

La enseñanza de los derechos humanos en los estudios de derecho

Facultad de Derecho
Universidad Central

Roberto Garretón

*“El derecho sirve para la
vida, o no sirve para nada”*

Luis Legaz y Lacambra

I. NOCION DE “DERECHOS HUMANOS”

Si bien en la filosofía del derecho hay muchos enfoques del término, en general se les define como aquellos “derechos inherentes a toda persona por el solo hecho de serlo”, definición que podría criticarse de tautológica. Más precisamente se prefiere la expresión de “atributos inherentes a toda persona humana nacional o extranjera, cualquier raza, sexo, nacionalidad, religión, derivados de su dignidad esencial, que obligan al Estado a promover, garantizar y respetar”. Otras definiciones prefieren utilizar la expresión de “facultades” de que disponen las personas para vivir una vida plena y en dignidad, exigible del Estado.

No contiene la DUDH una definición de lo que entiende por derechos humanos. Sus redactores tomaron el sano criterio de no definir qué son estos derechos, y menos cuál es su justificación o naturaleza, concentrándose a elaborar un texto destinado a protegerlos. Como dijo Jacques Maritain, Presidente de una comisión nombrada por la UNESCO de apoyo a los redactores políticos, “estamos de acuerdo en todo, a condición que no se nos pregunte por qué”.

Personalmente yo uso una definición no muy filosófica ni científica, pero sí operativa: los DH constituyen un proyecto político universal. Para ello me apoyo en una frase, para mí la frase clave, contenida en el preámbulo de la DUDH: la Declaración (y, en consecuencia, los derechos mismos) constituyen un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”. Y es, por lo tanto, un fin político.

Otra buena definición de este fenómeno es que los derechos humanos constituyen el código de conducta en la relación entre las personas y su Estado.

Esta definición operativa se apoya en otra característica esencial de los DH: constituyen una limitación a la soberanía de los Estados, la más importante de toda la historia de la humanidad.

II. DESARROLLO HISTÓRICO

Si bien la dimensión jurídica de los DH sólo tiene algo más de dos siglos, su contenido esencial es eterno. Todos los textos de todas las religiones siempre consideraron a la persona titular de una dignidad inviolable y no se advierten diferencias esenciales entre el bíblico “no matarás” y “todo individuo tiene derecho a la vida” (artículo 3 de la DUDH) y “nadie será privado arbitrariamente de la vida” (artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP). En estricto rigor, ni la Declaración de Virginia de junio de 1776¹; ni la Declaración de la Independencia de Estados Unidos del mes siguiente²; ni las dos declaraciones de la revolución francesa (26 de agosto 1789³ y 23 de junio de 1793)⁴ inventaron valores que no existiesen desde siempre.

El gran aporte de estos textos fue reconocer la dignidad humana como *derecho*, lo que importa la presencia de dos actores: un acreedor (la persona, todas las personas); y un deudor, el Estado. La prestación que el segundo debe al primero es una obligación, contrapartida de todo derecho. Es, además,

¹ Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y **tienen ciertos derechos inherentes**, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.

² Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad.

³ El pueblo francés, convencido de que el olvido y el menosprecio de los derechos naturales del hombre son la sola causa de los problemas del mundo, ha resuelto exponer, en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inalienables.

⁴ Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobernantes, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre.

exigible, materia que inicialmente fue muy débil, pero que hoy tiene un desarrollo muy importante.

Sí las declaraciones estadounidenses y francesas elevaron el respeto de la dignidad humana al nivel de derecho nacional, —constituyéndose en sustento de todas las constituciones nacionales de los siglos XIX y XX—, la Carta de las Naciones Unidas primero y la DUDH después —ambas nacidas luego de la barbarie fascista—, lo alzaron a derecho internacional público, lo que luego se transformó en DIDH.

Pero la DUDH es algo más que derecho internacional, toda vez que su carácter es universal. Habrá que agradecer a su principal redactor, René Cassin, la genialidad de haber propuesto —y obtenido— la sustitución de la petición de la Asamblea General de la ONU de redactar un proyecto de “ley internacional de derechos del hombre” por una de carácter universal, lo que ha permitido con más fuerza su aceptación no sólo por los Estados, ni también por los pueblos⁵.

Desde 1948 el desarrollo del DIDH ha sido gigantesco, con una infinidad de tratados, otras declaraciones, códigos de principios, reglas mínimas, protocolos adicionales, comités, comisiones, subcomisiones, relatores, grupos de trabajo, incluso tribunales, tanto a nivel internacional como regional, siendo Europa Occidental la que ha elaborado el mejor sistema, seguido de América, y mucho más atrás África, mientras que Europa oriental y Asia carecen de sistemas propios.

Al mismo tiempo esta cultura desarrolla el penal internacional considerando que hay ciertos delitos que, por su crueldad, magnitud y sistematicidad, lesionan a toda la humanidad y no pueden quedar impunes. Y provocó que en el mundo entero, en los últimos 30 años, la demanda de recuperación democrática corre a parejas con las de la justicia por las atrocidades del Estado. El desarrollo de una cultura de derechos humanos —que ha penetrado todos los ámbitos del saber: filosofía, historia, sociología, política, economía, medicina, antropología, educación, comunicaciones, todas las artes, la arquitectura ha hecho que lo que antes no horrorizaba, ahora sí.

Y si analizamos nuestra profesión, la del derecho, también encontramos cambios extraordinarios. Todas las ramas del derecho han recibido el mandato que emana de la cultura de los derechos humanos.

Ya el primer párrafo del preámbulo de Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793 disponía que “el pueblo francés, convencido

⁵ El proyecto fue aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, como Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En 1952 se sustituyó en su versión en español la expresión “derechos del hombre” por “derechos humanos”. Pero el cambio no se apoyó en motivos de género: se buscó armonizar la Declaración con la Carta de las Naciones Unidas, que usa la expresión derechos humanos en las siete veces que alude a ellos.

de que el olvido y el menosprecio de los derechos naturales del hombre son la sola causa de los problemas del mundo, ha resuelto exponer, en una declaración solemne, estos derechos sagrados e inalienables, para que todos los ciudadanos puedan comparar los actos del gobierno y el funcionamiento de toda institución social y no se deje jamás oprimir y abatir por la tiranía; con la finalidad de que el pueblo tenga siempre delante de sus ojos las bases de su libertad y de su bienestar; el magistrado, las reglas de sus deberes; el legislador, el objeto de su misión”⁶.

Cada vez se va haciendo más difícil a los dictadores ejercer con crueldad e impunidad el poder absoluto de que siempre gozaron. Siguen gozando, en verdad, pero a contrapelo de los sentimientos de sus pueblos y, sobre todo, de la llamada comunidad internacional, y esperamos que en unos años más ya no puedan escapar al control ciudadano internacional.

Pero todo ese progreso, logrado por las sociedades civiles, es obra de los Estados, y he ahí su debilidad, que es exactamente también su fortaleza.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL Y EL DERECHO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este capítulo trataré de demostrar la existencia de un derecho nuevo, el derecho de los derechos humanos, cuya existencia aparece hace solamente 226 años.

El DIPG reconoce como fuentes los tratados (muchas veces son sólo codificaciones escritas de costumbres que ya integraban el derecho internacional consuetudinario); la costumbre, los principios generales de derecho, las sentencias de tribunales arbitrales, las opiniones de los tratadistas, las resoluciones de los organismos internacionales, etc.

Desde luego todas estas fuentes son utilizadas por el DIDH.

Los Tratados, (a veces llamados Convenciones, Protocolos, Pactos, Convenios, Estatutos, etc., todas expresiones sinónimas) son acuerdos celebrados entre Estados, en los que se establecen los derechos y obligaciones que asumen y constituyen la fuente más evidente del DIPG y en el DIDH.

Los tratados fuentes del DIDH pueden no ser específicamente de derechos humanos, y, en la práctica muchos tratados de materias diferentes contienen normas esenciales en esta materia. Piénsese en la Carta de las Naciones Unidas, que se refiere en siete ocasiones a estos derechos.

⁶ También la segunda declaración de derechos de la revolución francesa agregó algo que a los chilenos democráticos nos ilumina: “Artículo 28: El pueblo tiene siempre el derecho a revisar, reformar y cambiar la Constitución. Una generación no puede comprometer con sus leyes a generaciones futuras”.

No obstante, un tratado de derechos humanos tiene rasgos diferentes a un tratado clásico como aquellos en los que, por ejemplo, los Estados se obligan a reconocer fronteras, no proteger sus economías más allá de lo pactado, respetar a los diplomáticos y cónsules, reprimir el narcotráfico, tramitar exhortos, regular extradiciones, reconocer estudios y mil materias diferentes.

En un tratado de DH y de DIH, los Estados se auto limitan y se obligan ante los otros Estados partes en el ejercicio de su soberanía, comprometiéndose a respetar los derechos de las personas sometidas a su jurisdicción. Y se obligan, además, frente a sus ciudadanos, frente a los organismos internacionales, frente a extranjeros habitantes en su país, a respetar la dignidad del ser humano, y en caso de violación, no sólo es exigible su responsabilidad internacional por otros Estados, sino que también por las personas sometidas a su jurisdicción, cualquiera sea su nacionalidad.

Ello es así, por cuanto en los instrumentos de DIPG sólo están en juego los intereses de los Estados que los acuerdan, mientras que en los de DH está esencialmente en juego el interés de los seres humanos sometidos a la jurisdicción de una de las partes. Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia al conocer de algunas reservas a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, al declarar que “este tipo de tratados solamente tienen por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención” (1951). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció esta esencial diferencia entre los tratados internacionales generales y aquellos referidos a la protección de la persona, en su Opinión Consultiva N° 2: “29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que 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 dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.

De esta distinta naturaleza de las convenciones de derechos humanos se obtienen algunas consecuencias: primero, no están inspirados en la reciprocidad de los Estados; segundo, no es posible la suspensión de la aplicación del tratado porque una de las partes no lo cumple; tercero y respecto a la posibilidad de reservas, si bien no hay norma expresa –salvo en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial⁷–

⁷ Esta considera que si 2/3 de los Estados formulan una reserva se entiende que efectivamente el precepto es incompatible con el objeto y propósito de la Convención (Artículo 20.2).

es evidente que por la naturaleza de estos tratados las reservas normalmente serán *per se* contrarias a su objeto y propósitos. Las reservas son corrientes y aceptadas en la gran mayoría de tratados de DIPG, pero no así en las de DH. Como dice la Observación General N° 24 del Comité de Derechos Humanos⁸ “el que no se prohíban las reservas no significa que se permitan todas ellas. La cuestión de las reservas en relación con el Pacto y el Primer Protocolo Facultativo se rige por el derecho internacional. El párrafo 3 del artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ofrece la orientación pertinente. Se estipula en él que, cuando el tratado no prohíbe una reserva o ésta entra dentro de las categorías permitidas expresamente, un Estado podrá hacer una reserva siempre que no sea incompatible con el objeto y fin del tratado. Aun cuando el Pacto, a diferencia de otros tratados de derechos humanos, no incluya una referencia concreta a la prueba del objeto y fin, dicha prueba rige la cuestión de la interpretación y aceptabilidad de las reservas”. Agrega que “aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas”.

Es, sin embargo, importante reconocer que los Estados mantienen incluso en los órganos internacionales de DH un control jurídicamente casi absoluto. Así, por ejemplo, los expertos, relatores, integrantes de grupos de trabajo, comités establecidos en tratados de DH, Comisiones de DH, jueces de las Cortes de DH y Penales Internacionales son todos propuestos por Estados y elegidos por otros Estados; los principales elementos de evaluación del cumplimiento de las obligaciones de respetar los DH son informes presentados por los Estado, etc.

Incluso, una lectura atenta de los textos permite advertir que en todos ellos los Estados se reservaron resquicios que pueden hacer ilusorios los derechos reconocidos. Por ejemplo, la misma DUDH dispone que “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad, *conforme a la ley...* (Art. 11.1); mientras que el artículo 12 del PIDCP, al regular el derecho de entrar y salir del país, agrega que “este derecho puede ser objeto de restricciones, si estas estuvieren contempladas en la ley...”

Especial importancia tiene en el DIDH el conjunto de instrumentos, a veces cien por ciento declarativos, pero que contienen normas adoptadas por los Estados en el seno de un organismo internacional. Estas normas no tienen todas el mismo valor ni todas pueden obligar a los Estados. Dentro del sistema

⁸ Párrafos 6 y 8.

universal, además de la DUDH de los derechos humanos de 1948 que inicialmente no tenía el valor jurídico que hoy nadie discute, hay muchas otras declaraciones que reconocen derechos o describen conductas que constituyen violaciones de derechos, pero que los Estados no han querido darle el estatuto de Tratado o Pacto por la certeza que muchos Estados no están en el momento de la adopción en condiciones de hacerse parte en ellos. Ejemplo de esto son, por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 o aquella sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1963, las que sentaron bases para posteriores convenciones sobre la materia. Otras, la mayoría, en cambio, no han tenido el mismo desarrollo, como la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental de 1971.

Otros textos tienen nombres diversos: principios, reglas mínimas, normas uniformes, conjunto de principios, código de conducta, directrices, etc.

Salvo algunos Estados, normalmente dictaduras, se sostiene que la DUDH es parte de la Carta de las Naciones Unidas, toda vez que ésta se refiere constantemente a ella, y nada menos que como “propósito” de la organización, pero no dice qué son ni cuáles son. Incluso el cambio de nombre ya citado buscó precisamente asimilar la Declaración a la Carta. Un ilustre salvadoreño, Reynaldo Galindo Pohl sostenía que la DUDH no es un instrumento separado ni crea nuevas obligaciones, “sino que determina, por el consentimiento de los Estados firmantes de la Carta, las obligaciones ya adquiridas en esta esfera”. En este sentido, su obligatoriedad emana de su carácter contractual y debiera entonces tener la fuerza obligatoria que la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados, con las consecuencias de cumplimiento de buena fe y de sumisión de la ley –incluyendo la Constitución nacional— a las normas de un tratado⁹.

Sea o no así, nadie duda que la DUDH adquirió por la práctica reiterativa y permanente por los Estados, en el convencimiento que se trataba de derecho, el carácter de derecho internacional consuetudinario.

Ciertamente no todas las disposiciones de la DUDH –como tampoco todas las disposiciones de un tratado de derechos humanos o de DIH— tienen el mismo valor. No es lo mismo una injerencia arbitraria en la vida privada de alguien, que un genocidio. La propia Convención sobre el derecho de los tratados distingue una especial categoría de normas que denomina de *jus cogens*, que no admite vulneración ni aun por las partes que suscriben un tratado¹⁰. Se ha sostenido que las normas de protección de la integridad del ser

⁹ 26. "*Pacta sunt servanda*". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

¹⁰ 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("*jus cogens*"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la

humano, como las que castigan el delito de genocidio, son de aquellas que nunca pueden ser vulneradas.

Respecto de otras declaraciones, reglas o principios, ellas han sido consideradas meras recomendaciones no vinculantes, sin perjuicio que con el tiempo, su reiteración y continuas referencias en otros instrumentos y prácticas de los Estado puedan llegar a constituir derecho internacional consuetudinario.

Además se sostiene que los Estados que concurrieron con su voluntad a la adopción del respectivo instrumento, es decir, votaron favorablemente, deben someterse al compromiso adquirido en la declaración de que se trate.

IV. SUJETOS DE DIPG, DIDH Y DIH

De lo expuesto, puede inferirse otra esencial diferencia entre las tres ramas del derecho internacional analizadas.

En el DIPG los sujetos capaces de crear derecho son únicamente los Estados. Pero esta afirmación está hoy en discusión.

En primer lugar están las organizaciones internacionales (OIG), como la ONU, la OEA, la Unión Europea, la OIT, la APEC, etc., que, aunque son finalmente los mismos Estados, tienen una personalidad internacional que se sobrepone a la voluntad de los Estados que las integran. Es corriente que la voluntad de la OIG se imponga sobre la de los Estados. Piénsese en las sentencias de los Tribunales internacionales, cuyo fallo es obligatorio para los Estados que fueron parte de la contienda. Además, son corrientes los tratados o acuerdos entre una OIG y un Estado, lo que genera obligaciones para todas las partes que los suscriben.

Otros sujetos nuevos son los beligerantes si en un conflicto interno ocupan una parte importante de territorio y obedecen a un mando responsables. Como sujetos de derecho internacional deben respetar la ley internacional igual que un Estado. En mis informes como Relator de la ex Comisión de Derechos Humanos de la ONU sobre los DH en la República Democrática del Congo, debía informar, desde 1998 y 2001 de las violaciones de derechos humanos y de DIH por 7 Estados independientes y 22 guerrillas principales que podían considerarse como beligerantes de acuerdo a esta rama del derecho.

Ahora bien, en los DIDH y DIH aparecen como sujetos de derecho internacional los seres humanos.

presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Son activos y pasivos. Los primeros son las víctimas del incumplimiento del Estado de respetar sus derechos, que pueden recurrir a los órganos internacionales gubernamentales a presentar sus quejas, y a aspirar a justicia y reparación. Y lo son también las víctimas de violaciones al DIH. Un fenómeno notable –de enorme desarrollo en los últimos años— es el surgimiento de organizaciones no gubernamentales que han asumido dos clases de roles: en primer lugar, asumir la defensa de las víctimas incluso a nivel internacional; y luego, contribuir al respeto, promoción y progreso del DIDH y DIH. Su influencia es cada vez mayor y son muchas las declaraciones y convenciones que reconocen cuna en estas organizaciones. En las Naciones Unidas ya son muchas las que han alcanzado un estatuto consultivo que ha oficializado su actuación.

Los pasivos son los seres humanos que, actuando en nombre del Estado violaron derechos humanos especialmente protegidos o incurrieron en conductas consideradas como crímenes de contra el derecho internacional, pueden ser juzgados y sancionados por los escasos tribunales internacionales existentes. Y, en los casos de conflictos armados sin carácter internacional, también son sujetos pasivos los integrantes de grupos rebeldes en las condiciones señaladas en los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo II de 1977.

Yo no tengo dudas de considerar que los Estatutos de los Tribunales Penales internacionales son normas de derechos humanos. En junio de 2009 declaré durante dos días completos ante la Corte Penal Internacional, en La Haya, como testigo de violaciones a los derechos humanos que habían cometido las tropas irregulares, pero al servicio de Uganda, bajo la dirección del congolés Thomas Lubanga. Y lo volveré a ser en el próximo mes de agosto, en el juicio contra Bosco Ntaganda.

V. OTROS PRINCIPIOS DE DIPG, DIDH Y DIH

El DIPG reconoce una serie de principios de larga historia. Gran parte de ellos se recogidos por el modernísimo DIDH. Pero muchos de aquellos sufren excepciones o modalidades diferentes por el DIDH, el que, además aporta nuevos principios que le son propios

Sólo trataré algunos de gran importancia práctica.

PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN *PRO HOMINE*

La norma general de interpretación de los tratados consagrada en la Convención de Viena, conforme al principio de la buena fe, es aquella conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin; su preámbulo y sus anexos, la práctica de los Estados, los textos preliminares usados en la discusión y redacción, todo lo cual es absolutamente válido respecto del DIDH.

No obstante, en este último hay una regla especial, que constituye una interpretación sistemática inspirada en el principio del interés de la protección de la persona, normalmente, contraria al interés del Estado. Es el principio de interpretación *pro homine*.

Además, los tratados de DH deben interpretarse progresivamente, es decir, atendiendo al desarrollo progresivo de estos derechos. Así, por ejemplo, si se trata de interpretar un tratado antiguo, deberá también considerarse lo que dispongan los más recientes que normalmente constituyen un avance respecto del primero.

La interpretación progresiva está expresamente contemplada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 29 ordena que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) 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.”

La norma anterior se relaciona con la siguiente, consagrada en el artículo 30, relativas a las restricciones al goce de algunos derechos que la misma Convención autoriza: éstas deben interpretarse restrictivamente y con el propósito para el cual han sido establecidas.

PRINCIPIO DEL UNIVERSALISMO

Se trata de un principio propio del DIDH, y capítulo central del sistema político, jurídico y moral de la DUDH, pero, además de la existencia misma de las Naciones Unidas.

Dentro del tercer propósito de la ONU la Carta incluye “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, agregando en el artículo 55 que la cooperación internacional promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”.

En mi concepto la DUDH es el principal texto de toda la historia humana, único que representa a todos los miembros de la familia humana, cualquiera sea su religión, nacionalidad o cultura.

No porque algunos dictadores islámicos, africanos o asiáticos traten de sostener que se trata de un texto de inspiración cristiana, y que por lo tanto no los obliga, va a perder su carácter universal. En la discusión de la Declaración fueron consultados pensadores y autoridades religiosas de todos los credos y regiones¹¹. Mi experiencia en el trabajo por los derechos humanos me ha permitido visitar países de África y Asia y conversar con defensores de derechos humanos, abogados, intelectuales, periodistas, e incluso víctimas, familiares de víctimas y presos en cárceles: todos ellos invocaron el respeto de los derechos humanos que les eran negados, y especialmente la Declaración Universal.

Es verdad que en la Conferencia Mundial de Viena de 1993 los países de la Conferencia Islámica y muchas dictaduras de cualquier parte del mundo invocaron especificidades propias de religiones y culturas. No obstante, y a pesar de algunas concesiones que se hicieron, finalmente se declaró que “El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas”, para luego agregar que “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”¹².

PRINCIPIO NO DISCRIMINACIÓN

Uno de los conceptos claves que las Naciones Unidas incorporaron en su Carta y luego en la DUDH, es el de la prohibición de la discriminación. La primera, en realidad, utiliza las expresiones “sin distinción” e “igualdad” en el goce de los DH.

No se trata de un principio con una gran historia previa, pero que desde 1945 es principio fundante del DIDH pero también del DIPG. La exigencia de igualdad esencial de todos los seres humanos, así como la prohibición de la distinción o la discriminación, y especialmente la discriminación racial aparece en la DUDH 14 veces. Y todos los instrumentos posteriores la repiten. La Conferencia Mundial de Durban, en 2001 prohíbe las discriminaciones que

¹¹ Lamentablemente, no fueron consultados pensadores africanos subsaharianos, pues toda África estaba bajo colonización europea.

¹² Párrafos 1.1. y 1.5 de la Declaración.

sufren las víctimas del antisemitismo, la islamofobia, el racismo, la intolerancia y la discriminación que afectan a los pueblos indígenas, romaníes, gitanos, nómades, afrodescendientes, Asia descendientes, islamistas, judíos, así como cualquier minoría, etc.

Agréguense las discriminaciones por motivos no raciales, como las que sufren las mujeres, niños, minorías sexuales, víctimas de VIH/SIDA, discapacitados, migrantes, refugiados, solicitantes de refugio, y tantos otros.

Nuestro continente en general, es un muestrario de etnias, religiones, nacionalidades, migrantes, refugiados. La intolerancia, al igual que el racismo, nos llegó con la conquista y se instaló hasta hoy. De allí su importancia para nosotros.

La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, anterior a la DUDH dispone en su artículo II sobre Igualdad ante la ley, que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo idioma, credo ni otra alguna”.

De los textos americano y de los artículos 2 y 26 del PIDCP pueden deducirse tres manifestaciones del principio de no discriminación: la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley en el goce de todos los derechos pero especialmente a no ser discriminado y la no distinción o discriminación.

La Observación General N° 18, de 1989 del Comité de DH hace una de las enumeraciones más completas de causales de discriminación: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento. Pero no estimándolas suficiente agrega una genérica: cualquier otra condición social.

Sin embargo, no toda distinción es arbitraria. El Comité de DH, en su citada Observación expresa que no hay una definición explícita de discriminación, pero que lo sería aquella distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de cualquier índole, tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Sea que se busque la distinción sea que no se busque pero produzca un resultado de menoscabo en el reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho, es discriminación¹³.

Hay veces que la ley o las prácticas justifican ciertas distinciones, en razón de edad, sexo, siendo clásicos los ejemplos de las cárceles, en que se exige la separación de hombres y mujeres y de adultos y menores. Para distinguir una distinción legítima de la que no lo es, debe imperar el criterio de la razonabilidad, objetividad y una finalidad legítima.

¹³ Párrafo 7.

El principio de no discriminación está expresamente incluido en prácticamente todos los tratados y declaraciones de derechos humanos, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de modo que no caben dudas que la prohibición de toda discriminación es hoy un principio inderogable de derecho internacional.

PRINCIPIO DE LA DEMOCRACIA O DE SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Ni la Carta de las Naciones Unidas, ni la DUDH consagraron el DH a la democracia.

La única referencia a la democracia en la DUDH está contenida en el artículo 29.2 en el que se dispone que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Si bien el primer párrafo del preámbulo de la Convención Americana sobre DH sostiene que su objeto es reafirmar “su propósito de consolidar en este Continente, 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”, la verdad es que cada vez que se alude a una “sociedad democrática” es para fijar un límite a las restricciones que los Estados pueden establecer para el goce de los DH.

Alusiones similares se encuentran en diversas otras disposiciones, en las que se alude permanentemente a “instituciones democráticas” o “sociedad democrática”. Así, la Convención Americana permite ciertas restricciones al goce de los derechos de reunión (art.15), de asociación (art. 16), de circulación y residencia (art. 22) en la medida que ellas sean compatibles con una indefinida sociedad democrática. También el adecuado equilibrio entre los derechos y obligaciones de las personas ha de entenderse en conformidad a criterios democráticos (art. 32). Por último, la interrelación de la Convención ha de guiarse por los principios propios de una sociedad democrática, según el artículo 29.

La DADDH es aún menos explícito, pues sólo alude a las justas exigencias del “desenvolvimiento democrático” como limitación legítima de los derechos humanos.

Lo mismo dispone el artículo 14 del PIDCP, relativo a la igualdad ante la ley y la publicidad de las actuaciones judiciales, así como los artículos 21 y 22 relativos a los derechos de reunión y asociación. En la misma línea el PIDESC considera la sociedad democrática como limitación permitida en el goce de los derechos que consagra, y específicamente, del derecho de sindicalización (artículos 4 y 8). La Observación General 25 del Comité de DH, al tratar del derecho humano a la participación en los asuntos públicos (artículo 25), no agrega nada, limitándose a reconocer que el artículo citado “apoya el proceso

del gobierno democrático basado en el consentimiento del pueblo y de conformidad con los principios del Pacto”.

Personalmente estimo que vivir en democracia es un derecho humano de primera magnitud. En efecto, no es posible gozar de los derechos fundamentales fuera de una sociedad democrática. Personalmente estimo que la democracia es un derecho autónomo, que excede –aunque exige– el derecho a la participación en los asuntos públicos mediante el voto secreto, igual e informado y así lo sostuve en todos mis informes cuando fui Relator sobre los derechos humanos en la República Democrática del Congo. Siempre inicié el estudio de respeto de cada derecho humano con “el derecho humano a la democracia”, para luego seguir con el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, etc.

El principio de la democracia es reforzado en Viena, al declararse que “la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente. La democracia se basa en la voluntad del pueblo, libremente expresada, para determinar su propio régimen político, económico, social y cultural, y en su plena participación en todos los aspectos de la vida” (párrafo 8 de la Declaración).

PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL (no individual).

Desde luego en el DIPG es evidente que los Estados son responsables por el incumplimiento de las obligaciones asumidas, lo que se traduce en sanciones políticas (retiro de Embajadores, ruptura de relaciones, sanciones económicas, etc.). La responsabilidad del Estado puede emanar tanto de sus acciones como de sus omisiones.

Las sanciones pueden ser individuales y colectivas, y serán siempre aplicadas por un Estado o varios Estados o una organización internacional formada por Estados, los que pueden demandar reparaciones.

El DIH y el DIDH agregan un hecho nuevo: la posibilidad que las personas puedan denunciar al Estado, y será un órgano internacional el que a petición de un individuo sancionará al Estado infractor, con sanciones políticas y eventualmente recomendando medidas de reparación. Algo jamás imaginado hace 70 años. Las únicas causas de una acción que provoque estos efectos es una violación de derechos humanos, que incluso puede ser nimia, pues para estos efectos no se exige gravedad.

Algunas formas de sanciones en la ONU son la nominación de un Relator Especial para un país (hoy el nuevo Consejo de Derechos Humanos, que sustituyó a la Comisión decidió limitar esta magnífica herramienta); una inspección de un Relator temático; un procedimiento ante algún Comité de Tratados, si el Estado ha aceptado esa posibilidad; un informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; una sentencia de la Corte Interamericana, y otros.

La práctica indica que todos los dictadores, sin excepciones, se oponen a todas estas medidas, alegando siempre el manoseado eslogan de la “inadmisible injerencia en los asuntos internos” del Estado aludido.

Existe un principio hoy evidente de supervisión internacional del respeto de los DH, y dentro de lo discutible, los defensores sostenemos que no se opone a la no injerencia, pues los DH son motivo de preocupación internacional y Viena declaró que “la promoción y protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales deben ser consideradas como un objetivo prioritario de las Naciones Unidas, de conformidad con sus propósitos y principios, en particular el propósito de la cooperación internacional. En el marco de esos propósitos y principios, la promoción y protección de todos los derechos humanos es una preocupación legítima de la comunidad internacional. Los órganos y organismos especializados relacionados con los derechos humanos deben, por consiguiente, reforzar la coordinación de sus actividades tomando como base la aplicación consecuente y objetiva de los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Llegará el día en que los Estados renuncien más a su soberanía y las sanciones sean más eficaces.

PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL:

Desde Nuremberg se estableció como un principio de DIPG el de la responsabilidad individual por determinados crímenes de especial gravedad¹⁴. Terminada la guerra fría se crearon los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia, Ruanda y finalmente el Tribunal Penal Permanente.

La idea de un tribunal internacional ya estaba presente en el genio de Rene Cassin, quien en su primer borrador de Declaración universal propuso la existencia de una corte que juzgue la responsabilidad por los crímenes contra los derechos humanos tanto de los Estados como de sus funcionarios. Su idea era un tribunal que, como las Cortes europeas y americana juzgara a los Estados, pero también a quienes actúan en su nombre.

Se sostiene que determinadas violaciones de derechos humanos, constitutivas de crímenes contra la humanidad, no pueden quedar impunes, y, más allá de la sanción aplicable al Estado, los individuos responsables deben ser juzgados y condenados.

El principio fue fijado en la sentencia del Tribunal de Nuremberg, al disponer que “los crímenes contra el derecho internacional son cometidos por los hombres, no por entidades abstractas, y sólo mediante el castigo a los

¹⁴ En realidad el primer juicio por un tribunal internacional por lo que hoy llamamos crímenes internacionales se realizó en 1474, contra Peter von Hagenbach, por atrocidades cometidas “contra las leyes de Dios y de los hombres” en el cerco de la ciudad de Breisach.

individuos que cometen tales crímenes pueden hacerse cumplir las disposiciones del derecho internacional”.

PRINCIPIO DE LA INDEROGABILIDAD

El DIDH no es una construcción teórica destinada a regir ignorando la realidad de los conflictos políticos o sociales. Especial preocupación tiene el DIDH en cuanto a dejar sometido a las reglas del derecho —y no de la arbitrariedad— las situaciones que respondan a criterios claramente fijados que se pueden producir en una sociedad. De allí que se haya considerado en todas las convenciones la posibilidad de alteraciones del orden público de especial gravedad, que autorizan a suspender —no derogar— el ejercicio de algunos derechos.

Se trata de los casos en que los Estados legítimamente pueden declarar un régimen de excepción (de esos que en Latinoamérica se han aplicado con perseverante arbitrariedad durante 200 años): estado de sitio, de emergencia, de urgencia, ley marcial, medidas prontas de seguridad, etc.

En estas situaciones se pueden suspender algunos derechos bajo los principios de la inderogabilidad de los más esenciales; temporalidad; excepcionalidad; gravedad; notificación formal interna e internacional; causas previstas por ley; *última ratio*; no discriminación. Se trata que aun durante el estado de excepción no se termina el estado de derecho, sino que se impone un justo estado de derecho de la excepcionalidad.

VI. Derecho interno y derecho internacional de los derechos humanos

El derecho internacional es tal en su génesis por constituir documentos adoptados y suscritos legalmente por los Estados voluntariamente. Pero desde el momento de su incorporación a cada Estado Parte pasa a ser derecho nacional, y por lo tanto obligatorio para ese Estado, para todas y cada una de sus autoridades.

De este modo, todo tratado internacional es parte integrante del derecho interno, siendo por tanto obligatorio tanto a nivel internacional como a nivel nacional, y así lo dispone el artículo 5 de la Constitución impuesta en 1980 y sus modificaciones:

“El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Esta disposición es de enorme importancia, porque:

a) Reconoce la obligación del Estado de limitar el ejercicio de la soberanía al respeto de los derechos humanos, estén estos contemplados o no en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

b) Por lo mismo, reconoce como normas obligatorias del derecho internacional consuetudinario y aquellos instrumentos internacionales no convencionales, como las declaraciones de derechos humanos universales y regionales, y todos aquellos instrumentos códigos de conducta, principios básicos, reglas mínimas, conjunto de principios, etc.: en todos ellos se consagran “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”.

c) Obligan al Estado chileno a (1) respetar y (2) promover tales derechos.

Dejando por el momento de lado lo de *respetar* cabe preguntarse si el Estado de Chile *promueve* los derechos humanos.

La respuesta sólo puede ser negativa: no es posible promover los derechos humanos sin educar a los ciudadanos a ejercerlos y promoverlos.

Sobre esta materia los instrumentos internacionales son incontables, pudiendo citarse, a título solamente ejemplar el preámbulo de la Declaración Universal¹⁵; la Declaración sobre los derechos de los defensores de derechos humanos de 1998)(Participé en su redacción)¹⁶; las más de 20 referencias en la Declaración y Plan de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, en 1993; todos los informes anuales de los Relatores del derecho a la educación de las Naciones Unidas; el artículo 13.1 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales¹⁷.

¹⁵ “Proclama la presente Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

¹⁶ Artículo 15 El estado tiene la responsabilidad de promover y facilitar la enseñanza de los derechos humanos y las libertades fundamentales en todos los niveles de la educación, y garantizar que todas las personas responsables de formar a los abogados, los oficiales de justicia, el personal de las fuerzas armadas y los oficiales públicos incluyen elementos adecuados de enseñanza de los derechos humanos en su programa de formación.

¹⁷ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o

Adelanté que la cultura de los derechos humanos ha permeado todas las manifestaciones culturales, incluido el derecho en todas sus ramas, comenzando por la filosofía del derecho.

Así es, pero aparentemente no para las escuelas de derecho, que se apegan más a Justiniano, a Beccaria o a Alfonso X el sabio.

El constitucionalismo del siglo XIX fue un progreso enorme en poner por delante las libertades públicas emanadas de la revolución francesa, si bien limitadas a su goce por las burguesías.

Pero el siglo XX dio un paso mucho más dramático con la noción, desarrollo, divulgación y creación de instrumentos jurídicos a disposición de las libertades primero y de la justicia social después. La noción de derechos humanos individuales, reclamables como tales ante las cortes nacionales y luego a instituciones internacionales abrió demandas nunca antes imaginadas, que con el tiempo se transformaron en derechos exigibles, y esto en todas las ramas del derecho.

Debe destacarse un principio del derecho internacional general, el que desde luego incluye explícitamente el derecho internacional de los derechos humanos: se trata de la prohibición del derecho interno de derogar y de adoptar disposiciones contrarias a lo dispuesto en un tratado internacional, incluyendo la Constitución nacional: si hay oposición entre una norma constitucional y un precepto establecido en un tratado, los tribunales del respectivo país tienen la obligación de aplicar el tratado en perjuicio de la norma constitucional¹⁸.

Capítulo clave en esta materia es terminar con toda clase de discriminación, de las que nuestro país era prominente cultor.

Se comenzó con el constitucionalismo, que terminó con títulos de nobleza, voto censitario y otras prebendas para luego ¡hace sólo 17 años! terminar con las discriminaciones por nacimiento y más tarde con las discriminaciones por sexo.

También nos demoramos en ratificar instrumentos internacionales relativos a los pueblos indígenas, pero finalmente se avanzó más en lo jurídico que en su aplicación.

En materia penal, la derogación de la pena de muerte, fue un hito que hay que valorar, a pesar de ser sólo parcial. Pero es atroz en la condena de la tortura.

religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

¹⁸ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

El proceso penal acusatorio por sobre el inquisitivo es otro logro que nace con el valor del garantismo, hijo de la cultura de los derechos humanos.

Todo el derecho laboral nace en gran parte del impulso de la revolución francesa, de los derechos del hombre y del ciudadano¹⁹ y que desde la fundación de la Organización Internacional del Trabajo ha tenido desarrollos impresionantes con los aportes de los instrumentos de derechos humanos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos no pensados en 1919.

Una facultad de derecho debe asumir la impactante frase con que encabezo estas líneas.

Todo profesor de derecho, de la rama del derecho que sea, debe proponer en sus clases la grandeza del derecho como instrumento de paz y de justicia, debe inculcar la tolerancia, debe enseñar que el enemigo y el delincuente son también seres humanos titulares de derechos; debe luchar por terminar con toda discriminación arbitraria; debe comprometerse con la democracia.

Hoy, una escuela de derecho que no asuma la cultura de los derechos humanos, su historia, sus valores, sus instrumentos y su influencia, fracasará en la formación de jueces, fiscales, juristas y abogados en el aprendizaje de los derechos administrativo policial, contractual, económico, internacional público, internacional privado, militar, además de carencias en la introducción al derecho y con mayor razón a la filosofía del derecho. Sería menos universidad que otra que no enseñase derecho constitucional o civil

Resulta inconsecuente con el desarrollo cultural de la humanidad, con la historia reciente de Chile, con la moral pública, con la solidaridad magnífica que recibió nuestro país durante su época más siniestra, con lo dispuesto en el ya citado artículo 5 de la Constitución que se nos impone, que el Estado, sus universidades y aquellas autorizadas por él no cumplan con su deber de promover por la vía de la educación el respeto de los derechos humanos.

¹⁹ Artículo 21 de la segunda declaración de la revolución francesa, de 1793: La asistencia social es una deuda sagrada. La sociedad debe asegurar la subsistencia de los ciudadanos desprotegidos, ya sea procurándoles un trabajo, ya sea asegurando los medios de existencia a los que no estén en condiciones de trabajar.