemas o familias jurídicas, incluyendo los países en vías de desarrollo.*<sup>(1)</sup>

## II. LOS ORÍGENES DE LA INSTITUCIÓN

Cabe recordar que correspondió a Suecia el privilegio de haber acunado el primer *ombudsman* allá por 1809, como resultado de la pugna dialéctica que el Parlamento mantenía con el Rey siendo concebido, en ese entonces, como medio para equilibrar las amplias facultades otorgadas al soberano y su Consejo por una constitución de tipo monárquico. Las funciones que le fueron asignadas por la ley constitucional del 6 de junio de aquel año consistían en *controlar la observancia de las leyes por los tribunales competentes, de acuerdo con las leyes, a aquellos que en el ejercicio de su función hubieren, por parcialidad, favor o cualquier otro motivo, cometido ilegalidades o descuidado el correcto desempeño de los deberes propios de su cargo.*<sup>(2)</sup>

---

( 1 ) Fix Zamudio, Héctor. *Apéndice de Actualización*, página 10, Costa Rica, 1986.

( 2 ) Conf. Maiorano, Jorge Luis. "El ombudsman argentino ¿defensor del pueblo y de la democracia?", revista *Ideas en Ciencias Sociales*, año II, número 2, página 107, Buenos Aires, 1986.

El aumento de sus labores de fiscalización determinó, posteriormente, la creación de otro órgano con competencia exclusiva en el ámbito militar. Este nuevo comisionado –denominado *ombudsman* militar o *militieombudsman*– fue designado en 1915 coexistiendo desde entonces junto al *ombudsman* encargado del sector civil. Esta división de órganos, con funciones paralelas y estatutos propios, se mantuvo hasta diciembre de 1967 cuando se produjo la fusión de ambas dependencias.

### III. SU DIFUSIÓN UNIVERSAL

Durante muchos años, la institución nórdica permaneció prácticamente oculta para el resto del mundo quien no reparó en ella sino a partir de la década de 1950. En realidad, su difusión se produjo en dos etapas bien definidas. En la primera, fue otro país escandinavo, Finlandia, quien lo adoptó siguiendo el modelo de su vecino sueco. A partir de allí, hubo que esperar que finalizara la Segunda Guerra Mundial para que la figura adquiriese verdadero auge. Comenzaba así la segunda etapa durante la cual el *ombudsman*, con denominaciones no coincidentes<sup>(3)</sup> pero funciones sustancialmente similares, alcanzó una asombrosa expansión por todo el mundo.

En este proceso le correspondió a Dinamarca un papel protagónico al haberlo incorporado a su Constitución de 1953 y luego llevar a cabo una encomiable labor de difusión. Por otra parte, la experiencia danesa demos-

---

( 3 ) En Portugal: Proveedor de Justicia; en Francia: Mediador; en Gran Bretaña: Comisionado Parlamentario; en Italia: Defensor Cívico; en España: Defensor del Pueblo; en Israel: Comisario para las quejas del público.

tró la posibilidad de adaptar la institución sueca a sistemas jurídicos diversos. Como ha dicho Legrand *la audacia de los daneses consistió en transplantar un árbol al que se le habían cortado las raíces.*<sup>(4)</sup>

Durante 1962 fue adoptado por Noruega y Nueva Zelanda; posteriormente en 1966 por Guyana; Gran Bretaña (1967); Isla Mauricio (1968); Irlanda del Norte (1969); Israel (1971); Francia (1973); Austria y Portugal (1975); en el continente africano por Ghana, Sudán y Zambia (1973) y anteriormente por Tanzania (1966). En ámbitos territoriales o materiales limitados fue incorporado en Alemania Federal (sólo para el ámbito militar, en 1957); Canadá, en las provincias de Alberta (1967), New Brunswick (1967), Manitoba (1969), Nueva Escocia (1971), Saskatchewan (1972), Ontario (1975); en los Estados Unidos de Norteamérica en diversos estados, entre otros, Hawaii (1967), Alaska (1975), Iowa (1972), Nebraska (1969); Australia Occidental (1971); Australia Meridional (1972), Victoria (1973), Queensland (1974), Nueva Gales del Sur (1974); en la India ha sido adoptado en los Estados de Bihar (1973), Maharastra (1971) y Rajasthan (1973); en Italia, por su parte, en las regiones de Toscana y Liguria (1974), Campania (1978), Umbría (1979), Lombardía y Lazio (1980) mientras que en Suiza fue adoptado en la ciudad de Zurich (1971). Ultimamente ha sido instituido en España con la denominación de Defensor del Pueblo (1981) constituyendo éste un valioso antecedente para los esfuerzos que se llevan a cabo en nuestra América Latina hacia su creación.

La nómina transcripta —simplemente enunciativa— trasciende continentes, regiones y sistemas políticos determinados, evidenciando ello la vocación universalista

---

( 4 ) Legrand, André. *L'ombudsman scandinave*. Etudes comparées sur le controle de l'administration, página 228, Paris, 1970.

de esta figura que constituye, en la actualidad, un destacado instrumento en la afirmación y reconocimiento de los derechos humanos.

#### IV. CARACTERIZACIÓN

Definido por la American Assembly en su trigésima segunda sesión, llevada a cabo en octubre de 1967, como *un funcionario independiente de alto nivel jerárquico que recibe quejas, efectúa investigaciones dentro de las materias involucradas en aquéllas, y hace recomendaciones para una toma de decisión oportuna*<sup>(5)</sup> puede configurarse como órgano de control de la Administración Pública, de cuño predominantemente parlamentario, destinado a la salvaguardia de los derechos individuales. Su característica peculiar es que carece del tradicional poder de coacción jurídico no encontrándose facultado para revocar, modificar o anular actos administrativos; su *imperium* o *auctoritas* es moral su arma fundamental: la publicidad de sus investigaciones.

#### V. LAS RAZONES DE SU DIFUSIÓN

Pero cabe preguntarse ¿cuáles han sido las razones que han motivado la creciente trascendencia de esta institución de singular importancia en el concierto mundial? Me adelanto a sostener que, a mi juicio, esas razones han sido dos: 1) el intervencionismo estatal, con su secuela de enfrentamientos entre los dos términos de una relación aparentemente antitética: Autoridad y Libertad; 2) la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control que no llegan a constituir, en la actuali-

---

( 5) Ombudsman for American Government, editado por Stanley V. Anderson, Universidad de Columbia, Estados Unidos, 1968.

dad, valladar idóneo para frenar los abusos estatales. A continuación analizaré cada una de estas razones.

## **VI. DEL ESTADO INDIVIDUALISTA LIBERAL AL ESTADO INTERVENCIONISTA SOCIAL**

Desde que el hombre decidió constituir esa forma superior de organización llamada Estado –respondiendo así a su natural condición de animal social y político– a fin de superar el estado de aislamiento inicial, ha sido una constante no desmentida a través del tiempo la permanente pugna entre la autoridad y la libertad; entre el interés público y el interés privado; entre el Estado y el individuo.

De una concepción liberal del Estado, cuya filosofía era el “dejar hacer, dejar pasar” –y donde se predicaba que “el mejor Estado era el menor Estado”– se ha pasado a una concepción social en la cual el moderno Estado de Bienestar no adopta ya la originaria actitud contemplativa y abstencionista sino, por el contrario, una actitud francamente conformadora de la realidad social.

El Estado policía, guardián, juez, árbitro, fiscal, vigilante y responsable de que la conducta de los agentes de la vida social no perjudicara los derechos de sus semejantes o la buena marcha y funcionamiento del orden público –y que constituyera, como adelanté, el estereotipo paradigmático del pensamiento liberal– se transformó en un Estado regulador, redistribuidor, corrector, orientador y aún, planificador de los objetivos de la actividad social.

Así es hoy un valor entendido que el Estado de nuestros días –auténtico Estado administrativo– adopta universalmente el rol de promotor de las transformacio-

nes sociales las cuales realiza a través de su decisiva participación en la actividad económica, en la industria, en la educación, en la cultura, en el deporte, en la investigación, etcétera.

Empero, la transformación apuntada no se ha limitado a un mero aspecto cuantitativo; por el contrario, ha importado, al mismo tiempo, un redimensionamiento cualitativo de los medios y formas de actuación estatal; en este sentido, cabe puntualizar que para el ejercicio de esos objetivos conformadores de la sociedad, El Estado se ha visto en la necesidad de acrecentar su capacidad de coacción puesto que sin ella no podría realizar muchas de las acciones indispensables para alcanzar los fines propuestos.

Pero en este proceso no todos los órganos estatales han resultado beneficiados por igual; constituye un hecho innegable que la Administración pública —como complejo orgánico inserto en la órbita del Poder Ejecutivo— es una unidad organizativa en la que ha concentrado el Estado la mayor cantidad y calidad de cometidos, funciones e instrumentos limitativos de las libertades individuales.

El fenómeno apuntado acarreó, obviamente, la necesidad de establecer frenos a este moderno Leviathan a fin de que el ejercicio del poder no se convierta en arbitrario, ilegítimo y ajeno a las altas finalidades que lo justifican ya que, como decía Juan XXIII en su Encíclica *Pacem in Terris el Poder es la facultad de mandar según la razón*.

## VII. LA INSUFICIENCIA DE LOS TRADICIONALES MECANISMOS DE CONTROL

Como sostuviera Gordillo, existe bastante unanimidad en los países desarrollados en el sentido de que la tutela brindada a los administrados frente a la Administración pública es, en muchos aspectos, insuficiente y no puede ser corregida por un simple mejoramiento o perfeccionamiento de los mecanismos clásicos de control.<sup>(6)</sup>

En momentos en los cuales la actividad administrativa envuelve casi todas las esferas de la vida civil, se ha producido una auténtica estatización de la sociedad, como señalara Peces Barba,<sup>(7)</sup> dentro de este marco se generó una ampliación de las zonas de conflicto entre la Administración y los administrados convirtiendo al control de aquélla en una tarea prácticamente inabordable por los instrumentos y procedimientos establecidos por el Estado liberal.

Soslayando diversas clasificaciones de los mecanismos de control —que me apartarían del tema central de este trabajo— resulta prudente recordar que las categorías más usuales giran en derredor del control administrativo, del control legislativo y del control judicial.

El primero de ellos, desarrollado en el seno de la propia administración pública, se encamina hacia la verificación de la legitimidad y la oportunidad, conveniencia o mérito de la acción administrativa. Se promueve

---

( 6 ) Gordillo, Agustín A. *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina*, página 125, Madrid, 1981.

( 7 ) Peces Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, página 28, Madrid, 1980.

tanto de oficio como a instancia de parte interesada debidamente legitimada para ello.

Por su parte, el control legislativo tradicional constituye, principalmente, un control de tipo político por el cual no pueden revocarse ni anularse actos administrativos. Los ordenamientos constitucionales de los diversos países, si bien con diferencias de matices, determinan que él se manifiesta, por ejemplo, a través del acuerdo prestado para la designación de diversos funcionarios; la aprobación o rechazo de los tratados celebrados con las demás naciones; la interpelación a los ministros y la fijación del presupuesto de gastos y recursos del Estado.

Por último, el control judicial tiene como fin inmediato la tutela de los derechos e intereses legítimos de los individuos, aunque el objetivo supremo sea la conservación del orden y la regularidad de la acción administrativa. Las vías de que disponen los administrados para alcanzar esa protección son las acciones contencioso administrativas; la acción o juicio de inconstitucionalidad; la acción o juicio de amparo; el recurso de hábeas corpus y las acciones judiciales comunes (expropiación, daños y perjuicios, etc.).

Con todo este arsenal jurídico pareciera, cuando menos, aventurado expresar la insuficiencia de tutela jurídica de los administrados; sin embargo, la existencia del *ombudsman* en la mayoría de los países desarrollados es una prueba más que evidente que aquella afirmación no encierra simplemente una formulación dogmática.

En el caso del control administrativo se observa que, si bien la revisión de los actos administrativos se extiende no sólo a la legitimidad sino también a la oportunidad, conveniencia o mérito, falta la independencia

del órgano responsable del control el cual, además, pone especial hincapié en las cuestiones vinculadas a la legitimidad en desmedro de la oportunidad o conveniencia del acto. Además, para determinadas tramitaciones se requiere patrocinio letrado y el cumplimiento de ciertos recaudos de carácter formal. Todos estos factores influyen en las debiliades denunciadas en el control administrativo.

Por su parte, el control legislativo tradicional –que se desenvuelve principalmente en el plano político partidista– se muestra vulnerable por la circunstancia de que el titular del Poder Ejecutivo y la mayoría del Parlamento pertenecen a la misma fracción política lo cual dificulta el normal funcionamiento de los mecanismos de esta índole. Además, este tipo de control no protege directa e inmediatamente al administrado quien adopta, con frecuencia, la actitud de mudo testigo ante el ejercicio de sus diversas modalidades.

Por último, el control judicial –si bien es el más efectivo de todos ya que se realiza mediante órganos imparciales e independientes– presenta el inconveniente de que sólo puede referirse a la legitimidad excluyendo el mérito de la actividad administrativa. De esta forma quedan fuera de su ámbito los comportamientos discrecionales de la Administración, los cuales pueden ser más perjudiciales para los intereses de la comunidad que las irregularidades verificadas en la legitimidad de la actividad administrativa. Además, el control judicial está limitado en cuanto a su alcance ya que los órganos jurisdiccionales pueden anular los actos cuestionados, pero nunca reformarlos o sustituirlos por otros, puesto que en este caso se estaría invadiendo una esfera que es privativa de la Administración afectándose, con ello, el principio de la división de los poderes del Estado. Otra dificultad que presenta el control judicial es el prolonga-

do tiempo que insumen las tramitaciones procesales al punto de tornar ilusorias las pretensiones de los administrados quienes, además, sufren restricciones por los elevados costos que suelen acompañar la promoción de acciones judiciales contra el Estado; de hecho, esta circunstancia se convierte en un obstáculo insalvable para ciertos sectores de la población de escasos recursos.

Pero donde se manifiesta de manera evidente la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de control de la Administración pública es en aquellas “enormes minucias”, como diría Chesterton, insuficientes para promover el control judicial; irrelevantes para el tradicional control parlamentario y ajenas a la tutela administrativa. Esas enormes minucias constituyen, dentro de la vida cotidiana del habitante de las grandes ciudades, verdaderos dramas difíciles de superar. Es que frente al poder público, que se manifiesta en multitud de hechos en apariencia nimios e intrascendentes, al administrado le resulta poco menos que imposible articular defensa alguna que no sean los procedimientos formalistas previstos por la legislación administrativa.

El Poder se transforma así en el “pequeño poder” que esgrimen diestros burócratas que detrás de un escritorio agravan al usuario que acude a una oficina pública por un trámite, el pago de una factura, un sello o un comprobante. Es que este pequeño poder es infatigable en su fabricación de pequeñas injusticias. ¿Cómo se quitan esas espinosas molestias? ¿Con “cartas de lectores” que testimonian un postrer esfuerzo por ser oído? ¿Con protestas entre dientes? ¿Con costosos y desgastantes pleitos contra la Administración pública? ¿Con resignación y descreimiento hacia las instituciones republicanas?

De esta forma el ciudadano medio –frente al crecimiento del Estado y la insuficiencia de los medios jurídi-

cos que lo sumen en desamparo— se ha acostumbrado, o para ser más preciso, resignado a vivir con incertidumbre y desconfianza hacia el poder público; es que su más inmediato gestor —la Administración pública— lo trata con arrogancia, con hosquedad cuando no con intimidación.

Frente a esa experiencia cotidiana que demuestra los comportamientos abusivos, arbitrarios, inoportunos, discriminatorios e ineficientes en que incurre a diario la Administración pública, el *ombudsman* se ha manifestado, universalmente, como el medio idóneo para defender a ese ser humano desvalido que se ha habituado a ser tratado como súbdito y no como administrado.

## VIII. LA SITUACIÓN EN LATINOAMÉRICA

Los países de América Latina no han permanecido ajenos a las razones que provocaron la difusión de esa institución. Por lo contrario, la condición de países en vías de desarrollo que invisten la mayoría de aquéllos, le asigna al tratamiento de este tema una importancia singular.

Como sostuviera Gros Espiell, puede adelantarse que en nuestra América Latina la inexistencia del *Ombudsman* fue el resultado de nuestra herencia jurídica, de una tradición constitucional influenciada básicamente por los modelos francés, estadounidense y español que ignoraban esta institución y por la presencia de otras figuras más o menos análogas (Fiscal General, Procurador General, etc.) que podían considerarse como aptas para cumplir atribuciones del tipo de las que posee el *ombudsman*.<sup>(8)</sup> A estos obstáculos iniciales, con los que

---

( 8 ) Gros Espiell, Héctor. Ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 3, Buenos Aires, 1985.

coincido, añado la recurrente inestabilidad que afectó las instituciones de muchos países latinoamericanos. No debe olvidarse que la existencia de un sistema democrático constituye una condición *sine qua non* para la admisión de esta figura. Como sostuviera don Joaquín Ruiz Giménez, defensor del pueblo español, en su esencia el ombudsman es un signo de indentidad democrática<sup>(9)</sup> en la medida que constituye un baluarte de la paz social y un medio de fortalecimiento de la justicia.

La normalización institucional de varios países del área, luego de atravesar sucesivos períodos de gobiernos de hecho (Argentina, Brasil, Uruguay, entre otros); la creación de la Defensoría del Pueblo en España, así como la tesonera labor de diversas entidades de carácter continental han sido los factores más destacados que provocaron el creciente interés que la institución ha suscitado en los círculos políticos y jurídicos de los países latinoamericanos.

A continuación detallaré las principales manifestaciones de este proceso, comenzando con las reuniones interamericanas realizadas hasta la fecha en Venezuela y Argentina.

#### A. EVENTOS DE CARÁCTER CONTINENTAL

Un grupo de eminentes juristas se reunió en la ciudad de Caracas, Venezuela, en junio de 1983 sentando las bases del Instituto Latinoamericano del *Ombudsman*, organización privada sin ataduras políticas, que se encuentra integrada por ciudadanos de diversos países latinoamericanos que se han impuesto la difícil misión

---

( 9 ) Discurso de apertura del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 19, Buenos Aires, 1985.

de promover la creación del instituto en sus propios países. Como avanzada en tal objetivo se ha formalizado la creación de capítulos de dicho Instituto en Venezuela, Costa Rica, Brasil, Chile y Argentina.

La *Declaración de Caracas*, nombre que recibió el documento suscripto en esa oportunidad, testimonió el compromiso asumido por los participantes de aquel evento en orden a *contribuir con nuestros recursos intelectuales, profesionales o políticos a la difusión e implantación de instituciones como la del Ombudsman en América Latina, de acuerdo a las necesidades y características específicas de cada sociedad...*<sup>(10)</sup>

Como continuación de ese Primer Coloquio sobre el Proyecto *Ombudsman* para la América Latina, se celebró en Buenos Aires, Argentina, el Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, organizado por la Dirección Regional para Latinoamérica del Foro Integrante de la *International Bar Association*. Con la presencia de destacados especialistas de América Latina y la participación especial del Defensor del Pueblo español, se consideraron del 18 al 20 de noviembre de 1985 cuatro diversos temas, a saber: 1) necesidad y conveniencia de adoptar la institución del *ombudsman*; 2) su compatibilidad con los sistemas constitucionales latinoamericanos; 3) establecimiento de algunas pautas básicas para una legislación uniforme y 4) experiencias similares (protección de los derechos humanos, tutela del consumidor, desburocratización, etc.) concretadas o en estudio o proyecto en Latinoamérica.

Con relación al primero de esos temas, se arribó a las siguientes conclusiones:

---

(10) *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, página 210, julio-diciembre 1985, San José de Costa Rica.

- a) *Destacar la necesidad y conveniencia de instituir esta figura sobre la base de la existencia de dos órdenes de razones diversas, pero complementarias: 1- Creciente intervencionismo estatal como resultado del papel protagónico que el Estado se ha reservado en la sociedad contemporánea. Esta actitud interventora y conformadora que él lleva a cabo, se realiza con alarmante frecuencia de menoscabo de los derechos, intereses y garantías de los individuos; 2- Frente a la transformación apuntada, los remedios jurídicos tradicionales se han manifestado insuficientes para proteger integralmente al individuo aislado y a la sociedad toda contra los abusos estatales. Falencias de diverso carácter que se advierten en aquellos órganos y procedimientos atentan contra la plena vigencia de los derechos humanos, no sólo los de carácter cívico y político, sino también los de índole económica.*
- b) *A esos fines, el Ombudsman o Defensor del Pueblo se ha manifestado universalmente como instrumento adecuado para complementar la labor garantística que llevan a cabo los procedimientos tradicionales. En este sentido, los integrantes de este grupo destacan que el Ombudsman o Defensor del Pueblo no debe ser concebido para sustituir los remedios ya existentes, de los cuales se constituía en un refuerzo en todos aquellos aspectos que escapan a ellos.*
- c) *Y estos aspectos que escapan a estos controles se hallan representados por una multitud de pequeños dramas que padecemos a diario los administrados como resultado de comportamientos abusivos, negligentes, inoportunos, disfuncionales y arbitrarios que llevan a cabo los agentes públicos, en ocasiones en flagrante contradicción con la dignidad humana.*

- d) *El ombudsman o Defensor del pueblo, como auténtico y cabal rector de los derechos del pueblo según lo ha demostrado la experiencia de los numerosos países que lo han adoptado, puede constituir un importante aporte, en relación dinámica con otros factores, a los efectos del tutelaje y consolidación de la democracia en orden al logro del Bien Común.?*
- e) *Están persuadidos que esta Institución, sin constituirse en una panacea o remedio mágico, puede extender sus beneficiosos efectos, desde su formulación jurídica hacia otros campos tales como la protección eficiente de aquellos sectores de la población más carenciados, es decir, los de menores recursos quienes, generalmente, no sólo se ven impedidos de defender sus facultades jurídicas frente al obrar abusivo de la Administración, sino lo que es aún más grave, ignoran cuáles son las vías para defenderlos...<sup>(11)</sup>*

## **B. INICIATIVAS PROYECTADAS**

**1. Argentina.** Como consecuencia del restablecimiento de la democracia en mi país, tomaron mayor impulso los estudios tendientes a implantar al *ombudsman* o defensor del pueblo. Ello se manifestó a través de la celebración de numerosas conferencias, simposios y congresos; la publicación de valiosos trabajos sobre el tema y la presentación de varios proyectos legislativos. De todos ellos, hasta la fecha, alcanzó la media sanción de la Cámara de Senadores el que fuera presentado por los senadores Eduardo Ménem y Libardo Sánchez. La falta de consideración de esa iniciativa por la restante Cámara

---

(11) Publicación de las conclusiones del Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 34, Buenos Aires, 1985.

Legislativa –Diputados– determinó que el 30 de octubre caducara el proyecto. Sin perjuicio de esta contingencia –que supone una postergación en los afanes por la institucionalización de la figura cabe resaltar que se intuía la Defensoría del Pueblo como órgano dependiente del Congreso, aunque gozando de autonomía funcional para el control de los actos, hechos u omisiones que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de alterar o dañar los ecosistemas naturales. Todo ello, obviamente, con el objetivo supremo de proteger los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad. Siguiendo, en general, los lineamientos de la legislación española en la materia, dicho proyecto excluye del ámbito de control al propio Poder Legislativo y al Poder Judicial.<sup>(12)</sup>

**2. Brasil.** Este país no ha permanecido ajeno al interés suscitado por la figura. Ya en 1961, por decreto No. 50.533 se instituyeron en las capitales de los Estados, Subgabinetes de la Presidencia de la República con atribuciones, entre otras, de presentar ante los respectivos órganos de la Administración federal, las reclamaciones y pedidos de interés de las poblaciones locales. Antes de ser puesta en práctica, dicha iniciativa fue revocada por el decreto No.51.333 del 8 de setiembre de 1961.

En 1977 la Comisión de Valores Mobiliarios, dependientes del Ministerio de Hacienda, creó un cargo de *ombudsman* que no llegó a cubrirse.<sup>(13)</sup>

---

(12) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación Argentina, sesiones de los días 22 y 28 de agosto de 1985.

(13) Barroso, Leite, Celso. Ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, página 6, Buenos Aires, noviembre de 1985.

Entre los primeros proyectos que se han presentado en Brasil se encuentra la propuesta de enmienda constitucional, cuyo autor fuera del diputado Mendonca Neto, aprobada por una Comisión Mixta del Congreso Nacional, por la cual se creaba en la Administración Federal la Procuraduría General del Pueblo destinada a fiscalizar los actos del Poder Ejecutivo; investigar las violaciones de la ley y preservar los derechos fundamentales del ciudadano.<sup>(14)</sup> en el mismo año, el diputado José Costa presentó un proyecto de enmienda constitucional destinada a la creación de la Procuraduría General del Poder Legislativo como el correspondiente brasileño del *Ombudsman*.

En 1983, el senador Luiz Cavalcanti propuso la implantación del *ombudsman* como heroica tentativa para extirpar de la vida pública nacional el cáncer de la corrupción. En el mismo sentido, debe anotarse la iniciativa de enmienda constitucional propiciada por el diputado Ney López *creando un órgano parlamentario de investigación, ligado al Congreso Nacional, de acuerdo al modelo de Ombudsman existente en Suecia...*<sup>(15)</sup> Otro proyecto, éste del año 1984 que fuera luego archivado al igual que los anteriores, presentado por el diputado Jonathan Nunes instituía una Procuraduría Popular con la atribución, entre otras, de *recibir y transmitir las quejas o denuncias escritas de cualquier ciudadano que se sienta perjudicado por actos de la Administración pública.*<sup>(16)</sup>

---

(14) Barroso, Leite, Celso. *Ob. cit.* página 6. Buenos Aires, noviembre 1985.

(15) Barroso, Leite, Celso. *Ob. cit.* página 7.

(16) Barroso, Leite, Celso. *Ob. cit.* página 7. Conf. Provenciano Gallo, Carlos Alberto, O Ouvidor Geral e o ombudsman: duas institucoes distintas, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985; Andrade de Oliveira, Fernando y Xavier, Pedro Henrique, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre 1985.

Actualmente se encuentra en trámite una iniciativa presentada el 5 de diciembre de 1984 por el senador Marco Maciel instituyendo el cargo de *Ouvidor Geral* para la protección de los ciudadanos con relación a las acciones y omisiones lesivas a sus intereses. Entre las atribuciones se cuenta la de velar por la celeridad y racionalización de los procedimientos administrativos criticando y censurando, a esos efectos, los actos de la Administración pública.<sup>(17)</sup>

Otra interesante iniciativa —ésta en el ámbito municipal— es la que auspiciara, en octubre de 1984, la incorporación a la ley orgánica de San José de Campos de un precepto que regulara la creación de una Corregedoría Administrativa, a cargo de un Defensor del Interés Público.<sup>(18)</sup>

**3. Costa Rica.** Se presentó en este país un proyecto de reforma parcial, por adición, al artículo 48 de la Constitución creando un *ombudsman* o defensor del pueblo. Este proyecto fue informado negativamente por mayoría de una comisión especial de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, el 12 de setiembre de 1983. Actualmente se encuentra a consideración otra iniciativa por la cual se instituye, en el ámbito legislativo, un Defensor de los Habitantes<sup>(19)</sup> todo ello sin perjuicio, como explicaré más adelante, de la existencia en este país de diversos órganos que sectorialmente cumplen la función del *ombudsman*.

---

(17) Barroso, Leite, Celso. *Ob. cit.*, página 7.

(18) Barroso, Leite. *Ob. cit.*, páginas 7 y 8.

(19) Conf. Rojas Franco, Enrique. *La necesidad y conveniencia de adoptar la institución en Costa Rica*, ponencia presentada al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985.

**4. Chile.** No obstante la peculiar situación institucional que atraviesa este país y en la cual no tienen vigencia sociológica las normas constitucionales, existe un acentuado interés en la figura del *Ombudsman*. Así, por ejemplo, de manera individual, es decir, sin acreditar representación política alguna, el Grupo de Estudios Constitucionales (llamado Grupo de los 24) ha elaborado un proyecto de ley tendiente a regular, en 28 artículos, el Defensor de los derechos Humanos.<sup>(20)</sup>

**5. Guatemala.** Como consecuencia de los preceptos constitucionales que se refieren a la protección de los derechos humanos (lo cual será materia de consideración ulterior) se han presentado durante el corriente año 1986 diversas iniciativas parlamentarias tendientes a la reglamentación de las funciones del Procurador de los Derechos Humanos. Así, pueden citarse los proyectos presentados por los diputados Jorge Luis Archila Amézquita y Juan Morales Gavarrete el 14 de abril último; José Francisco López Vidaurre el 16 de junio; Iván Barrera el 16 de julio último. Todas estas iniciativas se encuentran en avanzado estado de tratamiento con grandes probabilidades de que el instrumento normativo sea sancionado en los próximos meses.

**6. Uruguay.** En este país se han presentado hasta la fecha y luego de restablecido el sistema democrático, dos proyectos de ley: el primero, formalizado el 16 de junio de 1985, suscripto por el senador del Partido Colorado, Raumar Jude; el restante, por el representante nacional por Montevideo del mismo sector político, Daniel Lamas, el 17 de setiembre del mismo año. A dichas iniciati-

---

(20) Quinzio, Figueiredo, Jorge Mario y Pinto Giraud, Bernardo. *El Ombudsman: defensor de los derechos humanos*, ponencia presentada por el Grupo de estudios Constitucionales al Primer Simposio Latinoamericano del Ombudsman, Buenos Aires, noviembre, 1985.

vas cabe agregar un proyecto de ley que procura tutelar los derechos a los consumidores presentado por el senador colorado Pedro W. Cersósimo el 4 de octubre de 1985. Sobre este particular ha sostenido Esteva Gallicchio que *las iniciativas presentadas en Uruguay en los últimos meses acogen sustancialmente dicho modelo (se refiere al vigente en España) y –no obstante su escasa originalidad– constituyen una base que –luego de la tarea legislativa de consolidación y perfeccionamiento– permitirá la vigencia del instrumento jurídico que describiera acertadamente Fix Zamudio como...el funcionario designado por el Parlamento o por el Gobierno, que tiene la función esencial de recibir y tramitar de manera informal las reclamaciones de los afectados por la actividad administrativa.*<sup>(21)</sup>

Según lo proclama el Programa de Principios del Partido Colorado *lo que se procura crear es una magistratura que disfrute de gran prestigio y autoridad moral: que ejerza una influencia fundamentalmente docente sobre la Administración, no a través de la confrontación sino de la colaboración crítica con ella; y que atendiendo celosamente los casos concretos, aún cuando no involucren cuestiones de interés general, representen el rostro humano de un aparato estatal por fin sensibilizado a las quejas y reclamos del hombre común, y diligente en la atención de ellos.*<sup>(22)</sup>

---

(21) Esteva, Gallicchio, Eduardo. Compatibilidad del establecimiento del Ombudsman o Defensor del Pueblo con el sistema constitucional uruguayo, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y político, página 176, Montevideo, octubre-noviembre 1985, número 9. Conf. Frugone Schiavone, Héctor. *El Defensor del Hombre*, ob. cit., página 177 y sigtes. Saravia Antúnez, José R. *La defensoría del Pueblo en Uruguay*, ob. cit. página 163 y sigtes.

(22) *Ob.citada* en nota anterior, página 188.

## C. INICIATIVAS INSTITUCIONALIZADAS

En América Latina puede afirmarse que no existe en funciones ningún órgano que, en su forma pura, represente al tradicional *ombudsman* escandinavo; en cambio, existen versiones vernáculas del difundido comisionado parlamentario. Estos son los países que han admitido esas figuras: Argentina, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú y Venezuela.

**1. Argentina.** En mi país se ha creado recientemente, en el ámbito local de la ciudad de Buenos Aires, el cargo de Controlador General Comunal cuya misión fundamental será la de proteger los derechos, intereses legítimos y difusos de los habitantes contra las arbitrariedades, desviaciones de poder y errores administrativos a fin de dar satisfacción a quienes se consideren afectados por deficiencias, abusos, negligencias, demoras excesivas y otras desconsideraciones hacia el público. La ordenanza No.40.831, sancionada por el Consejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires el día 17 de octubre de 1985, si bien fuera promulgada por el Departamento Ejecutivo, a la fecha todavía no ha entrado en vigencia atento que no se ha cubierto el cargo del titular del organismo aludido.

**2. Brasil.** Por decreto No. 91469 del 24 de julio de 1985, el Poder Ejecutivo brasileño creó el Consejo Nacional de Defensa del Consumidor con la finalidad de asesorarlo en la formulación y conducción de la política nacional al respecto, incluyendo entre sus competencias la posición de medidas para evitar fraudes y abusos contra el consumidor participando en ello representantes de las entidades públicas y privadas interesadas. La ley No. 7347, sancionada en la misma fecha, reguló la acción pública de responsabilidad por daños causados al medio

ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, turístico y paisajístico otorgando legitimación para su ejercicio, no sólo al Ministerio Público Federal y Estadual, sino también a las entidades que conforman la Administración pública indirecta y a las asociaciones privadas vinculadas a la defensa de los intereses comunes.

**3. Costa Rica.** Por decreto del 21 de agosto de 1985 se crearon tres Defensores (de los Derechos Humanos de los Refugiados; de los Derechos Humanos de los Internos del Sistema Penitenciario y de los Usuarios del Registro Nacional). Cada uno de ellos ejerce, dentro del ámbito específico que le compete, las siguientes funciones básicas: a) interviene cuando se presentan amenazas, obstrucciones o violaciones a los derechos de los administrados; b) previenen los abusos mediante acciones y recomendaciones que efectúa ante las instancias públicas competentes; c) intercede ante las autoridades para defender tales derechos; ch) propone sanciones para aquellos funcionarios que, por la gravedad de las infracciones que hayan cometido contra derechos de los administrados, justifiquen su imposición; d) proponen reformas a procedimientos, reglamentos o leyes destinadas a hacer más eficientes la defensa de los mencionados derechos y el mejoramiento del servicio público respectivo; e) fomentan y difunden el conocimiento de los derechos de los administrados del área respectiva; f) en general, efectúan todas las gestiones que estén a su alcance para evitar violaciones de esos derechos y para garantizar su plena vigencia. (Art. 2).

Los procuradores citados se suman (el reglamento alude a la "complementación") a los Procuradores de Derechos Humanos y del Consumidor existentes con anterioridad.

En efecto, por ley No.6815 del 28 de setiembre de 1982 se sancionó la nueva ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en cuyo seno se instituyó la Procuraduría de Derechos Humanos y la Procuraduría de Defensa del Consumidor.

La primera de ellas representa un esfuerzo del Estado costarricense, como señala el Mensaje de Elevación, en punto a la protección de las libertades fundamentales; a esos efectos, la ley le asigna a esta Procuraduría importantes facultades como la de requerir al superior la imposición de sanciones disciplinarias al funcionario que hubiere violado o viole los derechos humanos, facultándolo asimismo para denunciar ante el Ministerio Público aquellas violaciones de los derechos humanos que constituyan delitos. Para el cumplimiento de sus funciones, puede realizar las investigaciones que considere pertinentes y recibirá las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía. Puede inspeccionar oficinas públicas sin previo aviso y requerir de ellas documentos o información necesarios para efectuar sus investigaciones, con la salvedad de los secretos de Estado o de aquellos documentos establecidos por la ley como confidenciales. Está facultada para rechazar las quejas anónimas y aquellas en las que advierta mala fe, carencia de fundamentos e inexistencia de pretensión. Otra de sus potestades radica en la posibilidad de poner en conocimiento de las autoridades de la Administración, con las recomendaciones pertinentes, cualquier incorrección que encuentre de los servidores públicos en los procedimientos jurídicos administrativos (artículo No.3, inciso ch).

Por su parte, la Procuraduría de Defensa del Consumidor ejerce las acciones legales en defensa del consumidor representando un esfuerzo por lograr un equilibrio entre la producción y el consumo. A esos efectos, presen-

ta las denuncias ante el Ministerio Público participando en el respectivo procedimiento para que, efectivamente, aquellos que infrinjan el ordenamiento jurídico que protege al consumidor, sean sancionados.<sup>(23)</sup>

**4. Ecuador.** En este país, el Tribunal de Garantías Constitucionales no es, en verdad, un Tribunal en el sentido técnico-jurídico del término ya que no decide; es un verdadero *ombudsman* colectivo puesto que sus funciones, de acuerdo al artículo 141 de su Constitución vigente desde el 1 de junio de 1978, son: a) velar por la ejecución de la Constitución, para lo cual excitará a las autoridades y demás funcionarios de la Administración pública; b) formular observaciones acerca de decretos, acuerdos, reglamentos o resoluciones dictados en violación a la Constitución o a las leyes, luego de oír a la autoridad u organismos que lo hubieren pronunciado. Si las observaciones no fueren aceptadas, el Tribunal las publicará por la prensa y las pondrá a disposición de la Cámara Nacional de Representantes o del plenario de las Comisiones Legislativas, en receso de aquélla, a fin de que resuelvan lo pertinente; c) conocer de las quejas que formule cualquier persona natural o jurídica, por quebrantamiento de la Constitución; preparar la acusación contra los responsables y, salvo lo dispuesto en la ley penal, presentar a la Cámara Nacional de Representantes o, en receso de ésta al plenario de las Comisiones Legislativas, para que, según el caso, los enjuicien u ordenen enjuiciarlos; d) ejercer las demás atribuciones que le señalen la Constitución y la ley.

**5. Guatemala.** El artículo 274 de la nueva Constitución vigente en dicho país desde febrero de 1986 y que fixera sancionada el 31 de mayo de 1985, instituyó un Comi-

---

(23) Conf. Muñoz Quesada, Hugo. *Los Derechos Humanos desde el Ministerio de Justicia*, San José, Costa Rica, 1986.

sionado del Congreso con la denominación de "Procurador de los Derechos Humanos". Dicho precepto prescribe que el Procurador es un órgano destinado a la defensa de los derechos humanos que la Constitución garantiza; entre sus atribuciones se encuentran: a) promover el buen funcionamiento y la agilización de la gestión administrativa gubernamental, en materia de derechos humanos; b) investigar y denunciar comportamientos administrativos lesivos a los intereses de las personas; c) investigar toda clase de denuncias que le sean planteadas por cualquier persona sobre violaciones a los derechos humanos; d) recomendar privada o públicamente a los funcionarios la modificación de un comportamiento administrativo objetado; e) emitir censura pública por actos o comportamientos en contra de los derechos constitucionales.

**6. Honduras.** Como un sucedáneo del *ombudsman*, puede citarse a la Dirección de Probidad Administrativa instituida por la Constitución de 1982 como un organismo de control auxiliar del Poder Legislativo.

**7. México.** En este país se ha institucionalizado desde el 29 de mayo de 1985 una de las variantes del *ombudsman* tradicional, acotado específicamente al ámbito universitario. En efecto, por resolución del Consejo Universitario de la Universidad Autónoma se aprobó el Estatuto de la Defensoría de los Derechos Universitarios, de acuerdo al proyecto enunciado por el propio Rector de la UNAM, Dr. Jorge Carpizo.

Los fundamentos de la medida propiciada señalan que *este órgano viene a colmar un espacio que otros medios o mecanismos para asegurar el cumplimiento de los derechos de los universitarios no pueden cubrir adecuadamente, debido a sus específicas esferas de competencia...*<sup>24</sup>

---

(24) Gaceta de la UNAM, 3 de junio de 1985, página 2 y sigtes.

El régimen vigente prescribe que la Defensoría es un órgano independiente que tiene por finalidad la recepción de las reclamaciones individuales de los estudiantes y de los miembros del personal académico de la UNAM por la afectación de los derechos otorgados por la legislación universitaria; a tal efecto, se encuentra facultado para promover, de oficio o a petición de parte, las investigaciones pertinentes proponiendo, en su caso, soluciones ante las autoridades de la propia Universidad. La competencia de la Defensoría comprende el conocimiento de las reclamaciones, quejas, inconformidades y denuncias que formulen los estudiantes, profesores, investigadores y técnicos académicos frente a la infracción de sus derechos de carácter individual por actos, resoluciones u omisiones contrarios a la ley universitaria cuando sean irrazonables, injustos, inadecuados o erróneos o cuando se hayan dejado sin respuesta las solicitudes dentro de un plazo razonable.

**8. Panamá.** En Panamá existe un *ombudsman* muy singular por diversas razones. En primer término, porque encuentra su génesis en un tratado internacional y en segundo lugar porque actúa sobre un ámbito físico sujeto a la administración conjunta de dos países: Panamá y Estados Unidos de Norteamérica.

Como resultado de los tratados celebrados entre ambos países, suscriptos el 7 de setiembre de 1977, aprobados por Panamá mediante un plebiscito el 23 de octubre de ese mismo año y por el Senado de los EE.UU. en marzo y abril de 1978, se creó la Comisión del Canal de Panamá la cual reemplaza a la antigua Compañía del Canal de Panamá desde el 1 de octubre de 1979.

La norma por la cual se creó la Oficina del ombudsman de la Comisión del Canal de Panamá fue la ley 96-70. Prevé que dicha Oficina estará dirigida por un

funcionario elegido por la Junta Directiva de la Comisión, por recomendación del Administrador de dicha Comisión. El ámbito de actuación queda limitado al territorio antes denominado Zona del Canal, alcanzando a las oficinas y departamentos que se encuentran bajo el control de la Comisión y del Gobierno Federal. Tiene facultades para solicitar cualquier información que considere necesaria para aclarar un determinado caso. Su actuación puede promoverse por quejas recibidas por teléfono, carta o personalmente sin ninguna formalidad; tanto es así que la ley no obliga al reclamante a identificarse.

Una sensible diferencia cabe apuntar entre este modelo y la figura tradicional; el *ombudsman* panameño nunca recurre a la publicidad de sus actuaciones; usualmente acude a la discreción como el instrumento más adecuado para alcanzar su objetivo, en especial debido a que, siendo su radio de acción considerablemente restringido y la comunidad sobre la que actúa relativamente pequeña, la publicidad adversa le ocasionaría mayor daño que el bien pretendido.

Para el tamaño de la población y la situación generada como consecuencia de la asunción de instituciones panameñas de la gestión de diversos organismos públicos existentes en el área de la Zona del Canal, puede considerarse que el ensayo de un *ombudsman* para ayudar a los residentes a una ordenada etapa de transición ha sido todo un éxito, aún contra la opinión de ciertos funcionarios panameños que se mostraron reticentes al proyecto.<sup>(25)</sup>

---

(25) Ballard, Vargas, Richard. Tesis inédita, página 142 y sigtes, Panamá, 1984.

**9. Perú.** La Constitución Política sancionada en 1979 contempla en el Capítulo XI –artículo 250– al reglamentar las funciones del Ministerio Público que a este organismo autónomo le compete ...4. *Actuar como defensor del pueblo ante la administración pública...* Igualmente le atribuye las funciones de promoción –de oficio o a petición de parte– de la acción en defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos tutelados por la ley; velar por la independencia del Poder Judicial y por la recta administración de justicia, además de represtar en juicio a la sociedad.<sup>(26)</sup> El precepto constitucional citado todavía no ha sido reglamento.

**10. Venezuela.** Si bien en Venezuela no existe un órgano que, bajo la denominación de *ombudsman*, realice las funciones clásicas de esta figura sí actúa como organismo autónomo e independiente de los demás órganos del Poder Público (Art. 2), el Ministerio Público.

Su Ley Orgánica prevé que son atribuciones del aludido organismo, entre otras, ...2. *Velar por el respeto de los derechos y garantías constitucionales;* 3. *Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión;* 4. *Velar por la celeridad y buena marcha de la administración de justicia y porque en los Tribunales de la República se apliquen rectamente las leyes en los procesos penales...* Si bien, como se advierte, no existe una identidad sustancial entre las funciones del Ministerio Público y del *ombudsman* clásico, puede encontrarse en aquél un precedente valioso para una posterior profundización y precisión de los aspectos reglamentarios.<sup>(27)</sup>

---

(26) Conf. Paz de la Barra, Vladimir, *Teoría del Estado y control del poder*, Lima 1986.

(27) Ponencia venezolana al Primer Coloquio sobre el Proyecto Ombudsman. Revisión de las instituciones y leyes existentes, Sosa, Cecilia, página 17 y sigtes, Caracas, 1983.

## IX. CONCLUSIÓN

Los antecedentes descriptos ponen en evidencia que Latinoamérica se está aproximando al *ombudsman*, sin haber llegado todavía a realizaciones concretas de gran significación. Por ello el compromiso es aún mayor. Debe recordarse que el *ombudsman* responde a una auténtica necesidad histórica de la cual no está ausente América Latina.

Esta parte de América lucha permanentemente por superar estados de postración fruto de injusticias acumuladas por decenios. No debe verse, empero, en el *ombudsman* un artificio mágico que revertirá inmediatamente esas situaciones. Pero sí puede confiarse que él constituirá un medio de tutela eficaz de los derechos humanos nacientes, que no son los clásicos de las libertades públicas, de los derechos cívicos y políticos sino un capítulo fundamental de los derechos de igualdad y solidaridad, especialmente en los países en vías de desarrollo.

En suma, debe verse en el *ombudsman*, defensor del pueblo o comisionado parlamentario un medio para alertar la lucha por la paz con justicia, la única paz verdadera y duradera.

# HUMANISMO INTEGRAL

*Víctor Valembois\**

*No es mío el pensar  
Es el pensar del Hombre en mí*

**(Isaac Felipe Azofeifa  
"Días y territorios")**

---

\* Belga, participó en el V Curso Interdisciplinario, 1987.

No puedo sino agradecer aquí mismo la oportunidad que me brindó el *Instituto Interamericano de Derechos Humanos* al haberme dado la posibilidad de participar en su V Curso Interdisciplinario. Fue para mí el descubrimiento de otro mundo. Al provenir de otro continente, donde las violaciones a los derechos humanos resultan menos flagrantes, quizá por más ideologizadas, al haberme formado en una ciencia, que si bien directamente social, no tenía este ingrediente formativo imprescindible, descubrí lo que para otros quién sabe pueda resultar evidencia, pero para mí significa, ni más ni menos, un vuelco en mi visión del mundo.

Por eso quisiera condensar aquí unas cuantas reflexiones, resultado directo de este curso y aplicación obligada a un campo de actividad humana que es el mío: la educación para adultos. Considero, pues, que el Humanismo que estoy propiciando, partiendo de los objetivos básicos de mi Unidad Académica,<sup>(1)</sup> ha de ser revisado, ampliado, a la luz de tan valiosa enseñanza.

---

( 1 ) El autor de este escrito es Profesor de la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica desde 1974. Catedrático desde 1987.

No les niego a las siguientes líneas su carácter enteramente ensayístico, en el sentido de que en varias afirmaciones, quizá pequé por falta de demostración. Pero, más que nada pretendo explorar una vía todavía muy poco explorada. Quiero sugerir más que demostrar el humanismo para el que debo sensibilizar adquirió, para mí, dimensiones que ignoraba totalmente, ribetes que apenas imaginaba y que, gracias a este V Curso, vieron la posibilidad de desarrollo.

## I. CONCEPTO EUROCÉNTRICO – TRADICIONAL DE HUMANISMO

Seguramente por la influencia decisiva de varios de sus primeros profesores eminentes (Láscaris, Olarte) de origen europeo, así como por la formación clásica-liberal de sus fundadores (Facio, Macaya, Bonilla entre otros), la Escuela de Estudios Generales de la Universidad de Costa Rica, a su vez molde para las otras experiencias de Estudios Generales que se han desarrollado en el país, se basó en un concepto europeizante y más concretamente renacentista del hombre. Basta revisar al respecto un libro reciente, desgraciadamente demasiado poco conocido,<sup>(2)</sup> de la Dra. Rose Marie Karpinski. Allí ella hace una reseña histórica de la concepción teórica y praxis académica de los Estudios Generales, así como se vivieron en la Universidad de Costa Rica, entre 1957 y 1982, a lo largo de sus primeros veinticinco años. Se visualiza patentemente cómo todos los protagonistas académicos de la Escuela se inspiran únicamente en filósofos o tradiciones de corte renacentista-europea.

---

( 2 ) KARPINSKY de MURILLO, Rose Marie: *Estudios Generales - Concepción teórica y praxis académica (1957-1982)*. Publicado en la Universidad de Costa Rica, 1982.

Con el Tercer Congreso Universitario hubo un vuelco significativo hacia una re-interpretación de lo anterior, por ejemplo por la orientación desde y para Costa Rica y América Latina, en un contexto universal (véase el trípode de los objetivos Generales de la Escuela). Sin embargo, en el fondo no hubo atrevimiento o visión como para sacar el concepto de humanismo de su concepción occidental-desarrollista.

Esto se visualiza, por ejemplo en varias figuras claves de lo que podríamos llamar la 'segunda generación': se trata de defensores de la idea de Estudios Generales, desde luego, pero dentro de un marco fuertemente influenciado por el humanismo practicado en las Universidades norteamericanas. El prototipo en este sentido, es Claudio Gutiérrez, Rector por varios años, después de haberse empapado del Humanismo practicado por el profesor Russell en la Universidad de Chicago.

Resulta, sin embargo, que más allá de matices entre la primera y la segunda generación, ambas se inspiran en un prototipo de hombre totalmente occidental, anclado a modelos del pasado que parte de la paidea griega, pasa por su re-descubrimiento en las épocas del Renacimiento europeo. Sigue después la ilustración dieciochesca y el Nacionalismo decimonónico que finalmente llevaron a las dos guerras mundiales en el siglo XX.

A la luz de las enseñanzas del V Curso interdisciplinario en Derechos Humanos, no es exagerado postular que estos movimientos culturales partían de una conceptualización que tiende cada vez más a ser superada: los valores del individualismo exacerbado desembocaron en una supuesta primacía de derechos individuales, se llegó a equiparar la paz con la simple ausencia de guerra; se nos sigue fomentando un concepto de Estado decimonónico, que se está erosionando cada día más... Este

modelo, crecido a partir del Mediterráneo para envolver después toda Europa, se creía exportable porque sí, en una cadena de ideologización que va desde la colonización española, después del Descubrimiento del nuevo mundo, hasta la imposición colonial e imperial en años recientes.

Es curioso y sintomático además, cómo al interior de este prototipo de humanismo, inspirado básicamente en vivencias y reflexión europeos, hay por lo demás una selección de tipo ideológico: harto poco se sabe aquí del humanismo existencialista (por ejemplo la línea propugnada por Sartre: *el existencialismo es un Humanismo*) o del humanismo no necesariamente marxista, pero que tiene sus raíces en la Escuela de Frankfurt y en las corrientes marxistas (pienso en Fromm, con varios de sus títulos, especialmente preocupados acerca del tópico del humanismo).

Con todo no se trata de perder de vista cantidad de intentos serios por actualizar el quehacer humanístico en la Escuela de Estudios Generales. Pareciera, sin embargo, que es imperioso evitar dos escollos:

En primer lugar, en aras de una actualización del supremo objetivo de humanización, hay quienes la han confundido con una serie de aspectos formales. Claro que la docencia no puede sino mejorar con una óptima explicitación formal del programa, en términos de evaluación, método, recursos, etc. Pero esta renovación, esencialmente metodológica, por ser un medio, no un fin, no resuelve en sí el problema. Se ha llegado incluso a una confrontación bastante absurda, por conllevar ribetes de antagonismo ideológico, entre profesores partidarios de la vieja metodología y otros entusiastas defensores de los nuevos cánones.

En segundo lugar, hay una tendencia evidente a confundir la requerida actualización humanística con un presentismo y localismo totalmente miopes. La verdad es que tengo más temor por esta segunda desviación que por la primera. Porque en aras de lo moderno y lo nuestro, prevalece en muchos un reduccionismo peligroso: su horizonte pareciera autolimitarse a lo inmediato, tanto en las dimensiones del tiempo como del espacio. Frente a la tendencia, anteriormente descrita, del refugio mental en épocas y lugares clásicos y universales, quedándose mentalmente allí, hay una reacción pendular excesiva que consiste en una sobrevaloración del aquí y ahora. En vez de la obsesión por el pasado, hay un inmovilismo en el presente.

Esta tendencia se refuerza por un nacionalismo *epidérmico* que tanto ciertos medios dominantes, como ciertas políticas educativas oficiales, fomentan alegremente. Los primeros han lanzado en los últimos una campaña que tiende a reducir los valores patrios a sus simples símbolos exteriores, como el himno y la bandera, de los que se abusa por doquier. Las segundas, en vez de llevar la voz y orientar en cuanto a valores comunitarios, muchas veces se dejan arrastrar por los pseudoideales que propugnan los empresarios, para quienes la Patria tiene el tamaño de su bolsillo. Esta mirada narcisista hace perder toda dimensión de necesaria trascendencia y en realidad, pretendiéndose auténticamente local, tiene su origen en una estructura en beneficio del capital, como en las tendencias románticas y costumbristas que prevalecían en la Europa del Siglo XIX, todo lo cual se importó y asimiló como propio por nuestra burguesía ascendente.

## II. CRISIS DE UN CONCEPTO DE EDUCACIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial entra en una profunda crisis el concepto mismo de educación. Si hasta entonces había prevalecido la idea socrática y necesariamente liberadora de la educación, científicos sociales como Carnoy visualizan también hasta qué punto la educación es un subsistema generado precisamente para perpetuar el sistema principal.

Esta idea, aplicada al concepto de humanismo conllevó una pretendida superioridad *blanca-europea-católica-desarrollada* que habría de expandir generosamente. ¿Hasta qué punto Bartolomé de las Casas, con toda su filantropía y su lucha por las nuevas Leyes de Indias, no contribuyó a desenraizar al indio, organizándolo en un tipo de asentamiento que a la postre facilitó la recaudación de impuestos? Desde aquel entonces, en la práctica, desde luego, hablando más allá de excepciones — las cosas han seguido igual . Dice Carnoy:

*lejos de obrar como liberadora, la educación formal de Occidente llegó a muchos países como parte de la dominación imperialista.*<sup>(3)</sup>

Y más recientemente, Francisco Miró apuntaba acerca de la ideología del rol civilizador y su incidencia entre nosotros:

*El latinoamericano se encuentra, en estas circunstancias, frustrado por la inautenticidad occidental. En una primera etapa, en nombre del cristianismo, se le sometió a la servidumbre; en una segunda etapa, en nombre de la libertad, de los*

---

( 3 ) CARNOY, Martín: *La educación como imperialismo cultural*. Siglo XXI, México, 1977, p.13.

*derechos humanos y del progreso, basados en la ideología liberal del occidente, se le somete a la dictadura.*<sup>(4)</sup>

Es sorprendente ver el drenaje mental que conlleva a que muchos becarios en países *desarrollados* vuelven después con una imposibilidad casi absoluta para repensar lo adquirido en términos que no sean de periferia para con la metrópoli. Al respecto, después del generalizado pre-juicio favorable a los estudios en la culta Europa, después de la Segunda Guerra Mundial, en Costa Rica como en el resto de América Latina, se fue imponiendo la preferencia ideologizada por los títulos norteamericanos.

En la *cultura refleja*<sup>(5)</sup> que nos guía, en gran parte, esto conllevó una verdadera invasión de estructuras y de conceptos, importados del norte: ya en 1942 Antonio Nebrija pronosticaba que *la lengua es compañera del imperio*. De allí que por lo menos en el léxico pedagógico, ya pensamos en inglés, con muestras como *file, folder, clip, quiz, pilot*. etc. En un grado más sutil y en aplicación al tópico específico del concepto de humanismo que prevalece en nuestro medio, inevitablemente también como lo señala Carnoy, *el conocimiento colonizado perpetúa la estructura jerárquica*.<sup>(6)</sup>

---

( 4 ) MIRO QUESADA, Francisco, en DIEMER, A. y otros: *Los funcionamientos filosóficos de los derechos humanos*. Ed. Serbal/UNESCO, Barcelona, 1985, p.342.

( 5 ) La expresión, en sus variantes (cultura refleja, del eco,...) proviene de la línea de pensamiento de Sartre, en su famoso prólogo a Franz Fanon, *Los condenados de la tierra*.

( 6 ) CARNOY, idem, p.15. Reconozco también mi deuda intelectual a Lynn White, jr., coordinador de un libro, del cual él es también de síntesis: *Fronteras del conocimiento*. Eudeba, Buenos Aires, 2da edición 1968, White es el autor del último capítulo: "Los cánones cambiantes de nuestra cultura".

El vertiginoso crecimiento tecnológico de las últimas décadas, conllevó también un portentoso avance en posibilidades comunicativas, para bien o para mal, hay una opinión pública mundial. Pero precisamente es curioso y doloroso ver cómo, al respecto, la educación formal va a la zaga. La transmisión de valores que ésta propaga, si bien a la larga provoca cambios, y de los más sustanciales, en otras dimensiones más bien retarda la evolución.

Para la transmisión del concepto y la vivencia del humanismo, ciertamente que hay que ponderar cada vez más, aparte de la educación formal, también la que nos inducen los modernos medios de comunicación, con la conocida estructura económica de dependencia básicamente respecto de Estados Unidos. En el campo específico de los derechos humanos, no deja de sorprender además, que la *concientización* se logra más bien por medio de las estructuras educativas no formales, entre otras, las organizaciones no gubernamentales. En cambio la educación formal favorece el *stablishment*. Si bien es cierto que hasta ahora nuestras instituciones universitarias han llevado a cabo una encomiable labor de *humanización del bárbaro especialista*, como lo llamaba Ortega y Gasset, también lo es que, en la práctica, muy poco se ha podido contribuir a cambiar un modelo de sociedad, establecida sobre valores directa o indirectamente vinculados con el prototipo renacentista - europeo o anclado al *american way of life*; en última instancia, el Nuevo Mundo tiene mucho de hipérbole alienada del Viejo Continente.

Otro elemento que sorprende, respecto de la educación y su incidencia en la conceptualización y vivencia del humanismo, es la selectividad y especialización que parecen prevalecer. Si bien es cierto que el cultivo del humanismo no hay que confundirlo con la preocupación

directa por los derechos humanos, en la práctica también se comprueba cómo ésta parece que se excluye de la Academia: en aras de una pretendida mayor perfección y altura en el saber, además que por herencia colonial, se ha pretendido legitimar el estudio de los derechos humanos como un saber reservado, en lo teórico, a abogados y gente formada en leyes, en lo práctico, a activistas en regiones conflictivas.

### **III. EL DERECHO AL DESARROLLO COMO FUENTE PARA UN NUEVO HUMANISMO**

Frente a un concepto de humanismo originado en el contexto europeo y con tendencia a proclamar la vigencia de ciertos modelos del pasado, el Derecho al Desarrollo, por muy embrionario que esté todavía, me parece que ofrece una posibilidad para un auténtico giro copernicano: a continuación, quisiera desarrollar este aspecto, siempre partiendo de las enseñanzas que a mí en lo particular me dejó el V Curso Interdisciplinario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

A mi manera de ver, el estudio y el conocimiento más pormenorizado del Derecho al Desarrollo puede incidir en la conveniencia de postular un concepto renovado de humanismo en la Escuela de Estudios Generales, a la que me honra pertenecer, así como en los demás centros universitarios donde la búsqueda del humanismo es el objetivo primordial. Esto lo veo concretamente en tres campos: A. la postulación de un modelo de humanismo no solo planetario, sino también prospectiva, por perfeccionar y construir permanentemente; B. la necesidad de ahondar en el enfoque interdisciplinario que está en la base de una correcta percepción de Derechos Humanos y del concepto de Humanismo que los sustenta;

C. La necesidad de ir preparándose para la vida a escala planetaria, en una estructura mental que, salvando distancias, hace pensar en una nueva Edad Media. Vamos por partes.

#### A. PERCEPCIÓN EVOLUTIVA DEL HUMANISMO

Para sensibilizarse por el valor profundo de este cambio, conviene recordar que este Derecho no podía surgir sino en las últimas décadas, partiendo del avance fulminante de la tecnología comunicativa y como consecuencia de un proceso de maduración de la especie: el Derecho al Desarrollo trasluce así como una nueva síntesis, a la altura de la evolución mental de la especie, más que como un amalgama de derechos adquiridos anteriormente.

Es necesario que todo profesional que se precie de serlo, tenga una idea, sino profunda, por lo menos *general*, en el sentido clásico de estructurada, del surgimiento secuencial o generacional como lo llamaron algunos, de diversas categorías de derechos humanos, de la Revolución Francesa en adelante. Allí se postulan ya ciertas normas que superan la concepción individualista anterior, hacia una visión de convivencia necesaria: el hombre lo es en tanto ciudadano, miembro de una comunidad, al lado de otros. Históricamente, por fuerza tenía que surgir primero la inquietud y la conciencia por el hombre como individuo, con sus derechos inherentes.

Después surgió la visión de este mismo hombre en un contexto económico, social y cultural: Marx fue el primero en palpar el valor de este entorno, viendo específicamente lo que pasaba con sus contemporáneos en la Alemania convulsionada por revoluciones políticas y en la Inglaterra revolucionada por nuevas estructuras

tecnológicas e industriales. Recién cincuenta años más tarde, cuando ya grandes masas obreras se habían aliado con organismos sindicales y de reivindicación humana con tendencias totalitarias, la iglesia oficial vio la necesidad también de reinterpretar las relaciones entre los hombres; León XIII postula que hay *cosas nuevas* en el mundo (*Rerum novarum*, 1891).

Alrededor de la Primera Guerra Mundial asistimos al despertar de una nueva conciencia, que se plasma en varios textos cuya incidencia en la convivencia actual convendría que se conociera más: la *Constitución mexicana* de 1917, la de la Unión Soviética como resultado de la *Revolución de Octubre*, El *Tratado de Versalles*, de 1918, todas huellas escritas del surgir de una conciencia colectiva, más allá de los derechos individuales de los que ya se tenía conciencia.

Después de la segunda conflagración mundial, asistimos a una evolución cada vez más acelerada. El V Curso mencionado me dio a conocer y valorar otro tipo de humanista, a través de la figura de René Cassin, hombre clave para la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948. Si uno no tiene formación jurídica, no suele apreciar la importancia de dos *Pactos*, el de *Derechos Civiles y Políticos* y el de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, que se elaboran en los años sesenta y que en los años siguientes no sólo llegan a ser vinculantes, sino también complementarios.

Finalmente, apenas está naciendo una percepción del hombre en una dimensión más amplia todavía, con los derechos llamados *de solidaridad*; derecho al desarrollo, a la paz, a un medio sano y ecológicamente equilibrado, el derecho de beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad. Sería por lo demás absurdo establecer una jerarquía de la índole que sea entre todos los dere-

chos humanos ya descubiertos antes y los que recién se están valorando, en la medida en que todos se relacionan entre sí y se condicionan mutuamente; creo sinceramente que una formación humanística universitaria ya no puede prescindir de una mínima ubicación al respecto.

En primer lugar, por lo menos en lo que a mí respecta, con las preciosas enseñanzas, entre otros de los licenciados Sonia Picado y José Zalaquett, he aprendido a valorar el estudio y el ejercicio del derecho ya no en defensa de un sistema establecido, sino en función de la búsqueda de un mundo algo menos injusto. En segundo lugar, estimo que todo profesional y especialista, en la rama técnica o científica que sea, justamente para serlo mejor, deberá poseer una suficiente valoración de la historia del género humano al que pertenece.

Ahora bien, como queda evidenciado al inicio de este punto, la enseñanza de la historia no se contemplaría como el tradicional 'paredón de nichos', a aprender en forma memorística, sino que será la visualización del devenir humano. La historia ya no es entonces un recuerdo colectivo, sino una instancia de reflexión sobre un proceso en marcha hacia el futuro: Theilhard de Chardin, este otro gran humanista y religioso, nos trazó un camino, en este sentido. No deja de sorprender, al respecto, cómo en las tres últimas décadas, viéndolas en perspectiva, se ha evolucionado cada vez más rápidamente hacia una nueva conciencia, cosa que se ha visto favorecido, por cierto por la creciente interconexión comunicativa y una necesidad de enfoque interdisciplinario, cada vez más resentida vitalmente, tal como veremos en el punto siguiente.

## B. UTILIDAD DEL ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO

Participo plenamente de la idea de Vittorio Mathieu, según el cual

*el estudio y la puesta en vigencia de los Derechos Humanos sólo podrá progresar por medio de un enfoque interdisciplinario.<sup>(7)</sup>*

Pero quizá justamente allí empieza un primer escollo. Sean McBride, este gran humanista recién fallecido, me dejó una doble enseñanza, que contribuyó fuertemente para superar esta especialización excesiva y nefasta, precisamente para la debida integración que presupone un correcto enfoque de los derechos humanos.

Por una parte, el informe que con razón lleva su nombre, propugna una comunicación sobre bases más justas, en la medida en que, hasta ahora, el predominio del norte sobre el sur afecta a este último.<sup>(8)</sup> Si bien es cierto que los derechos humanos, intrínsecamente conllevan una idea de universalidad, un enfoque informativo unilateral al respecto, no puede sino dañar por, esencia, su correcta percepción en este mismo sentido, como encargado de la parte de *comunicación y lenguaje* en el componente de las Humanidades a nivel de la Universidad, necesito sensibilizar sobre esta incidencia del contexto en el texto...

---

( 7 ) MATHIEU, Vittorio en *Prolegómenos a un estudio de los Derechos Humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional*. Capítulo en el libro signado sub. 5, p.34.

( 8 ) Informe McBride *Para un nuevo orden informativo mundial*, UNESCO. 1980.

Por otra parte, la organización humanitaria Amnistía Internacional, que McBride contribuyó a crear, le permite a uno sentirse útil, aprovechando los nuevos medios de comunicación. Justamente por la impresionante rapidez que la tecnología trajo, sobre todo desde la invención del telex, no hay barrera ya a la solidaridad humana, en el lugar o cerca del irrespeto contra la dignidad de una persona o de un grupo, hay posibilidad de denunciar inmediatamente y a escala planetaria el atropello, desde la misma recepción de esta voz de alarma, los congéneres de buena voluntad recurrirán al mismo portento tecnológico para que el infractor sepa que lo han visto...<sup>(9)</sup>

Por lo anterior es que comparto plenamente la idea de Karel Vasak, cuando afirma que

*dans l'étude des droits de l'homme toutes les disciplines se rencontrent et s'enrichissent mutuellement.*<sup>(10)</sup>

Ojalá no esté demasiado lejos el tiempo aquel que la UNESCO propone en su *Plan a mediano alcance*:

*Les droits de l'homme ne sont ni une nouvelle morale, ni une religion laïque; ils sont beaucoup plus qu'une langue commune à tous les hommes. Ce sont des exigences que l'homme de pensée ou de science doit étudier et intégrer dans son savoir avec des règles et des méthodes qui sont les siennes, qu'il s'occupe de philosophie, de sciences hu-*

---

( 9 ) La filosofía de las llamadas 'Acciones Urgentes' en Amnistía Internacional se basa precisamente en la rapidez de las comunicaciones modernas.

(10) VASAK, Karel: *Les dimensions internationales des Droits Humains*, UNESCO, París, 1978, p.IX.

*maines ou de sciences exactes, qu'il soit sociologue ou juriste, historien ou géographe. C'est en définitive une véritable élaboration scientifique des droits de l'homme qu'il s'agira progressivement de bâtir ou de promouvoir.*<sup>(11)</sup>

Esta idea se afianza no solo por la valoración intrínseca de lo humano, sino, como veremos, por la creciente interdependencia, a escala planetaria, de la humanidad, precisamente por el avance tecnológico, entre otros de los medios de comunicación, tal como se mencionó anteriormente.

### C. ¿HACIA UNA NUEVA EDAD MEDIA?

En función de una renovada visión del Humanismo, hago mía la constatación de Alvarez Vita,<sup>(12)</sup> para quien el Derecho al Desarrollo es el resultado de un devenir histórico, como vimos anteriormente, sino que también lo es de una tendencia horizontal, espacial: particularmente tomando en cuenta una especie de aceleración en este proceso, partiendo de la nueva crisis de conciencia colectiva que provocó la Segunda Guerra Mundial, Alvarez constata *la necesaria universalización e internacionalización unificadoras*,<sup>(13)</sup> en lo que se refiere a valores humanos.

Partiendo de lo anterior y en una visión esta vez prospectiva, también comulgo con el pronóstico del mismo Vasak:

---

(11) UNESCO, *Plan a moyen terme* (1977-82). Doc. 19 c/4, b 7, bar. 1122

(12) ALVAREZ VITA, Juan, *El Derecho al Desarrollo*, texto N° 5 del V Curso interdisciplinario en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, Agosto 1987.

(13) *Idem.* p.8

*(toutes les disciplines humaines), avec les droits de l'homme constituent l'équivalent de la philosophie du moyen âge, la science des sciences.*<sup>(14)</sup>

En efecto, no estamos, posiblemente al borde de la *Civitas Dei* que describía San Agustín, pero incontestablemente viviendo ya, como lo anticipaba McLuhan, más como ciudadanos del mundo que como entes marcados con determinada nacionalidad local.

No puede sorprender este nuevo interés por la Edad Media. Claro que esta época trae un aura negativa que le dieron los mismos hombres del Renacimiento, viendo en estos largos diez siglos que los separaban de la Antigüedad Clásica, solo lo que los ingleses identifican como *Dark Ages*. Este concepto negativo que prevalece por una sobrevaloración del Renacimiento, no puede obstruir la percepción de la Edad Media como una época de gestación y de fabuloso intercambio sin barreras, a escala del *mundo* de entonces.

Había por de pronto la existencia de un vehículo informativo uniforme, el latín. No es que esté proclamando la necesidad de retornar al uso internacional de esta lengua, definitivamente muerta. Pero, inversamente, Paul Ricoeur tiene razón cuando señala la inmensa dificultad que significa, en este momento la existencia de centenares de lenguas, cada una con su visión del mundo, frente a la conveniencia de lograr definiciones intercontinentales.<sup>(15)</sup>

Más allá de los abusos a que llevó el predominio de la Institución eclesiástica, como tal o en estrecha alianza

---

(14) VASEK, K. *Obra citada*, p.IX

(15) RICOEUR, P. en DIEMER y otros, *obra citada* sub.4, p.25

con el poder terrenal, la Iglesia asumió en estos siglos un papel civilizador que nuestra percepción del humanismo debería emular. Sorprende positivamente, al respecto, comprobar cómo, siempre según Alvarez Vita, a la base del Derecho al Desarrollo están las reflexiones de las iglesias cristianas y, de manera muy especial las de la iglesia Católica Romana.<sup>(16)</sup>

En efecto, después del imprescindible *aggiornamento* interno que significó el Concilio Vaticano en los años sesenta, vienen las Encíclicas de Juan XXIII y Paulo VI sobre temas tan vitales, tan inmediatos como la paz y el progreso tecnológico, ambos con su incidencia en el ser humano. Si esta incidencia de la religión en la percepción de los derechos humanos se confirma, la iglesia asumiría nuevamente el papel civilizador sobre-toda-la-tierra (en griego: *kat-holein-gein*, católico) de su origen y vivencia medieval, sería por de pronto la manera de negar el estigma de obstruccionista y aliada a la reacción que la iglesia se mereció, desgraciadamente en muchas partes, a lo largo de la época colonial y hasta en nuestros días.

Este renovado interés por la Edad Media, lo demuestra también el libro *El nombre de la rosa* de Umberto Eco, según ciertas interpretaciones iconoclastas, la visión del autor italiano es justamente demoledora frente a las intrigas de estos monjes y laicos, quienes utilizaban la religión como instrumento de poder. Pero eso no quita que el mismo Eco, desde 1972, en un ensayo suyo menos conocido, señalaba que por varios factores nos encaminamos *Hacia una nueva Edad Media*.<sup>(17)</sup> El autor

---

(16) ALVAREZ VITA, Juan: *obra citada*, sub. 12, p. 14

(17) ECO, Umberto. *La estrategia de la ilusión*. Ed. Lumen, Madrid, España, 1986. Contiene un ensayo de 1972, con el título *Hacia una nueva Edad Media*.

parte de la tesis de Roberto Vacca (*Medio Evo Prossimo venturo*) y, si por una parte constata que por ejemplo, los campus universitarios en Estados Unidos, hoy, son como reencarnaciones del monasterio medieval, que él describe tan magistralmente en su libro famoso, al mismo tiempo, comprueba la crisis de la paz americana y de la *auctoritas*, la *insecuritas* y los problemas ecológicos generalizados que obligan a respuestas globales, planetarias.

Tiene razón, al respecto el maestro Héctor Gros, de señalar que la dicotomía regionalismo versus universalismo, definitivamente queda superada: la opinión consultiva OC 1/82 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el sentido siguiente:

*El fondo mismo de la materia se opone a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza y del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional.<sup>(18)</sup>*

Para la renovada visión del humanismo, específicamente en la docencia en 'Estudios Generales', más allá de la vivencia fragmentaria que se le dio en el pasado, (como vimos en el punto A), más allá de los actuales conflictos de interpretación, (como vimos en el punto C), con la ayuda de una renovada perspectiva interdisciplinaria (como vimos en el punto B), es posible construir algo nuevo, más integral y más planetario; tiene razón el filósofo William Frankena, cuando señala que:

---

(18) Opinión consultiva reproducida en GROS ESPIELL, Héctor: *Los Derechos económicos, sociales y culturales en el sistema Interamericano*. Ed. Libro Libre, San José, Costa Rica, 1986.

*la filosofía moral nace de la insatisfacción de los hombres ante los códigos que gobiernan su conducta presente.*<sup>(19)</sup>

Como ciudadanos preocupados por los derechos humanos, como universitarios ansiosos de ahondar en humanismo, hagamos de esto también nuestro reto.

---

(19) Mencionado en Ricoeur, P. Op. cit., Sub. 15, p. 28-29.

**AS ORGANIZAÇÕES  
NÃO-GOVERNAMENTAIS  
E A PROMOÇÃO  
DOS DIREITOS ECONÔMICOS  
E SOCIAIS NO BRASIL**

*Ricardo de Brito A.P. Freitas*

---

\* Brasileño, participou en el curso Interdisciplinario, 1987

## I. INTRODUÇÃO

Quando nos foi colocada a possibilidade de obtenção do certificado acadêmico pela participação no V Curso Interdisciplinar de Direitos Humanos, mediante a elaboração de uma pequena monografia, surgiu de imediato a seguinte dúvida: que espécie de trabalho deveria ser feito de modo a se constituir em uma colaboração, mesmo que modesta e limitada, ao Instituto Interamericano de Direitos Humanos? É evidente que na elaboração do texto não nos atreveríamos de forma arriscada a dissertar sobre os grandes temas relativos aos direitos humanos que se constituem objeto de análise e investigação por parte dos grandes experts. Sendo assim, fixamos prudentemente dois objetivos gerais que julgamos serem essenciais em virtude da natureza da monografia e do próprio curso do qual participamos. Em primeiro lugar, julgamos, conforme afirmei, que falar e reproduzir em níveis de elevada densidade teórica algum debate que se encontre na ordem do dia entre os estudiosos da questão dos direitos humanos pouco iria acrescentar a quem porventura se desse ao trabalho de ler estas poucas linhas. Para escapar a esse perigo, procuramos analisar um aspecto concreto da realidade brasileira relativa

aos direitos humanos, sempre à luz, como não poderia deixar de ser, das formulações teóricas imprescindíveis a todos aqueles que se dispõem a proceder uma análise sobre determinado tema. Com isso, buscamos evitar a repetição cansativa de discussões e exposições de idéias provenientes de estudiosos da questão, e quando o fizemos, foi por se constituir em algo absolutamente imprescindível aos nossos desígnios.

O segundo objetivo prende-se a necessidade de levar a outras pessoas um maior conhecimento da realidade brasileira no que diz respeito a atual situação dos direitos humanos em nosso país. Esta preocupação deve-se ao fato de que, em Costa Rica, pudemos observar que nós, brasileiros, conhecíamos bastante bem e muitas vezes profundamente os diversos aspectos da realidade dos países latino-americanos. Já nossos irmãos do continente, para nossa surpresa, demonstraram grande desconhecimento de aspectos fundamentais da vida brasileira. Desse modo, o tema escolhido também tem como objetivo, dentro de seus limites, reduzir o nível de desinformação sobre as questões brasileiras, nesse caso específico, no tocante a situação dos direitos humanos no Brasil.

A monografia encontra-se dividida em capítulos. Nos primeiros buscamos fornecer um quadro o mais exato possível acerca das Organizações Não-Governamentais –ONGs– brasileiras, enfocando, sobretudo, diversos aspectos relacionados ao seu surgimento, características peculiares e seu papel social. É dentro desse quadro bastante amplo representado pelas Organizações Não-Governamentais que situamos os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos –GDDHs– como tipos específicos de ONGs, derivando dessa situação dos Grupos uma série de características que lhe são peculiares e que não podem ser encontradas nas ONGs que não se definem como GDDHs. Esse breve conhecimento acerca das ONGs brasileiras, e em particular dos GDDHs, é fundamental para que possamos entender o desenvolvimento e a atual direção da luta em defesa dos direitos humanos no Brasil e o caráter que ela assume hoje em nosso país. A opção preferencial que os GDDHs parecem ter feito pela luta em prol dos direitos econômicos e sociais só pode ser compreendida se examinarmos a trajetória política do Brasil nos últimos anos e as conseqüências que acarretou para os GDDHs. As razões da opção pelo desenvol-

vimento de um trabalho em torno dos direitos da 2ª geração e não da 1ª geração são explicadas a partir de nossa visão e análise muito pessoal, o que pode significar ainda uma explicação parcial da realidade. Todavia, crêmos que elas constituem uma base bastante aceitável para futuras reflexões que venham a ser realizadas sobre o tema. Por fim, enfocamos dentre os principais problemas encontrados pelos GDDHs para a defesa dos direitos econômicos e sociais, a relativa ineficácia das normas constitucionais que disciplinam a matéria. É evidente que essa é apenas uma das dificuldades dentro de um extenso rol que extrapola o aspecto mais puramente jurídico do problema, contudo, consideramos essa característica das normas constitucionais sobre direitos econômicos e sociais como possuidora de especial importância em decorrência do papel que o direito desempenha em nossa sociedade.

As fontes utilizadas foram a bibliografia especializada sobre direitos humanos e livros jurídicos em geral, além de uma série de documentos importantes sobre o tema em questão. Devemos advertir que ainda é bastante escasso o material sobre o tema objeto do trabalho. Por esse motivo nos coube muitas vezes construir a partir de observações e experiências pessoais, com base em nosso posicionamento político e ideológico, algumas das idéias básicas que permeiam o trabalho elaborado. Contudo, espero que os examinadores desse pequeno trabalho de investigação venham a aceitá-lo como válido, malgrado suas limitações e insuficiências.

## **II. AS ORGANIZAÇÕES NÃO-GOVERNAMENTAIS NO BRASIL: SURGIMENTO, CARACTERÍSTICAS E OBJETIVOS. AS ONGs E A ATUAL CONJUNTURA POLÍTICA NACIONAL**

### ***A. SURGIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS -ONGs- NO BRASIL***

Rubem César Fernandes, em depoimento contido no relatório do Encontro Nacional de Centros de Promoção Brasilei-

ros, afirma que "ONG é um nome novo no Brasil. Mas é um termo novo para designar um fenômeno social de extrema importância, que se desenvolveu sobretudo a partir da década de 70"<sup>1</sup>. Também no trabalho "UNIVERSO DAS ONGs NO BRASIL", publicado pela FASE Nacional, encontramos a seguinte referência ao surgimento das ONGs: "o nascimento, no Brasil, das entidades que hoje batizamos de ONGs, dá-se fundamentalmente após o golpe militar que em 1964 pôs fim ao período de democracia liberal caracterizado pelo chamado "pacto populista", assinalando logo em seguida que "a consolidação dessas instituições, o seu surgimento enquanto fenômeno específico do panorama sócio-político do país, dá-se a partir da década de 70"<sup>2</sup>. De fato, se transcrevêssemos aqui a opinião das pessoas que estudam e conhecem as ONGs, teríamos colocações que não apresentariam qualquer discrepância com as opiniões supra-citadas, pois, realmente, podemos constatar que as ONGs tiveram origem em uma época de intensa repressão política, sobretudo na década de 70. Isto porém não significa afirmar que não existiam ONGs no período anterior ao advento do regime militar, contudo, foram as condições políticas repressivas vigentes na década de 70 que impulsionaram a criação desses organismos.

Quando do momento de grande desenvolvimento das ONGs, devemos ressaltar que o retorno do Estado de direito democrático em nosso país era uma das principais bandeiras de luta da oposição. Os partidos tradicionais haviam sido extintos, a esquerda marxista-leninista levada à clandestinidade e perseguida, enquanto que os sindicatos encontravam-se também violentamente manietados pelo Poder Militar. Nesse contexto de supressão e controle dos organismos e movimentos de articulação popular, as ONGs forneceram um espaço alternativo de luta em prol do fortalecimento da sociedade civil e reconquista das liberdades democráticas e de direitos em benefício das camadas mais desfavorecidas.

---

1. Fernandes, Rubem César. *Relatório do Encontro Nacional de Centros de Promoção Brasileiros*, p.14.

2. *O UNIVERSO DAS ONGs NO BRASIL*, trabalho organizado pela FASE Nacional, p.11.

Vivendo um momento histórico caracterizado por uma intensa violência repressiva exercida pelo Estado contra quaisquer formas organizativas populares, as ONGs sobreviveram e se consolidaram graças a íntima associação existente entre elas e a Igreja. Claro está que, em meio a situação política então vivida pelo país, apenas a igreja oferecia o respaldo adequado à realização de um trabalho em conformidade com os objetivos das ONGs. Por esta razão, podemos afirmar com segurança que o apoio da Igreja se constituiu em um elemento fundamental para a viabilização da existência das ONGs no Brasil.

### *B. ALGUMAS DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS ONGs*

Uma das principais características das ONGs é justamente seu caráter não governamental. Um dos fatores que concorrem para que as ONGs assumam radicalmente essa condição decorre da natureza profundamente elitista e autoritária do Estado brasileiro. A partir dessa constatação, ganha corpo a necessidade de fortalecimento e organização da sociedade civil. Existe, por parte dos participantes das ONGs, uma clara consciência de que a esfera onde seu trabalho deve ser desenvolvido não é a esfera estatal. Daí, explica-se perfeitamente o fato das ONGs sempre se posicionarem “contra” o Estado. Em relação a este ponto, o depoimento de Miguel Darcy de Oliveira é bastante elucidativo. Referindo-se às ONGs, ele afirma que “consolidamos a nossa existência voltados de costas para o Estado. Este era pensado como algo que só atrapalhava, e nosso trabalho tinha como característica básica a criação de pequenos espaços de resistência, de pequenos espaços de participação num corpo a corpo com grupos populares. Essa era a única forma possível de caminhada, para o povo: dentro do espaço autoritário, a criação de núcleos, células de organização popular. Uma contra-sociedade”<sup>3</sup>. Ao compreendermos o momento vivido sob o regime militar como um

---

3. Oliveira, Miguel Darcy. *Relatório do Encontro Nacional de Centros de Promoção Brasileiros*; p.18.

momento de “resistência”, explica-se perfeitamente o fato dessas organizações não apenas definirem-se como não governamentais, o que aliás poderia até justificar-se plenamente em um contexto político diverso daquele em que elas surgiram, mas também o fato de assumirem uma postura que implicava sempre em oposição sistemática ao governo e suas propostas. Em suma, tratava-se de fazer frente, de defender-se da repressão, reconhecendo ser essa atitude a única possível diante dos governos militares.

Atualmente as ONGs continuam a manter o seu caráter não-governamental, e mesmo a atitude de oposição sistemática vigente durante todo o regime militar continua presente na maior parte dessas entidades.

Outra característica comum que podemos apontar entre as ONGs é a relativa autonomia que possuem face a outras instituições, tais como igrejas, universidades, partidos políticos, sindicatos, etc.. Se as ONGs não são inteiramente autônomas, devemos admitir, em primeiro lugar, que a maioria se considera como tal, e, em segundo lugar, que, mesmo quando visivelmente vinculadas, esforçam-se por aparentar autonomia, demonstrando um desejo consciente de reservar um espaço que garanta um mínimo de independência para a consecução de suas atividades.

Dentre os vínculos mantidos pelas ONGs com outras instituições, o mais importante é aquele existente com as igrejas, sobretudo a católica, o que é comprovado pela grande quantidade de organizações a ela ligadas. A influência eclesial sobre as ONGs, mesmo com o fim do regime militar, não é nem um pouco desprezível. Essa influência decorre não apenas da origem de boa parte das ONGs, conforme vimos anteriormente, mas também dos profissionais que as compõem, boa parte dos quais com relevantes serviços prestados à igreja. Além disso, é digno de nota o fato de que os financiamentos internacionais das ONGs, são provenientes, em sua maioria, de organizações religiosas.

Essa estreita ligação entre boa parte das ONGs e a Igreja é reafirmada pacificamente como uma de suas características. Neste sentido vale ser ressaltada a opinião de Rubem César Fernandes que afirma o seguinte: “aunque actualmente el conjunto de las ONG tiene un perfil laico, los documentos prepa-

ratorios aludidos demuestran que existe una proficua relación con las iglesias. Priman los vínculos con la iglesia católica”, mas acrescenta, “las ONG no son en su mayoría religiosas, solo algunas pueden ser consideradas como tales”<sup>4</sup>. Referindo-se ainda as relações entre as ONGs e outras instituições, o documento **universo das ONGs no Brasil**, deixa claro o peso e a influência que possui a Igreja em relação às ONGs brasileiras, ao constatar que “não há dúvidas de que a Igreja é um polo de aproximação privilegiado, na constituição e atuação das não-governamentais”<sup>5</sup>.

As características que apontamos como mais ou menos comuns a todas as ONGs, já nos fornece uma preciosa indicação para que possamos vir a compreender o papel que assumem não apenas essas organizações, mas também os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos na atual conjuntura democrática.

### C. AS ONGs E A REDEMOCRATIZAÇÃO

Com o advento da democracia, conquistada a duras penas pela sociedade, as ONGs descobriram-se, de repente, diante de uma nova conjuntura, substancialmente distinta da anterior. Tais mudanças ocorridas na conjuntura política marcam o início de uma certa crise no interior das ONGs. Forçosamente, as alterações políticas havidas teriam que influenciar em diversos aspectos a vida das ONGs, e, efetivamente, influenciaram.

No período da ditadura militar as desigualdades sociais aprofundaram-se, verificando-se uma maior concentração da renda nacional e uma queda do nível de bem-estar do trabalhador em geral. Contudo, ao lado da crise econômica que reforçou o quadro de injustiças já existente, podemos constatar que a extinção do Estado de exceção acarretou a redemo-

---

4. Fernandes, Rubem César. *Las Organizaciones No-Gubernamentales (ONG). Una Nueva Realidad Institucional en América Latina*; p.4.

5. *O Universo Das ONGs No Brasil*; p.11.

cratização do país, caracterizada basicamente pelo fim da repressão política que impediu ou dificultou durante vinte anos a organização popular e o surgimento de reivindicações mudancistas por parte da sociedade. Ora, diante desse novo panorama, alterou-se radicalmente o papel a ser desempenhado pelo movimento popular, e, evidentemente, pelos seus grupos de assessoria, as ONGs.

A partir de redemocratização pode-se constatar o seguinte:

1. Os problemas sócio-econômicos enfrentados pela população em geral, agravaram-se, exigindo das ONGs uma nova postura e reforçando a necessidade de sua existência e atuação na luta por novas conquistas populares.
2. A redemocratização abriu novos espaços para o desenvolvimento da luta assumida pelo movimento popular. As ONGs, frente a essas exigências de atuação, viram-se forçadas a buscar uma redefinição dos meios de intervenção na realidade e na fixação dos seus objetivos.

Em síntese, podemos afirmar que a democracia da chamada Nova República, mesmo com as limitações que apresenta, e que não são poucas, abriu um leque de possibilidades de atuação e provocou em boa parte das ONGs uma consciência da necessidade de serem promovidas alterações em seu interior que possibilitassem uma maior adequação de suas atividades e objetivos à realidade.

No campo da assessoria, muitas ONGs chegaram a importante conclusão de que a fase onde predominou a resistência e a denúncia devia ser superada, dando lugar a um trabalho que privilegiasse a apresentação de alternativas e propostas que pudessem indicar um avanço do movimento na obtenção de novas conquistas.

Em relação a esse processo de conscientização para a mudança, devemos admitir que, se muitas ONGs já possuem plena convicção da inevitabilidade da promoção de alterações em seus objetivos, formas de atuar e percepção da realidade política, outras apenas deram início a esse processo, e, algumas, ainda não fizeram o mínimo esforço neste sentido. Vários fatores podem ser apontados como causas dessa diferenciação no ritmo de percepção e adequação das ONGs à reali-

dade atual. As características ideológicas da entidade, seus vínculos com outros organismos, sua maior ou menor dependência de outras instituições, a composição de seus quadros e a formação política dos mesmos, tudo isso concorre para determinação do ritmo assumido pelas ONGs nesse processo de auto-transformação.

#### *D. O PAPEL DAS ONGs DIANTE DO CONTEXTO POLÍTICO ATUAL*

Essa é, sem sombra de dúvida, uma das grandes questões encaradas pelas ONGs no momento. A esse respeito Miguel Darcy Oliveira aponta a existência de duas tendências distintas verificadas no interior das não-governamentais<sup>6</sup>.

A primeira aponta em direção a uma linha que considero mais tradicional, na medida em que identifica o papel das ONGs como o de uma entidade a **serviço do movimento**, disposta a reforçá-lo como forma de suprir suas debilidades e fraquezas. Essa tendência implica, em primeiro lugar, em uma perspectiva de diluição da ONG, na medida em que chegaria inevitavelmente o tempo no qual o movimento se encontraria forte e organizado o suficiente a ponto de não precisar mais dos serviços prestados pelas ONGs. Em segundo lugar também implicaria em não reconhecer nas ONGs um organismo dotado de identidade própria, capaz de justificar, por si mesmo, sua existência.

A segunda tendência, que julgo mais avançada e conseqüente, considera as ONGs como possuidoras em potencial de um “projeto e espaço próprio de atuação”, implicando necessariamente essa visão em uma modificação nas relações entre as ONGs e os Movimentos Sociais. Nesse caso, a conseqüência que podemos extrair dessa colocação é a de que as ONGs possuem vida própria, e, por esta razão, não devem condicionar sua existência à mera tarefa de servir o movimento. Ainda seguindo essa linha de pensamento, as ONGs não são apenas entidades de assessoria, mas também se consti-

---

6. Oliveira, Miguel Darcy. Op. cit.; p.34.

tuem em uma fatia do próprio movimento. Logo, a medida em que elas têm vida própria, sua atuação não precisa dar-se em função direta de outrem, podendo fixar seus objetivos e formas de atuação independentemente das exigências de outros setores organizados da sociedade.

### III. OS GRUPOS DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS: TIPOS ESPECIAIS DE ONGs

O termo Organização Não-Governamental, pela abrangência de seu significado, faz com que seja compreendido em seu conceito uma extensa variedade de instituições. Para que possamos ter uma idéia, o documento "O UNIVERSO DAS ONGs NO BRASIL", organizado pela FASE Nacional, aponta a existência de 1.041 organismos, localizados em 213 cidades e 24 Estados da Federação. Só nas capitais dos Estados existiriam 647 entidades<sup>7</sup>.

Diante desses dados, podemos supor perfeitamente a existência de uma grande diversidade no interior do universo das ONGs. Na verdade, as ONGs possuem projetos nas áreas de "assessoria", "organização popular", "educação", "saúde", "intervenção econômica", "pesquisa" e "direitos humanos". Na prática, uma entidade que trabalha com educação, por exemplo, pode considerar-se também um Grupo de Defesa dos Direitos Humanos ou um grupo de organização popular. Daí, podemos concluir que a expressão Organização Não-Governamental está muito distante de expressar a real natureza e a complexidade do universo dessas entidades, podendo até mesmo, em certo sentido, gerar equívocos que podem induzi-las a confundir sua verdadeira identidade e os rumos de sua ação.

Em um levantamento de dados levado a efeito pela FASE, dentre 223 ONGs pesquisadas, cerca de 69 delas consideraram-se entidades de defesa dos Direitos Humanos. É importante salientar, porém, que esses grupos, em sua maioria, ao mesmo tempo em que se definem como entidades de Direitos

---

7. *O UNIVERSO DAS ONGs NO BRASIL*; p.7 e 8.

Humanos, admitem possuir atuação principal em outras áreas ocupadas pelas ONGs em geral. Logo, colocaram a luta pelos Direitos Humanos apenas como parte de um trabalho mais diversificado realizado pela entidade ou como um objetivo mais geral no qual cabem todos os outros objetivos específicos.

Os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos, esses tipos especiais de ONGs, constituem hoje, no Brasil, uma realidade inquestionável. Surgidos em grande parte, assim como as demais ONGs, durante o regime militar, multiplicaram-se em ritmo impressionante. Em 1982, foi realizado o I Encontro Nacional de Direitos Humanos (Petrópolis-RJ), tendo participado cerca de 35 entidades. Em 1983, no II Encontro, realizado em Taboão da Serra-SP, estiveram presentes 64 entidades. O III Encontro (Vitória-ES em 1984), teve a presença de 87 grupos. Por fim, no IV Encontro, realizado em Olinda-PE (1985), 97 grupos de direitos humanos marcaram presença. A indicação clara do aumento da participação nos conduz a certeza de que os grupos não apenas se filiaram ao Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos –articulação específica das ONGs brasileiras de defesa dos direitos humanos–, mas também multiplicaram-se a medida em que a transição democrática foi aprofundada.

É importante observarmos que, para as entidades filiadas ao Movimento Nacional de Defesa dos Direitos Humanos, a luta pelos direitos do homem não é apenas uma face de seu trabalho ou um objetivo geral do mesmo no qual se insere qualquer atividade específica. Para eles, a defesa dos direitos humanos é a sua própria razão de existir. Esses grupos não se auto-definem como Organizações Não-Governamentais que possuem, entre outras preocupações, a defesa dos direitos humanos. Ao contrário, eles denominam a si próprios “Grupos (Centros) de Defesa dos Direitos Humanos”, qualquer que seja a denominação pela entidade.

Dessa forma, é necessário distinguir, no conjunto das ONGs brasileiras, aquelas que definem-se como Grupos de Defesa dos Direitos Humanos, para que possamos ter uma idéia da importância e das formas que revestem a luta pelos direitos do homem no Brasil, assim como para superar os

problemas com os quais o movimento se defronta, e que por sinal são muitos.

#### *A. A ATUAÇÃO DOS GRUPOS DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NA DITADURA*

Vimos que os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos (GDDHs) constituem um tipo especial de ONG, vale dizer, possuem inúmeras características comuns a todas organizações não-governamentais. Por outro lado, possuem também certos traços peculiares que os distinguem das outras ONGs. Assim sendo, em razão dos GDDHs constituírem um tipo particular de ONG, sua atuação merece ser analisada a parte e com um cuidado especial.

O surgimento dos Grupos de defesa guarda semelhanças com o processo de surgimento das ONGs em geral. Esses grupos, assim como outras ONGs, encontravam-se, durante a ditadura militar, fortemente vinculados à Igreja Católica, instituição cujo respaldo foi imprescindível ao desenvolvimento da luta pelos direitos humanos no período. Nessa fase, a tortura praticada contra prisioneiros políticos levou a sociedade a organizar-se nos espaços que restaram para fazer frente aos desmandos e crueldades do regime. Desse modo, podemos dizer que “a missão dos Grupos de defesa dos direitos humanos, consistiu, sobretudo, em opôr resistência aos desmandos da ditadura, principalmente, se bem que não de forma exclusiva, através de denúncias e manifestações de protesto e repúdio”<sup>8</sup>. Nesse mesmo sentido afirma Frúling: “cronológicamente, la primera gran tarea de estas organizaciones fue el enfrentamiento con la violencia represiva dirigida contra los disidentes políticos. En ese campo se documentaron las denuncias, en la medida en que ello era posible se difundieron a través de publicaciones de circulación restringida y se asumió la acción legal en defensa del derecho a la vida y a la integridad física de las personas”<sup>9</sup>. Logo, diante do caráter

---

8. Freitas, Ricardo de Brito A.P. **OS GDDHs e A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS**; Texto Mimeografado; p.2.

9. Frúling, Hugo. **LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONO SUR**. Dilemas y Perspectivas Hacia el Futuro; p.20.

mais restrito e limitado assumido pela luta em defesa dos direitos humanos no período de exceção, podemos afirmar que, para os GDDHs, os chamados direitos econômicos e sociais não foram o alvo principal das ações desenvolvidas. Também é importante afirmar que a atuação dos GDDHs concentrou-se, principalmente, na defesa dos prisioneiros políticos e não nos chamados presos comuns, ou, de acordo com a denominação mais utilizada nos países de idioma espanhol, “presos sociales”. É importante assinalarmos que as desigualdades sociais e econômicas sempre estiveram presentes no cotidiano de nosso povo. O mesmo podemos dizer da tortura que, desde o período colonial, sempre foi usada de forma sistemática contra os membros das classes subalternas. Essas questões, secularmente presentes no dia a dia dos brasileiros, só tornaram-se alvo principal dos GDDHs quando cessou por fim a violência exercida pelo Estado contra os dissidentes do regime. Foi a transição democrática que inaugurou uma nova etapa na existência dos Grupos de Defesa dos Direitos Humanos.

Da mesma maneira como ocorreu em relação as outras ONGs, a democratização colocou aos GDDHs a tarefa de se adequarem à nova conjuntura política. Conforme já afirmamos em ocasiões anteriores, “durante muitos anos de um passado bem recente, a situação política nacional obrigou a sociedade a adotar uma postura basicamente defensiva com respeito ao problema dos direitos humanos. A resistência à violência estatal contra o preso político se constituiu no denominador comum e mais visível de todas as entidades que, no Brasil, foram criadas com o objetivo de lutar pela proteção dos direitos humanos”<sup>10</sup>. Hoje já não mais existem prisioneiros políticos e as liberdades foram restauradas, ainda que algumas apenas de forma relativa. Mas, apesar dessa forma de violação pertencer ao passado, subjazem ainda todas as formas mais tradicionais de desrespeito aos direitos do homem. A tortura ao preso comum continua tão intensa quanto sempre foi ao longo de nossa história. A crise econômica apenas aprofundou a crise social que vivemos motivada pela manutenção das

---

10. Freitas, Ricardo de Brito A.P. Op. cit., p.3.

atuais estruturas de poder. Neste sentido, a política econômica governamental, a política habitacional, as agressões consentidas pelo Estado contra o meio-ambiente, reproduzem apenas o descaso com que o Estado brasileiro sempre tratou a questão dos direitos da pessoa humana. Se a democracia em que vivemos, mesmo com todos os limites que possui, eliminou certas violações, a maior parte do conjunto dos direitos do homem continuou a ser sistemática e deliberadamente desrespeitado.

Diante do momento em que vivemos, fundamentalmente distinto daquele relativo ao período de ditadura militar, os Grupos de defesa são obrigados a adotar um novo posicionamento com respeito à luta pelos direitos humanos. Todavia, é importante ressaltar que, assumir essa nova postura implica em inovar e modificar o foco tradicional a partir de onde os GDDHs percebem e vivenciam o seu papel.

## *B. A DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL DA NOVA REPÚBLICA*

Vários autores são unânimes em assinalar a existência de problemas enfrentados atualmente pelos GDDHs no processo de transição democrática. José María Gómez nos diz que os GDDHs, “com a finalidade de dar continuidade à ação de defesa e promoção de direitos”, enfrentam, na atualidade, “sérias dificuldades e dilemas em razão da volta da democracia representativa e do fim das violações por razões políticas”<sup>11</sup>. Na mesma linha assinala Fröling que “los procesos de democratización presentan una serie de nuevos desafíos a las organizaciones de Derechos Humanos, especialmente teniendo en cuenta que éstas surgieron para enfrentar una situación política particular en América del Sur”<sup>12</sup>. Essas dificuldades percebidas e assinaladas em função dos GDDHs americanos em geral, mas plenamente válidos com respeito aos brasileiros,

---

11. Gómez, José María. **DIREITOS HUMANOS E DEMOCRATIZAÇÃO NO CONE SUL**; Texto mimeografado; p.6.

12. Fröling, Hugo. Op. cit., p.22.

desdobram-se em uma questão de ordem prática que pode ser apresentada nos seguintes termos: Quais os critérios que devem nortear a ação dos GDDHs e que novas formas de ação devem ser utilizadas na luta em defesa dos direitos do homem?

Uma opção que parece começar a ser adotada pelos GDDHs é a priorização do trabalho em torno dos direitos econômicos e sociais. Nessa linha ocorre também uma valorização da educação pelos direitos humanos, como forma de elevar o nível de consciência da população.

Atualmente, parece claro para a maioria dos GDDHs que o trabalho em prol dos direitos econômicos e sociais possui uma maior relevância, superando assim em importância a luta em defesa da liberdade e integridade física do indivíduo. Todavia, apesar dessa tendência parecer já estar consolidada, alguns grupos ainda não atingiram um ponto de maior amadurecimento quanto aos caminhos a serem seguidos. Mas o que vêm a ser esses direitos que os GDDHs brasileiros parecem começar a privilegiar em sua luta?

#### **IV. OS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS COMO DIREITOS HUMANOS**

Os chamados direitos econômicos e sociais estão incluídos nas diversas classificações existentes dos direitos humanos. Dentre elas, possui especial relevo aquela que distingue três gerações de direitos. A primeira geração corresponderia aos direitos civis e políticos; a segunda aos direitos econômicos, sociais e culturais; enquanto que a terceira aos denominados "direitos de solidariedade".

A utilidade dessa classificação para efeito de análise é evidente, não obstante a simplificação esquemática que pode obscurecer alguns aspectos importantes que devem ser observados quanto aos direitos humanos.

A classificação dos direitos humanos em três gerações obedece ao critério do progressivo surgimento dos mesmos e sua incorporação ao direito positivo, ao ordenamento jurídico dos Estados, sobretudo através de suas Constituições políticas. Assim, os direitos civis e políticos encontram suas raízes nos

Estados liberais-burgueses e no individualismo clássico. Já os direitos econômicos e sociais provêm diretamente dos avanços políticos das massas trabalhadoras exploradas, obrigando o Estado a modificar sua postura frente à sociedade de modo a intervir com maior ênfase nas relações de produção.

Entre as diferenças salientadas com respeito aos direitos da primeira e segunda gerações, algumas são particularmente relevantes. A doutrina afirma, por exemplo, que o Estado possui um dever de abstenção em relação aos direitos civis e políticos e um dever de ação no que tange aos direitos econômicos e sociais. Ou seja, competiria ao Estado não se imiscuir na esfera dos direitos individuais do cidadão para que estes possam ser usufruídos em toda sua plenitude, enquanto que para a efetivação dos direitos coletivos, sua intervenção seria indispensável. Acerca dessa distinção entre os direitos de 1ª e 2ª geração, afirma Loewenstein que “si en el individualismo clásico, el Estado era el enemigo contra el que habia que defender las zonas protegidas de la autonomía privada, bajo la nueva filosofía social el Estado se ha convertido en el amigo que esté obligado a satisfacer las necesidades colectivas de la comunidad”, e assim, os direitos econômicos e sociais “no están destinados a garantizar la libertad frente al Estado y la protección **contra** el Estado, sino que son pretensiones del individuo o del grupo colectivo ante el Estado”<sup>13</sup>.

Em relação a este ponto, a doutrina já admite não ser absoluta a distinção supra-mencionada. Se é verdade que a maioria dos direitos econômicos e sociais implicam numa obrigação de fazer por parte do Estado, enquanto que, pelo contrário, os direitos civis e políticos acarretam uma obrigação de não-fazer, existem exceções a essa regra. O direito de greve, por exemplo, apesar de constituir-se em direito de segunda geração, exige uma abstenção do Estado quanto ao seu exercício. O memo pode-se dizer em relação ao direito de constituir sindicatos e sindicalizar-se, cujo papel do Estado deve ser o de nada fazer no sentido de impedir ou dificultar a livre organização dos trabalhadores em torno de associações profissionais com a finalidade de defesa da respectiva categoria econômica.

---

13. Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*; p.400/401.

Ainda assim, apesar das exceções, a distinção permanece válida porque, no geral, acarreta consequências importantes que não podem ser esquecidas.

Além da distinção baseada no papel do Estado frente aos direitos protegidos, podemos assinalar ainda a presença de outras diferenças básicas entre os direitos da primeira e segunda gerações. Uma delas baseia-se no caráter dos direitos. Enquanto que os direitos civis e políticos têm um caráter individualista, os direitos econômicos e sociais são direitos de natureza coletiva. No entanto, essa distinção também não é absoluta, porém, devemos reconhecer que, de fato, os direitos civis e políticos, em sua maioria, podem ser considerados individuais, na medida em que a abstenção do Estado em violá-los através de uma ação ou omissão é referente ao indivíduo isoladamente considerado. Já os direitos econômicos e sociais implicam numa prestação positiva — obrigação de fazer — dirigida não ao indivíduo em particular, mas a coletividade em geral (direito ao trabalho, saúde, educação, etc.).

Por fim, costuma-se distinguir os direitos da primeira e segunda geração pelo fato de que os primeiros devem ser imediatamente observados, ou seja, possuem eficácia imediata independentemente de qualquer condição. Os segundos, no entanto, não são exigíveis de imediato, pois subordinam-se a capacidade de cada país em promovê-los de acordo com seu grau de desenvolvimento, recursos disponíveis, prioridades político-administrativas, etc. Haveria, em se tratando dos direitos econômicos e sociais, certas condições para sua observância e cumprimento. Em consequência, sua eficácia ficaria dependente das condições econômicas de cada país. Os Estados estariam obrigados a observar os direitos econômicos e sociais no limite de suas possibilidades. Em síntese, como decorrência dessa característica apontada, podemos afirmar que os direitos civis e políticos são imediatamente exigíveis pelo indivíduo, enquanto que os direitos econômicos e sociais não o são, salvo se o Estado possui condições econômicas nesse sentido. Logo, a observância dos direitos econômicos e sociais está fortemente relacionada à política governamental. Assim, um governo progressista, voltado para a satisfação dos direitos das classes subalternas, teria maiores condições de garantir os direitos econômicos e sociais que um governo con-

servador, ambos vivendo a mesma situação econômica.

Concluindo, podemos afirmar que, em conformidade com as observações que foram feitas, os direitos civis e políticos se caracterizam pela imediatidade, enquanto os direitos econômicos e sociais pela progressividade.

## **V. OS GRUPOS DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS E A DEFESA DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS**

Podemos observar a existência de vários fatores que contribuíram e ainda contribuem para que nos GDDHs tome impulso cada vez maior o trabalho em torno dos direitos econômicos e sociais.

Em primeiro lugar, podemos assinalar que a dura realidade que expressaremos em breves páginas sobre a situação econômica e social brasileira, praticamente força os GDDHs a tomarem uma posição ativa diante da mesma. Diante do flagrante desrespeito aos direitos econômicos e sociais garantidos, inclusive, constitucionalmente, buscam os GDDHs contribuir para com a organização da sociedade em prol da obtenção de avanços na luta que pretende tornar efetivos tais direitos.

A Constituição da República Federativa do Brasil assegura em seu título III –da Ordem Econômica e Social– os seguintes direitos:

- A. Direito ao trabalho em justas condições, a través de:
1. Salário mínimo capaz de satisfazer as necessidades normais do trabalhador e de sua família (alimentação, vestuário, transporte, higiene, lazer, etc.);
  2. isonomia salarial;
  3. participação nos lucros e Co-gestão;
  4. duração do trabalho diário de 8 horas;
  5. repouso salarial remunerado;
  6. férias anuais remuneradas;
  7. higiene e segurança do trabalho;
  8. proteção ao trabalho da mulher e do menor;

9. estabilidade no emprego ou Fundo de Garantia equivalente;
  10. previdência Social;
  11. greve.
- B. Direito à Educação primária gratuita.
- C. Amparo e proteção à cultura, especialmente os documentos, obras e locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

Ainda que expresamente previstos no texto constitucional, os direitos econômicos e sociais estão, na prática, distantes de apresentar um grau aceitável de eficácia. Por exemplo, a Constituição em vigor prevê a existência do salário mínimo como medida destinada a garantir as condições de sobrevivência ao trabalhador e sua família, todavia, nosso salário mínimo corresponde hoje a menos de 46 dólares, valor inferior ao da Argentina, Colômbia, Equador e Peru. Dessa forma, vemos uma das maneiras pelas quais o governo efetua a transferência de renda para os sectores dominantes, aprofundando as disparidades numa estrutura de repartição de renda já altamente concentrada<sup>14</sup>. Essa concentração de renda faz com que os 20% mais pobres detenham apenas 2% da riqueza nacional, enquanto que os 20% mais ricos possuam 66%. Ao lado desses dados, devemos assinalar que 2/3 dos trabalhadores brasileiros ganham até 1 salário mínimo. Diante dessa realidade faz muito sentido a indagação de José Eduardo Faria que, em artigo publicado no "Estado de São Paulo" colocou a seguinte questão: "até que ponto todos os homens situados numa formação social como a brasileira, em que a miséria e a pobreza atinge 64% da população, podem ser tomados como cidadãos efetivamente iguais entre si em seus direitos, seus deveres e em suas capacidade tanto subjetivas quanto objetivas de fazê-los prevalecer?"<sup>15</sup>.

14. Cadernos CEAS No. 111; Set/Out/87; p.8.

15. Faria, José Eduardo. Matéria publicada no jornal *O Estado de São Paulo*, em 04/11/1987.

Mas, não é apenas no salário mínimo irrisório e na violenta concentração de renda que podemos observar o grau de desrespeito aos direitos econômicos e sociais no Brasil. A reforma agrária prometida pelo governo, indispensável ao desenvolvimento do Brasil enquanto nação capitalista, encontra-se absolutamente emperrada. Das 150.000 famílias que deveriam ter sido assentadas em 1986, o foram efetivamente, apenas 12.000, 8% do total! Os grandes proprietários de terra, através de manobras judiciais, obstaculizam o desenvolvimento da reforma agrária de tal forma que, tendo sido desapropriados cerca de 1.300.000 hectares, apenas 350.000 passaram ao INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária). No que tange ao solo urbano, o problema das invasões e ocupações de terrenos públicos e particulares se agudiza. Todas as grandes cidades brasileiras apresentam quanto ao problema o mesmo quadro: surgimento de novas ocupações e atuação violenta da polícia dirigida contra os ocupantes. Diante dessa realidade, podemos afirmar que o direito à habitação no Brasil não passa de uma quimera.

Da mesma forma que os entraves colocados à reforma agrária geram indiretamente problemas nas cidades, inclusive no tocante à habitação, também impedem o exercício pelas camadas mais pobres do direito a uma alimentação suficiente e digna. Na verdade, a agricultura brasileira é completamente direcionada ao mercado externo. Devemos registrar que “enquanto as culturas de exportação triplicaram a área colhida de 5.798 mil hectares em 1965 para 17.149 mil em 1985, as culturas de mercado interno (arroz, feijão, milho, mandioca e sorgo) sofrem um incremento de apenas 30% –de 18.413 mil ha em 1965 para 23.899 mil em 1985. Observe-se ainda que no mesmo período a população crescia em 65% –de 80.4 milhões para 135 milhões de habitantes– e a produção de alimentos básicos, apenas 24%”<sup>16</sup>.

A co-gestão queda inerte devido a inexistência de regulamentação legal do instituto.

A jornada de trabalho semanal do trabalhador brasileiro é de 48 horas, a maior dentre os países sul-americanos.

---

16. Cadernos CEAS No. 104; Julho/Agosto/1986, p.7.

Quanto aos direitos de higiene e segurança do trabalho é suficiente afirmar que, apenas no ano de 1984, 5.000 mortes foram provocadas por acidentes de trabalho, um número extraordinariamente elevado que coloca o Brasil entre os campeões mundiais de acidentes de trabalho. A título de comparação, um país como a Guatemala, envolto em guerra civil e sofrendo os rigores da repressão política, acusou em 1985, segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cerca de 1.135 mortos e desaparecidos.

A estabilidade no emprego garantida constitucionalmente não se efetiva na prática. A opção que o trabalhador deve fazer entre a estabilidade e o "fundo de garantia equivalente" (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço) é sistematicamente desrespeitada pelas empresas. Na verdade, o trabalhador é obrigado a "optar" pelo Fundo, abrindo mão da estabilidade, sob pena de lhe ser negado o emprego almejado. Mesmo assim, o nível atual de emprego está 12% abaixo e a massa salarial situa-se também abaixo 26,3% dos níveis de 1980.

O direito de greve no Brasil sofre severas limitações. O governo interfere profundamente na vida sindical brasileira, sendo assim, o direito de greve constitui uma exceção à regra, pois a proibição de fazer greve estende-se a várias categorias profissionais importantes, inclusive ao funcionalismo público. Mas, a interferência governamental no tocante aos sindicatos não se restringe apenas às greves. Apesar de signatário da Convenção no. 87 da OIT, o governo brasileiro insiste em ferir os princípios do sindicalismo democrático, isto porque mantém a tradicional e arcaica estrutura sindical brasileira, alicerçada nos princípios presentes na "Carta del Lavoro" do fascismo italiano. Dessa forma, segundo a lei, as entidades sindicais brasileiras são consideradas órgãos de colaboração com os poderes públicos, devendo, principalmente, ter um caráter assistencial e não reivindicativo. Além disso, devemos assinalar que o funcionamento das entidades sindicais depende de prévio reconhecimento pelo Ministério do Trabalho, que pode, ainda, agregar ou dividir categorias profissionais, ampliar ou restringir a base geográfica das referidas entidades, etc. Porém, muito mais grave é o poder que possui o Estado de intervir no sindicato, cassando sua carta de reconhecimento e destituindo seus diretores. Esse é o direito à sindicalização

existente no Brasil. Essa é a liberdade sindical com a qual convivemos.

Por fim, para fazermos referência a um importante direito da segunda geração, devemos nos referir ao direito à educação. Como não poderia deixar de ser, dentro de um contexto global de desrespeito e violação dos direitos fundamentais, a educação no Brasil encontra-se, sem qualquer exagero, muito próxima a falência. O cuidado ou a falta de cuidado que o Estado brasileiro tem com a educação pode ser expresso nos seguintes números: em 1964, ano de golpe militar, o governo dispendeu 1,4% do PIB nacional com a educação. Em 1968, essa porcentagem correspondeu a 2,19%; em 1972, 2,54% e em 1977, 2,55%. Os dados são demasiadamente eloquentes, dispensando maiores comentários.

Esse quadro que acabamos de descrever de forma sintética, pode ser considerado um dos fatores que levam os GDDHs a assumirem no Brasil a luta pelos direitos econômicos e sociais em caráter prioritário.

Todavia, as razões pelas quais os GDDHs priorizam, hoje, no Brasil, a luta pelos Direitos econômicos e sociais não ficam adstritas ao grau particularmente intenso de violações desses direitos na forma que descrevemos. Podemos supor que a escolha ou a ênfase dada ao trabalho em torno dos direitos econômicos e sociais também se explica pelo fato dele proporcionar uma maior mobilização do movimento popular, gerando inclusive maiores dividendos em termos organizacionais e também políticos. Devemos também ressaltar, que o caráter progressivo dos direitos econômicos e sociais contribui para o descobrimento de todo um processo que percorre etapas nas quais vão incorporando-se ganhos concretos e palpáveis à medida em que as reivindicações são atendidas e novas conquistas obtidas. Em comparação, os direitos civis não se prestariam com a mesma intensidade à organização de vida da população. A defesa dos direitos civis não possuiria o caráter mobilizador imprescindível ao Movimento Popular. Por este raciocínio, a luta em torno do problema de habitação e solo urbano, por exemplo, teria uma importância e um peso maior que a luta em defesa da integridade física de um indivíduo torturado pela polícia, pois sensibilizaria com mais facilidade a população, fazendo com que fosse qualitativamente alterado

seu nível de consciência e percepção dos problemas sociais e da necessidade de estímulo à organização popular para enfrentá-los.

Por fim, gostaria de ressaltar que a ênfase concedida aos direitos econômicos e sociais no Brasil ocorre em decorrência de fatores ideológicos que determinam a compreensão da problemática dos direitos humanos nos Grupos de defesa. Tradicionalmente, costuma-se afirmar que os direitos civis e políticos decorrem da concepção liberal-burguesa dos direitos humanos enquanto que os direitos econômicos e sociais da crítica marxista. Assim sendo, os direitos civis e políticos, como direitos de inspiração burguesa, não teriam condições por si só de garantir o exercício integral da cidadania. As liberdades contidas nos direitos da 1ª geração seriam meramente formais, servindo inclusive para mascarar as desigualdades sociais. Já os direitos econômicos e sociais teriam natureza substantiva, sendo resultante das lutas empreendidas pelas massas trabalhadoras contra o liberalismo, e, por esse motivo, capazes de atenuar a exploração das classes subalternas.

Podemos observar que em decorrência dessa concepção, afirma-se uma oposição entre as duas gerações de direitos. Diante dessa oposição os GDDHs brasileiros fazem uma opção preferencial pelo trabalho no campo dos direitos humanos da 2ª geração.

Todos esses fatores que apontamos como determinantes para a fixação da linha de trabalho dos GDDHs brasileiros após o regime militar, somam-se talvez a outros, todavia acreditamos que os que citamos constituem fortes motivos para que os GDDHs dirijam seus esforços em direção aos direitos econômicos e sociais, contudo, essa opção não está isenta de problemas. Tentaremos a seguir descrever alguns desses entraves ao desenvolvimento do trabalho dos GDDHs, focalizando nossas atenções, sobretudo, no problema da eficácia dos direitos da 2ª geração.

## VI. LIMITES DA LUTA DESENVOLVIDA PELOS GDDHs EM TORNO DOS DIREITOS ECONÔMICOS E SOCIAIS

Existem diversos limites ao desenvolvimento da luta pelos direitos econômicos e sociais. Esses limites são de natureza bastante variada, nos deteremos particularmente nas limitações de ordem jurídica desses direitos.

A efetivação dos direitos econômicos e sociais pode ser considerada, pelo menos em tese, mais complicada que a dos direitos civis e políticos. Isto porque enquanto os segundos são passíveis de implantação imediata, os primeiros caracterizam-se pela progressividade. Daí, muitos afirmarem que os direitos econômicos e sociais "no son derechos en el sentido jurídico, ya que no pueden ser exigidos judicialmente del Estado, antes que no hayan sido institucionalizados por una acción estatal"<sup>17</sup>. De fato, as normas fundamentais de natureza econômica-social contidas na Constituição Brasileira caracterizam-se, sobretudo, por não serem auto-aplicáveis, mas apenas programáticas.

Devido ao seu caráter programático é admissível considerarmos os direitos econômicos e sociais como possuidores de natureza verdadeiramente jurídica e não apenas moral? Vejamos que pistas nos concede a doutrina acerca dessa questão.

Em Aftalión, Olano e Vilanova encontramos a opinião de que *el derecho, como objeto, consiste, según hemos visto, en conducta. Pero, como también, la moral es conducta, para que pueda hablarse de derecho ha de tratarse de conductas en interacción intersubjetiva. De esta intersubjetividad surge una nota característica de la conducta jurídica: su impedibilidad, o sea la posibilidad de que a la acción de un sujeto se oponga un impedimento por parte de otro sujeto*, e continua, reforçando ainda mais o ponto de vista, *la nota de impedibilidad, propia de la conducta jurídica, se traduce en la posibilidad de que una conducta real, ocurrente, impida efectivamente la realización de determinada acción de un tercero. En otros términos: la impedibilidad o coercibilidad*, en cuanto nota de la conducta

---

17. Loewenstein, Karl. Op. cit., p.401.

jurídica *puede traducirse en efectivos actos de impedimento, de coacción, de fuerza*"<sup>18</sup>. Ora sabemos, perfeitamente bem que os direitos econômicos e sociais não se caracterizam pela impedibilidade. Por exemplo, o fato do sistema de co-gestão não estar implantado nas empresas brasileiras, apesar de previsto constitucionalmente como um dos direitos sociais, não autoriza os trabalhadores a exigir judicialmente a regulamentação da matéria, condição imprescindível à eficácia da norma constitucional. O trabalhador não pode, em um caso como esse, opor-se através de meios coercitivos à inércia dos governantes. É evidente que restam todos os que têm os seus direitos econômicos e sociais desrespeitados a possibilidade de utilização da via política de luta, todavia, em nível estritamente jurídico pouco podem fazer contra o governo. Nesse caso, a sanção que a comunidade pode produzir contra o Estado tem natureza meramente moral, isto porque inexistem sanções jurídicas legalmente previstas contra os sujeitos que cometem tais abusos. Logo não existe previsão legal que possa garantir a execução coercitiva dos direitos humanos de caráter econômico e social previstos na Constituição brasileira.

De fato, devemos assinalar que na opinião geral dos juristas a bilateralidade é um dos traços comuns essenciais da norma jurídica. Essa bilateralidade pode ser traduzida como a faculdade que possui uma parte de exigir da outra o cumprimento de determinada obrigação. No caso em pauta, onde encontrar qualquer indício da bilateralidade nas normas constitucionais de conteúdo econômico e social?

Alguns autores, como por exemplo Enrique P. Haba<sup>19</sup>, afirmam que os direitos econômicos e sociais, em decorrência de sua natureza programática, apenas "obrigariam" em nível semântico. Assim, essa "obrigatoriedade" se referiria ao reconhecimento por parte dos governos da **existência de tais direitos**, sem implicar, porém, no **dever de realização dos mesmos**. Já Hector Gros Espiell prefere separar a idéia de que um direito resulta deveres exigíveis da idéia de que o descumprimento

---

18. Aftalión, Olano e Vilanova. **Introducción al Derecho**; p.137.

19. P.HABA. **Tratado Básico de Derechos Humanos**; tomo II, p.899.

mento do direito acarreta uma sanção. Afirma ele que “si en el Derecho tradicional la idea de sanción es inseparable del concepto de norma jurídica, ya que la coerción para imponer su cumplimiento o sancionar por su violación, se consideraba como un elemento necesario y distintivo, hoy la cuestión no es tan clara”<sup>20</sup>.

Seja como for, mesmo dentre os autores que consideram os direitos econômicos e sociais como direitos no verdadeiro sentido da palavra, está sempre presente entre eles a idéia de que se tratam de direitos imperfeitos. Os direitos econômicos e sociais são considerados entre esses juristas como um conjunto de normas de tipo imperfeito, já que só obrigariam de forma mediata, “não importando pena ao infrator, nem alteração daquilo que já se realizou”. Representariam, utilizando as palavras do jurista brasileiro Miguel Reale, “um momento de passagem das regras éticas e costumeiras, *lato sensu*, para o campo do direito efetivamente garantido”. Todavia, apesar da imperfeição normas, Reale sustenta que elas são imperativas porque formam “o quadro axiológico ou finalístico, dentro do qual o aplicador do direito deve formular seus juízos”<sup>21</sup>.

Concluindo, podemos dizer que sendo as normas programáticas verdadeiras normas jurídicas como sustentam alguns, ou sendo apenas normas morais como querem outros, o fato é que os direitos econômicos e sociais, independentemente do acerto de uma ou outra posição, não podem ser juridicamente exigíveis pela ausência de coercibilidade nas normas que lhes são relativas. Se reconhecemos, apesar disso, os direitos econômicos e sociais como de conteúdo verdadeiramente jurídico, mesmo assim somos forçados a admitir que sua inobservância não torna o infrator passível de sofrer uma sanção jurídica. Por outro lado, se reconhecemos os direitos econômicos e sociais apenas como direitos de conteúdo moral, somos obrigados a aceitar que o Estado encontra-se apenas **moralmente obrigado** a respeitá-los.

---

20. Gros Espiell, Héctor. *Estudios sobre Derechos Humanos*, p.178.

21. Reale, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, p.128.

## VII. CONCLUSÕES

No Brasil, as Organizações Não-Governamentais e, em particular, os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos surgiram em grande número com o advento e consolidação do regime militar, vindo a tomar um impulso sempre crescente com a redemocratização política.

O fim da ditadura militar fez com que os Grupos de Defesa passassem a considerar a luta pelos direitos humanos de forma mais ampla, começando a perceber que o momento de resistência já havia passado e dado lugar a novas exigências de uma atuação mais consentânea com o momento político vivido pelo País.

Com a conquista de alguns espaços políticos passou a ser importante a apresentação de propostas e alternativas tanto por parte do movimento popular assessorado pelas ONGs (entidades a serviço do movimento), quanto pelas próprias ONGs enquanto “entidades parte” do próprio Movimento Social.

Enquanto que, durante a ditadura, os Grupos de Defesa dirigiram suas atenções na proteção do preso político e em busca da reconquista das liberdades democráticas, com a transição democrática começa a ser dada maior ênfase na luta em defesa dos direitos econômicos e sociais e no trabalho de organização popular visando a conquista efetiva de novos direitos.

A hierarquização dos direitos humanos com a prevalência dos direitos econômicos e sociais sobre os demais dá-se basicamente pelos seguintes motivos:

- a) primeiramente, pela grave crise econômica enfrentada pelo País e pelo fim das violações de direitos humanos por razões políticas em sentido estrito;
- b) em decorrência das graves violações aos direitos econômicos e sociais facilmente verificáveis na atualidade;
- c) pelo potencial que possuiria a luta em torno dos direitos econômicos e sociais para estimular a organização e o fortalecimento da sociedade civil;
- d) devido ao caráter progressivo dos direitos econômicos e sociais, permitindo a obtenção concreta de novas conquistas a partir da mobilização popular;

- e) por fim, devido a concepção de que os direitos econômicos e sociais representariam um tipo superior de direitos humanos na medida em que superam as liberdades burguesas correspondentes aos direitos da 1ª geração.

Todavia, a prioridade concedida aos direitos econômicos e sociais não elide alguns problemas ligados à sua proteção. Alguns derivam de sua própria natureza, dentre eles ressaltamos os problemas de ordem mais precisamente jurídica.

A sua inexigibilidade imediata, devido ao seu caráter programático se constitui no principal entrave de cunho jurídico a sua observância e eficácia.

## Bibliografia

1. Aftalion, Enrique R.; Olano, Fernando G.; Vilanova, José. **Introducción al Derecho**; Abeledo-Perrot; 20ª edição, reimpressão; B. Aires, 1984.
2. Cadernos CEAS No. 104; Julho/Agosto 1986.
3. Cadernos CEAS No. 11; Setembro/Outubro 1987.
4. Fernandes, Rúbem César. *Las Organizaciones No-Gubernamentales (ONG). Una Nueva Realidad Institucional en América Latina*. (mimeografado); 1986.
5. Freitas, Ricardo de Brito A.P. *Os Grupos de Defesa dos Direitos Humanos e a Proteção Internacional dos Direitos do Homem*. (mimeografado); 1986.
6. Frúling, Hugo. **Dilemas y Perspectivas Hacia el Futuro In Represión Política y Defensa de los Derechos Humanos**; Academia de Humanismo Cristiano; 1ª ed., Santiago, 1986.
7. Gómez, José Maria. **Direitos Humanos e Redemocratização No Cone Sul**. (mimeografado); 1986.
8. Gros E., Héctor. **Estudios Sobre Derechos Humanos**, Ed. Jurídica Venezolana; 1ª ed., Caracas, 1985.
9. Haba, Enrique P. **Tratado Básico de Derechos Humanos, VOL.II**; Ed. Juricentro; 1ª Ed.; San José, Costa Rica, 1986.
10. Loewenstein, Karl. **Teoría de la Constitución**; Ed. Ariel; 2ª Ed., Barcelona, Espanha, 1982.
11. Reale, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**; Ed. Saraiva; 6ª Edição. Rio de Janeiro, 1979.

## INDICE

<i>Presentación</i> .....	7
<i>Introducción</i> .....	9

### **El derecho a la vida, la pena de muerte y la política criminal**

<i>Fernando Cruz Castro</i> .....	11
I. Introducción. ....	13
II. Inviolabilidad de la vida humana. ....	15
A. Argumentos de los retencionistas .....	15
B. Argumentos de los abolicionistas. ....	17
III. La pena de muerte en el derecho internacional .....	24
A. Declaración universal de derechos humanos (1948) .....	24
B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. ....	24
C. La Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). ....	24
IV. La pena de muerte como respuesta política represiva .....	25

**Las cláusulas limitativas en los  
instrumentos internacionales  
sobre derechos humanos**

<i>José Thompson Jiménez</i> .....	29
Introducción .....	31
I . Restricciones a los derechos humanos: ¿Límites o limitaciones? .....	33
II . La interpretación de las cláusulas limitativas .....	38
III . Los conceptos indeterminados en las cláusulas limitativas .....	41
A. El interés general y el bien común .....	41
B. Seguridad colectiva, seguridad nacional y seguridad pública .....	44
C. El concepto de sociedad democrática .....	46
D. Moral pública .....	48
E. Salud pública .....	49
F. Orden público .....	50
Conclusiones .....	52

**La Comisión y la Corte de Derechos  
Humanos en las convenciones  
Americana y Europea**

<i>María de los Angeles Soto Gamboa</i> .....	55
I . Evolución del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos .....	57
II . La Convención americana sobre derechos humanos, Pacto de San José, 1969 .....	61
III . El funcionamiento de la Comisión Interamericana prevista en el Pacto de San José .....	63

IV. La Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	68
V. La Convención Europea de los Derechos del Hombre. Tratado de Roma de noviembre de 1950 .....	71
VI. La Comisión Europea de los Derechos Humanos. Su funcionamiento .....	73
VII. La Corte Europea de Derechos Humanos .....	77
VIII. Comparación de las dos convenciones con referencia a la Comisión y a la Corte de Derechos Humanos .....	80
Bibliografía .....	85

## **El fundamento de los derechos humanos**

<i>Mauricio García Villegas</i> .....	89
I. Introducción General .....	91
II. Introducción metodológica .....	94
A. La ciencia .....	94
B. Violencia y política .....	97
III. El problema del sentido del derecho .....	99
A. Iusnaturalismo e iuspositivismo .....	99
B. Oriente y occidente .....	101
C. Filosofía contemporánea del derecho .....	104
IV. El fundamento de los derechos humanos .....	106
A. El concepto de fundamento .....	106
V. Conclusión .....	112
Bibliografía .....	115

**Sistema Interamericano de derechos humanos:  
respuesta normativa a la urgencia**

<i>Mónica Pinto</i> .....	119
I. Introducción .....	121
II. Gestación de un marco de competencia .....	124
III. Democracia y derechos humanos .....	128
IV. La urgencia en el derecho sustantivo .....	131
A. Valor jurídico de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre .....	132
B. Los derechos no enumerados .....	134
C. Los deberes .....	136
D. Las situaciones de emergencia y los derechos no suspendibles .....	137
E. La tendencia a la participación y el sistema de reservas .....	139
V. La urgencia del derecho procesal .....	141
A. La competencia de la CIDH .....	141
B. La legitimación para obrar .....	143
C. El agotamiento de los recursos internos .....	146
D. La duplicidad de procedimientos internacionales .....	148
E. Las medidas provisionales .....	149
F. La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	151
Conclusión .....	153

**El ombudsman o defensor del pueblo como sistema  
de protección de los derechos humanos en Latinoamérica**

<i>Jorge Luis Moiorano</i> .....	157
I. Introducción .....	159
II. Los orígenes de la institución .....	160
III. Su difusión universal .....	161

IV. Caracterización .....	163
V. Las razones de su difusión .....	163
VI. Del Estado individualista liberal al Estado intervencionista social .....	164
VII. La insuficiencia de los tradicionales mecanismos de control .....	166
VIII. La situación en Latinoamérica .....	170
A. Eventos de carácter continental .....	171
B. Iniciativas proyectadas. ....	174
C. Iniciativas institucionalizadas .....	180
IX. Conclusión .....	188

## **Humanismo Integral**

<i>Víctor Balembois</i> .....	189
I. Concepto eurocéntrico- tradicional de humanismo. ....	192
II. Crisis de un concepto de educación .....	196
III. El derecho al desarrollo como fuente para un nuevo humanismo .....	199
A. Percepción evolutiva del humanismo .....	200
B. Utilidad del enfoque interdisciplinario .....	203
C. ¿Hacia una nueva Edad Media? .....	205

## **As Organizações não-Governamentais e a promoção dos direitos econômicos e sociais no Brasil**

<i>Ricardo de Brito A.P.Freitas</i> .....	211
I. Introdução .....	213
II. As organizações não-governamentais no Brasil: surgimento, características e objetivos. As ONGs a atual conjuntura política nacional .....	215

A. Surgimento das organizações não Governamentais -ONGs- No Brasil .....	215
B. Algumas das principais características das ONGs .....	217
C. As ONGs e a redemocratização .....	219
D. O papel das ONGs diante do contexto político atual .....	221
III. Os grupos de defesa dos direitos humanos: tipos especiais de ONGs .....	222
A. A Atuação dos grupos de defesa dos direitos humanos na ditadura .....	224
B. A defesa dos direitos humanos no Brasil da nova República .....	226
IV. Os direitos econômicos e sociais como direitos humanos .....	227
V. Os grupos de defesa dos direitos humanos e a defesa dos direitos econômicos e sociais .....	230
VI. Limites da luta desenvolvida pelos GDDHs em torno dos direitos econômicos e sociais .....	236
VII. Conclusões .....	239