

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



18

IIDH

Julio - Diciembre 1983

REVISTA

IIDH

**INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMERICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS**

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos. --Nº1 (Enero/junio 1985)--
--San José, C.R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos del hombre - Publicaciones periódicas.

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

© 1993, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

© Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Producida por el Servicio Editorial del IIDH,
coordinado por Rafael Nieto Loaiza.

Diagramación y montaje electrónico de artes finales:
MARS Editores, S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias sociales, que hagan énfasis en la temática de los Derechos Humanos. Las colaboraciones para su posible publicación deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A.P. 10.081 (1000) San José, Costa Rica, Centroamérica.

Se solicita atenderse a las recomendaciones siguientes:

1. En todos los trabajos se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. Es posible acompañar el envío con discos de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor; título del artículo; nombre de la revista (subrayado); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen acompañará a todo trabajo sometido, de no más de una página tamaño carta.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil ubicación. Además incluirá un brevísimo resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Los editores aceptan para su consideración todos los originales inéditos que les sean remitidos, pero no se comprometen a su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

LA REVISTA IIDH ES PUBLICADA SEMESTRALMENTE. EL PRECIO ANUAL ES DE US\$30.00 Y DE US\$20.00 PARA ESTUDIANTES. EL PRECIO DEL NÚMERO SUELTO ES DE US\$15.00. SUSCRIPTORES DE CENTROAMÉRICA Y PANAMÁ DEBEN INCLUIR US\$3.00 POR ENVÍO; SUR Y NORTEAMÉRICA US\$4.00 Y EUROPA, US\$6.00.

TODOS LOS PAGOS DEBEN DE SER HECHOS EN CHEQUES DE BANCOS NORTEAMERICANOS O GIRO POSTAL, A NOMBRE DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. RESIDENTES EN COSTA RICA PUEDEN UTILIZAR CHEQUES LOCALES. SE REQUIERE EL PAGO PREVIO PARA EL ENVÍO.

DIRIGIR TODAS LAS ÓRDENES DE SUSCRIPCIÓN AL SERVICIO EDITORIAL DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 10.081 (1000) SAN JOSÉ, COSTA RICA, CENTROAMÉRICA.

INTERESADOS EN CANJE, ESCRIBIR A LA REVISTA IIDH, BIBLIOTECA DEL INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, A.P. 6906 (1000), SAN JOSÉ, COSTA RICA, CENTROAMÉRICA.

ÍNDICE

DOCTRINA

BALANÇO DOS RESULTADOS DA CONFERÊNCIA
MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS, VIENA, 1993 11
Antonio Augusto CANÇADO TRINDADE

AMICUS CURIAE SOBRE LA INTERPRETACIÓN
DEL ARTÍCULO 4 Y PÁRRAFO 2 (*IN FINE*)
Y PÁRRAFO 3 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS OC-14 29
Juan E. MÉNDEZ, José Miguel VIVANCO y Viviana KRSTICEVIC,
CEJIL, Americas Watch

LOS DERECHOS HUMANOS BÁSICOS Y LOS ERRORES
DE LA CONCEPCIÓN CANÓNICA 45
Eduardo RABOSI

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES JULIO - DICIEMBRE 1993 77

DECISIÓN APROBADA POR LA CORTE DURANTE SU
VIGÉSIMO OCTAVO PERÍODO ORDINARIO DE SESIONES, EN LA
SESIÓN NÚMERO 9 CELEBRADA EL DÍA 16 DE JULIO DE 1993 83

OPINIÓN CONSULTIVA OC/13-93 DEL 16 DE JULIO DE 1993 85

RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS 101

CASO ALOEBOETOE Y OTROS 105

CASO REGGIARDO TOLOSA 143

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

RESOLUCIONES 147

ESTADO DE RATIFICACIONES Y ADHESIONES DE LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS
"PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA" 177

PROTOCOLO A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE
DERECHOS HUMANOS, RELATIVO A LA ABOLICIÓN
DE LA PENA DE MUERTE 179

PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA
SOBRE DERECHOS, EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES "PROTOCOLO DE SAN SALVADOR" . 181

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

ACTIVIDADES Y COMUNICADOS DE PRENSA 177

SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA 197

INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS
HUMANOS EN HAITÍ 201

SEGUNDO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA 203

CUARTO INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS
DERECHOS HUMANOS EN GUATEMALA 211

NACIONES UNIDAS

PRÁCTICA IBEROAMERICANA DE LAS NACIONES UNIDAS
EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS (1993-I) 215

PROGRAMA DE ACCIÓN PARA LA ELIMINACIÓN DE LA
EXPLOTACIÓN DEL TRABAJO INFANTIL 281

DECLARACIÓN Y PROGRAMA DE ACCIÓN DE VIENA 291

DOCUMENTOS

EL BANCO MUNDIAL Y LA PROMOCIÓN
DE LOS DERECHOS HUMANOS 329

PRESENTACIÓN

La presente edición de la Revista IIDH contiene, en su área de Doctrina, un ensayo de Eduardo Rabossi que se titula "Los derechos humanos básicos y los errores de la concepción canónica". En él, el autor introduce una conceptualización de lo canónico y reflexiona sobre algunos antecedentes normativos e ideológicos y de su relación con los derechos humanos. Concluye su artículo, planteando estrategias para arribar a conclusiones que tengan incidencia en la realidad.

Antonio Augusto Cançado Trindade, en seguimiento al tema de la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos realizada en Viena, tratado en anterior número, nos aporta hoy un artículo como corolario a la Conferencia, sobre el que elabora un balance del evento.

Asimismo, incluimos el memorial de CEJIL y Americas Watch presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con carácter de Amicus Curiae, acerca de la solicitud de Opinión Consultiva OC-14 formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Como es habitual, continuamos con las secciones respectivas preparadas por las secretarías de la Corte, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de la Organización de Estados Americanos y de Naciones Unidas.

La sección de Documentos incluye un artículo del Banco Mundial como contribución a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada en Viena.

Esperamos satisfacer a nuestros lectores con este nuevo volumen de la Revista.

Los editores

DOCTRINA

BALANÇO DOS RESULTADOS DA CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS: VIENA, 1993

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez ad-hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

I. *Observações Preliminares*

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena de 14 a 25 de junho de 1993, foi precedida de longo processo preparatório, que analisamos em estudo à parte. O conhecimento dos trabalhos preparatórios é de fundamental importância para uma avaliação dos resultados da Conferência de Viena, objeto do presente estudo. Ademais, há de ser a Conferência recém-concluída apreciada em perspectiva histórica, necessariamente relacionada com a I Conferência Mundial do gênero, realizada em Teerã em 1968. Ambas representam, além de avaliações globais da evolução da matéria, passos decisivos na construção de uma cultura universal dos direitos humanos. Da Conferência de Teerã resultou fortalecida a universalidade dos direitos humanos, mediante sobretudo a asserção enfática da indivisibilidade destes. Ao se encerrar a Conferência de Viena, reconhece-se que o tema em apreço diz respeito a todos os seres humanos e permeia todas as esferas da atividade humana.

Distintamente da I Conferência Mundial, a recente Conferência de Viena pôde contar com a experiência acumulada nos últimos anos na operação dos órgãos de supervisão internacionais. Têve, assim, o encargo de avaliar esta experiência, examinar os problemas de coordenação dos múltiplos instrumentos de proteção e os meios de aprimorá-los e dotá-los de maior eficácia. Neste propósito, contou a Conferência de Viena com

1 A.A. Cançado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 36 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1993) n. 17 (no prelo).

numerosas recomendações, não só das Delegações dos Estados participantes (avançadas nos debates das Plenárias, do Comitê Principal e do Comitê de Redação), mas também de organismos internacionais (agências especializadas, fundos e programas das Nações Unidas, dentre outros) assim como dos próprios órgãos de supervisão dos direitos humanos (baseados em tratados e em resoluções).

II. O Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais

Nenhum relato da Conferência de Viena poderá deixar de se referir ao grande evento que a precedeu, nos dias 10-12 de junho de 1993, o Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs), realizado no Centro Austríaco em Viena (o mesmo da Conferência oficial), e intitulado "Todos os Direitos Humanos para Todos". Do referido Forum participaram mais de dois mil representantes de um total de cerca de 800 ONGs registradas de todo o mundo (somadas a outras 200 não-registradas). O Forum realizou-se no âmbito da Conferência Mundial, e formulou e adotou uma série de conclusões e recomendações, incorporadas a seu relatório final transmitido à Conferência oficial. No plano conceitual, as ONGs afirmaram categoricamente a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, e recomendaram maior atenção aos vínculos entre a democracia, o desenvolvimento e a satisfação das necessidades humanas básicas, com atenção especial aos setores mais desfavorecidos da população. Para as ONGs o fenômeno de empobrecimento de amplos setores da população afigura-se como uma violação flagrante de todos os direitos humanos, pelo que se impõe a capacitação (*empowerment*) da população em toda parte.²

O Forum das ONGs conclamou à "ratificação universal" dos tratados de direitos humanos, à democratização do próprio sistema das Nações Unidas, à redução dos gastos militares pelos Estados, à alocação de mais recursos pelas Nações Unidas para suas atividades no campo dos direitos humanos, à adoção de novos mecanismos de resposta pronta e eficiente a violações maciças de direitos humanos (inclusive as perpetradas por entidades não-estatais). No plano operacional, o Forum das ONGs formulou uma série de recomendações concretas tendentes a aprimorar e fortalecer os mecanismos de proteção existentes (dentre as quais a adoção de protocolos adicionais aos tratados vigentes, a nomeação de novos *rapporteurs* especiais das Nações Unidas para temas ainda não considerados, a adoção de mecanismos de *seguimento* de supervisão, a ampliação dos mandatos dos grupos de trabalho e *rapporteurs* temáticos e por países de modo a dotá-los

2 ONU, documento A/CONF.157/7, de 14.06.1993, pp. 8-11 e 13; ONU, documento A/CONF.157/7/Add.1, de 17.06.1993, pp. 2, 4 e 7.

da faculdade de realizar investigações *motu proprio*).³ A contribuição das ONGs à Conferência Mundial, mediante estas recomendações, foi reconhecidamente das mais positivas.

A Conferência de Viena deixou, como uma de suas lições, a de que nesta área são imprescindíveis a participação e a contribuição das ONGs, mesmo porque estas, via de regra, são as que primeiro identificam os problemas concretos de direitos humanos e não raro buscam socorrer as vítimas e os ameaçados. Se nos é permitido recorrer a uma imagem, diríamos que nos recintos do Centro Austríaco em Viena o segundo andar era o da voz da Conferência (as Plenárias, complementadas pelo Comitê Principal, no térreo), o primeiro andar e o térreo eram os do cérebro da Conferência (reservados às "reuniões especializadas" e ao Comitê de Redação, respectivamente), e o subsolo (palco do Forum das ONGs, afetivamente chamado pelos participantes de "catacumbas de Viena") era o do coração da Conferência, e, na verdade, de todo o movimento internacional dos direitos humanos. Um não podia funcionar sem o outro.

Pode-se antever que o futuro deste movimento venha a marcar-se pela intensificação do diálogo entre os setores governamentais e as ONGs como porta-vozes da sociedade civil e essencialmente voltadas ao bem comum. Também é possível que os próprios órgãos de supervisão internacionais venham a contar com maior auxílio das ONGs, e.g., na determinação dos fatos, e na propagação do próprio pensamento e linguagem dos direitos humanos, decisiva para a consecução do objetivo último de assegurar sua observância em ampla escala. Não há que passar despercebido que o próprio Secretário-Geral da Conferência Mundial (Sr. I. Fall), em seu discurso na sessão de abertura do Forum das ONGs, após ressaltar a importância da capacitação dos marginalizados e excluídos para que participem na realização de seus próprios direitos, comunicou ao Forum as providências tomadas no sentido de ampliar o acesso ao sistema das Nações Unidas das ONGs participantes no processo da presente Conferência Mundial de Direitos Humanos.⁴

III. A Abertura da Conferência de Viena: As Idéias Centrais

Assim, às vésperas de sua abertura, em 14 de junho de 1993, já se beneficiava a Conferência Mundial das recomendações a ela transmitidas

3 ONU, documento A/CONF.157/7/Add.1, *cit. supra* n. (1), p. 4-7; ONU, documento A/CONF.157/7, *cit. supra* n. (1), pp. 4-10, 12-17, 22 e 24.

4 ONU, *Discours du Secrétaire-Général de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme à l'Occasion de l'Ouverture du Forum des Organisations Non-Gouvernementales* (Viena, 10.06.1993), pp. 3-7 (mimeografado, circulação interna).

pelo Fórum das ONGs. Mas o primeiro momento significativo da Conferência oficial foi o do discurso do Secretário-Geral das Nações Unidas (Sr. B. Boutros-Ghali), na sessão de abertura da manhã de 14 de junho. Foi uma ocasião propícia para ordenar uma série de idéias inspiradoras de modo a tentar orientar os trabalhos das duas semanas que então iniciavam e criar uma atmosfera favorável a seu desenvolvimento. Ao referir-se ao atual período de "aceleração da História", o Secretário-Geral identificou como os "três imperativos da Conferência de Viena": a universalidade (inerente aos direitos humanos, e aprofundada pelo direito ao desenvolvimento como um direito humano), a garantia (as medidas de implementação no interior dos Estados e da comunidade dos Estados), e a democratização (indissociável da proteção dos direitos humanos, e a ser assimilada por todas as culturas).⁵ Dois dias depois da abertura, as personalidades laureadas com o Prêmio Nobel da Paz, presentes à Conferência de Viena a convite do governo austríaco, apresentaram uma mensagem (de 16 de junho) em que ressaltaram *inter alia* as necessidades de examinar as causas das violações de direitos humanos e os vínculos entre a observância destes (indivisíveis e de caráter universal), a paz e a justiça.⁶

Estas idéias centrais foram reiteradamente invocadas em distintos momentos dos debates que se prolongaram por duas semanas. Situada a Conferência de Viena em necessária e adequada perspectiva histórica, a leitura atenta de seu principal documento adotado, a Declaração e Programa de Ação de Viena, deixa a primeira impressão de que, distintamente da Proclamação de Teerã resultante da I Conferência Mundial, lhe falta um eixo principal, uma idéia-mestra que se sobreponha às demais. Com efeito, não foi pequena a significação de ter a Conferência de Teerã logrado a consagração, em um mundo então dividido pela bipolaridade própria da guerra fria, da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, hoje de aceitação virtualmente universal, operando considerável transformação no tratamento das questões de direitos humanos no plano internacional a partir de então.

Por outro lado, da redação daquele documento na I Conferência Mundial participaram Delegações de 84 países, ao passo que da redação da recém-adotada Declaração da Conferência de Viena participaram Delega-

5 ONU, *Communiqué de Presse*, doc. DH/VIE/4, de 14.06.1993, pp. 1-10 e 12-16; também se referiu à interação entre o direito internacional e o direito interno no contexto da proteção dos direitos humanos (superando a visão clássica de uma pretensa compartimentalização entre um e outro); sobre este ponto, cf. A.A. Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", in *El Juez y la Defensa de la Democracia* (ed. L. Gonzalez Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.

6 ONU, documento A/CONF.157/11, de 22.06.1993, pp. 3-5.

ções de 165 Estados (quase o dobro). Somada ao Forum Mundial das ONGs, a Conferência de Viena como um todo contou com cerca de dez mil participantes registrados.⁷ Daí uma complexidade consideravelmente maior, ante o fenômeno hodierno da proliferação de novos Estados, em distintos graus de desenvolvimento político e econômico e social, buscando seus próprios valores ou novos valores, sem haver contado com a experiência de ter participado da redação da Declaração Universal e dos dois Pactos de Direitos Humanos, e alguns deles tampouco da redação da Proclamação de Teerã de 1968.

Mesmo em um período de tempo relativamente curto, como o que se estende da convocação da II Conferência Mundial em dezembro de 1990 à realização da mesma em junho deste ano de 1993, o panorama internacional alterou-se dramaticamente, talvez mais profundamente do que nas três últimas décadas. A aguda recessão econômica, o crescimento alarmante da pobreza extrema em todo o mundo, a implosão de conflitos internos em tantos países, tornaram o mundo em que vivemos talvez bem mais perigoso do que se poderia antever no momento da convocação da Conferência de Viena. Tudo isto se fez refletir nos documentos finais desta última (Declaração e Programa de Ação de Viena, resoluções sobre a Bósnia-Herzegovina e a Angola, e relatório final da Conferência).

À época da Proclamação de Teerã, ainda não operavam os mecanismos e órgãos de supervisão internacionais de direitos humanos como hoje os conhecemos. Passaram a funcionar regularmente a partir dos anos setenta, à medida em que entravam em vigor sucessivos tratados de direitos humanos, e se multiplicavam com a adoção também de procedimentos adicionais baseados em resoluções de organismos internacionais. Assim, em nada surpreende que a Declaração de Viena de 1993 se afigure mais densa e técnica do que a equivalente de Teerã de 1968, marcada pelo reconhecimento da necessidade de melhor coordenação de tantos instrumentos internacionais que passaram a coexistir ao longo das últimas duas décadas e meia. A Proclamação de Teerã corresponde à fase legislativa, a Declaração de Viena à fase de implementação, desses instrumentos múltiplos. Cada uma é fruto, e dá testemunho, de seu tempo.

Na verdade, tanto a Conferência de Teerã como a de Viena, como já indicado, fazem parte de um *processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*. Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração de Viena poderá

7 A.A. Cançado Trindade, "A II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos", *Correio Braziliense - Suplemento 'Direito e Justiça'*, Brasília, 02.08.1993, pp. 4-5.

também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar doravante nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. A busca de solução a problemas que afetam, em maior ou menor grau, a todos os seres humanos emanaria do próprio "espírito de nossa época", invocado pelo preâmbulo da Declaração de Viena de 1993 (cf. *infra*). A compreensão desta nova visão requer nos detenhamos no principal documento resultante da recém-encerrada II Conferência Mundial de Direitos Humanos.

IV. A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993: Breves Reflexões

A Declaração e Programa de Ação de Viena, documento adotado pela Conferência Mundial em 25 de junho de 1993, consagra, em seu preâmbulo, posições de princípio, como o compromisso, sob os artigos 55-56 da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal e os dois Pactos de Direitos Humanos, de tomar medidas para assegurar maior progresso na observância universal dos direitos humanos, derivados estes da dignidade e do valor inerentes da pessoa humana. Invoca, além disso, "o espírito de nossa época e as realidades de nosso tempo" a réquererem que todos os povos do mundo e os Estados-membros das Nações Unidas "se redediquem à tarefa global" de promover e proteger todos os direitos humanos de modo a assegurar-lhes gozo pleno e universal.

Com efeito, os debates sobre esta última passagem propiciaram um dos momentos mais luminosos dos trabalhos do Comitê de Redação da Conferência, na tarde de 23 de junho. Originalmente se contemplava fazer referência apenas ao "espírito de nossa época", mas se decidiu agregar outra referência às "realidades de nosso tempo" no entendimento de que estas haveriam de ser apreciadas à luz daquele: o "espírito de nossa época" se caracteriza pela aspiração comum a valores superiores, ao incremento da promoção e proteção dos direitos humanos intensificadas na transição democrática e instauração do Estado de Direito em tantos países, à busca de soluções globais no tratamento de temas globais (menção feita, e.g., à necessidade de erradicação da pobreza extrema). Este o entendimento que prevaleceu, a respeito, no Comitê de Redação.

A Declaração de Viena contém duas partes operativas. A primeira retoma, de início, certos princípios básicos da maior importância, a começar pela própria universalidade dos direitos humanos, a qual constitui uma conquista definitiva da civilização de longa data. O processo penoso de sua reasessão pela Conferência de Viena há, porém, de ser apreciado com

necessário espírito crítico. O primeiro parágrafo da parte operativa I reafirma, de maneira categórica - e tranquilizadora - que o caráter universal dos direitos humanos é inquestionável. Ocorre que este primeiro parágrafo só foi adotado pelo Comitê de Redação, por consenso, às 20:45 horas do dia 23 de junho; a esta altura já se havia adotado, dias antes, o parágrafo quinto (da mesma parte do texto final), que afirmava, além da universalidade, indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos e o tratamento global dos mesmos, o dever de todos os Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos, sem deixar de levar em conta as particularidades nacionais e regionais de cunho histórico, cultural e religioso.

Esta última disposição gerou prontamente a apreensão de um universalismo aparentemente matizado ou relativizado, e foi necessário esperar até a noite de 23 de junho para respirarmos aliviados com a aprovação do primeiro parágrafo e sua reafirmação categórica do universalismo dos direitos humanos (não sem alguma resistência no Comitê de Redação), sepultando de vez as pretensões das Delegações partidárias do relativismo. Compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos. Depois de anos de luta, os princípios do direito internacional dos direitos humanos pareciam finalmente ter alcançado as bases das sociedades nacionais. Mas a reasserção da universalidade dos direitos humanos, da maneira como se efetuou em Viena, apesar de parecer um avanço, não mais foi do que a salvaguarda contra um retrocesso.

Toda esta apreensão teria sido evitada se os trabalhos preparatórios da Conferência⁸ tivessem sido melhor concebidos e conduzidos, de modo a concentrar as consultas e os debates especificamente nos meios concretos de aprimorar a eficácia dos mecanismos existentes de proteção dos direitos humanos, sem deixar margem para a reabertura de questões já resolvidas (e tentativas de freio e retrocesso), revolvendo-as e voltando ao ponto de partida. De todo modo, o parágrafo 32 do texto final da parte operativa I em boa hora reafirma, também no plano operacional, a importância de assegurar a universalidade, objetividade e não-seletividade da consideração de questões de direitos humanos.

Outro princípio, da maior importância, da Declaração de Viena, decorrente do reconhecimento dos direitos humanos como inerentes a todos os

8 Para uma análise dos trabalhos preparatórios da Conferência Mundial de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial ...", *op. cit. supra* n. (1), pp. 37-66.

seres humanos, é o da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos em toda parte, tidas estas como responsabilidade primária dos governos. A Declaração destaca o processo dinâmico e evolutivo da codificação dos instrumentos de direitos humanos, que requer a pronta "ratificação universal" dos tratados de direitos humanos, sem reservas. Condena, a seguir, as violações maciças persistentes dos direitos humanos - inclusive em conflitos armados - em distintas partes do mundo, e, em não menos de três passagens, conclama à eliminação da pobreza extrema e da exclusão social como "alta prioridade" para a comunidade internacional por constituírem uma violação da dignidade humana e uma denegação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Refere-se, significativamente, aos direitos de todos a um padrão de vida adequado para a saúde e bem-estar (inclusive alimentação, cuidados médicos, moradia e serviços sociais necessários).

A Declaração reclama um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, advogando a proteção universal destes últimos sem imposição de condições. Um grato momento dos trabalhos do Comitê de Redação foi o da aprovação da seção relativa ao direito ao desenvolvimento como um direito humano universal e inalienável, conforme anteriormente proclamado na Declaração das Nações Unidas de 1986 sobre o Direito ao Desenvolvimento. A referida seção, além de endossar a Declaração supracitada de 1986, conclama à realização do direito ao desenvolvimento de modo a atender equitativamente as "necessidades desenvolvimentistas e ambientais das gerações presentes e futuras" (parágrafos 10-11), e urge a comunidade internacional a que envide esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população. Cuida, ademais, de determinar aos Estados que forneçam recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos e fortaleçam sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A parte operativa II, a mais longa e detalhada da Declaração de Viena, começa por ressaltar a necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão dos direitos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, inclusive avaliando o impacto de suas estratégias no gozo de todos os direitos humanos. Tal coordenação se estende ao plano normativo, de elaboração de novos instrumentos; no plano operacional, para evitar duplicação desnecessária, a Declaração se refere, como medidas de coordenação, e.g., à adoção de diretrizes para a preparação de relatórios dos Estados e ao desenvolvimento de um sistema de "relatórios globais" sobre as obrigações sob os tratados de direitos humanos, além de outras

propostas avançadas nas reuniões dos presidentes dos órgãos convencionais de supervisão dos direitos humanos. Recomenda uma revisão periódica dos avanços alcançados nesta área, e o uso de um sistema de indicadores para medir o progresso da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ressalta, ademais, a necessidade de fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho, sobretudo mediante a mobilização de recursos adicionais e a realização de reuniões periódicas.

A Declaração insiste no objetivo da "ratificação universal" - e sem reservas - dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas, e, a propósito, singulariza duas Convenções: urge a "ratificação universal" da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher até o ano 2000, e da Convenção sobre os Direitos da Criança até o ano 1995. A Declaração não esclarece por que esta diferença de cinco anos como prazo-limite daquele propósito entre uma e outra, e talvez isto revele a maneira um tanto fragmentada e atomizada com que se desenrolaram os debates sobre o Projeto de Declaração da Conferência de Viena.

Em passagem particularmente significativa, atinente aos *mecanismos de proteção*, a Declaração reconhece com toda pertinência a necessidade de uma "adaptação continuada" dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas às "*necessidades correntes e futuras*" de proteção. Na verdade, a concepção e o estabelecimento dos mecanismos de proteção das Nações Unidas, particularmente ao longo das últimas duas décadas e meia, se têm dado como *respostas* às violações de direitos humanos, precisamente para atender às necessidades de proteção. E é importante que uma avaliação geral como a da Conferência de Viena tenha deixado isto claro; em última análise, são os imperativos de proteção que determinam a constante adaptação e evolução dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas.

Desse modo, verificam-se hoje, a par da necessidade de coordenação, a de desenvolver mecanismos de prevenção, assim como de seguimento, em relação aos sistemas tanto de petições ou reclamações ou denúncias como de relatórios. Também se afiguram importantes a ampliação de procedimentos que consagrem o direito de petição, a racionalização dos sistemas de relatórios, a ampliação das relatorias especiais e grupos de trabalho das Nações Unidas (para abarcar novos temas ou situações). A Declaração de Viena considera também relevante a ação emergencial face a violações agudas dos direitos humanos, dá como prioritários os procedimentos de seguimento ("*follow-up*"), e recomenda à Assembléia Geral das Nações Unidas (ao examinar o relatório da Conferência Mundial em sua XLVIII sessão) iniciar a consideração prioritária da questão do estabelecimento, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de um Alto-Comissariado de

Direitos Humanos das Nações Unidas (tendo em mente a necessidade de racionalização, coordenação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção existentes).

Esta última - estabelecimento de um Alto-Comissariado de Direitos Humanos - foi a recomendação da Conferência Mundial que possivelmente maior visibilidade teve nos meios de comunicação, talvez em razão das expectativas geradas em torno dela no decorrer do processo preparatório da Conferência, a partir sobretudo de uma proposta (de dezembro de 1992) bem elaborada pela Anistia Internacional, e endossada por alguns Estados nas Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência de Viena. Até o último dia desta não se sabia se a proposta seria aceita; só o foi, no Comitê de Redação, na tarde de 25 de junho, e sua inclusão na Declaração de Viena é remanescente da formulação que teve na Declaração de San José de Costa Rica, de 22 de janeiro de 1993 (documento final da Reunião Regional Latino-Americana e Caribenha Preparatória da Conferência Mundial),⁹ retomada e proposta com êxito pelo Grupo Latino-Americano e Caribenho (GRULAC) nos debates do referido Comitê de Redação da Conferência de Viena, para superar diferenças quanto a alguns aspectos redacionais.

A partir daí, a Declaração de Viena recomenda uma série de providências concretas e específicas relativas à ampliação e ao aperfeiçoamento de determinados mecanismos de proteção dos direitos humanos, cujo exame pormenorizado reservaremos, em razão das usuais limitações do espaço editorial, a outro estudo mais amplo em preparação sobre a matéria. No presente estágio, limitar-nos-emos a assinalar que tais providências compreendem a incorporação de procedimentos sobre o direito de petição, mediante protocolos adicionais, a tratados como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a adoção de Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, estabelecendo um sistema preventivo de visitas regulares a locais de detenção para erradicar imediata e definitivamente a prática da tortura; a continuação pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas de seu trabalho sobre uma corte criminal internacional; a conclusão e adoção de novos projetos de declaração (sobre temas como direitos dos povos indígenas, violência contra a mulher, direitos e responsabilidades de indivíduos e grupos de promover e proteger os direitos humanos); dentre outras. Em uma dimen-

9 Para um diagnóstico da proteção internacional dos direitos humanos na América Latina e no Caribe, apresentado na Conferência Regional Latino-Americana e Caribenha (como documento de apoio) e na Conferência Mundial de Viena (como documento classificado da ONU), cf. A.A. Cançado Trindade, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*, San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993 (janeiro), pp. 1-137 (1a. ed.); e in ONU, documento A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 1-137 (2a. ed.).

são mais ampla, reconhece a Declaração de Viena, ademais, a importante função da incorporação dos chamados "componentes de direitos humanos" em operações de manutenção da paz das Nações Unidas, - a exemplo do já efetuado nas grandes operações recentes em El Salvador (ONUSAL) e no Camboja (UNTAC).

A Declaração de Viena também se volta à necessidade de prontamente incorporar os instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, de modo a assegurar-lhes a devida e plena implementação. Ligada a este ponto encontra-se a questão da construção e fortalecimento das instituições diretamente vinculadas aos direitos humanos e ao Estado de Direito, consolidando uma sociedade civil pluralista e a proteção especial aos grupos vulneráveis. A Declaração recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um *programa* amplo de fortalecimento de "estruturas nacionais adequadas" que tenham impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um aumento considerável de recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim. Recomendou também a alocação de mais recursos para fortalecer os acordos regionais de direitos humanos - em cooperação com as Nações Unidas - e os serviços consultivos e atividades de assistência técnica do Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas (cf. *infra*).

Passando do geral ao particular, a Declaração de Viena dirige-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação. É significativo que as seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tenham sido adotadas sem dificuldades. São mencionados os problemas dos refugiados e deslocados, a requererem estratégias que se voltem a suas causas (a incluírem violações maciças dos direitos humanos, também em conflitos armados) e seus efeitos, assistência humanitária e proteção eficazes, fortalecimento de medidas emergenciais, e consecução de soluções duráveis (primariamente mediante repatriação voluntária e reabilitação). Também conclama a Declaração a uma maior eficácia na aplicação das normas do direito internacional humanitário. A Declaração ademais se refere, de modo nem sempre muito ordenado ou sistematizado, aos direitos de grupos como trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral. Não descuida dos direitos sindicais, e conclama à observância do direito internacional humanitário em situações de conflitos armados. A Declaração também aborda o papel das ONGs e outros movimentos de base, ressaltando a importância do diálogo e cooperação entre estas e os governos. Recomenda, enfim, a adoção e ampliação da educação -formal e não-formal - em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis (referindo-se

também ao papel da imprensa), para despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos, aventando inclusive a possibilidade de proclamação de uma década das Nações Unidas para a educação em direitos humanos.

Uma palavra final sobre a Declaração e Programa de Ação de Viena dependerá da perspectiva de que se parte. Os que há muitos anos atuamos no movimento internacional dos direitos humanos teríamos claramente preferido um documento que consagrasse comprometerimentos mais precisos por parte dos Estados e organismos internacionais, por exemplo, no tocante à mobilização de recursos humanos e materiais indispensáveis à causa da proteção dos direitos humanos, e com um exame mais aprofundado dos problemas de coordenação e dos meios de fortalecimento dos mecanismos de proteção. Teríamos preferido trabalhos preparatórios que propiciassem uma visão sistêmica da matéria, se concentrassem especificamente no aperfeiçoamento dos procedimentos de proteção, e não deixassem margem a tentativas de freio ou retrocesso. Se considerarmos, porém, que, encerrada a quarta sessão do Comitê Preparatório da Conferência (em 7 de maio último), e mesmo poucos dias antes da abertura da Conferência oficial em Viena, Delegações havia (de certos países asiáticos assim como da Organização da Conferência Islâmica) que pareciam duvidar até mesmo da universalidade dos direitos humanos, o fato de se ter adotado a Declaração e Programa de Ação de Viena é certamente dos mais positivos. Ressalvas à maneira como foram redigidos, nem sempre de forma ordenada, alguns pontos do documento, não necessariamente de ceder terreno ao reconhecimento da importância de sua adoção como principal documento final da Conferência Mundial, que revela os graus de consenso universal obtidos a duras penas neste final de século sobre a proteção dos direitos humanos, e afasta dúvidas que porventura pudessem persistir sobre um ou outro ponto.

V. *A Multiplicidade de Atores e Contribuições à Conferência de Viena*

Cabe aqui acrescentar que os resultados da Conferência de Viena naturalmente não se exaurem nos documentos finais formalmente adotados no Centro Austríaco na última plenária da Conferência de 25 de junho último, mormente a Declaração e Programa de Ação de Viena, o texto principal, emanado do Comitê de Redação da Conferência presidido com eficiência pelo Brasil, ademais das resoluções sobre a Bósnia-Herzegovina e a Angola, e o relatório final da Conferência.¹⁰ Algumas decisões tomadas

10 Sobre a adoção dos documentos finais da Conferência, cf. ONU, documento A/CONF.157/DC/1, de 25.06.1993, pp. 1, e Add.1-4; ONU, documento A/CONF.157/DC/1/Add.1, de 24.06.1993, pp. 1-33; ONU, documento A/CONF.157/L.1, de 22.06.1993, pp. 1-13; e ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.14, de 26.04.1993.

no âmbito da Conferência Mundial e que não figuram nos referidos documentos também acarretarão consequências, que esperamos positivas a curto prazo. Várias das recomendações adotadas pelo Fórum Mundial das ONGs em 12 de junho (cf. *supra*) foram incorporadas na Declaração e Programa de Ação, e as que não puderam sê-lo continuarão a ecoar em outros foros. A contribuição das ONGs, como já indicado, foi das mais importantes, e seu Fórum constituiu-se em episódio dos mais comoventes da Conferência Mundial. Os governos que, ao longo do processo preparatório da Conferência, resistiram a outorgar às ONGs acesso à Conferência de Viena, têm hoje motivos para se envergonhar e prontamente reavaliar sua posição neste particular. Por outro lado, não há que passar despercebida a atitude positiva de certas Delegações governamentais que, nos debates da tarde de 17 de junho no Comitê Principal, e da noite de 25 de junho na Plenária final, chegaram a manifestar expressamente a determinação de envidar esforços conjuntos com as ONGs em prol da observância dos direitos humanos.

Um exame pormenorizado das intervenções individuais das Delegações governamentais participantes dos debates da Conferência de Viena ultrapassa, novamente por limitações usuais de espaço editorial, os propósitos do presente estudo; a tal exame nos dedicaremos em estudo mais amplo que estamos preparando sobre a Conferência Mundial de Direitos Humanos. O mesmo se aplica aos pronunciamentos individuais das agências especializadas e dos fundos e programas das Nações Unidas, assim como de outros organismos internacionais, presentes na Conferência de Viena, igualmente examinados no referido estudo ampliado em curso. Limitar-nos-emos, neste estágio, a brevemente assinalar que também os órgãos de supervisão internacionais dos direitos humanos cuidaram de externar suas contribuições à Conferência. Assim, para citar três ou quatro exemplos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas avançou a idéia de um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelecendo um sistema de petições ou comunicações (à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, para por fim à "disparidade" de procedimentos de proteção) e alertou contra as diversas formas de discriminação no tocante a estes direitos; o Comitê sobre os Direitos da Criança, a seu turno, solicitou o exame da questão dos direitos da criança em períodos de conflitos armados, e o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher destacou a importância da "perspectiva do gênero", do estudo da prevenção e reação à violência contra a mulher "na vida pública e privada" e nos conflitos armados, e da pronta retirada de reservas à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; por sua vez, o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura ressaltou a importância de medidas

preventivas de violações de direitos humanos em seu âmbito de atuação.¹¹

A par dos debates e intervenções nas Plenárias, no Comitê de Redação e no chamado Comitê Principal da Conferência de Viena, também de sensível importância foram as *reuniões especializadas* da Conferência de Viena - dos relatores especiais e grupos de trabalho da ONU (em 14-16 de junho), dos órgãos convencionais de supervisão internacional (em 15-16 de junho), e das instituições nacionais (em 14-15 de junho), - as quais passaram despercebidas da maioria dos participantes da Conferência mas felizmente mereceram a atenção dos especialistas lá presentes. Nas duas primeiras reuniões insistimos nos métodos de melhor coordenação dos mecanismos de proteção e na racionalização de seus trabalhos, na criação de um *sistema de relatorias* após anos de operação de forma fragmentada ou atomizada, na integração dos procedimentos especiais de modo a operarem regularmente como um todo (e.g., maior intercâmbio de informações e experiências, realização de missões conjuntas, exame possivelmente conjunto de relatórios temáticos, adoção de medidas adequadas de seguimento, minimização de reservas aos tratados de direitos humanos).¹² A terceira dessas reuniões considerou meios de fomentar a criação de novas instituições nacionais (variando do *ombudsman* a comissões, comitês e conselhos nacionais, de mediadores a defensores do povo), a terem acesso e um órgão de representação no seio do sistema das Nações Unidas, tendo em vista a contribuição que podem estas instituições dar às medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção.¹³ As referidas reuniões especializadas apresentaram propostas concretas e substanciais tendentes à consolidação de um *sistema de monitoramento contínuo* da observância dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

VI. Observações Finais: De Viena ao Novo Século: A Nova Dimensão da Onipresença dos Direitos Humanos

Assim como a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes dos mecanismos inter-

-
- 11 ONU, documento A/CONF.157/PC/23, pp. 1-7; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.5, pp. 2-5, 8-10 e 14-26; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.6, p. 2; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.13, pp. 1-7; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.3, pp. 1-3.
 - 12 ONU, documento A/CONF.157/9, de 18.06.1993, pp. 2-7; ONU, documento A/CONF.157/TBB/4, de 16.06.1993, pp. 2-6; ONU, documento A/CONF.157/TBB/4/Add.1, de 21.06.1993, pp.1-6; U.N., *Draft Report of the World Conference on Human Rights*, doc. A/CONF.157/L.1, de 22.06.1993, p. 12.
 - 13 ONU, documento DH/VIE/28, de 18.06.1993, pp. 7-8; ONU, documento A/CONF.157/NI/8, de 22.06.1993, pp. 2-3.

nacionais de proteção, a II Conferência Mundial buscou dar um passo adiante¹⁴ ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de todos os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção.

No tocante ao primeiro ponto - as medidas nacionais de implementação, - ressaltou a Conferência, além da "ratificação universal" e sem reservas dos tratados e protocolos de direitos humanos, a necessidade da pronta incorporação dos instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, com vistas a sua devida e plena implementação. Além disso, recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um *programa* amplo de fortalecimento de "estruturas nacionais adequadas" que tenham impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um aumento considerável de recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim.

O segundo ponto merece um detido exame de consciência por parte das Nações Unidas. Desde a época da Conferência de Teerã até recentemente, havia um divórcio, no seio do próprio sistema das Nações Unidas, entre as agências e órgãos voltados aos seus três objetivos básicos - a manutenção da paz e segurança internacionais (o mais realçado no passado), a promoção do desenvolvimento econômico e social, e o respeito pelos direitos humanos, - que atuavam de forma compartimentalizada em razão das características do cenário internacional da época. A recente Conferência de Viena, realizada já no período do pós-guerra fria, buscou uma maior aproximação entre aquelas agências e órgãos, de modo a lograr a realização conjunta dos três objetivos básicos e incorporar a dimensão dos direitos humanos em todos os seus programas e atividades.

No entanto, para que se realize propósito tão meritório, há que buscar e encontrar os meios com que o professado equilíbrio de início se reflita no próprio orçamento da Organização. É de se lamentar não se tenha em Viena logrado maior precisão quanto aos recursos adicionais: como os recursos do

14 Para prognósticos anteriores à Conferência Mundial de Viena, cf. K.E. Mahoney e P. Mahoney (ed.), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1993, pp. 3-1003; B.G. Ramcharan, "Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s", 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-169; Theo van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations - A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.

orçamento regular das Nações Unidas destinados aos direitos humanos são hoje insignificantes - menos de 1% -, mesmo um "aumento considerável" deles, inclusive mediante contribuições voluntárias, não se mostrará suficiente para realizar plenamente aquele propósito. Os atuais 0,7% do orçamento regular da ONU reservados ao terceiro objetivo básico da Organização são manifestamente insuficientes, um quase descaso em relação à causa da promoção e proteção dos direitos humanos. O êxito futuro da Declaração de Viena está inelutavelmente ligado à reversão desse quadro; sem recursos adequados não há Declaração que produza resultados.

Já no processo preparatório da recente Conferência de Viena se acentuava a necessidade da universalidade e não-seletividade no tratamento da temática dos direitos humanos e da relação destes com a democracia e o desenvolvimento. Enfatizaram-se as necessidades especiais de proteção de pessoas particularmente desfavorecidas (em situações adversas) e grupos vulneráveis, assim como a dimensão preventiva da proteção ante o risco de violações maciças de direitos humanos que pudessem desencadear êxodos em grande escala e afetar a paz e segurança internacionais (para o que se cogitou do estabelecimento de sistemas de "alerta antecipado"). Não se hesitou, ademais, em ir mais além, ao conclamar os Estados à "ratificação universal", e sem reservas, dos tratados gerais de direitos humanos e insistir nas medidas nacionais de implementação, como passos decisivos na *construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*.

Uma vez que se tornara enfim claro que os direitos humanos "permeam" todas as áreas da atividade humana, restava inequívoco que, dentro do próprio âmbito do sistema das Nações Unidas, já não mais era possível "separar" a vertente econômico-social da política (como na época da guerra fria). Cabia doravante assegurar a onipresença dos direitos humanos, consoante o decidido na Conferência de Viena, a partir da incorporação da dimensão dos direitos humanos em todos os programas e atividades das Nações Unidas. É a tarefa que hoje se impõe.

A incorporação desta dimensão em todas as áreas de atuação das Nações Unidas haverá de começar, a nosso ver, nas esferas de maior escala em que precisamente têm os direitos humanos sido negligenciados, senão por vezes ignorados. No plano político-estratégico, a ilustração mais eloquente é a das operações de manutenção e construção da paz (a exemplo das recentes operações de grande envergadura em El Salvador - ONUSAL - e no Camboja - UNTAC), que requerem, a partir da *Agenda para a Paz* do Secretário-Geral B. Boutros-Ghali, a incorporação dos chamados "componentes de direitos humanos" de forma mais sistematizada e ordenada. No plano econômico e financeiro, o exemplo mais marcante é o dos programas e projetos de desenvolvimento e das operações dos organismos financeiros

internacionais das Nações Unidas (Banco Mundial e FMI), cuja compatibilidade com as disposições relevantes dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas está a requerer demonstração.

É difícil evitar a impressão que nos deixou a Conferência de Viena de que o mundo talvez ainda não esteja suficientemente preparado para o período do pós-guerra fria. É imperioso que os ventos de transparência e democratização, que felizmente arejaram e alentaram as bases de tantas sociedades nacionais em distintos continentes, alcancem também as estruturas dos organismos internacionais, tanto os políticos (como o Conselho de Segurança, entravado pelo veto), como os financeiros (como os organismos supracitados das Nações Unidas, condicionados pelo voto ponderado ou proporcional). Trata-se de uma meta premente, porquanto não se pode professar o universalismo dos direitos humanos no plano conceitual ou normativo, e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional¹⁵. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*.

É esta uma das grandes lições que podemos extrair da Conferência Mundial de Viena. É significativo que se tenha conclamado à erradicação da pobreza extrema e da exclusão social como "alta prioridade" para a comunidade internacional. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no quotidiano de nossas vidas. O empobrecimento de segmentos cada vez maiores da população constitui, a nosso ver, em decorrência daquela indivisibilidade, uma denegação flagrante e maciça da totalidade dos direitos humanos. A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 corretamente situa o ser humano como sujeito central do processo de desenvolvimento. Reclamando um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, a Declaração de Viena, ao endossar com firmeza os termos daquela Declaração, contribuiu para dissipar dúvidas porventura persistentes e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo do direito internacional dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou de modo inequívoco a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a

15 A.A. Cançado Trindade, "Declaração de Viena Mantém Caráter Universal", 9 *Políticas Governamentais - Revista do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE)* - Rio de Janeiro (julho/agosto de 1993) pp. 11-16.

promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte. Na rota de Teerã a Viena, é este sem dúvida um passo adiante, que acelerará o *processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*. Mais além de Viena, não nos cabe, os que participamos da última Conferência, uma das mais complexas da atualidade, julgar o mérito de seus resultados: esta é tarefa para as gerações futuras. Podemos, sim, refletir sobre eles, tentar avaliá-los, e extrair lições, como as que aqui resumidamente expusemos.

Verifica-se hoje, enfim, a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção devida ao ser humano. Mais transcendental do que qualquer dos textos oficialmente adotados em Viena afigura-se-nos a mobilização universal inédita gerada pela Conferência: tanto a Conferência propriamente dita quanto suas três Reuniões Regionais Preparatórias, a par das quatro sessões do Comitê Preparatório e das numerosas "reuniões-satélites" da Conferência, congregaram um número considerável e sem precedentes de ONGs e movimentos de base de todos os continentes, somados a um contingente cada vez maior de Delegações governamentais sensibilizadas pela nobre causa. Assim, mais importante do que qualquer documento foi este *processo de diálogo verdadeiramente universal* gerado pela II Conferência Mundial, que certamente fortalecerá o movimento dos direitos humanos no sentido de gerar e consolidar um monitoramento contínuo de sua observância por todos e em toda parte. Viena demonstrou, uma vez mais, que é nos momentos de crise que se tentam os saltos qualitativos, que propiciem avanços reais no campo dos direitos humanos, mesmo porque as crises e o sofrimento humano evidenciam as necessidades prementes de proteção.¹⁶

INDICE

- 16 Nota: O Autor participou da Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena na tríplice condição de Membro da Delegação do Brasil, Delegado do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, e Relator do Fórum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs) do Tema "Desenvolvimento, Democracia e Direitos Humanos". Preparou para a Conferência Mundial de Viena o estudo "*La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*" (documento ONU, A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 1-137).

AMICUS CURIAE

*Juan E. Méndez, José Miguel Vivanco, Viviana Krsticevic
Cejil y Americas Watch**

I. Introducción

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Comisión) ha planteado una solicitud de Opinión Consultiva, sobre la interpretación del artículo 4, párrafo 2 (*in fine*) y párrafo 3 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (en adelante, la Convención) de acuerdo con las facultades que le otorga el art. 64.1 de la misma, fundada en la ampliación del ámbito de aplicación de la pena de muerte en la nueva Constitución Política del Perú (nuevo art. 140), en violación de las obligaciones contraídas por dicho Estado al ratificar la *Convención*.

En su solicitud de Opinión Consultiva, la Comisión planteó dos preguntas relacionadas con la aprobación de la nueva Constitución Política del Perú. La primera pregunta se relaciona con los efectos de una ley contraria a la *Convención*:

Cuando un Estado Parte en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían, en ese caso, los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?¹

En la segunda pregunta, la Comisión plantea otro aspecto de la aprobación de una ley contraria a las obligaciones de un Estado:

-
- Los autores de este *amicus* quieren expresamente agradecer la colaboración prestada por la Srita. Susan Stambaugh, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia.
- 1 Texto de la Solicitud de Opinión Consultiva de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, nota de fecha 8 de noviembre de 1993.

Cuando un Estado Parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la *Convención*, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?²

La nueva norma constitucional peruana sobre pena de muerte y la Convención Americana

En agosto de 1993, el Congreso Constituyente Democrático del Perú (en adelante, CCD) aprobó una nueva Constitución Política, que entró en vigor después de su aprobación por *referéndum* el 31 de octubre de 1993. La nueva norma constitucional, en lo que atañe a la pena de muerte, señala:

Constitución Política del Perú:

Art. 140. La pena de muerte solo puede aplicarse por el delito de traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada.

Sin embargo, Perú, como Estado Parte en la *Convención*,³ estaba, y está obligado a respetar y garantizar el ejercicio de todos los derechos protegidos en la misma incluyendo, desde luego, el derecho a la vida protegido en el artículo 4 de la *Convención*.

El artículo 4 establece, *inter alia*:

- 4.1: Toda persona tiene derecho a que se respete su vida.
- 4.2: En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta solo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
- 4.3: No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
- 4.4.: En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

La nueva norma constitucional está en contradicción con el artículo 4 en los párrafos 1, 2, 3 y 4 de la *Convención* en cuanto: a) limita la protección del derecho a la vida; b) extiende el alcance de la pena de muerte a nuevos tipos

2 *Supra* nota 1.

3 Perú ratificó la Convención, sin reservas, el 28 de Julio de 1978.

penales para los cuales esa pena no estaba contemplada durante la vigencia de la *Convención*;⁴ c) restablece la pena de muerte para delitos para los que había sido abolida y d) hace aplicable la pena de muerte a causas políticas.

De igual modo, Perú contradice las obligaciones asumidas de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la *Convención* al: a) ignorar su compromiso de respetar y garantizar el pleno goce y ejercicio de todos los derechos protegidos en la *Convención*; y b) desconocer su deber de adoptar disposiciones de derecho interno que garanticen el ejercicio de tales derechos.

Por otra parte, de acuerdo con el texto de la misma norma constitucional: "La pena de muerte solo puede aplicarse ...conforme... a los tratados de los que el Perú es parte obligada". Aparentemente, el Perú entiende que su legislación interna está en armonía con las obligaciones internacionales asumidas en el campo de los derechos humanos, o que está dispuesto a ajustar su norma constitucional a los límites impuestos por la *Convención* y, desde luego, suspender la implementación de la pena hasta que la Corte se pronuncie. De allí la importancia que reviste que la Corte emita una Opinión Consultiva que en términos inequívocos recuerde al Perú sus compromisos internacionales en virtud de la *Convención* y la incompatibilidad existente entre estos y su nueva legislación interna en materia de pena de muerte.

II. Interpretación de las obligaciones de un estado Parte en la *Convención*

Tanto la aprobación, como la aplicación de una ley contraria a la *Convención*, además de constituir una violación de los artículos 1.1 y 2, también supone un desconocimiento del principio *Pacta Sunt Servanda*, norma básica del derecho internacional, consagrado en el art. 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (en adelante, la *Convención de Viena*). La *Convención de Viena* establece:

Art. 26 *Pacta Sunt Servanda*:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Dicho principio es receptado en los arts. 1.1. y 2 de la *Convención Americana*:

4 La prohibición de extender el alcance de la pena de muerte también supone que no se notifique la tipificación de los delitos susceptibles de dicha pena. En efecto, dicha norma no tendría sentido si la prohibición de extender la pena de muerte no se aplicara también a cambios en el tipo penal del delito. De lo contrario, se violaría el objeto y fin de la *Convención* y, también, el principio *pacta sunt servanda*.

Artículo 1 Obligación de Respetar los Derechos:

1. Los Estados Partes en esta *Convención* se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra condición social.

Como consecuencia del deber de cumplir con las obligaciones internacionales, el Estado se obliga en el art. 2 a adoptar las disposiciones de derecho interno que sean necesarias para asegurar el respeto de la *Convención*:

Artículo 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta *Convención*, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

A. Incremento y fortalecimiento de las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la Convención con relación a la pena de muerte

La *Convención* debe ser interpretada en función de lo establecido en el artículo 29 del Tratado.⁵ Dicho artículo claramente impide una interpretación que restrinja el ejercicio de los derechos garantizados en la *Convención*. De allí que para determinar el sentido y alcance de cada uno de los derechos protegidos en la *Convención* deba siempre buscarse aquella interpretación que amplíe y proteja eficazmente los derechos de la persona humana.

En este sentido, la Corte, en la Opinión Consultiva número 4, ha limitado las interpretaciones restrictivas de la *Convención*:

la interpretación hay que hacerla en forma tal que no conduzca "de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la *Convención*" y

5 El artículo 29 establece en parte:
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;

siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos."⁶

Es relevante para interpretar la *Convención* acudir también a los criterios establecidos en la Convención de Viena que fueron incorporados por la Corte en la Opinión Consultiva 3.⁷ El artículo 31.1 de la *Convención de Viena* establece:

31.1 Un tratado deberá interpretarse de buena fe 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.

En consecuencia, cualquier interpretación del artículo 4 de la *Convención* debe estar enderezada a asegurar la protección de los derechos y adecuarse a su objeto y fin que es proteger el derecho a la vida.

La Corte, en la misma Opinión Consultiva 3, estableció el sentido del artículo 4 de la *Convención*:

El objeto del artículo 4 de la *Convención* es la protección del derecho a la vida... el texto revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de dicha pena, sea en su imposición, sea en su aplicación.⁸

Aunque el artículo 4 no prohíbe de una manera absoluta la aplicación de la pena de muerte en todos los casos, sus cláusulas están dirigidas a garantizar la progresiva erradicación de dicha pena en el continente. De allí que en aquellos Estados que aún mantienen la pena de muerte, el artículo 4 prohíbe su extensión a delitos que no estén penados con dicha sanción. Igualmente, el artículo 4 prohíbe que la pena de muerte se restablezca en los Estados que la han abolido. En conjunto, estas dos disposiciones evidencian el propósito de la *Convención* de limitar la aplicación de la pena de muerte y lograr progresivamente su total abolición.

El artículo 4.2 prohíbe la extensión de la pena de muerte "a delitos a los cuales no se la aplique actualmente". Podría interpretarse que el artículo 4 fija las obligaciones del Estado —en este caso el Perú— en materia de pena

6 Corte I.D.H., Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4. (en adelante, OC-4/84), párrafo 24.

7 La Corte determinó que:
[para] precisar el sentido y el alcance de las disposiciones del artículo 4 de la *Convención*... la Corte utilizará los criterios de interpretación consagrados en la *Convención de Viena*, que pueden considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema. OC-3/83, párrafo 48.

8 OC-3/83, párrafo 52. Para establecer el propósito del artículo 4, la Corte consultó, entre otras fuentes, los trabajos preparatorios de la *Convención*. Ver, ídem. párrafo 58.

de muerte a la legislación vigente en el momento de ratificar la *Convención*. En el mismo sentido, también podría entenderse que los esfuerzos de un Estado Parte por ampliar el ejercicio del derecho a la vida mediante una erradicación paulatina de esta pena, no tendría efecto vinculante para dicho Estado.

Sostener que el artículo 4 de la *Convención* vincula jurídicamente al Perú únicamente en cuanto a la legislación sobre pena de muerte existente en el momento de la ratificación, viola el objeto y fin de la *Convención*. Como se ha visto, el artículo 4 promueve y exige una gradual erradicación de la pena de muerte.

La Corte ha señalado que el principio de desarrollo progresivo en materia de pena de muerte se desprende de la *Convención* y es exigible a los Estados Partes:

[la Convención] prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, *cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado*, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable.⁹

En esta materia, la *Convención* expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.¹⁰

Con respecto al carácter progresivo de las obligaciones impuestas por los tratados de derechos humanos, el ex-Juez de la Corte, Pedro Nikken ha dicho:

En determinadas circunstancias, aunque se admite que las leyes domésticas pueden ofrecer un grado desigual de intensidad en la garantía ofrecida para un derecho determinado, se define también que los progresos alcanzados en cada Estado en orden a asegurar la mayor protección del mismo son irreversibles. De este modo será siempre posible expandir el alcance o el contenido del derecho, pero no restringirlo, y la evolución no podría orientarse en un sentido distinto al de aumentar el vigor de la protección ofrecida por el régimen internacional.¹¹

9 OC-3/83, párrafo 56. (subrayado nuestro).

10 OC-3/83, párrafo 57.

11 Nikken, Pedro; *La Protección Internacional de los Derechos Humanos: Su Desarrollo Progresivo*; Civitas, Madrid, 1987, pág. 128.

De igual manera, es útil tomar en consideración la interpretación hecha por la Corte acerca del alcance del artículo 4.3 de la *Convención*:

...según el artículo 4.3, "no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un *proceso progresivo e irreversible* destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación.¹²

El artículo 4.3 persigue comprender a los Estados Partes que no han abolido totalmente la pena de muerte en el momento de ratificar la *Convención*. Dicho artículo prohíbe a los Estados Partes que restablezcan la pena de muerte, tanto si la han abolido total como parcialmente, antes o después de la ratificación del tratado. El propósito es garantizar que cualquier abolición parcial de la pena de muerte represente un avance definitivo e irreversible en favor del derecho a la vida.

B. Evolución constitucional en el ámbito de aplicación de la pena de muerte en el Perú

Para determinar las obligaciones internacionales del Perú en materia de pena de muerte de acuerdo con la *Convención*, no es suficiente con examinar únicamente la legislación vigente en el momento de la ratificación de la *Convención*. Es necesario, además, tomar en consideración las sucesivas modificaciones sufridas por la legislación peruana en este ámbito

Esta distinción sumamente relevante en el caso peruano no es tomada en cuenta por la Comisión cuando, al formular la primera pregunta, menciona solamente las obligaciones que el Estado contrajo en el momento de ratificar la *Convención*. En efecto, la Comisión pregunta:

Cuando un Estado Parte en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la *Convención*...¹³

La Comisión funda su primera pregunta en la situación descrita a continuación:

...se relaciona con el efecto jurídico que tendría, en términos de las obligaciones internacionales de un Estado Parte en la *Convención*, la sanción de una disposición manifiestamente violatoria de sus obligaciones según la *Convención*

12 OC-3/83, párrafo 56 (subrayado nuestro).

13 *Supra* nota 1. (subrayado nuestro).

como es, por ejemplo, el de una ley u otra norma jurídica que amplía la aplicación de la pena de muerte a casos no contemplados previamente en la legislación del Estado.¹⁴

En el caso del Perú se plantea una situación especial que merece el análisis de la Corte: el aumento gradual del compromiso del Estado respecto de las obligaciones asumidas en la *Convención* mediante legislación promulgada con posterioridad a su ratificación. Esta situación se describe detalladamente a continuación.

En el momento de ratificar la *Convención*, la Constitución vigente en el Perú era la Constitución de 1933, cuyo artículo 54 disponía:

La pena de muerte se impondrá por delitos de traición a la Patria y homicidio calificado y por todos aquellos que señale la ley.

En relación con el delito de traición a la patria, en esa época regían en el Perú dos decretos: el decreto-ley 10.976 promulgado el 25 de marzo de 1949 y el decreto-ley 15.590 promulgado el 20 de agosto de 1965.

El decreto-ley 10.976 establecía que la pena de muerte debía ser aplicada a cualquiera que cometiera un acto por el que se intentara someter a la República en su totalidad o en parte a la dominación extranjera o a cualquiera que intentara independizar una parte de la República o a cualquier peruano que durante tiempo de guerra tomara las armas contra la República o diera a la nación extranjera cualquier tipo de apoyo o asistencia.

El decreto-ley 15.590 definía el delito de traición como aquel perpetrado por un peruano para alterar el orden constitucional mediante el uso de violencia o actos guerrilleros con la finalidad de imponer un sistema totalitario comunista.

Con posterioridad, en 1979, se promulgó en el Perú una nueva Constitución Política en la cual se restringió drásticamente el alcance de la pena de muerte, quedando relegada exclusivamente a los casos de traición a la patria en caso de guerra exterior:

Constitución de 1979, artículo 235:

No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en caso de guerra exterior.¹⁵

La Constitución Política de 1979 aumentó y reafirmó la voluntad del Estado peruano de adecuar su conducta a sus compromisos internacionales.

14 *Supra* nota 1.

15 Constitución Política del Perú, ratificada el 12 de julio de 1979.

les. Esto se manifiesta explícitamente en el artículo 105 y en la disposición transitoria decimosexta de dicha Constitución, las cuales señalan:

Artículo 105. Los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución.

Decimosexta. Se ratifican constitucionalmente, en todas sus cláusulas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas.

Se ratifica, igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de San José de Costa Rica, incluyendo sus artículos 45 y 62, referidos a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En suma, de acuerdo con la *Convención*, las obligaciones internacionales del Perú en materia de pena de muerte no se limitan a aquellas asumidas en el momento de su ratificación. Perú está obligado internacionalmente por su decisión voluntaria y soberana de restringir la aplicación de la pena capital en su derecho interno luego de ratificar la *Convención*. La Constitución de 1979 —no la Constitución y legislación vigente en el momento de la ratificación— es el parámetro por tomar en cuenta para determinar las obligaciones internacionales del Perú en cuanto a la pena de muerte.

III. La aprobación de una ley contraria a la *Convención* representa una violación *de jure* del Tratado

A. Múltiples violaciones *de jure* de la *Convención* por parte del Perú

La promulgación de una ley contraria a la *Convención* constituye una violación *de jure* de la misma, tal como lo ha establecido la Corte en la Opinión Consultiva OC-13/93:

Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos.¹⁶

16 Corte I.D.H., Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993 (en adelante OC-13/93), párrafo 26. (Subrayado nuestro).

La ampliación de la pena de muerte en el Perú se encuadra en el tipo de violación *de jure* de la Convención.¹⁷

La nueva norma constitucional peruana, en primer lugar, contradice el artículo 4.2 que, como hemos visto, prohíbe la expansión de la pena de muerte más allá de lo permitido por la Constitución de 1979; y se opone a lo establecido en el artículo 4.3, al reinstaurar la pena capital para aquellos delitos que la Constitución de 1979 la había abolido.

En efecto, la Constitución de 1979 solo permitía la pena de muerte por traición a la patria en el curso de una guerra externa. Sin embargo, la nueva norma constitucional permite que la pena capital sea impuesta por los delitos de traición en caso de guerra y de terrorismo.¹⁸

Es evidente que "terrorismo" constituye un nuevo supuesto que extiende el alcance de la pena de muerte en contradicción con la Convención.¹⁹

El delito de traición, además, sufrió una expansión al eliminarse en la Constitución de 1979, permitiendo que dicha figura se aplique a circunstancias que antes no estaban previstas. Con el objeto de precisar el alcance de las distintas normas debemos examinar cómo se ha redefinido el delito de traición en el Perú.

-
- 17 La Corte decidió, además, que la Comisión está facultada para intervenir frente a una violación *de jure*, de la misma manera que lo hace frente a cualquier otra violación: En estas circunstancias [la promulgación de una ley contraria a la Convención], no cabe ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de "leyes internas" y de que estas hayan sido "adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución", nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada. OC-13/93, párrafo 27. (subrayado nuestro).
- 18 Los decretos-leyes que tipifican los delitos de traición (D.L. 25.659) y terrorismo (D.L. 25.475) fueron promulgados el 7 de agosto y el 5 de mayo de 1992, respectivamente, luego de que el presidente Alberto Fujimori clausurara el Congreso y el Poder Judicial y expandiera sus poderes presidenciales, el 5 de abril 1992.
- 19 El artículo 2 del decreto-ley 25.475 promulgado el 5 de mayo de 1992, define como terrorista al que: "provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materiales o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado..."

El decreto-ley 25.659 establece:

Artículo 1. Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el Artículo 2 del decreto-ley 25.475 [terrorismo], cuando se emplean las siguientes modalidades:

- a. Utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población;
- b. Almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporciona voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior.

Artículo 2. Incurrir en delito de traición a la patria:

- a. El que pertenece al grupo dirigencial de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente;
- b. El que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas;
- c. El que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior.

El decreto-ley 25.880 señala:

Artículo 1. El que valiéndose de su condición de docente o profesor influye en sus alumnos haciendo apología del terrorismo, será considerado como autor del delito de traición a la Patria....

B. Aplicación de la pena de muerte a delitos políticos

Como se observa, el delito de traición, tal como se define en la actual legislación peruana, no está restringido al caso de guerra exterior, sino que califica como traición actividades típicamente terroristas. La extensión en la legislación citada y en la nueva norma constitucional (art. 140) se oponen, además, a lo dispuesto en el artículo 4, párrafo 4, de la Convención que expresamente prohíbe la aplicación de la pena de muerte a delitos políticos y comunes conexos con los políticos.

Los nuevos tipos penales de traición en caso de guerra y de terrorismo demuestran, asimismo, la intención del Perú de reprimir a aquellos que toman las armas y realizan actos de violencia con la finalidad de imponer sus ideas políticas, lo cual se conoce como delito político.

'Para determinar si un delito es "común" o, por el contrario, "político", debe tenerse en cuenta, ante todo, su naturaleza y su finalidad, es decir, si se ha cometido por verdaderos motivos políticos y no simplemente por razones personales o con ánimo de lucro. Debe haber asimismo un nexo causal estrecho y directo entre el delito cometido y la finalidad y el objeto políticos invocados.'²⁰

La prohibición de la Convención de extender la aplicación de la pena de muerte a delitos políticos y comunes conexos con los políticos, de ningún modo significa que ella, ni mucho menos los firmantes en este memorial favorezcan la impunidad para aquellos que cometen delitos de terrorismo. Al contrario, como organizaciones de derechos humanos, defensoras de la democracia y el Estado de Derecho, creemos que es fundamental procesar y castigar a los responsables de actos de violencia que transgreden valores jurídicos esenciales de una sociedad democrática, respetuosa de los derechos humanos.

Así también, creemos que es fundamental el cumplimiento irrestricto de los compromisos internacionales asumidos por el Perú. En 1969, los Estados que participaron en la elaboración de la Convención y luego adoptaron su texto final —incluido el Perú—, acordaron unánimemente desterrar la aplicación de la pena de muerte para los llamados delitos políticos, de la jurisdicción de los Estados Partes en la Convención.

IV. La aplicación de la pena de muerte en el Perú es una violación *de facto* de la Convención y, además, constituye una ejecución sumaria

La implementación de una ley contraria a la Convención representa, asimismo, una violación *de facto* de la misma, contraria a las obligaciones impuestas en el art. 1.1. de la Convención.

En el caso del Perú, la aplicación de una norma que puede causar la muerte de una persona en contravención con las obligaciones internacionales del Estado, es una grave violación a las garantías del debido proceso, protegidas en el art. 8 de la Convención; y específicamente, la aplicación de la pena de muerte en un contexto de juicios sumarios, que, como veremos, no cuentan con las más mínimas garantías judiciales, equivale a una verda-

20 Manual de Procedimientos y Criterios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, párrafo 152.

dera ejecución sumaria, tal como ha sido definida por el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para Estudiar la Práctica de Ejecuciones Sumarias, Arbitrarias y Extrajudiciales.²¹

En efecto, la implementación de una norma que, aunque de rango constitucional, está en directa y expresa violación de la Convención, elimina toda posibilidad de preservar los fundamentos más esenciales del debido proceso. No hay debido proceso cuando, a la luz de los compromisos internacionales asumidos por Perú, se aplica una ley claramente inválida. En tales circunstancias, los órganos facultados para imponer la mencionada pena — tribunales militares sin rostro, en el caso peruano — deben declararse incompetentes.

Si en las actuales circunstancias, un tribunal militar peruano sustancia un proceso por la comisión de un delito que lleva asignada la aplicación de la pena de muerte y ordena la imposición de la misma, dicho órgano estaría imponiendo, desde el punto de vista del sistema interamericano, una sanción inválida, en violación, además, del principio de la legalidad reconocido en el art. 9 de la Convención y equiparable a una ejecución sumaria.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Sumarias propuso en 1983, al asumir sus funciones, la siguiente definición de ejecución sumaria:

Ejecución sumaria es la decisión arbitraria de quitar la vida como resultado de una sentencia impuesta dentro de un procedimiento sumario sin las mínimas garantías procesales.²²

El mismo Relator Especial, en un informe posterior sostuvo que:

Las ejecuciones sumarias o arbitrarias ocurren en todas partes del mundo, frecuentemente como resultado de conflicto armado interno, pero también como resultado del uso excesivo de la fuerza por parte de los agentes del Estado... En algunos casos, las personas son simplemente ejecutadas sin un juicio, o después de un juicio que careció de las garantías para proteger los derechos del reo como están establecidas en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la búsqueda de medidas paliativas o preventivas que intentan proteger el derecho a la vida, el Relator señaló en varios informes que era necesario asegurar con celo las garantías de los derechos del reo en todos los procesos judiciales, pero especialmente en aquellos que involucren la pena de muerte.²³

21 U.N. Doc. E/CN. 4/1983/16.

22 *Supra* nota 21, para. 66 (traducción nuestra).

23 *Encyclopedia of Human Rights*, Edward H. Lawson, editor, Taylor & Francis, 1991, pág. 571.

En la actualidad Perú cuenta con un procedimiento especial para prevenir, combatir e investigar los delitos de terrorismo, el cual no satisface las garantías mínimas del debido proceso. Asimismo, la práctica de los tribunales "sin rostro" encargados de conocer estas materias, es aún más violatoria de la legislación vigente sobre terrorismo.

El 5 de abril de 1992, el Presidente Alberto Fujimori decidió clausurar el Poder Judicial y ordenó destituciones masivas de jueces y fiscales, sin derecho a apelación. En muchos casos, las destituciones tuvieron un objetivo claramente político. El Poder Judicial volvió a funcionar un mes después del "auto-golpe" de Fujimori, esta vez con una nueva composición en la Corte Suprema y en la mayoría de los Tribunales Superiores, con todos los jueces designados por Fujimori y, desde luego, leales a él. Esta grave situación, que compromete la independencia del Poder Judicial, se mantiene inalterable hasta la fecha.

El 5 de mayo de 1992, el gobierno de Fujimori promulgó el primer decreto-ley antiterrorista, seguido de numerosos más sobre esta materia. La nueva legislación creó un procedimiento sumarísimo ante tribunales civiles y militares "sin rostro", que se viene completando en plazos sumamente breves y concluye casi inevitablemente en sentencias condenatorias de presidio perpetuo.

Las normas que regulan el procedimiento ante estos tribunales violan las normas procesales más elementales, por ejemplo: se limita drásticamente el derecho a la defensa en juicio,²⁴ el derecho a la libertad personal,²⁵

24 De acuerdo con lo dispuesto en los decretos-leyes 25.475 y 25.744, el abogado defensor no puede intervenir en los procedimientos hasta que el acusado no haya declarado (contrario a art. 8.2.d). En relación con el patrocinio de abogado, el D.L. 25.744 art. 2.c., indica:

Los abogados defensores no podrán patrocinar simultáneamente a más de un encausado a nivel nacional, en ninguna de las etapas sea Investigación Policial, Instrucción o el Juicio. Están exceptuados de esta disposición los Abogados Defensores de Oficio.

25 Los jueces no están facultados para otorgar la libertad del presunto terrorista hasta que no haya concluido el proceso de apelación que, por otra parte, es obligatorio. Así también, los presuntos terroristas están expuestos a prolongados períodos de detención sin condena. El art. 1 del D.L. 25.824 establece:

... La detención no durará más de nueve (9) meses en el procedimiento ordinario y de quince (15) meses en el procedimiento especial. Tratándose de procedimientos por delitos de ... terrorismo.. seguidos contra más de diez imputados, o en agravio de igual número de personas, el plazo límite de detención se duplicará...

el principio de la proporcionalidad de la pena,²⁶ y el principio de legalidad.²⁷

V. La violación de la Convención mediante una ley manifiestamente contraria a la misma no implica su denuncia

La violación de la Convención mediante una ley que se opone al objeto y fin del tratado no puede nunca ser interpretada como una denuncia del mismo. En primer lugar, porque es un principio básico del derecho internacional la presunción de la validez y continuidad de los tratados en virtud del principio de *pacta sunt servanda*.²⁸

Como contrapartida lógica de que los tratados se ratifican de buena fe con el ánimo de respetarlos y cumplirlos, no se puede presumir que con la ejecución de ciertas acciones se está manifestando la voluntad de denunciarlos. De conformidad con la Convención de Viena (art. 54), la terminación de un tratado debe hacerse de acuerdo con las disposiciones del tratado o por consentimiento entre las Partes.

Respecto de la denuncia del tratado, la Convención Americana prevé un mecanismo específico, para que un Estado Parte se retire:

Artículo 78:

1. Los Estados Partes podrán denunciar esta Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes.

26 Los artículos 4 y 5 del D.L. 25.475 fijan una pena mínima de 20 años de prisión por colaboración de cualquier forma con una organización terrorista. El art. 4 dispone: Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años, el que de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este Decreto Ley o la realización de los fines de un grupo terrorista...

El art. 5 dice:

Los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella, serán reprimidos con pena privativa de libertad no menor de veinte años e inhabilitación posterior por el término que se establezca en la sentencia.

27 Ya hemos visto la amplitud en la definición de los tipos de terrorismo y traición en *supra* nota 19.

28 Ver, Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas en esta Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

En la teoría general de los tratados bilaterales, se considera que una violación grave ("material breach") legitima a la Parte afectada para invocar dicho quiebre como causa para poner término o suspender la vigencia del tratado; ello como una sanción para asegurar la observancia del mismo. Obviamente esto no tiene sentido en el caso de un tratado de derechos humanos, y especialmente en el caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los tratados multilaterales de derechos humanos se establecen justamente para sancionar las violaciones de los Estados Partes a los derechos protegidos en éstos. En ellos, los intereses protegidos no son los de los Estados sino los de la persona humana. En este sentido la Corte ha dicho:

... que los tratados modernos de 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.²⁹

La manera de sancionar o llamar la atención de un Estado por incumplimiento de la Convención no puede ser excluyéndolo del sistema de protección lo cual generaría mayor desprotección para las víctimas, precisamente cuando más lo necesitan. La Corte tiene la oportunidad, a través de una Opinión Consultiva que proteja la integridad de la Convención, de prevenir que se consuma una gravísima violación, contraria al objeto y fin del tratado y que, indudablemente, acarrearía consecuencias prácticas irreparables para los peruanos.

INDICE

29 Corte I.D.H., El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. Cita parcial del párrafo 29.

LOS DERECHOS HUMANOS BÁSICOS Y LOS ERRORES DE LA CONCEPCIÓN CANÓNICA*

Eduardo Rabossi

Investigador del Instituto para Estudios Avanzados de Berlín

1. Acerca de la concepción canónica

Si se presta atención a la actividad de los órganos universales y regionales de protección de los derechos humanos, a la normativa internacional que regula su acción, a la índole de los reclamos de las organizaciones no gubernamentales nacionales e internacionales, al discurso de expertos y de teóricos, y a la manera corriente de visualizar ciertos problemas que afectan a los derechos humanos, es posible identificar un enfoque o concepción común que consiste en distinguir *dos tipos esencialmente diferentes* de derechos humanos: los *derechos civiles* y los *derechos económicos*.

Los rasgos básicos de tal concepción —la ‘concepción canónica’ como la denominaré de aquí en más— son los siguientes:

a. los derechos humanos civiles son distintos, *por naturaleza*, de los derechos canónicos (los derechos políticos suelen ser ubicados junto a los derechos civiles, pero, en definitiva, su *status* es similar al de los derechos económicos);

* El presente trabajo es parte de una investigación sobre la teoría de los derechos humanos para la que he contado con el generoso apoyo de la Guggenheim Foundation y del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la República Argentina (PID-No. 3-040900/88). He leído versiones preliminares de este trabajo en el Seminario “Derechos Humanos: Temas Actuales”, organizado por el Centro de Información de las Naciones Unidas (Buenos Aires) con la colaboración del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (diciembre de 1992), y en el Coloquio de Filosofía Práctica organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico (septiembre de 1993).

b. que sean distintos por naturaleza significa que tienen sobre los derechos económicos una primacía conceptual, legal y práctica; y ello implica, a su vez, que los derechos civiles son verdaderos *derechos humanos*, derechos humanos *auténticos*;

c. la violación de los derechos humanos civiles genera la responsabilidad internacional de los Estados; por consiguiente, denunciar y poner coto a su violación es la función primordial y excluyente de los órganos de control jurisdiccional universales y regionales, de los órganos jurisdiccionales nacionales, de los organismos no gubernamentales y, en general, de la opinión pública nacional e internacional;

d. se sigue de lo anterior que en un sentido estricto de 'violación de los derechos humanos', no hay violaciones de los llamados 'derechos económicos' (ni tampoco, en principio, de los derechos políticos); lo que hay son situaciones en la que un número variable de personas ve insatisfechas ciertas necesidades, o no goza de determinados bienes, o no puede acceder a cierta condición, etc.; la solución de tales casos puede correr por cuenta del Estado (en la medida de sus posibilidades) y/o de entidades nacionales o internacionales motivadas por principios humanitarios o caritativos.

La concepción canónica encuentra apoyo en el sistema normativo internacional; tiene un claro origen ideológico y se escuda en argumentos técnicos que exhiben un grado de sofisticación nada despreciable. Un conjunto de "fuentes" tan peculiar ha producido efectos importantes: la concepción canónica está presupuestada en la teorización *estándar* de los derechos humanos y es un *estereotipo* recurrente, no solo en los ámbitos especializados, sino en la manera "popular" de visualizar y valorar los derechos humanos. Es ese estereotipo y los argumentos y presuposiciones que le dan sustento, lo que quiero criticar en este trabajo. Pasaré revista, brevemente, a algunos antecedentes legales e ideológicos de la concepción canónica (2) y presentaré y criticaré los argumentos más notorios en los que se apoya (3)-(8). Señalaré luego algunas de las consecuencias que se siguen de esas críticas (9) y haré referencia a algunas estrategias tendientes a neutralizar el estereotipo en cuestión (10).

Creo importante enfatizar que es eso, solo eso, lo que me propongo plantear y desarrollar aquí. Soy consciente de que un análisis completo de la cuestión involucraría abordar un conjunto intrincado de problemas teórico/prácticos que incluiría, entre otros, la dinámica de las violaciones a los derechos humanos (acciones/omisiones, esporadicidad/sistematicidad, responsabilidad estatal/no estatal, la elucidación del concepto de *derecho* y de distinciones asociadas como la de derechos legales/derechos morales, la elaboración de criterios de justicia distributiva, una teoría de las necesida-

des humanas, el diseño de parámetros para medir niveles de desarrollo y de satisfacción de las necesidades básicas, la efectividad del ámbito normativo/institucional (internacional y nacional), las medidas necesarias para su perfeccionamiento, etc. Ninguno de estos problemas será abordado aquí de manera temática. Mi interés está centrado exclusivamente en la concepción canónica, en el estereotipo que ha generado y en sus "fuentes" de apoyo. Mi intención es probar que carece de un apoyo verdadero y evaluar las consecuencias que se siguen de ello. Aunque debo confesar que esta estrategia no es casual: se trata de un paso necesario para poder encarar con sentido la mayoría de los problemas que acabo de enumerar.

Creo conveniente aclarar, además, que mi crítica a la concepción canónica no está dirigida contra la tarea de clasificar/categorizar/catalogar/tipificar los derechos humanos con miras heurísticas o pedagógicas. Las clasificaciones tienen como finalidad ordenar una cierta materia: poseen, esencialmente, un carácter instrumental. En la concepción canónica, en cambio, se presupone que la clasificación de los derechos humanos en derechos civiles y derechos económicos denota ámbitos efectivos y excluyentes de una supuesta realidad conceptual y/o jurídica. Esa manera de entender la clasificación es uno de los objetivos de mis críticas.

2. Algunos antecedentes normativos e ideológicos de la concepción canónica

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* —el instrumento fundacional de la llamada "Carta Internacional de Derechos Humanos"— formula una extensa lista de derechos que atribuye en igual grado a los seres humanos, en virtud de su dignidad intrínseca, su racionalidad y su conciencia moral (Art. 1). La *Declaración* no sugiere que los derechos humanos que enumera pertenezcan a tipos esencialmente diferentes. Por el contrario, habla de "promover el progreso social y (de) elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad". [Preámbulo (5)]. Cabe inferir, en consecuencia, que en tanto "ideal", metro o estándar común para evaluar "los logros" del progreso de la humanidad, la *Declaración* vale de manera similar para todos y cada uno de los derechos que enumera.¹

1 La Carta Universal está compuesta —como se sabe— por la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, su Protocolo Adicional y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Véase Naciones Unidas [1986a]. Vasak [1982, vol. I] presenta un análisis estándar de la Carta. En Rabossi [1987] se encuentra un breve estudio de los antecedentes y del contenido de los documentos que la componen.

La discusión que tuvo lugar en la Comisión de Derechos Humanos y el Comité de Redacción designados en el seno de las Naciones Unidas para redactar una "Carta

Luego, el enfoque unitario de la *Declaración* fue dejado a un lado. Dieciocho años más tarde La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* ('PESC' y PCP', respectivamente, en lo que sigue). Así consagró una división tajante de los derechos humanos que intentó "disimular" con la simetría de los respectivos preámbulos, la existencia de diez cláusulas comunes y la similitud de otras tantas.

La división fue motivada por razones *ideológicas*. A poco de concluida la Segunda Guerra Mundial se produjo el enfrentamiento Este-Oeste: la lucha política de dos bloques contrapuestos en sus intereses, sus ambiciones geopolíticas y sus concepciones económicas y filosóficas. El enfrentamiento pronto desembocó en la "Guerra Fría". Las peripecias que durante dieciocho años padeció el proyecto de elaborar y adoptar un convenio o pacto universal de derechos universales (secuela natural de la *Declaración*), fue uno de los tantos efectos negativos del enfrentamiento.

La posición de los dos bloques exhibió una llamativa coincidencia en cuanto a la importancia de distinguir dos tipos esencialmente distintos de derechos humanos, de señalar que uno de esos tipos era más importante que el otro y de requerir para su efectivización un trasfondo institucional específico. Pero, como es de suponer, ambos bloques difirieron drásticamente en cuanto a los contenidos que debía darse a cada uno de esos *ítemes*. Para el "Oeste", los derechos humanos civiles eran prioritarios: su goce era considerado una condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos humanos, y su efectivización suponía regímenes político-económicos liberales. Para el "Este", en cambio, la prioridad correspondía a los derechos humanos económicos: su goce era considerado la condición necesaria para la vigencia efectiva de otros derechos, y su efectivización requería regímenes político-económicos colectivistas. El paralelismo de las estrategias, la sensación de que las diferencias ideológicas de fondo eran insalvables, y el deseo de no quedar inscriptos en la historia como impidiendo la formulación de una convención universal de los derechos humanos, influye-

Internacional de Derechos Humanos", giró en torno a si correspondía elaborar una declaración o un tratado internacional. El material que se elevó en definitiva a la Asamblea General constó de tres proyectos: una Declaración, una Convención y Medidas para la Implementación. La Asamblea General decidió considerar solamente la Declaración por entender que los otros dos documentos no habían alcanzado un nivel suficiente de elaboración. Véase Schwelb [1964]. Pero luego de aprobar la *Declaración Universal*, la Asamblea General requirió que la Comisión redactara una convención y medidas de implementación (Res. 217 E (III) del 10.12.48).

ron para que en definitiva los bloques concordaron en una "solución: se redactaron dos pactos, que fueron aprobados sin votos en contra."²

Como se sabe, los Pactos muestran una serie de llamativas *asimetrías*. En cuanto al control y protección de los respectivos derechos, los Estados Partes asumen la obligación de garantizar la vigencia directa e inmediata de los derechos civiles y políticos (PCP, Arts. 2 y 3), pero su obligación de garantizar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales queda librada, en cambio, a las posibilidades que paulatinamente puedan producirse como consecuencia de las políticas que se implementen (PSEC, Art. 2 (1)). El PCP enumera taxativamente algunos derechos civiles que no pueden quedar al margen de la protección jurídica en ninguna circunstancia (PCP, Art. 4), pero no existe una enumeración similar respecto a los derechos económicos, sociales y culturales (dicho sea de paso, tampoco existe una enumeración similar respecto de los derechos políticos). Además, el PCP crea un Comité de Derechos Humanos y una Comisión de Conciliación para permitir que un Estado Parte pueda alegar que otro Estado Parte no cumple con sus obligaciones (PCP; Arts. 28 a 43), y se adosa al Pacto un *Protocolo Adicional* que permite que las personas individuales formulen comunicaciones acerca de eventuales violaciones de sus derechos por parte del Estado al que pertenecen. El PSEC, en cambio, solo establece un sistema de informes "por etapas" ante la Secretaría General de las Naciones Unidas (Arts. 16 y 17) y estatuye la intervención mayormente técnica del Consejo Económico Social (Art. 18), que "podrá transmitir la información a la Comisión de Derechos Humanos" (aunque sin especificar claramente qué consecuencias legales pueden seguirse de ello (Art. 19)).

Es interesante señalar que las dos grandes potencias hegemónicas (los Estados Unidos y la Unión Soviética, los líderes del "Oeste" y de "Este", respectivamente), pese a ser los protagonistas de la discusión y, en gran medida, los promotores del sistema universal de derechos humanos, nunca llegaron a integrarlo de una manera efectiva. Lo utilizaron sí reiteradamente fuera de sus fronteras con fines políticos propios. También en este punto sus estrategias fueron (casi) paralelas. La Unión Soviética firmó ambos Pactos en 1968 y los ratificó en 1973. Estados Unidos firmó ambos Pactos en 1977 pero su Congreso se resistió a ratificarlos. Ninguna de las dos potencias firmó el *Protocolo Adicional*. Las dos se apegaron a una concepción conser-

2 Véase "Síntesis oficial del proyecto de la Declaración Universal" y "Antecedentes de la aprobación de los dos Pactos y del Protocolo Facultativo", en Rabossi [1987]. Véase Sohn [1968] y Green [1977]. La prolongada discusión sobre si debía redactarse una única convención o dos convenciones (una para cada tipo de derechos) culminó en 1952 cuando la Asamblea General requirió a la Comisión la redacción de dos convenios (Res. A/RES/543 (VI)). Un año antes el representante norteamericano había comunicado que los Estados Unidos no firmarían un único convenio.

vadora de la soberanía, negaron que sus ciudadanos pudieran ser sujetos del derecho internacional, "usaron" los Pactos según sus respectivas conveniencias, e ignoraron, según fuera el caso, algunos cambios importantes producidos por el fenómeno de los derechos humanos en el derecho y las relaciones internacionales.³

La positivización de los derechos humanos en dos pactos diferentes tuvo *efectos importantes*. De un lado, incentivó la idea de que la división responde, en realidad, a una diferencia conceptual básica entre dos tipos de derechos y, consiguientemente, de que la prioridad de un tipo de derechos sobre el otro obedece a razones teóricas. Del otro lado, dados los términos de los respectivos pactos, dio pie a la idea de que el goce de los derechos civiles es garantizable y controlable mientras que el goce de los derechos económicos es deseable, discrecional y condicionado a que se produzcan cambios profundos en la estructura socio-económica de un país. En suma, la división fortaleció en los foros institucionales (formales y no formales), técnicos, políticos y académicos una distinción teórica y práctica hasta discutible, que ha tenido efectos contundentes en cuanto a la manera de conceptualizar los derechos humanos y a la forma de encarar sus violaciones.⁴

-
- 3 La bibliografía sobre la política de los Estados Unidos respecto del sistema internacional de derechos humanos, es extensa. En Buergenthal y Torney [1977, cap, V] se encuentra una síntesis útil; Brown y Maclean [1979] y Rubin y Spiro [1979] son compilaciones de artículos monográficos; Shue [1980] ofrece un análisis bastante completo y actualizado; y Schoultz [1981], un estudio centrado en las relaciones con los países latinoamericanos. Corresponde señalar que la división tajante entre derechos civiles (y políticos) y derechos económicos, no ha sido siempre la tesis oficial preferida del Gobierno de los Estados Unidos. Recuérdese que siendo presidente, F.D. Roosevelt sostuvo: "...la verdadera libertad individual no puede existir sin seguridad e independencia económica... En nuestros días [algunas] verdades económicas han sido aceptadas como auto-evidentes. Hemos llegado a aceptar un segundo *Bill of Rights* bajo el cual pueden establecerse nuevas bases para la seguridad y la prosperidad, con prescindencia del *status*, la raza o el credo". Roosevelt mencionó, entre otros, el derecho a un trabajo suficientemente remunerativo como para proveer comida, vestimenta y recreación adecuadas, el derecho a una vivienda digna y el derecho a la educación, y pidió al Congreso que explorara los medios para implementar ese *Bill of Rights* económico [Roosevelt 1944]. Y en su famoso discurso del Día del Derecho, Cyrus Vance -a la sazón Secretario de Estado enunció "... qué entendemos por 'derechos humanos' [...] el derecho a ser libre de [no estar sujeto a] violaciones gubernamentales a la integridad de la persona... el derecho a satisfacer necesidades vitales como la comida, la vivienda, la salud y la educación... el derecho a gozar libertades civiles y políticas..." [Vance 1977]. Y son conocidos la opinión coincidente del Presidente Carter y sus esfuerzos [fallidos] para lograr que el Congreso de los Estados Unidos ratificara el PCP y el PESC [Buergenthal y Torney 1977, págs. 244-245]. El enfoque ideológico oficial de los derechos humanos por parte de la Unión Soviética fue, como era de prever, típicamente monolítico, al menos hasta los Acuerdos de Helsinki (1975). Véase A. Bloed y P. Van Dyjk [1985].
- 4 Los *sistemas regionales* han seguido en lo substancial la estrategia "divisoria" de las Naciones Unidas. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* [1948, aprobada varios meses antes que la *Declaración Universal de Derechos Humanos*] no

Dado que me propongo criticar la concepción que considera los derechos civiles como los verdaderos derechos humanos y los derechos económicos como derechos humanos secundarios o, aún, como meros *eslogans* propagandísticos, es pertinente aclarar que mis críticas no son una defensa elíptica del enfoque del "Este", sea en su versión "histórica" o en la de algún *revival* actual. Considero ese enfoque tan desastrosamente erróneo como su par del "Oeste". Mis críticas pretenden valer por sí mismas y como parte de una teoría general adecuada de los derechos humanos.⁵

Estos son, brevemente expuestos, los antecedentes ideológicos y normativos de la concepción canónica. Pero, ¿cuáles son los argumentos que le dan sustento? Los argumentos son variados pero pueden agruparse en dos tipos básicos, según sean de índole conceptual o de índole fáctica. Pertenecen al primer tipo los argumentos basados en la distinción entre derechos positivos y derechos negativos, en la tesis de los derechos humanos como derechos estrictos, y en la distinción entre derechos genéricos y derechos específicos. Al segundo tipo pertenecen los argumentos de la tradición histórica, de la impracticabilidad y no justiciabilidad, y de la autoridad de los textos internacionales.⁶ Veamos sucintamente estos argumentos y mis objeciones a cada uno de ellos.

trazó distinciones ostensibles entre los derechos civiles y los derechos económicos. En 1940 se aprobó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, de carácter declarativo. A su vez, la Carta de la OEA fija explícitamente estándares económicos (Art 31), sociales (Art. 43) y culturales (Arts. 45-48). La *Convención Americana de Derechos Humanos* [1969] solo se refiere a derechos civiles y políticos y en un único artículo —el Art. 26—, a los derechos económicos, sociales y culturales. El Protocolo de San Salvador es un reciente proto-documento de una posible convención americana de derechos económicos. En el sistema europeo, la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* [1957] y sus Protocolos adicionales, se refieren a los derechos civiles y políticos. Los derechos económicos y sociales están incluidos en la *Carta Social Europea* [1961].

5 Véase Rabossi y [1990] y [1991].

6 La nómina de argumentos, que recoge esta clasificación, no pretende ser exhaustiva. Intenta sí relevar aquellos argumentos que se emplean con cierta recurrencia en las discusiones sobre estos temas. Beitz [1979] discute un conjunto de argumentos que es distinto, en parte, del que presento aquí. Beitz analiza el 'argumento de los derechos estrictos' y el 'argumento de los derechos genéricos y los derechos específicos' (mi terminología). Pero también considera y rechaza, [a] el argumento de que la primacía de los derechos civiles se debe establecer con base en las decisiones de un individuo normal respecto de la deseabilidad relativa de las cosas que le pudieran acaecer y [b] el argumento de que sólo los derechos civiles son derechos humanos universales porque pertenecen "a la condición humana como tal", mientras que los derechos económicos y sociales y los derechos políticos pertenecen a "prejuicios morales occidentales". Considero que ni [a] ni [b] tienen entidad suficiente como para incluirlos en mi lista.

3. El argumento de los derechos negativos y los derechos positivos

La concepción canónica se apoya, a menudo, en el siguiente argumento:

- a) los seres humanos tenemos ciertas libertades básicas consagradas en los textos internacionales y constitucionales, cuyo ejercicio no debe ser interferido por otras personas (especialmente por agentes estatales); hay interferencia cuando esas personas actúan sobre nosotros y afectan nuestra integridad física, psíquica o moral, nuestra seguridad individual, nuestra intimidad, etc., coartando así todas o algunas de esas libertades;
- b) los textos internacionales y constitucionales consagran derechos que constituyen garantías contra tales interferencias; se trata de defensas cuyo objeto es hacer que ellas cesen, garantizando así el goce de las libertades básicas;
- c) el conjunto de las libertades básicas y de sus garantías constituye el ámbito de los *derechos de la personalidad*, derechos que poseen, paradigmáticamente, carácter negativo: son derechos a exigir la *no* interferencia de terceros en el ejercicio de nuestras libertades; su goce exitoso implica, precisamente, que las interferencias posibles no se hayan podido actualizar y que actualizadas hayan tenido que cesar;
- d) el resto de los derechos humanos positivos, en el sentido de que su goce implica que alguien lleve a cabo acciones efectivas, positivas; su goce exitoso no implica, pues, que haya personas que se abstengan de actuar, sino que haya personas que actúen para efectivizar las condiciones que sean necesarias para el goce de los derechos respectivos; los derechos económicos son todos de este tipo;
- e) la vigencia de los derechos debe ser garantizada, pero que *deba* serlo presupone que *pueda* serlo (*deber* implica *poder*); los derechos negativos satisfacen esta condición (normalmente, las interferencias pueden ser detenidas y/o castigadas), no así los derechos positivos (por regla general, requieren más de lo que pueda buenamente hacerse); en consecuencia, en el sentido estricto en que se *debe* garantizar el goce de los derechos negativos, no existe el deber de garantizar el goce de los derechos positivos; por supuesto que es deseable hacer todo lo que conduzca a su realización, pero que sea deseable hacerlo no implica que exista el deber jurídico de hacerlo.

El peso que ha tenido la distinción entre derechos negativos y derechos positivos en el campo de los derechos humanos, ha sido enorme.⁷ Y su utilización como fundamento (a menudo, como *el* fundamento) de la concepción canónica, ha sido y es de rigor. Como se sabe, la distinción juega un papel crucial en la teoría liberal clásica de los derechos y está directamente ligada a la distinción libertad negativa/libertad positiva, a la distinción derechos formales/derechos sustantivos y, por supuesto, a las versiones individualistas del liberalismo. Pero en el contexto de este trabajo no es necesario que discuta temas tan polémicos. El argumento de los derechos negativos y los derechos positivos sostiene que la negatividad y la positividad de los derechos sirve de criterio *suficiente* para distinguir los derechos de la personalidad de los derechos económicos. De modo que la cuestión se reduce a saber si el criterio es adecuado.

La respuesta es negativa: el criterio no permite acotar clases excluyentes de derechos; y si tal es el caso, la distinción no tiene (no puede tener) el peso argumentativo que se le atribuye. Con otras palabras, es falso que podamos agrupar limpiamente los derechos humanos en dos clases distintas ateniéndonos a las notas de negatividad y de positividad. La razón es sencilla: los derechos de la personalidad y los derechos económicos suelen exhibir, a la vez, aspectos positivos y aspectos negativos. Resulta imposible garantizar el goce de los derechos de la personalidad si no se han llevado a cabo acciones positivas relevantes y, a veces, para garantizar los derechos económicos hay que asegurar la no interferencia de determinados agentes. Tomemos como ejemplo el caso del derecho a la libertad y seguridad personales (PCP,

7 He aquí dos casos paradigmáticos:

Los derechos políticos y civiles tradicionales no son difíciles de instituir. En general, requieren que los gobiernos y que las demás personas, lo dejen a uno solo: lo dejen hablar, reunirse con otras personas, publicar lo que desea, rendir culto a quien quiera... Los derechos políticos y civiles pueden ser asegurados mediante una legislación muy simple. Dado que esos derechos son, en gran medida, derechos contra la interferencia gubernamental, el esfuerzo mayor deberá estar dirigido a contener el brazo ejecutivo del gobierno. Este no es el caso cuando se trata de los derechos económicos y sociales. Para que un gobierno los pueda garantizar necesitará tener acceso a una gran cantidad de riqueza, una riqueza que la mayoría de los gobiernos del mundo no tienen manera de adquirir. [Cranston, 1983, p.13];

... lo único que se debe hacer para respetar los derechos civiles y políticos es aprobar y poner en práctica las leyes adecuadas. La situación es muy distinta en el caso de muchos derechos económicos, sociales y culturales... En 1951, cuando instaba a la ONU a preparar distintos instrumentos para unos y otros derechos, el representante norteamericano señalaba esa diferencia y subrayaba que "los derechos civiles y políticos son de tal naturaleza que es posible ponerlos en vigor con rapidez mediante medidas legislativas, u otras medidas, que puedan resultar necesarias. Pero en tanto los derechos económicos, sociales y culturales sean designados como 'derechos', deben ser tratados como objetivos que los Estados que adhieren al Pacto se esforzarán por [lograr] según lo determinen sus recursos". [Buerghental y Torney, 1977, pág. 64].

Art. 9 (1)). La idea de que ese derecho tiene *únicamente* una dimensión negativa, es errónea. Es verdad que una persona detenida ilegalmente debe poder hacer que cese su detención y debe poder lograr que se castigue la interferencia a su libertad e integridad, todo ello mediante la efectivización de los recursos jurídicos adecuados. Pero también es verdad que no basta con la mera existencia de una normativa pertinente. Para lograr el efecto deseado es necesario que exista un marco institucional efectivo que resulte de *políticas explícitas*, dirigidas, en primer término, a evitar las privaciones ilegítimas de la libertad y, en segundo término, a que los mecanismos legales funcionen adecuadamente (fuerzas policiales especialmente educadas y entrenadas, mecanismos de detención, prevención y castigo de los culpables, magistrados atentos a esas prácticas, directivas internas explícitas, una opinión pública adecuadamente sensibilizada, etc.). El argumento puede generalizarse: la no interferencia de las libertades de las personas y el funcionamiento óptimo de las garantías pertinentes, supone la existencia y/o la implementación de políticas, de instituciones y de mecanismos legales que involucren acciones positivas. A la inversa, existen casos de derechos económicos cuyo goce es susceptible de ser interferido, en el mismo sentido en que puede ser interferido —según el argumento— el goce de cualquiera de los derechos de la personalidad. Piénsese en la situación de alguien que goza del derecho a trabajar y se ve privado del mismo por la acción arbitraria de su empleador o por la acción de grupos que logran la extinción de su fuente de trabajo. No hay razones para no interpretar esta situación en términos similares a los que emplean los defensores del argumento cuando presentan el caso de los derechos negativos. De lo que se trata es de obtener la cesación de las acciones arbitrarias de uno u otros, garantizando así el goce del derecho.

La cuestión no pasa, pues, por distinguir derechos humanos negativos y derechos humanos positivos, y es sostener luego que los derechos de la personalidad son *todos* del primer tipo y los derechos económicos son *todos* del segundo tipo. La cuestión pasa por caracterizar adecuadamente los problemas que plantea la afectación de los derechos y la necesidad de implementar mecanismos que permitan garantizarlos. Implementar significa, por supuesto, llevar a cabo acciones positivas de implementación.

Podría argumentarse en este punto que la distinción entre los derechos negativos y los derechos positivos recoge, en realidad, una distinción entre los derechos que se tienen (que se pueden tener) efectivamente (los derechos de la personalidad) y los derechos que sería deseable tener si las circunstancias llegaran a ser favorables (los derechos económicos), y que cuando se habla de los derechos positivos se piensa en las complicadas acciones gubernamentales que tendrían que llevarse a cabo para poder garantizar su goce en una comunidad. La distinción sería, en realidad, entre

los derechos realizados (y susceptibles de ser afectados) y los derechos realizables (aunque *prima facie* no viables). Pero esta manera de plantear la distinción es errónea: supone que el mundo es tal que en él lo "normal" es gozar de los derechos civiles y verlos afectados circunstancialmente en casos individuales, y que para un número de personas lo "normal" es no gozar de una parte más o menos substancial de los derechos económicos y tener quizás expectativas acerca de su goce futuro. Un cuadro así solo describe la situación de algunos países democráticos industrializados. Pero piénsese en el caso, nada inusual en muchas partes del planeta, de un gobierno democrático que ha heredado de un régimen autoritario violaciones *sistemáticas* de los derechos civiles de sus ciudadanos y que no puede garantizar plenamente los derechos relacionados con la seguridad personal, debido a las limitaciones de su poder político real, a las actitudes autoritarias de los agentes estatales y al temor generalizado del común de la gente. Es obvio que en una situación tal, la distinción entre derechos realizados pero afectados y derechos realizables pero no viables, no tiene aplicación: no permite ubicar de un lado a los derechos de la personalidad y del otro a los derechos económicos. En todo caso, invita a categorizar los derechos de acuerdo con las dificultades (contingentes) mayores o menores que puedan existir para garantizar su goce. Adviértase que en una situación como la descrita se requiere planificar, diseñar e implementar políticas positivas que tiendan a asegurar el goce de ciertos derechos económicos de los ciudadanos. Adviértase, además, que el costo financiero de tales políticas es, a menudo, independiente de sus respectivos "contenidos", como lo es la resistencia que los grupos de poder y las estructuras sociales puedan oponer a la efectivización de mismas.⁸

En suma, el argumento de los derechos negativos y los derechos positivos no es suficiente para fundar la distinción que la concepción canónica pretende establecer entre dos tipos esencialmente diferentes de derechos humanos.

8 No es casual que la "normalidad" descrita sea un supuesto no cuestionado en la concepción canónica. Pero hay excepciones. Luego de analizar las diferencias entre proteger los derechos y las libertades civiles y proteger a los individuos contra los ingresos bajos, y de ridiculizar la posibilidad de que una Corte Suprema declare inconstitucional la pobreza. Mancur Olson [1983, p. 235] señala: Aunque la palabra 'producción' no es usada, normalmente, en las discusiones acerca de la ley y el orden, tenemos que reconocer que la ley y el orden tienen que ser producidos, que su producción exige algunos recursos y que la ley y el orden son necesarios si los derechos y las libertades humanas van a ser protegidos. En las democracias estables y avanzadas en las que hay consenso acerca de ciertas libertades básicas, el costo para producir la ley y el orden es tan pequeño que normalmente podemos no tomarlo en cuenta. En las sociedades que padecen anarquía puede costar mucho establecer la ley y el orden... el problema del Líbano muestra que el costo de la ley y el orden puede a veces ser tan elevado que se torna prohibitivo.

4. El argumento de los derechos estrictos

Otra manera de fundar la concepción canónica, es ésta:

a) si la noción de *derechos humanos* va a tener el peso teórico y práctico que merece, tiene que ser caracterizada de manera tal que su ámbito de aplicación sea estricto y restringido: no cualquier derecho puede ser un derecho humano;

b) típicamente, los derechos humanos son derechos que protegen valores de los que nadie, en ningún lugar y tiempo, puede ser privado sin que se agravie a la justicia; la importancia de los derechos humanos es suprema; su violación no puede justificarse nunca, es decir, no pueden existir excusas válidas que amparen su afectación;

c) por otra parte, es absurdo llamar derecho a algo si no tiene la posibilidad de ser gozado; consiguientemente, los derechos humanos no deben ser concebidos como meros ideales utópicos, sino como derechos protegidos por defensas jurídicas efectivas: deben ser respetados "aquí y ahora"; y su violación *tiene que ser reparada con toda efectividad*;

e) va de suyo que solo un reducido número de derechos humanos civiles satisface estos requisitos (por ejemplo, el derecho a la vida, la libertad, el derecho a un juicio justo); los derechos humanos políticos y económicos que pueblan los instrumentos internacionales no los satisfacen y no son, en consecuencia, derechos humanos en sentido estricto, aunque puedan ser considerados derechos humanos secundarios respecto de aquel reducido grupo;

f) ubicar en un mismo saco derechos de tan distinto tipo no solo es cometer un grave error conceptual, sino que es jugar a favor del desprestigio de la causa de los derechos humanos al transformarla en una lucha en pos de utopías irrealizables.⁹

Este argumento apela, de manera típica, a la estrategia del "corte definicional": define, de acuerdo con criterios propios, qué es ser un "verdadero" derecho humano, y extrae las consecuencias que son de prever. Dejando a un lado la pertinencia de la estrategia, el argumento está sujeto a algunas *críticas* directas. La tesis de que los derechos humanos "en sentido estricto" son supremos, de que sus violaciones no pueden justificarse y de que, en consecuencia, no reconocen excepciones, equivale a afirmar que son, en realidad, *derechos absolutos*. Y es dudoso que exista tal tipo de derechos. (Ni aún el derecho a la vida, que suele ser el candidato típico, lo es). En todo caso

9 Véase Cranston [1962], [1967] y [1983], y la réplica de Raphael [1967a].

hay derechos *prima facie* absolutos, lo cual implica una tesis distinta, mucho más débil.¹⁰ Por otra parte, el argumento supone una visión parcial, quizá ingenua, de las condiciones que hacen posible la vigencia de los derechos civiles. Si una condición esencial para que algo sea un derecho humano en sentido estricto es que la garantía de su goce sea efectiva, entonces existen situaciones (no solo hipotéticas, por desgracia) en las que hacer efectiva la garantía del goce de ciertos derechos civiles es tan incierto y tan difícil como conseguir garantizar el goce de ciertos derechos económicos. De tal modo, el argumento no logra dar un criterio nítido de distinción entre derechos civiles y derechos económicos. (Recuérdese la argumentación desarrollada en la sección 3). Por último, es indudable que el argumento da por resuelta —nuevamente, de manera parcial— una cuestión muy básica: la de la importancia *vital* de los derechos humanos en cuestión. Aunque haya derechos económicos de aplicación incierta, no se sigue que tengan una importancia secundaria respecto de aquellos derechos civiles que el argumento ubica en el círculo áulico. Que sean definicionalmente secundarios (concedamos el punto a los efectos de la argumentación), no implica que sean secundarios en orden a las necesidades vitales. Y esto parece ser lo relevante.

5. El argumento de los derechos genéricos y los derechos específicos

Se ha argumentado que un análisis serio de la naturaleza de los derechos humanos obliga a diferenciar los derechos genéricos de los derechos específicos. Básicamente, el argumento es éste:

a) los derechos genéricos son aquellos derechos que las personas poseen con independencia de sus lazos institucionales o de sus actos voluntarios: son derechos de las personas *qua* personas; los derechos específicos, en cambio, son los derechos que las personas tienen en virtud de sus lazos institucionales (por ejemplo, ser ciudadanos de un país) o de sus actos voluntarios (por ejemplo, convenir un contrato);

b) hay un solo derecho genérico, a saber, el derecho que todas las personas tienen de que sus acciones no sean interferidas coercitivamente; en la práctica, ese derecho general es protegido mediante la identificación de modalidades que se proponen evitar interferencias específicas; los llamados 'derechos de la personalidad' son precisamente, esas modalidades;

c) la protección contra las violaciones de los derechos genéricos vale, en un sentido importante, respecto de *todas* las personas (un corolario de

10 Véase Farrell [1980].

(a)); los derechos específicos son derechos que las personas tienen contra personas o contra grupos que son parte en las relaciones en las que esos derechos surgen; su respeto y protección son relativos a las personas involucradas;

d) de tal modo, los derechos genéricos son esencialmente distintos de los derechos específicos; va de suyo que los derechos económicos entran en esta última categoría.¹¹

Este argumento *a priori* —que también practica la técnica del corte definicional—, tampoco es aceptable. Una crítica efectiva consiste en aceptar la caracterización de 'derecho genérico', que propone, y en probar que existen al menos dos derechos que pasan el test: el derecho a la libertad personal (en el sentido definido en (a) y el derecho al bienestar personal. Los dos involucran modalidades: los derechos de la personalidad (en el caso del primero) y los *derechos básicos de la subsistencia* (en el caso del segundo).¹² El punto es que las personas tienen el mismo valor *qua* personas, y que la libertad y el bienestar tienen el mismo valor intrínseco para todas las personas. Tenemos esos derechos por ser personas y no por ser miembros de una sociedad, o ciudadanos de un Estado, o por entrar voluntariamente en una relación jurídica. En suma, *todas* las personas tienen derechos genéricos (como sostiene el argumento), pero no tienen un único derecho tal, sino dos: el derecho a la libertad personal y el derecho a la subsistencia.¹³ Hay pues derechos económicos básicos, tan básicos como los derechos de la personalidad: son los derechos de subsistencia.

6. El argumento de la necesidad histórica

Una manera distinta de fundamentar la concepción canónica consiste en dejar a un lado las estrategias de tipo conceptual discutidas hasta aquí y apuntar a circunstancias fácticas que, se supone, tornan razonable sostener la diferencia esencial entre los derechos de la personalidad y los derechos a la subsistencia. El argumento de la necesidad histórica es uno de ellos. Su contenido es el siguiente:

[a] los derechos humanos —tal como los conocemos actualmente— son la culminación histórica de las doctrinas de los filósofos políticos de los

11 Véase Hart [1955] y Cranston [1983].

12 Utilizo la expresión 'derechos de subsistencia' como sinónimo de 'derechos a ciertas condiciones mínimas para la existencia que abarcan el agua potable, comida, vestimenta y habitación adecuadas, el cuidado de la salud, la educación básica y el aire limpio'. Véase Shue [1980];

13 Véase Vlastos [1962].

siglos XVII y XVIII (Locke es el ejemplo típico); más concretamente, los derechos humanos son en el plano internacional la expresión de los ideales de la democracia política y de los principios del liberalismo individualista;

[b] para la concepción liberal individualista, tener un derecho es tener un título válido para actuar en un área en la que las demás personas y especialmente el Estado, no deben interferir; ejercer un derecho involucra ejercitar el juicio propio y actuar libre de interferencias;

[c] los derechos humanos civiles (y en las enumeraciones de los instrumentos internacionales, solo alguno de ellos) satisfacen estas condiciones, y dada la tradición histórica en la que los derechos humanos se insertan, solo a ellos cabe reconocerles la condición de derechos humanos verdaderos, auténticos; va de suyo que el resto de los derechos enumerados, particularmente los económicos, suponen una tradición distinta, en cierto sentido opuesta a la mencionada: no son pues, estrictamente hablando, derechos humanos (o, en todo caso, son derechos humanos de una categoría diferente y secundaria);

[d] no se trata, sin embargo, de defender la tradición por la tradición misma; existen además importantes razones prudenciales: considerar *verdaderos* derechos humanos a *todos* los derechos incluidos en las generosas nóminas de los instrumentos internacionales, solo puede producir confusión conceptual e ideológica; únicamente en el ámbito de los derechos civiles—los derechos del liberalismo individualista—pueden hallar fundamento una concepción adecuada de los derechos humanos y las políticas necesarias para su efectivización.

Este argumento juega un papel especial en la fundamentación de la concepción canónica. Exhibe con claridad sus presuposiciones ideológicas e introduce un factor—la tradición histórica—que la teoría y la práctica de los derechos humanos deben tomar en cuenta. Pero el argumento, como tal, no suele ser formulado de manera explícita: está presupuesto en algunas de las disquisiciones históricas que adornan la teoría de los derechos humanos y, por cierto, es el factor motivador del resto de los argumentos que dan fundamento a la concepción canónica. Es bueno advertir que el argumento de la tradición histórica equivale, estrictamente, a extrapolar una propuesta normativa (cómo deben ser analizados ciertos aspectos del actual fenómeno de los derechos humanos) a partir de una explicación genética (cómo se ha producido [qué factores han generado] el fenómeno de los derechos humanos). La generalización de esta técnica—algo que los defensores del argumento deberían aceptar—no es precisamente una consecuencia feliz del argumento. Además—y como pura cuestión histórica—, es dudoso que los derechos naturales (en las teorías filosóficas de los siglos XVII y XVIII) y los

derechos civiles y políticos (en los textos constitucionales de finales de siglo XVIII, y del siglo XIX) hayan sido concebidos exclusivamente como derechos negativos. Es dudoso, en consecuencia, que hayamos tenido que esperar hasta la segunda década del siglo XX para ver aparecer los derechos humanos "positivos".

Pero, nuevamente, no es necesario que me involucre en la discusión de estos temas subyacentes. A los efectos de mi argumentación lo que interesa es determinar si el argumento de la tradición histórica puede fundamentar la existencia de una diferencia esencial entre los derechos civiles y los derechos económicos. Y la respuesta es negativa.

En primer lugar, si de reconocer tradiciones históricas se trata, los derechos humanos (tal como se dan en nuestros tiempos) son asignables al menos a dos tradiciones que, en tanto tales, se encuentran en un pie de igualdad: una, encarnada en la tradición liberal individualista, y otra, encarnada en la tradición comunitarista (liberal o no). Argumentar que tiene primacía porque los derechos humanos son, por esencia, derechos propios de la tradición liberal individualista, resulta circular.

En segundo lugar, —y este es el argumento básico—, existe el *fenómeno de los derechos humanos*, es decir, un fenómeno cuya historia comenzó con la constitución de las Naciones Unidas, siguió con la formulación de la *Declaración Universal*, de los dos Pactos Internacionales y de más de cincuenta convenciones internacionales, y culminó con la constitución de un complejo orden internacional (formal y no formal) de protección de los derechos humanos. El fenómeno de los derechos humanos involucra una concepción global novedosa de carácter institucional, productora de un orden legal, político y conceptual propio, y como tal posee historia y tradiciones propias. No es que carezca de antecedentes históricos. Lo que ocurre es que, en tanto tales, son solo eso, antecedentes, es decir, eventos importantes que pertenecen a su pre-historia. Son el trasfondo relevante pero contingente del orden actual.¹⁴ En suma, el argumento de la tradición histórica no solo no prueba lo que se propone probar, sino que resulta en sí mismo irrelevante frente al fenómeno de los derechos humanos.

7. El argumento de la impracticabilidad y la no justiciabilidad

Otro argumento fáctico, de empleo frecuente, enfatiza las dificultades que afectan a la implementación de los derechos de la subsistencia y/o señala la imposibilidad de que puedan generar garantías justiciables. El

14 Véase Rabossi [1990] y [1991].

planteo es complejo e importante. Se lo puede esquematizar en los siguientes términos:

[a] pese a estar estipulados en los instrumentos legales internacionales y a menudo en los textos constitucionales, los derechos a la subsistencia pertenecen al mundo de las declaraciones bien intencionadas, de los programas optimistas y de las utopías; su implementación requiere que existan condiciones fácticas adecuadas que permitan diseñar e implementar las políticas pertinentes; se trata de una situación contingente que no suele ser frecuente; la garantía futura de los derechos implementados dependerá, por supuesto, de que esas condiciones adecuadas persistan;

[b] en consecuencia, cuando la situación de un país hace imposible garantizar su goce, no tiene sentido hablar de *violaciones* de los derechos a la subsistencia: deber implica *poder*, de ahí que no pueda hablarse seriamente en estos casos de una responsabilidad internacional de los Estados, en el mismo sentido en que puede hablarse de su responsabilidad internacional por las eventuales violaciones de los derechos de la personalidad.

[a] y [b] apuntan a la impracticabilidad *prima facie* de los derechos a la subsistencia, pero por lo general esas tesis se complementan con una argumentación en favor de la no justiciabilidad:

[c] la posesión de un derecho y, *a fortiori*, la posesión de un derecho humano, no solo implica su estipulación legal, sino también que el titular cuente con mecanismos apropiados para garantizar su goce; esto supone la existencia de defensas legales adecuadas, la posibilidad de ejercitarlas ante los órganos jurisdiccionales competentes y que éstos estén en condiciones de hacer valer sus decisiones;

[d] nada de esto es concebible respecto de los derechos humanos relativos a la esfera económica; ¿cómo podría un juez condenar al Estado a proveer trabajo o un salario digno o proteger la salud de sus habitantes?, ¿en qué podría consistir la ejecución de una sentencia tal? Y aun cuando fuera posible, ¿es aceptable un proceder tal?, ¿no involucraría una obvia interferencia con las facultades que competen de manera exclusiva al poder ejecutivo o al poder legislativo?, ¿no produciría una intromisión indebida en los mecanismos democráticos?¹⁵

Este complejo argumento merece una atención especial. Adviértase, en primer lugar, que supone la distinción entre derechos positivos y derechos negativos que he discutido en la Sección 3 (ténganse presentes, por supues-

15 Véase Laporta [1988].

to, las críticas allí formuladas). Además, el argumento presupone que ciertos problemas económicos y sociales graves son, en realidad, "costos" secundarios inevitables de las políticas económico-sociales implementadas (el valor de tales políticas —se piensa— hay que medirlo en términos técnicos y financieros). El argumento también presupone que normalidad/anormalidad son variantes que solo se pueden dar en el plano político-institucional (no en el plano económico-social) y que las violaciones sistemáticas únicamente pueden afectar a los derechos de la personalidad (no a los derechos a la subsistencia) (recuérdese la argumentación presentada también en la sección 3). Por cierto que ninguno de estos supuestos es válido.

Pero hay más. Es común discutir estos temas apelando a un discurso global acerca de los derechos humanos económicos que omite distinguir las distintas especies de derechos involucrados. He aquí una categorización provisoria posible:

- libertades (la libertad de asociación gremial, la libertad de trabajar, el derecho de huelga);
- derechos a prestaciones: de bienes (vivienda), de servicios (educación, sanidad), de compensaciones económicas (salarios, jubilaciones);
- derechos a transferencias compensatorias (pensiones, protección a minusválidos, seguro de desempleo);
- derechos a "posiciones" legales (derecho al trabajo);
- derechos a "bienes públicos" (al medio ambiente, al nivel de vida).¹⁶

Es obvio que estas distinciones son importantes para discutir seriamente la practicabilidad de los derechos económicos: no todos son del mismo tipo; no todos presentan las mismas dificultades de implementación; no todos tienen el mismo grado de urgencia ni el mismo defecto de realización (dicho sea de paso, lo mismo vale para los derechos civiles: es necesario categorizarlos, y también es necesario medir con rigor su realización en los distintos estratos de la sociedad).

16 Véase Laporta [1988]. Desde otro ángulo, Nikken [1991] clasifica "los derechos protegidos en el Protocolo de San Salvador y, quizá, también por el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en: derechos laborales (derecho al trabajo, a condiciones justas y equitativas), derechos relacionados con la subsistencia (derechos a la alimentación a la salud, a un ambiente sano, a la seguridad social), derechos culturales (derecho a la educación), derechos relativos a la protección de ciertas categorías o sectores (familia, maternidad, niñez, minusválidos, etc.)

El discurso globalizante también se practica en relación con la no justiciabilidad. Y es importante, nuevamente, formular algunas distinciones básicas. No es lo mismo, por ejemplo, el peso social y político de una demanda individual que el de una pluralidad de demandas que testimonian una deficiencia esencial en el goce de cierto derecho. No es lo mismo, digamos, el peso de un recurso de *hábeas corpus* para conocer el paradero de una persona que una presentación masiva de reclamos acerca del paradero de cientos y cientos de personas. Consiguientemente, la evaluación y la actitud de los jueces en uno y otro caso, no es (no debería ser) la misma. Es cierto que existe la opinión extendida de que no compete a los jueces "valorar... situaciones cuyo gobierno no le está encomendado". Esta histórica frase está extraída de "Pérez de Smith, Ana M. y otro" (CSJN, Fallos, 300:1282), y expresa de manera paradigmática tal tipo de opinión. Los casos traídos a conocimiento de la Corte Suprema argentina mostraban, sin lugar a dudas, la existencia de una violación sistemática de los derechos de la personalidad, como consecuencia de una política avalada (por acción u omisión) por los poderes públicos. Afirmar que los magistrados no estaban "en condiciones de remediar [la privación de justicia]" y limitarse a "ponerla en conocimiento del Poder Ejecutivo Nacional" fue, en el mejor de los casos, una distracción moral, política y jurídica imperdonable: los magistrados contaban (y cuentan) con facultades investigativas que, una vez completadas, podían (pueden) fundar decisiones judiciales que suplieran (suplean) las acciones/omisiones injustificadas (injustificables) del Poder Ejecutivo. Piénsese ahora en este caso: en la Argentina mueren anualmente, por falta de atención médica adecuada, un número de niños que es mayor que el número de personas desaparecidas durante todos los años del proceso (y, en consecuencia, mucho mayor que los casos reunidos en "Pérez de Smith"). Existen políticas posibles (tanto en lo técnico como en lo financiero) que podrían evitar esa mortandad. Existe, pues, una omisión por parte de los órganos gubernamentales. ¿Por qué no es pensable un caso a la manera de "Pérez de Smith"? ¿Por qué excluimos la posibilidad de que magistrados menos distraídos dispongan las investigaciones pertinentes, y diseñen y ordenen medidas que permitan detener el flagelo?

Una manera complementaria de atacar el problema podría consistir en presentar ante los organismos internacionales competentes casos de violaciones de los derechos a la subsistencia que resultarán ser una consecuencia *necesaria* de aplicar ciertas políticas y/o de omitir el diseño y la implementación de medidas adecuadas de protección. Esas presentaciones estarían en un pie de igualdad con la presentación de los casos de violaciones de los derechos de la personalidad que son, a su vez, una consecuencia *necesaria* de ciertas políticas de control cívico-social y que suponen la omisión culpable de control por parte de los órganos jurisdiccionales y políticos competentes. ¿Qué diferencia esencial hay entre una y otra situación? ¿Por qué no podemos "ver" en situaciones como la mencionada, una verdadera

violación de los derechos humanos? Creo que las trabas conceptuales y los prejuicios ideológicos que subyacen a la concepción canónica dan la clave para responder a estas preguntas.

Un último punto es éste. Así como cabe distinguir el peso social y político de una demanda individual del peso social y político de una pluralidad de demandas (y consiguientemente, la actitud deseable de los jueces en uno y otro caso), cabe distinguir el caso de los derechos a la subsistencia (y, en general, de los derechos económicos) que están protegidos normativamente de manera específica, del caso de los que no lo están. La primera hipótesis no ofrece problemas. Y cuando las normas no son respetadas de manera sistemática, los tribunales pueden y suelen actuar de manera adecuada. (Recuérdese, en la Argentina, las numerosas condenas judiciales al Estado por no abonar ciertos porcentuales jubilatorios; en los Estados Unidos, las decisiones de la Corte Suprema en los casos *Brown*, etc). La segunda hipótesis —la no existencia de una normativa específica— plantea el problema de la enunciación operativa o programática de los derechos incluidos en la normativa internacional y constitucional. No puedo entrar en el análisis detallado de esta cuestión. Solo señalaré que la justiciabilidad de casos *prima facie* programáticos ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC-7/86, Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la *Convención Americana de Derechos Humanos*) y, recientemente, por la Corte Suprema argentina en el caso "Ekmekdjian, Miguel Angel V. Sofovich, Gerardo y otros" (JA, No. 5787).

En suma, el argumento de la impracticabilidad y la no justiciabilidad dista de tener la contundencia que sus defensores le atribuyen: hay razones de peso que aconsejan morigerarlo en varios puntos cruciales. Esta es la conclusión mínima a la que pretendo arribar con los comentarios críticos anteriores.

8. El argumento de la autoridad de los textos internacionales

El núcleo de este argumento puede exponerse así:

[a] los Pactos Internacionales sancionan la división de dos tipos de derechos humanos: los derechos civiles y los derechos económicos, y estipulan diferencias en cuanto a las obligaciones de los Estados y a los mecanismos de protección;

[b] la diferencia está legitimada por el orden jurídico positivo internacional, y ese orden debe ser respetado;

[c] las construcciones conceptuales y las argumentaciones pro/contra poseen sin duda interés teórico, pero al margen de ellas existe un hecho jurídico indudable: la diferencia concreta establecida entre uno y otro tipo de derechos; no puede negarse, en consecuencia, que existen dos tipos distintos de derechos humanos.

Este argumento plantea una dificultad especial para quienes consideramos que los derechos humanos —existen en un sentido estricto de 'existir'— solo a partir de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y de los eventos que la sucedieron.

Pero, en realidad, se trata de un argumento fácilmente refutable. En los instrumentos internacionales tenemos que distinguir la estipulación de los derechos y la formalización de los mecanismos de protección. Es decir, hay que distinguir la parte dogmática (para utilizar una terminología cara a los constitucionalistas), de la parte procedimental. Mientras que la primera consagra derechos, la segunda estipula mecanismos que, por hipótesis, son perfeccionables. Tómese, a modo de ejemplo, el caso del PCP y de los mecanismos de protección que estipula. Con el correr del tiempo, resultó obvio que ciertas situaciones extremas de violación de los derechos consagrados requería la implementación de mecanismos adicionales. La Resolución 1503 de mayo de 1977, que implicó cambios substanciales en el procedimiento por seguir en el caso de denuncias individuales, es un ejemplo de mecanismo novedoso. Posteriormente, y dados los efectos poco satisfactorios del procedimiento en los casos de violaciones sistemáticas, se introdujo otra novedad: la designación de expertos independientes y de grupos *ad hoc* para examinar la situación de aquellos países en los que, *prima facie*, podían existir violaciones sistemáticas. No hay, pues, razones para pensar que el derecho positivo internacional, en su parte procedimental, esté sujeto a condiciones inamovibles. En consecuencia, es perfectamente posible, al menos en principio, cambiar un sistema de protección consagrado positivamente, por otro que resulte ser más efectivo. Ese es, precisamente, el caso que debería darse respecto de los derechos básicos a la subsistencia.¹⁷

9. Algunas consecuencias de la etapa crítica

Tanto la presentación de los argumentos como mis críticas poseen un carácter sumamente esquemático. Es obvio que solo diseñan estrategias argumentativas en lugar de ofrecer argumentaciones completas y acaba-

17 Nikken [1991, pp. 19-20] formula interesantes observaciones acerca de la técnica que sigue la Carta Social Europea respecto del compromiso que asumen los Estados Partes de garantizar la vigencia de los derechos económico-sociales, y la técnica tradicional implícita en el Protocolo de San Salvador.

das. Pero a los efectos de la tesis que quiero probar, ese proceder es suficiente. Si mis críticas son correctas —y creo firmemente que lo son—, creo haber probado que no hay razones para pensar que existan diferencias esenciales de carácter conceptual o de carácter fáctico entre los derechos de la personalidad y los derechos a la subsistencia. Creo haber mostrado, además, que en un sentido estricto de 'violación de los derechos humanos', puede haber violaciones puntuales o sistemáticas tanto de unos derechos como de otros.

La consecuencia inmediata de estas conclusiones es negativa: la concepción canónica carece del fundamento que las "fuentes" tradicionales han pretendido brindarle, y el estereotipo que la acompaña —como todo estereotipo— reconoce motivaciones ideológicas, o es el producto de una típica inercia conceptual, o ambas cosas a la vez.

Pero, ¿puede extraerse de esas conclusiones alguna tesis positiva? Sentado que la concepción canónica carece de fundamentos adecuados, ¿cuáles son los rasgos de la concepción "no canónica" —digamos así— que vendría a sustituirla? ¿Y es de desear tal sustitución? Dejar a un lado a la concepción canónica —puede argumentarse— conduce a una "explosión" de derechos humanos viables y, por consiguiente, a una multiplicación irresponsable de denuncias de "violaciones" de tales derechos. La normativa internacional ha extendido en demasía la expresión 'derecho' y sus listas incluyen derechos humanos de difícil conceptualización e implementación. El enfoque restrictivo de este problema es uno de los rasgos más elogiados de la concepción canónica, y no se ve de qué manera se lo podría salvar cuando se la abandona.

La respuesta a este argumento es que nada hay en mi argumentación que implique favorecer extensiones irresponsables de "derechos viables" ni de eventuales violaciones. En realidad —y paso ahora a responder muy sucintamente a la pregunta por las tesis positivas de mi argumentación—, corresponde distinguir entre los *derechos humanos básicos* y los derechos humanos que no lo son. La distinción tiene asidero en los textos internacionales. Y una posible elaboración del concepto es la siguiente.¹⁸ Un derecho humano es básico si su goce posee la propiedad de *ser necesario para el goce de todos los demás derechos*. Pero hay un número (limitado) de *derechos humanos básicos* que, en tanto componentes de ese grupo, poseen además la propiedad de *ser necesario para el goce de los demás derechos básicos*. Esto equivale a afirmar que es el goce de *todos* los derechos básicos lo realmente necesario para el goce de cualquier derecho. Si se aplica esta caracterización

18 Véase Shue [1980, pp. 18-20]. En Bandman [1978] se formula una propuesta diferente que arriba a conclusiones similares.

a las listas de derechos humanos, el grupo de derechos básicos incluye los que he denominado 'derechos de la personalidad' (seguridad física y psíquica y libertades esenciales) y derechos a la subsistencia (condiciones mínimas de existencia, *ver nota 10*). Este núcleo es indivisible y respecto de él tienen que existir deberes domésticos e internacionales de los Estados, deberes de la comunidad internacional y deberes individuales.¹⁹ Adviértase que no sostengo meramente —como se ha vuelto habitual— que los derechos humanos civiles y económicos estén interrelacionados. Sostengo algo mucho más fuerte: que hay un núcleo *indivisible* de derechos humanos básicos constituido por los derechos de la personalidad y los derechos a la subsistencia. Que ese núcleo presente un "lado" civil y un "lado" económico es, por lo demás, previsible.

10. Estrategias posibles

Una cosa es argumentar racionalmente y arribar a una conclusión, y otra muy distinta es lograr que esa conclusión influya, de alguna manera, en la realidad. Mostrar que la concepción canónica carece de fundamentos firmes y que el estereotipo asociado es falso, no implica que dejen de seguir teniendo vigencia en la manera corriente de visualizar los derechos humanos y sus violaciones. La pregunta es, pues, ¿qué estrategias adecuadas pueden ayudar a cambiar ese estado de cosas?

Es importante advertir, en primer lugar, que las Naciones Unidas no han ignorado estas cuestiones. En lo que hace a la división de los derechos civiles y los derechos económicos, la *Declaración de Teherán* estableció en 1968,

La realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos sociales y culturales, es imposible. (Par. 13)

Y la Resolución 32/130 de 1977 afirmó,

Todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración tanto a la aplicación, la promoción y la protección de los derechos civiles y políticos como a la de los derechos económicos, sociales y culturales.

En cuanto al estudio de problemas concretos y a la búsqueda de soluciones, las Naciones Unidas han realizado una extensa actividad. En 1961 declararon el Primer Decenio para el Desarrollo y desde entonces el tema ha estado en su agenda. La labor de expertos y de comisiones *ad hoc*, las

19 Véase Alston [1984].

conferencias mundiales, los planes de cooperación técnica, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, el Consejo Mundial de la Alimentación, la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial y, por supuesto, la labor del Consejo Económico y Social y de organismos vinculados a las Naciones Unidas (como la Organización Internacional del Trabajo), dan testimonio de una preocupación seria. Además, la *Declaración sobre el Progreso Social y el Desarrollo* (1969), la *Declaración sobre la Erradicación del Hambre y la Desnutrición* (1974), la *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados* (1974) y más recientemente, la *Declaración del Derecho al Desarrollo* (1984), son hitos en un lento, pero progresivo avance en la visualización de los problemas, en su conceptualización y en el diseño de políticas adecuadas.²⁰ Paradójicamente (o no), estos temas han formado parte de la agenda de la Organización de los Estados Americanos en una medida muchísimo menor.²¹

Pero el *tema crítico* de este: la labor de los órganos internacionales y nacionales está necesariamente limitada por diversos factores (la enorme dificultad de los problemas involucrados es uno, la resistencia de los Estados a cambiar sus políticas domésticas e internacionales, es otro) que no pueden superarse sin el "apoyo" de una conciencia generalizada acerca de la gravedad y magnitud de los problemas que plantea la vigencia de los derechos económicos en general y los derechos a la subsistencia en especial. Que esa conciencia no existe se ve en la tajante diferencia que tendemos a trazar entre las violaciones de los derechos de la personalidad y las violaciones de los derechos a la subsistencia.

En distintos países, la tortura, la desaparición de personas, la prisión y el asesinato de opositores políticos, la limitación o negación de las libertades básicas, han sido o son moneda corriente. Hemos visto cómo los gobiernos autoritarios intentan ocultar esas prácticas detestables y sabemos que una vez que son puestas en evidencia, se las trata de "justificar", minimizándolas o considerándolas consecuencias inevitables de ciertas situaciones de violencia. La firme acción de reclamo y de denuncia de los familiares de las víctimas y de los organismos no gubernamentales (nacionales e internacionales) han impulsado las constataciones y decisiones condenatorias de los órganos jurisdiccionales (universales, regionales y, a veces, nacionales). El sistema de control es imperfecto, los mecanismos de recepción y de cons-

20 Véase Naciones Unidas [1986b].

21 El Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha incluido en su agenda, desde hace algún tiempo, el tema de los derechos económico-sociales y temas directamente conectados con él, como el del desarrollo y el de la reforma del Estado. Véase especialmente IIDH [1991], y en lo que hace a los temas del presente trabajo, las contribuciones de Ordóñez y de Nikken.

tación de denuncias son lentos y tienden a ser burocráticos y las políticas que se implementan no son plenamente satisfactorias. La necesidad de mejorar el sistema es evidente. Pero, sea como fuere, existe la conciencia generalizada de que esas violaciones deben ser denunciadas y, de alguna manera, reparadas. Que las violaciones a los derechos de la personalidad son jurídica y moralmente inadmisibles, que deben ser controladas y erradicadas, es una convicción que forma parte de la conciencia actual de la humanidad.

La actitud es distinta cuando se trata de violaciones a los derechos básicos de subsistencia. ¿Por qué, por ejemplo, no existe una Amnesty Internacional que registre y denuncie las violaciones correspondientes, cuando la "materia prima" que proporciona nuestra "civilización" es nutrida, impresionante y lamentable? Considérense los siguientes datos extraídos del *Estado de la Población Mundial-1992*:

- la población mundial actual es de alrededor de 5.500 millones de personas, de las cuales casi 1.200 millones viven en un estado crónico de pobreza: padecen de desnutrición, la tasa de mortalidad infantil es elevada, carecen de sistemas de agua corriente y de servicios sanitarios, carecen de protección médica, son analfabetos y carecen de vivienda; es decir, que un quinto de la población mundial vive en el límite de supervivencia;
- si bien en los últimos quince años los ingresos per cápita aumentaron un 2,5% anual en los países en desarrollo (mayor al 2,4% anual de los países desarrollados), es decir, si bien disminuyó proporcionalmente el número de pobres, aumentó su número relativo, debido al crecimiento poblacional: en Africa aumentó de 166 a 273 millones, en Asia de 663 a 735 millones, en América Latina de 144 a 207 millones;
- algo similar ocurrió con la nutrición y la alfabetización; mientras que el consumo de calorías y de proteínas por persona y la oferta educacional aumentaron proporcionalmente, el número de personas infraalimentadas y analfabetas aumentó de manera alarmante (por ejemplo, en Africa el número de personas que padece crónicamente de hambre aumentó en 52 millones, en Asia el número se incrementó en 10 millones y en América Latina en 4 millones); 20 millones de personas mueren anualmente por causas relacionadas con la falta de alimentación adecuada (el promedio es de 55.000 personas por día);
- la vivienda sufrió deterioros similares: en la década de los ochentas, 62 de cada 100 nuevas familias en los países en desarrollo tuvieron que habitar viviendas precarias en villas-miseria, favelas, ciudades nuevas, etc.;

- datos similares corresponden a otras necesidades básicas de subsistencia.²²

¿Por qué conceptualizamos esas situaciones, que obviamente involucran la afectación de derechos humanos, de manera distinta a como conceptualizamos las violaciones de los derechos civiles y, aun, de los derechos políticos? La respuesta está dada, implícitamente, en las secciones anteriores: la división de tipos distintos de derechos humanos consagrada en los Pactos Internacionales, más la manera diferente de protegerlos, más una elaboración conceptual impropia e ideológicamente sesgada, han tenido como efecto ubicar a esos problemas en un plano distinto, secundario, y lograr que sean considerados consecuencias inevitables de ciertos arreglos mundanos, tal como los terremotos y tifones son consecuencias inevitables de ciertos arreglos de la naturaleza. Que se trata, en realidad, de efectos sistémicos de decisiones humanas, tan concretos como las persecuciones que producen los Estados-gendarme, por ejemplo, es algo que parece estar fuera de lo admisible para una parte substancial de la humanidad.

¿Cómo cambiar esa actitud? ¿Qué estrategia seguir? Una parte de la respuesta es ésta: se trata de una tarea que debe competir, de manera prominente, a las organizaciones no gubernamentales y a los teóricos y expertos en derechos humanos. Es cierto que garantizar la vigencia de los derechos a la subsistencia constituye un problema complejo: el ámbito de tales derechos dista de ser uniforme; si bien es posible especificar parámetros objetivos para medir las necesidades humanas e identificar distintas políticas que podrían producir resultados deseables, la implementación de políticas a escala nacional es difícil; existe el problema adicional de un orden económico mundial cerrado que condiciona las posibilidades efectivas de cada país, etc. Pero adviértase que, en la mayoría de los casos, la complejidad y las dificultades no son mayores que las que se enfrenta, por ejemplo, cuando se trata de que cesen las violaciones sistemáticas a los derechos de la personalidad y/o se los pueda proteger a manera adecuada.

En suma, hay dos tareas que pueden ayudar a producir un cambio substancial en este complejo panorama: la primera consiste en formar una conciencia general esclarecida acerca de la magnitud de las violaciones de los derechos a la subsistencia y de las posibilidades reales de combatirlas; la segunda consiste en formular conceptualizaciones adecuadas de los derechos humanos. La primera compete a las organizaciones no gubernamentales; la segunda, a los teóricos y expertos. La lucha por la vigencia de los derechos civiles ha contado y cuenta con actores eficientes en ambos

"roles". No hay razones para que no puedan jugar un papel similar respecto de los derechos a la subsistencia.

INDICE

Referencias bibliográficas

- Alston, P. [1984], *"International law and the right to food"*, en Claude, R. y Weston, B. [1989], pp. 142-150.
- Bandman, B. [1978], *"Option rights and subsistence rights"*, en Bandman E. y B. (comps) *Bioethics and Human Rights*, Boston, Little, Brown & Co., pp. 51-61.
- Beitz, Ch. [1979], *"Human rights and social justice"*, en Brown P. y Maclean, D [1979].
- Bloed, A. y van Dijk, P. (comps) [1985], *Essays on Human Rights in the Helsinki Process*, Boston, Kluever.
- Brown, P. y Maclean, D. (comps.) [1979], *Human Rights and U.S. Policy*, Lexington, Lexington Books.
- Buergenthal, T. y Torney, J. [1977], *Los derechos humanos. Una nueva conciencia internacional*, Buenos Aires, EDA.
- Claude, R. y Weston, B. (comps.) [1989], *Human Rights in the World Community*, Philadelphia, University of Philadelphia Press.
- Cranston, M. [1962], *What are Human Rights?*, Nueva York, Basic Books.
- Cranston, M. [1967] *"Human rights, real and supposed"*, en Raphael, [1967b], pp. 43-53.
- Cranston, M. [1983], *"Are there any human rights?"*, *Daedalus*, 112, págs. 1-17.
- Farrell, M. [1980], *"Acerca de las obligaciones prima facie, en Derecho, moral y política"*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, pp. 17-40.
- FUNAP, [1992], *Estado de la población mundial - 1992*, Nueva York, Naciones Unidas.

- Green, J. [1977], "*Changing Approaches to Human Rights: The United Nations, 1954 and 1974*", *Texas International Law Journal*, 12, pp. 223-228.
- Gros Espiell, H. [1988], *Estudios sobre derechos humanos*, Madrid, Civitas.
- Hart, H. [1955]. "*Are there any natural rights?*", *Philosophical Review*, 64, págs. 174-191.
- IIDH [1991], *Derechos económicos y desarrollo en América Latina*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Laporta, F. [1988], "*Sobre la protección constitucional de los derechos sociales*", en *Elementos para una reforma de la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Consejo para la Consolidación de la Democracia, pp. 165-174.
- Laqueur, W. y Rubin B. (comps.) [1979], *The Human Rights Reader*, Nueva York, New American Library.
- Naciones Unidas [1986a], *Derechos humanos*. Recopilación de instrumentos internacionales, Nueva York, Naciones Unidas.
- Nikken, P. [1991], "*El régimen jurídico de protección de los derechos económicos, sociales y culturales*", en IIDH, 1991, págs. 16-26.
- Olson, M. [1983], "*A less ideological way of deciding how much should be given to the poor*", *Daedalus*, 112, pp. 217-236.
- Ordóñez, J. [1991], "*Prólogo*", en IIDH, 1991, págs. 7-12.
- Rabossi, E. [1987], *La carta internacional de derechos humanos*, Buenos Aires, EUDEBA.
- Rabossi, E. [1990], "*La teoría de los derechos humanos naturalizada*", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, No. 5, págs. 159-175.
- Rabossi, E. [1991], "*El fenómeno de los derechos humanos y la posibilidad de un nuevo paradigma teórico*", en D. Sobrevilla (comp.), *El derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI, 1991, pp. 198-221.
- Raphael, D. [1967a], "*Human Rights, Old and New*", en Raphael, D. [1967b], pp. 54-67.
- Raphael, D. [1967b], "*Political Theory and the Rights of Man*", Londres MacMillan (ed.) comp.).

- Roosevelt, F.D. [1944], "*Economic bill of rights*", en Laqueur y Rubin, 1989, págs. 313-314.
- Rubin, B.M. y Spiro, E.P. (comps.) [1979], *Human Rights and U.S. Foreign Policy*, Boulder, Co., Westview Press.
- Schoultz, L. [1981], *Human Rights and United States Policy toward Latin America*, Princeton, PUP.
- Schwelb, E [1964], *Human Rights and the International Community*, Chicago, Quadrangle Books.
- Shue, H. [1980], *Basic Rights*, Princeton, PUP.
- Sohn, L. [1968], "*A short history of the United Nations documents on human rights*", en United Nations and Human Rights, Nueva York, CEOP.
- Vance, C. [1977], "*Law Day speech on human rights and foreign policy*", en Laqueur y Rubin, 1989, 343-349.
- Vasak, K. [1984], *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, 3 vols., Barcelona, Serbal.
- Vlastos, G. [1962], "*Justice and equality*", en R. Brandt (comp.) *Social Justice*, Englewood Cliffs, Prentice Hall.

INDICE

