

# CONTROL INTERNACIONAL DE LEGALIDAD. JURISPRUDENCIA EN DERECHOS HUMANOS

por

*Fernando Urioste Braga*

## Sumario

I. Introducción: Una aproximación a los temas. II. Responsabilidad internacional por hechos ilícitos. III. Elementos de la responsabilidad. A) Su desarrollo en la Comisión de Derecho Internacional (CDI). B) "Tempus comissi delictum". C) Contenido de la obligación internacional. IV. Control del acto legislativo en el sistema interamericano. A) En la jurisprudencia de la Corte de DDHH en su competencia contenciosa. B) En la jurisprudencia de la Corte de DDHH en su competencia consultiva. C) En la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de DDHH. V. Control del acto legislativo en la jurisprudencia del Comité de DDHH (Pacto de Derechos Civiles y Políticos). A) En la jurisprudencia del Protocolo Facultativo. B) En la jurisprudencia de los informes de los Estados. VI. El control internacional de compatibilidad de las reservas a los Convenios de DDHH. A) Las reservas y los Convenios de DDHH. B) Las reservas en la Convención Europea. C) Las reservas en las Convenciones de Genocidio y Eliminación de la Discriminación Racial. D) Las reservas en la Convención Americana. E) Las reservas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. VI. Observaciones finales.

## I INTRODUCCION: UNA APROXIMACION A LOS TEMAS

1. Me propongo averiguar el funcionamiento del control internacional de legalidad establecido por las diferentes Convenciones internacionales de derechos humanos, que organizan la protección de los derechos desde el ámbito internacional: la Convención Americana de Derechos Humanos y todo el sistema interamericano de los derechos humanos; el Pacto de derechos civiles y políticos y su Protocolo Facultativo. En estos casos se tratará de establecer, a través de un seguimiento de fallos o de recomendaciones que se relacionan a la conducta ilícita de los Estados, manifestada en leyes internas -incluso Constituciones - o proyectos de ley.

Se trata de casos que generan responsabilidad internacional por violación de las obligaciones sobre los derechos humanos por actos legislativos. De esta manera quedan fuera del examen previsto, los casos de responsabilidad por, hecho u omisión - excepto la omisión de dictar una ley con determinado contenido- imputable al Estado que trae como consecuencia su responsabilidad y cuyo daño no deriva directamente del acto legislativo o de su aplicación.

Cuando hablamos de acto legislativo o de ley, está referido a la ley formal de acuerdo con nuestra Constitución. La garantía de la ley es fundamental para los derechos humanos en

cuanto solo mediante este acto pueden reglamentarse e incluso restringirse, por razones de interés general (artículo 7 y 32 de la Constitución del Uruguay). En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (1).

En el sistema interamericano, veremos el planteo de estos temas ante la Corte Interamericana, en su competencia contenciosa y en la consultiva. También algunos de los casos presentados y resueltos por la Comisión Interamericana. Las decisiones de estos órganos tienen diversa fuerza vinculante y salvo las sentencias de la Corte, las Resoluciones de la Comisión y sus Recomendaciones, como las Opiniones Consultivas de la Corte, no son obligatorias.

El carácter no vinculante es también la característica de las decisiones finales - Observaciones - del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que actúa en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, tanto en el régimen general de los informes como en el contencioso de denuncias individuales previsto en su Protocolo Facultativo. En estos casos la resolución final del sistema, no tiene carácter obligatorio y son meras recomendaciones. No obstante, el órgano internacional realiza un riguroso seguimiento de sus recomendaciones en las denuncias individuales y los Estados tienen la obligación de actuar de buena fe y dar cuenta si la han cumplido. En caso contrario deben explicar por qué no lo han hecho.

2. Cuando un Estado Parte dicta una ley que manifiestamente o no, viola las obligaciones convencionales que ese Estado ha contraído, resulta decisivo determinar cuáles son los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por los órganos internacionales de control que constatan ese incumplimiento. Este aspecto fundamental no está regulado expresamente por ninguna de las convenciones mencionadas. Se tratará entonces de armonizar los principios generales con el caso concreto.

Habrá que revisar cuales son las consecuencias en la práctica de los Estados, respecto a las obligaciones internacionales que debe cumplir el Estado y que son independientes de la obligatoriedad de la decisión del órgano internacional.

Según el artículo 1 de la Convención americana, "los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción".

En ocasión de dictar sentencia en el caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988 (2), la Corte Interamericana dijo:

"Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes con relación a cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención".

Según el artículo 2. "Los Estados asumen la obligación de 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".

---

(1) Secretaría de la Corte. San José de Costa Rica. 1986

(2) Caso Velázquez Rodríguez. sentencia. P.162

En ocasión de fundamentar su dictamen en la Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, sobre "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos", la Corte Interamericana dijo:

"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" (3).

De modo similar, el artículo 2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos expresa: "1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio los derechos reconocidos en el presente..." y en su inciso 2, "Cada Estado se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter".

3. La regulación de estos casos encuentra en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, una norma fundamental para el Derecho Internacional. Se trata de una disposición que tiene su origen en la costumbre internacional y que la Convención, como en otros casos, ha recogido. Según dispone: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

De esta manera se consagra la jerarquía superior de la norma internacional sobre las normas de derecho interno, cualesquiera sea su naturaleza. Esto es, vale tanto para las normas de jerarquía constitucional como para las leyes.

En el caso concreto que se trate, su instrumentación tendrá que tener en cuenta los efectos derivados del carácter obligatorio o de meras recomendaciones, de las sentencias o resoluciones.

Esta decisión del órgano internacional si es vinculante establece una nueva obligación para el Estado, por ejemplo, la de cumplir la sentencia. Pero esto sin perjuicio de la existencia de la primera obligación internacional que contradice el acto del Estado.

El incumplimiento de una recomendación u observación del órgano internacional de control, no genera responsabilidad. No obstante, estimo que este carácter no es decisivo para que se pueda concluir de ello, que un sistema deja de ser eficaz si no está asegurado por el carácter obligatorio de sus decisiones finales. Los Estados están obligados por el principio de buena fe, lo cual genera la disposición de aceptar la interpretación sugerida por el órgano internacional. Veremos que esto es lo que surge de la práctica internacional.

El carácter vinculante de las normas deriva casi siempre de la aceptación y adhesión del Estado a su contenido, a su valor ético o moral. La autoridad de la resolución, proviene de su fuerza de convicción y del prestigio del órgano que la ha dictado. Dependerá de la sincera y

---

(3) OC-13/93. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de derechos humanos. P.26.

leal aceptación por parte del Estado, que expresa de esta manera su buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales. En el caso concreto, su adhesión al sistema de protección internacional de los derechos humanos a los que ha reconocido previamente, por su incorporación a él, la capacidad y autoridad para controlar y verificar la compatibilidad de su orden interno, con el internacional.

También se debe tener presente que el efecto vinculante de los derechos humanos en el orden jurídico internacional no depende de la voluntad o consentimiento de los Estados. Parte de las obligaciones fundamentales de respetar los derechos humanos, integran el *ius cogens* internacional. Y en consecuencia se imponen con independencia del consentimiento de los Estados.

El reconocimiento, de la mayor jerarquía de las normas internacionales, a través de la intervención del órgano de control es una consecuencia del orden internacional de protección a los derechos humanos. Una de sus características distintivas, es el reconocimiento a estos órganos internacionales de la facultad de interpretar las normas internacionales aplicables. Esto supone que los Estados han dejado de ser los únicos intérpretes de los convenios y de las normas reguladoras de su conducta.

4. El control internacional de legalidad se cumple por lo general en el examen de denuncias o quejas individuales sobre violaciones a los derechos humanos. No siempre el proceso contencioso es el ámbito de evaluación de la responsabilidad del Estado. También en la competencia consultiva puede tener lugar la consideración de la conducta de los Estados.

Esto es notorio en el sistema interamericano, donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad en diferentes Opiniones Consultivas, de fijar un criterio sobre estos aspectos. Expresamente el artículo 64.2 de la Convención Americana establece que "La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales". ( Comprende a la Convención americana y a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos).

En virtud de esta disposición, se pueden enumerar una serie de dictámenes de la Corte Interamericana referidos a la validez de ciertas leyes o disposiciones constitucionales. Incluso extendió su competencia a proyectos de Constitución o de ley.

5. El control de legalidad se lleva a cabo también cuando los organismos internacionales de control examinan los informes generales que le presentan los Estados. En los procedimientos de informes, los Estados deben dar cuenta de su orden jurídico interno, sus leyes y las dificultades en el cumplimiento de estas convenciones (4)

En estos casos se analiza la compatibilidad interna de las leyes con los compromisos internacionales. También se revisa el cumplimiento de recomendaciones en casos individuales. El Comité de Derechos Humanos que interviene en el Pacto de derechos civiles y políticos, es quién ha perfeccionado este seguimiento.

---

(4) Ver al respecto, *Naturaleza jurídica de la protección internacional de los derechos humanos*. Fernando Urioste. FCU.. Montevideo. Uruguay. la edición 1992. pág.49 a 52.

6. Toda esta jurisprudencia constituye un muy rico material de estudio sobre la conducta de los Estados. Especialmente en el ámbito del sistema interamericano los antecedentes son muy ilustrativos.

De acuerdo a lo expresado, el marco jurídico de este estudio refiere principalmente al tema de la responsabilidad internacional por hecho ilícito derivado de un acto legislativo o por su omisión de dictarlo cuando debía hacerlo.

Por lo tanto requerirá una revisión de los elementos más importantes de la responsabilidad. Esto servirá también para señalar las modalidades especiales que se han impuesto a los Estados en el cumplimiento de estas obligaciones secundarias de responsabilidad.

7. En esta materia, juega un rol importante el conocido derecho de los Estados de formular reservas a las obligaciones establecidas en los tratados. Los Estados por medio de las reservas dejan de asumir ciertas obligaciones internacionales. Por lo general esta actitud obedece a la existencia de disposiciones constitucionales o legales de derecho interno que están en colisión con las reglas internacionales establecidas en el tratado. De esta manera, el instituto de las reservas opera como instrumento de armonización del orden jurídico interno con el orden internacional, pues el Estado anticipa con las reservas cualquier incompatibilidad de su derecho interno con el convenio al que se integra.

Al respecto hay que establecer que los denominados "Tratados Humanitarios", dentro de los cuales están estas convenciones de derechos humanos, tienen además un régimen especial más restrictivo para formular reservas. En ellos se ha aceptado el criterio fijado por la Corte Internacional de Justicia, en ocasión de su dictamen relativo a las Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de (5) Genocidio, según el cual, en estos tratados, las reservas que pueden formular los Estados, no pueden contradecir el objeto y fin del convenio. Esto significa una limitación a la facultad de los Estados. Principio que fuera luego recogido en la Convención de Viena sobre Tratados de 1969 en su artículo 19 inc. c).

También la práctica en el ejercicio de este control de la actividad de los Estados ha incorporado otras limitaciones a la facultad de formular reservas. Como consecuencia del reconocimiento de derechos humanos que tienen un carácter absoluto (jus cogens) y por lo cual no pueden dejar de respetarse, cualquiera sean las circunstancias de lugar y tiempo. Se restringe respecto a estos derechos, la facultad de los Estados de limitarlos o suspenderlos.

A esto se agrega una interpretación extensiva realizada por los órganos internacionales de control, que han afirmado su competencia para determinar la compatibilidad de las reservas en el marco de sus facultades. Así el Comité de Derechos Humanos de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, ha considerado que tiene facultades para determinar si una reserva formulada por un Estado Parte es compatible con el objeto y fin del Pacto (6)

---

(5) Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951.

(6) Comité de Derechos Humanos.(CCPR/C/21/Rev.1/Add.6 del 11 de Noviembre de 1994. Comentario General No.24 sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el art.41 del Pacto).

En términos semejantes, lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de noviembre de 1982, y reiterado en la Opinión Consultiva OC-3, al interpretar el sentido y alcance del artículo 75 de la Convención Americana.

Al considerar una reserva incompatible con las obligaciones internacionales, ella no se tiene en cuenta al momento de examinar la conducta del Estado.

## II. RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL POR HECHOS ILÍCITOS

8. Es un Principio General del Derecho que cualquier incumplimiento de un compromiso, impone la obligación de efectuar una reparación. Este concepto general, se aplica también al Derecho Internacional, según lo ha reconocido la jurisprudencia desde el conocido fallo de la Corte Permanente de Justicia en el caso "Chorzow Factory"(7).

El contenido concreto de la obligación genérica de reparación dependerá de la naturaleza del hecho ilícito atribuido al Estado y del daño causado por éste. El sentido de la reparación puede consistir en la restitución, cesación del comportamiento ilícito, satisfacción, indemnización y seguridades o garantías de no repetición del hecho ilícito.

Si bien la aceptación de esta noción general no ofrece mayores dificultades, cuando se pretende concretarla a un caso particular, aparecen las distinciones que derivan de los diversos subsistemas que regulan la responsabilidad en el ámbito internacional. La razón principal se encuentra en el carácter no integrado de la comunidad internacional, y especialmente, por la inexistencia de tribunales internacionales dotados de competencia obligatoria para conocer de las controversias internacionales. También, por supuesto, la ausencia de una autoridad supra estatal que monopolice la aplicación de las sanciones, como ocurre en el derecho interno de los estados.

Así, los esfuerzos codificadores intentados por la comunidad internacional todavía no han consolidado las normas en esta materia. Desde la existencia de las Naciones Unidas, estos esfuerzos codificadores se han acelerado, pero al mismo tiempo han puesto de manifiesto la existencia de diversos subsistemas de responsabilidad que reclaman normas específicas.

9. En la materia de responsabilidad de los Estados *por hechos ilícitos*, los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional han abarcado diferentes temas. El profesor Fernando Mariño de la Universidad Carlos III de Madrid resume en el orden que enuncio a continuación, los esfuerzos de la CDI (8).

En una primera etapa, de 1953 a 1961, el relator especial García Amador presentó seis informes que se refieren a la responsabilidad del Estado por daños causados en su territorio a la persona y los bienes de los extranjeros.

En una segunda etapa, de 1962 a 1980, el relator R. Ago pretendió codificar todo el ámbito de la responsabilidad internacional por hechos ilícitos del Estado, incluyendo las circunstan-

---

(7) CPJI. serie A, num. 17 (1928), pág. 29.

(8) Fernando Mariño Menendez, Derecho Internacional Público. La responsabilidad Internacional, P.245. Editorial Trotta SA. 2a.ed. Madrid, 1995.

cias excluyentes de ilicitud. Así en 1980 la CDI aprobó en primera lectura treinta y cinco artículos sobre la materia.

En una tercera etapa, a cargo del profesor W. Riphagen, entre 1980 y 1985. Sus seis informes referidos al contenido, formas y grados de la responsabilidad internacional (segunda parte) y observaciones sobre el modo de hacer efectiva la responsabilidad (tercera parte).

En una cuarta etapa, el nuevo relator, el profesor G. Arangio Ruiz, ha presentado, entre 1988 y 1994 seis informes. En 1993 la CDI aprobó lo que restaba de la segunda parte (Doc. A/48/10, 1993 pp. 139).

En otro campo de la responsabilidad, referido a la derivada de actos no prohibidos por el derecho internacional, que había sido dejada de lado por parte de la CDI, hasta que en 1973 por decisión de la Asamblea General de la ONU, se le recomendó que asumiera esta tarea. Así el relator especial, profesor Quintin-Baxter presentó cinco informes entre 1980 y 1984. Posteriormente, fue designado como relator el profesor Barboza.

10. En el ámbito de los Derechos Humanos, el tema de la responsabilidad internacional aparece como un subtema dentro del capítulo de responsabilidad internacional. (9)

Presenta la particularidad de tratarse de un sistema - el de derechos humanos - que cuenta con un número de casos jurisprudenciales mayor que el general, en la medida que existen órganos judiciales y cuasi judiciales que han cumplido una proficua labor durante un tiempo prolongado. En los sistemas regionales, de Europa y América, se trata de las actividades desplegadas por las Cortes de Justicia y las Comisiones de Derechos Humanos. En el ámbito universal, especialmente, la labor del Comité de Derechos Humanos del Pacto de derechos civiles y políticos, en el desarrollo de sus funciones previstas en el Protocolo Facultativo. Toda esta actividad permite reunir una muy numerosa casuística, que puede ser sistematizada.

Las obligaciones de los Estados en esta materia tienen diferentes contenidos, no siempre el comportamiento debido es igual. En alguna medida, la obligación general de respetar los derechos humanos, puede asimilarse a la obligación genérica de los Estados respecto a los extranjeros: no lesionar sus derechos. Las convenciones de derechos humanos, establecen la obligación genérica de respetar los derechos establecidos, y además contienen el catálogo de derechos protegidos con sus posibles restricciones o limitaciones, generalmente establecidas en los incisos segundo de cada artículo. Por este motivo, la Corte Interamericana en su oportunidad, y estableció respecto al art. 1 de la Convención Americana:

“Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados con relación a cada uno de los derechos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención” (10).

---

(9) En el programa de la materia Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la ROU no está expresamente desarrollado, pero se encuentra implícito en la Protección internacional de los derechos humanos. Sí está incorporado en el curso, T.IV, de derecho internacional público, cuando se desarrolla el tema de la responsabilidad internacional en el campo de los derechos humanos.

(10) Corte Interamericana de derechos humanos, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29.07.88, serie C. No.4. P. 162.

Los elementos de aquella responsabilidad y las consideraciones doctrinarias recogidas en la Comisión de Derecho Internacional, pueden ser aplicables a los casos de lesión de los derechos humanos. Por este motivo, la jurisprudencia existente en los casos de protección diplomática referida a lesión de los derechos de los extranjeros resulta de interés, con la salvedad, de que algunos institutos tienen un régimen diferente. Así por ejemplo, la regla del agotamiento de los recursos internos ha sufrido una evolución propia en el ámbito de los derechos humanos.

Hay que tener en cuenta que dentro del ámbito de los derechos humanos, los Estados asumen además, otras obligaciones que tienen un contenido distinto. Así la obligación de garantizar los derechos fundamentales, la de impedir un resultado dañoso, la de investigar y sancionar en ciertos casos y la de reparar e indemnizar tiene perfiles propios. También la de dictar leyes con determinado contenido o de no dictarlas, tema este que será de especial consideración.

Estos diferentes contenidos de las obligaciones, hacen de la responsabilidad en el campo de los derechos humanos, una materia más compleja que requiere la búsqueda de soluciones apropiadas para cada caso, según la obligación de que se trate.

11. A su vez, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU por intermedio de su Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, encomendó en 1989, al profesor T. Van Boven como relator especial, un estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Desde 1990 a 1993 fueron presentados diversos estudios sobre las modalidades de esta responsabilidad. En su informe final, el profesor van Boven incorpora, además de los órganos arriba mencionados, la jurisprudencia del Comité para la eliminación de la Discriminación Racial, el Comité contra la Tortura, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Comisión de Encuesta establecida en la OIT (11).

El marco de ese estudio, está referido como lo dice el texto de la resolución, a la reparación de los daños sufridos por las víctimas de violaciones flagrantes. La noción de reparación tiene en este contexto un sentido complejo que abarca la reparación material como la no-material. A su vez la noción de víctima ha sido tomada en el sentido adoptado por la Resolución 40/34 de la Asamblea General de la ONU del 29 de Noviembre de 1985, Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Finalmente la noción de violación flagrante, califica el término de la violación, indicando su carácter grave, diferente a la común. Por eso la significación de este estudio, está referida a cierta categoría de derechos (de *jus cogens*) y su ilicitud se identifica con los llamados "crímenes internacionales".

Estos aspectos y los relativos a las diferentes modalidades de la reparación, exceden los alcances de este trabajo y serán considerados en otra oportunidad, sin perjuicio de la referencia que más adelante se hace en las conclusiones, y a la entidad o gravedad de la violación (los crímenes internacionales) con sus repercusiones en el ámbito de la responsabilidad.

---

(11) Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos. Sub Comisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. 45o. período de sesiones. Documento E/CN.4/Sub.2/1993/8. 2 de julio de 1993.

### III. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD, POR ACTO ILÍCITO

#### A. Su desarrollo en la Comisión de Derecho Internacional

12. La Comisión de Derecho Internacional examinó en el período mencionado la responsabilidad del Estado por hecho ilícito. Se trató de determinar las consecuencias del hecho contrario a una obligación internacional. La Comisión en este aspecto, aclaró con precisión que no se trataba de individualizar las normas primarias que imponen la obligación, sino que su objeto era el de analizar el incumplimiento de cualquier obligación y sus consecuencias. De esta manera, sus observaciones se refieren a las normas secundarias de responsabilidad.

En esta investigación el objetivo que se pretende examinar es más reducido, atiende exclusivamente a la responsabilidad derivada por "hecho ilícito del Estado" como consecuencia de la actividad legislativa, o su omisión.

En consecuencia, el hecho del Estado que se pretende estudiar es el imputado a un órgano del Estado, en este caso, al órgano Poder Legislativo. Se trata de casos en los cuales el hecho del Estado apunta al orden jurídico interno, como por lo general ocurre con los actos legislativos. Pese a ello, las repercusiones afectan a las normas de derecho internacional, que establecen la obligación.

13. Esta situación se presenta continuamente en la legislación relativa a los derechos humanos, en cuanto las normas internacionales regulan esta materia y en ella concurren con las normas de derecho interno. Tenemos que tener presente que estas disposiciones establecidas en las convenciones internacionales tienen una característica peculiar, su autoejecutividad.

Este carácter de ejecutables por sí mismas, de las disposiciones convencionales, determina que los Estados no tengan necesidad de desarrollar, en la mayoría de los casos, los derechos reconocidos en las convenciones porque, éstas disposiciones son aplicables directamente. Los órganos estatales tienen la obligación de respetarlos y las personas beneficiarias de los mismos, están facultadas para reclamar su reconocimiento ante las autoridades internas. En la mayoría de los casos, la obligación tendrá como contenido específico, armonizar el derecho interno vigente con las normas internacionales.

"La disposición será autoejecutable cuando sea posible derivar en forma directa un derecho o pretensión en favor del individuo que tenga interés legítimo en la aplicación de la regla al caso". "Y en segundo lugar, debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes" (12)

Respecto a esta autoejecutividad de las normas internacionales que reconocen derechos a los individuos, me remito a lo expresado por Jiménez de Aréchaga en la obra mencionada. También es importante el reconocimiento y aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia

---

(12) E. Jiménez de Aréchaga, "La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno". FCU, 1988. Montevideo, Uruguay. pág. 34.

dencia de este rasgo esencial de las normas internacionales de derechos humanos, a tal punto, que la posición contraria hoy es minoritaria (13).

Así con relación a la Convención Americana de derechos humanos, la Corte en su opinión consultiva OC-7/86, sobre exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, del 28 de agosto de 1986, consideró que el hecho de que los Estados Parte puedan determinar las condiciones del ejercicio de un derecho, "no impide la exigibilidad conforme al Derecho Internacional de las obligaciones contraídas bajo el artículo 1.1 de la Convención... En consecuencia, si por cualquier circunstancia, el derecho de rectificación o respuesta no pudiera ser ejercido por toda persona sujeta a la jurisdicción de un Estado Parte, ello constituiría una violación de la Convención" (14).

Al respecto y referido a la Convención Americana, E. Jiménez de Aréchaga, en su obra citada, expresa que "solamente carecen de autoejecutividad los artículos 13.5 sobre propaganda en favor de la guerra y apología del odio; 17.4 sobre igualdad de derecho de los cónyuges; 17.5 sobre igualdad de los hijos, sean legítimos o naturales; 19, sobre derecho del niño a medios de protección; 21.3 sobre prohibición de la usura y 26 sobre derechos económicos, sociales y culturales. Todos los demás preceptos de la Parte I tienen carácter ejecutable por sí mismos" (15).

14. Las obligaciones del Estado pueden tener diversos contenidos. Ellas pueden consistir en dictar una norma con determinado contenido, o en su caso, derogar o modificar la existente, que se encuentra en contradicción con la obligación internacional asumida por el Estado. En otros casos, el Estado debe garantizar el goce de un derecho, asegurando un resultado. A estos efectos sí será necesario dictar una ley, por ejemplo que organice un servicio o asegure una garantía, un recurso judicial, para las personas afectadas en su derecho. Hay también otras disposiciones internacionales que imponen una conducta determinada al Estado.

En todos estos casos, hay una materia común que está regulada por normas de derecho interno y de derecho internacional. Por lo tanto los problemas de armonización se presentan cada vez con mayor intensidad, en la medida que el orden jurídico internacional desarrolla esta competencia y profundiza su regulación para un mejor desarrollo de la cooperación entre los Estados.

15. En oportunidad de recoger las opiniones de los Estados en los casos de la responsabilidad por hecho ilícito, España hizo llegar al profesor Riphagen una observación que parece atinada a las circunstancias. Se le observaba que la expresión hecho del Estado, no era la más correcta para todos los casos, especialmente cuando se trataba de situaciones en las cuales era más preciso utilizar el vocablo "acto". No hay duda que tratándose de la responsabilidad por acto legislativo, la utilización del término acto es más apropiada que la expresión hecho, que tiene un contenido más difuso, y parece referirse a situaciones fácticas. Especialmente

---

(13) El Dr. D. Opperti, en su trabajo sobre "Relaciones principales de la Convención con el derecho interno", publicado por la Facultad de Derecho en su serie Cuadernos, N° 9, pags. 19 a 37, sostiene esta posición diferente.

(14) E. Jiménez de Arechaga, op.cit pág. 43.

(15) E. Jiménez de Arechaga. op. cit, pág. 43 y 44.

cuando el contenido hace referencia a una acción del Estado. En atención a esta observación, utilizaré la expresión "acto" en lugar de hecho, sin perjuicio de recordar lo que expresara la Corte Permanente de Justicia que:

*"Desde el punto de vista del Derecho Internacional y del de la Corte, que es su órgano, las leyes nacionales son meras hechos que expresan la voluntad y que constituyen las actividades de los Estados, en la misma forma en que lo hacen las decisiones judiciales o las medidas administrativas"*(16).

En cambio hay situaciones en las cuales la responsabilidad no deriva de ningún acto o hecho del Estado, sino precisamente de una omisión. Nos encontraremos con estas situaciones en los casos en que existe una obligación internacional de dictar una ley con un determinado contenido y precisamente el Estado no la dicta. Aquí el hecho generador, es la omisión. A los efectos de la responsabilidad, la cuestión será determinar el momento de la existencia de la obligación que genera el incumplimiento.

16. Cuando se dicta una ley contraria a una obligación de derecho internacional, esta obligación tiene que estar vigente, para que genere responsabilidad internacional. Además tienen que presentarse los otros elementos requeridos.

El acto ilícito tiene que ser imputable al Estado. Se trata siempre de un acto del Estado. Esta circunstancia es fácilmente comprobable en el acto legislativo. La doctrina, en cambio, no se ha puesto de acuerdo si el efecto dañoso, la lesión a los derechos, integra o no uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad; o si por el contrario, es una consecuencia del ilícito. En el caso que estamos analizando, si el acto legislativo contrario a una obligación internacional produce o no, la efectiva lesión a los derechos.

E. Jiménez de Aréchaga, al enumerar estos requisitos, se preocupa por establecer que en las relaciones interestatales, el concepto de daño, que en su opinión es un tercer requisito, no tiene un carácter esencialmente material o patrimonial. "Los actos ilícitos lesivos de intereses no materiales- expresa- por ejemplo, los que afectan la dignidad de un Estado originan una reparación adecuada, aunque no hayan tenido como resultado una pérdida pecuniaria o material para el Estado reclamante" (17).

17. La exigencia de este tercer elemento - el daño - fue uno de los aspectos mas discutidos en la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas. Allí, finalmente, predominó el criterio sostenido por su Relator, el profesor Ago, según el cual, el daño no es un elemento independiente de la responsabilidad.

El profesor Ago hace expresa referencia, al presentar su informe en el seno de la Comisión, a la opinión citada supra, de Jiménez de Aréchaga, a quien reconoce dentro de los doctrinos que aceptan el daño como elemento independiente. Dice, al referirse a estas opiniones partidarias de incorporar el elemento "daño", que no obstante, ellas le reconocen a esta noción un contenido más amplio, referido a la lesión de intereses morales. Pero este sentido

---

(16) Caso Polish Upper Silesia, CPJI, serie A, num.7, p. 19. Citado por EJA. El Derecho Internacional Contemporáneo, pág. 328.

(17) EJA, El Derecho Internacional Contemporáneo, pág.318. Ed.Tecnos. Madrid ,1980.

-dijo- es precisamente el que se usa cuando se afirma que constituye un elemento esencial del hecho internacionalmente ilícito (18).

18. En conclusión, respecto a la consideración de si el daño, es o no un elemento independiente en esta modalidad de responsabilidad, el profesor Ago se mostró partidario de excluirlo como elemento independiente y considerarlo como suplementario del hecho ilícito.

Mencionó además, que la razón determinante de que ciertos autores consideraran al daño como un tercer elemento de la responsabilidad, derivaba, de que en la Conferencia de La Haya de 1930, en los trabajos de codificación, se había considerado la responsabilidad en relación con la derivada por los daños sufridos o causados a extranjeros. Es decir cuando el Estado con su comportamiento causaba un daño a los extranjeros. En estos casos no se percibió, dijo el Relator, que el contenido de la obligación - norma primaria - era precisamente "no dañar" (19).

"Por el contrario, expresó, lo que parece totalmente legítimo en derecho internacional, es considerar la idea de violación de una obligación como enteramente equivalente a la de lesión del derecho subjetivo ajeno". "La correlación entre obligación jurídica por una parte y derecho subjetivo por otra no tolera excepciones: es indudable que, en derecho internacional, a diferencia de la situación existente, según se afirma, en el derecho interno, no hay obligaciones a cargo de un sujeto, a las que no corresponda un derecho subjetivo internacional de otro u otros sujetos" (20).

19. Más adelante, en su informe de 1973, reconoce en el derecho internacional de los derechos humanos, una de las ramas más proficuas en lo relativo a las obligaciones de los Estados respecto a sus propios nacionales. La violación de una de estas obligaciones, no causa normalmente ningún perjuicio de naturaleza económica a los demás Estados partes en el convenio, ni vulnera su honor ni dignidad (21). Sin embargo, constituye manifiestamente un hecho ilícito. Por eso dice el profesor Ago, hay que aceptar la idea de que el "daño" es inherente a toda violación de una obligación internacional. Recuerda al respecto la enseñanza de Anzilotti en su Curso, cuando decía "que el daño suele confundirse en derecho internacional con la violación de la obligación" (22).

Finalmente expresa que "mencionar el daño como elemento distinto de la infracción podría incluso inducir a pensar que, a juicio de la Comisión, cuando hubiere violación de una obligación internacional sin daño, no habría hecho ilícito ni responsabilidad" (23).

---

(18) Informe de la Comisión de DI. Anuario de la CDI.1973. Vol.II, P.12 pág.187. Naciones Unidas.

(19) CF. EJA. op.cit.pág 318.

(20) Anuario de la Comisión de Derecho Internacional. Responsabilidad por hecho ilícito . Actas resumidas. Documento A/CN.4/233. Segundo Informe sobre responsabilidad de los Estados por el Sr Robero Ago, Relator Especial. 20 de abril de 1970. p. 53.

(21) Hay aquí un supuesto, determinar si sólo los Estados son sujetos de la relación jurídica de derecho internacional.

(22) Informe de la Comisión de DI. op.cit, pág.187.

(23) Ver al respecto el caso planteado ante la CIJ entre Australia y Francia, por el asunto de las pruebas nucleares. 1974. Reports 1974, pags.259-270.

Por estas razones, llega a la conclusión de que los dos elementos de la responsabilidad son los descritos respectivamente como elemento subjetivo y objetivo, en el artículo 3 del proyecto, aprobado en primera lectura en 1980 (24).

Artículo 3. Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado.

“Hay hecho internacionalmente ilícito de un Estado cuando”:

a) Un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible según el derecho internacional al Estado y,

b) ese comportamiento constituye una violación de una obligación internacional del Estado.”

### B. “Tempus commissi delictum”

20. Ha sido un punto discutido, determinar a partir de cuando se genera la responsabilidad por acto legislativo. En términos generales, Jiménez de Aréchaga, admite que ella deriva desde el momento en que se produce el daño. Pero, ¿cuándo se produce el daño en el acto legislativo? No siempre es fácil determinarlo.

En algunos casos, no cabe duda que el acto ilícito y el daño se producen a partir de la promulgación de la ley. En otros, el daño, no se produce sino a partir de su aplicación.

E. Jiménez de Aréchaga, en la obra mencionada establece que el “momento particular, -tempus commissi delictum-, es cuando se sufre realmente el daño que es consecuencia de la promulgación de una ley contraria al derecho internacional.” Y expresa a continuación: “Así, la mera promulgación de una ley que autorice a expropiar propiedades sin indemnización, no debe generar, normalmente, un reclamo internacional susceptible de plantearse en el terreno judicial. Tal reclamo solo podría plantearse cuando esa legislación sea, de hecho, aplicada. Sin embargo, si la simple aprobación de la ley, por sí misma, ha afectado la posibilidad de venta o el precio de la propiedad de un extranjero, la reclamación sería procedente aunque la ley no se hubiere aplicado todavía” (25).

Acto seguido agrega, “.. la práctica diplomática, autoriza a una Estado que puede verse afectado por un acto legislativo, a formular una queja antes de su aplicación”. Pero, dice, “la aceptación de esta acción diplomática, no debe confundirse con el derecho a reclamar la reparación de un perjuicio actual y efectivo” (26).

21. Si seguimos el razonamiento desarrollado por la Comisión de Derecho Internacional, lo determinante será establecer el momento en que se produce la existencia de la violación. El hecho del Estado contrario a una obligación internacional, solo constituirá una violación de esa obligación, si el hecho hubiera sido realizado hallándose ella en vigor, respecto de ese Estado.

---

(24) Informe de la CDI. op.cit. pág 187, nota 97.

(25) EJA. op.cit. pág.329. Nota. La referencia parece relacionada con el caso de los Fosfatos de Marruecos, cuyo análisis se hace en el numeral 25.

(26) Jimenez de Arechaga, op.cit.pág 329.

También será necesario determinar la duración o presencia en el tiempo, de esa violación. Ese comportamiento puede ser un acto instantáneo, que se agota en el momento- la promulgación, para alguna doctrina, - puede también tratarse de un acto que perdura en el tiempo - hecho continuado - o puede también constituir un comportamiento complejo o compuesto de diversos actos. Todo lo cual nos incita a recorrer el desarrollo realizado en la Comisión sobre esta variedad de hechos ilícitos contrarios a una obligación internacional.

Tenemos que recordar, que no será necesario indagar la existencia del daño o perjuicio, pues ello será una consecuencia necesaria del hecho ilícito del Estado.

22. La determinación del momento en que se produce la violación es esencial para determinar el nacimiento de la responsabilidad del Estado. Y por su parte, la duración del hecho ilícito puede ser determinante para establecer la extensión de los perjuicios y el monto de la reparación. También resultará fundamental para establecer la competencia de los tribunales internacionales, pues por lo general los Estados, suelen establecer el momento a partir del cual reconocen las competencias de esos órganos internacionales y limitan las mismas, a hechos o situaciones posteriores a una fecha determinada.

En consecuencia, la determinación del *tempus commissi delicti*, comprende tanto la determinación del momento en que se establece la existencia de la violación de una obligación internacional como su duración, o presencia en el tiempo, de esa violación. En ambos casos será decisivo la naturaleza del comportamiento del Estado.

23. La situación más sencilla se presenta cuando el hecho del Estado es instantáneo, es decir no se extiende en el tiempo. Determinar estos casos no ofrecen problemas cuando se trata de un hecho fáctico: el hundimiento de un buque, la muerte de una persona, el insulto a la bandera, etc. El ilícito se perfecciona en un solo acto y automáticamente deja de existir. En estos casos el momento de la violación coincide con el tiempo de su perpetración. Podrá si ocurrir que los efectos del acto se prolonguen en el tiempo y ello afectará el monto de los daños, pero el hecho se habrá agotado.

En cambio, no afectará la responsabilidad el origen de la obligación, pues será igual si el origen de la obligación es consuetudinario, convencional o cualquier otro (27).

24. Resulta más difícil, cuando el acto tiene una duración en el tiempo. La Comisión de DI lo denomina "hecho continuo". Es el hecho que después de haberse producido, continúa siendo como tal y no sólo en sus efectos y en sus consecuencias. Los ejemplos citados son: mantenimiento en vigor de disposiciones legales incompatibles con las estipulaciones de un tratado, mantenimiento por la fuerza de una dominación colonial, la ocupación ilegítima de una parte de un territorio, una detención ilegítima, etc.

La labor del sabio alemán Triepel, recordada en la Comisión porque fue el primero (en 1899) en elaborar el concepto de hecho ilícito continuo y vincularlo con las consecuencias que de ello dimanaban en relación con el período de realización de este tipo de hecho:

*"si en un momento dado los Estados están obligados internacionalmente a dictar normas jurídicas de un tenor determinado, el Estado que ya las posee infringe su deber si las deroga y deja de restablecerlas; mientras que el Estado que no las posee todavía, infringe*

---

(27) Art.17 del proyecto de la CDI. Anuario de la CDI,1980.

*su deber únicamente por el hecho de no implantarlas; por lo demás, ambos Estados cometen ... un delito permanente internacional"* (CPJI, serie C, No. 84, pág. 494) (28).

La cita tiene la virtud de caracterizar el acto legislativo como un hecho continuo de carácter permanente. Una vez sancionada la ley, con su promulgación, el acto perdura en el tiempo. Esta duración tiene sus consecuencias con relación a las obligaciones internacionales, según lo mencionaba la cita anterior. De acuerdo con la propuesta de la CDI (art. 18.1 y 3 del Proyecto), la responsabilidad surgirá si la obligación internacional está en vigor respecto al Estado. Tratándose de un hecho continuo, "solo habrá violación de esa obligación en lo que se refiere al período durante el cual, hallándose la obligación en vigor respecto de ese Estado, se desarrolle el hecho".

En cuanto al momento y a la duración de la violación de una obligación por un hecho continuo, se producirá en el momento en que comience ese hecho. Sin embargo, el tiempo de la perpetración de la violación, abarcará todo el período durante el cual ese hecho continúe y siga sin estar en conformidad con la obligación internacional (artículo 25.1 del proyecto de la CDI).

La violación entonces, se produce en el momento mismo que el hecho comienza y el tiempo de su perpetración se extiende durante todo el período en que sigue estando en desacuerdo con las exigencias de la obligación internacional (29).

25. Hubo un caso jurisprudencial que la CDI utilizó en forma reiterada como ejemplo de estas cuestiones. Fue el Asunto de los Fosfatos de Marruecos, entre Italia y Francia, y que fuera resuelto por la CPJI en 1937 (30)

Una empresa italiana que explotaba en Marruecos esos fosfatos, fue privada en 1925, de continuar en esa actividad por una decisión del Servicio de Minas de Marruecos. Este hecho era a su vez un acto cumplido de acuerdo con una ley de monopolio de los fosfatos (los dahires) de 1920. La empresa italiana recurrió de la decisión del Servicio de Minas y todo este proceso jurisdiccional se extiende en el tiempo hasta sobrepasar el período crítico, que marcaba el reconocimiento por parte de Francia - país mandatario - de la competencia de la Corte Permanente de Justicia.

La cuestión de si la Corte era o no competente estaba determinada por la consideración de si los hechos ilícitos alegados por Italia eran o no posteriores a la aceptación *ratione temporis* por Francia de la jurisdicción obligatoria.

La declaración francesa de aceptación se refería "a todas las controversias que se susciten después de la ratificación con respecto a situaciones o hechos posteriores a la misma", a saber, posteriores al 25 de abril de 1931.

¿Cuál era el hecho ilícito? y ¿qué naturaleza tenía?

Para la Corte la violación del derecho internacional estaba representada por la decisión del Servicio de Minas de 1925, porque con ella se privaba a la empresa italiana de sus derechos de

---

(28) Informe de la CDI 30o. período de sesiones. Anuario de la CDI, 1978, vol. II pág. 89 y 91.

(29) Cf. CDI, op. cit. pág. 89.

(30) CPJI. Serie A/B No. 74 y cuyo examen contribuirá a poner de manifiesto algunos aspectos que estamos considerando.

explotación. Este hecho era además, de carácter instantáneo, con efectos continuos en el tiempo, mas que un hecho continuado. El daño tuvo lugar, según la Corte, con la ejecución citada y no sobrevino después ningún otro perjuicio, ni nueva lesión ni ningún hecho nuevo. Subsistieron los perjuicios en la medida en que no se repararon. Las acciones posteriores no modificaron la situación creada.

Para la demandante -Italia-, los hechos ilícitos eran permanentes (continuados) y el tiempo de perpetración se extendía por todo el período comprendido entre el momento del comienzo y el momento de consumación. Para ello recurrió a la figura penal de delito permanente. Italia sostenía que el hecho ilícito continuo comenzaba con los dahires que sometían a monopolio los fosfatos marroquíes (1920) y que se mantenía mas allá de la fecha crítica.

El nudo de la cuestión giró en relación a la interpretación de los hechos; si eran instantáneos o continuos. Para la Corte los hechos generadores del litigio eran "los dahires de 1920", y para ella se trataba de hechos que por su fecha escapan a la jurisdicción de la Corte (31)

Uno de los jueces - Cheng Tien-hsi - al fundar su voto particular, sostuvo la tesis italiana. "El monopolio - aún cuando hubiera sido instituido por el Dahir de 1920 - sigue existiendo todavía hoy. Se trata de una situación o de un hecho actual. Si de él resulta una injusticia, esa injusticia no consiste simplemente en que ha sido creada, sino en el hecho de que el daño continúa... El caso del monopolio difiere por completo del caso en que una parte lesionada no ha podido lograr satisfacción en reparación de un presunto daño (caso que sería análogo a la decisión de 1925); tampoco se trata de las consecuencias de un acto ilícito, lo cual significaría que el daño se habría causado con anterioridad y de una vez por todas en un momento dado;... no basta decir que se trata de una situación jurídica resultante de la legislación de 1920 o que no puede ser considerada al margen de la legislación que tiene por resultado esa situación o ese hecho; la esencia del litigio, en efecto, es la siguiente: el actor se queja de lo que se ha presentado constantemente como una situación continua y permanente, incompatible con los derechos de los extranjeros, y no del simple hecho de la creación de esa situación. Por estas razones, entiendo que el monopolio no es una situación o un hecho anterior a la fecha crítica, y por consiguiente ... no escapa de la esfera de la jurisdicción de la Corte" (32).

En definitiva la Corte sostuvo que los hechos alegados por Italia no tenían el carácter que el demandante les atribuía y que por lo tanto, fuera posible considerarlos posteriores a la fecha crítica que limitaba *ratione temporis* la aceptación por Francia de la jurisdicción obligatoria.

26. También la Comisión Europea de derechos humanos, ha reconocido la existencia de hechos que prolongan su duración en el tiempo y que producen una violación que se prolonga mas allá del momento inicial y permiten, al órgano internacional, asumir jurisdicción. Así los asuntos "Courcy contra Reino Unido; asunto Roy y Alice Fletcher contra Reino Unido (33).

---

(31) CPJI, serie A/B No.74 pags.25 y 26 en Nota 439 del Anuario de la CDI, 1978, vol. II -segunda parte- pág. 90.

(32) Ibid. pags 36 y 37. Anuario de la CDI, 1978, vol.II pág. 90 nota 439..

(33) Citados por la CDI. op. cit. pág. 91 nota 443.

27. Estos aspectos en algún sentido, estaban comprendidos en el asunto planteado en 1988 ante la Corte Internacional de Justicia, como consecuencia de una ley dictada por los Estados Unidos, la ley antiterrorista que ordenaba el cierre de las Oficinas de la Organización para la Liberación de Palestina (OLP). La OLP había sido invitada el 22 de noviembre de 1974, en la resolución 3237 (XXIX) de la Asamblea General de la ONU a "participar en los períodos de sesiones y en los trabajos de la Asamblea General en calidad de observadora".

Tras esta invitación, la OLP había establecido una Misión de observación en 1974 y mantenía una oficina en Nueva York fuera del distrito de la Sede de las Naciones Unidas.

28. En mayo de 1987 se había presentado al Senado de EE.UU. un proyecto de ley para proscribir el establecimiento o el mantenimiento en los EE.UU. de una Oficina de la OLP. Antes de la sanción de la ley, el Secretario de la ONU, insistió en que la legislación prevista era incompatible con las obligaciones dimanadas del Acuerdo relativo a la sede. Por otra parte el propio representante de los EE.UU. en la sexta comisión de la Asamblea General, el 24 de noviembre de 1987 expresó: "que el cierre de esa misión constituiría una infracción de las obligaciones de los EE.UU. en virtud del acuerdo relativo a la Sede y que comprende "permitir al personal de la Misión, entrar y permanecer en el país para desempeñar sus funciones oficiales en la Sede de las Naciones Unidas".

No obstante lo cual, la ley *anti-terrorism act* fue aprobada el 16 de diciembre de 1987. Al día siguiente, la Asamblea General de la ONU aprobó la resolución 42/210 B, en la que pedía al país huésped que cumpliera con sus obligaciones contraídas en el Acuerdo. Según el Secretario General, había una controversia entre la ONU y los EE.UU. acerca de la interpretación y aplicación del Acuerdo y procedía invocar el procedimiento de arreglo de controversias de la sección 21 de ese Acuerdo.

El 11 de febrero de 1988, la ONU comunicó al Asesor Jurídico del Departamento de Estado, el nombre del árbitro de la Organización en caso de que se procediera al arbitraje. (Ese árbitro era el Dr. Eduardo Jiménez de Aréchaga). La Asamblea General de la ONU, por resolución del 2 de marzo de 1988, R.42/229 B, solicitó una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia.

Por su parte, el 11 de marzo de 1988, el Ministro de Justicia de los EE.UU. había determinado que en cumplimiento de la ley antiterrorista, debía cerrar la oficina de la OLP," pero si se requiriera una demanda judicial para lograr el cumplimiento, no se tomaría ninguna otra medida para cerrarla mientras esté en curso esa demanda". "En esas circunstancias, los EE.UU. consideran que no sería útil someter la cuestión a arbitraje." Y en ese sentido, el Ministro de Justicia entabló una demanda ante el Tribunal de Distrito correspondiente y los EE.UU. presentaron una nota a la Corte Internacional en la cual le manifestaban que; "mientras no se dicte el fallo en ese litigio, los EE.UU. no tomarán medida alguna para cerrar la misión. Como nuestros tribunales están todavía conociendo la cuestión, no creemos que el arbitraje sea precedente ni oportuno".

29. Como vemos, en este caso se plantean las dos posiciones. Por un lado, la ONU que sostiene que la sola promulgación de la ley ameritaba el arbitraje porque la controversia ya existía. Por el otro, los EE.UU. sostenían que el perjuicio se operaría recién cuando el tribunal de distrito dictara sentencia ejecutando la ley. El caso resulta ejemplar y veremos que el dictamen de la Corte es también ilustrativo.

30. La opinión de la Corte comienza por determinar si existe o no una controversia. Para ello recuerda que no es suficiente que las opiniones estén enfrentadas o sean opuestas, la controversia debe determinarse, dice la Corte, con un criterio objetivo.

Según el Secretario General, la ONU carecía de seguridades adecuadas de que esa ley no se aplicaría a la misión de la OLP. Y por otra parte, los EE.UU. ya habían tomado medidas contra la misión al iniciar un procedimiento judicial.

Por su parte los EE.UU. no habían brindado argumento alguno para justificar su conducta y solo han expresado que no había controversia porque "la ley de que se trataba aún no había sido aplicada".

La Corte estimó que no podía haber duda respecto a que "el principal, y tal vez, el único (objetivo) de la *anti-terrorism act* era el cierre de la misión de la OLP". En estas circunstancias, "no puede dejar de determinar que ambas actitudes contrapuestas indican la existencia de una controversia".

Considerando los hechos desarrollados, especialmente la acción judicial iniciada, la Corte concluyó que los Estados Unidos deben cumplir la obligación de recurrir al arbitraje.

Recuerda "el principio fundamental de derecho internacional de que ese derecho prevalece sobre el derecho interno, un principio largamente confirmado por decisiones judiciales". Por estas razones, la Corte por unanimidad, opinó que los EE.UU. tienen la obligación de someterse a arbitraje para resolver la controversia entre ellos y las Naciones Unidas.

31. Entre los votos particulares, el magistrado Elias expresa que "la controversia ya se suscitó cuando el Congreso de los EE.UU. aprobó la Anti-terrorism Act, promulgada el 22.12.87 y añade que el propósito que persigue el Secretario General solo puede lograrse si el Congreso dicta una nueva ley de enmienda."

Por su parte el magistrado Schwebel, en otra opinión separada, sostiene que es axiomático "que un Estado no puede eludir sus obligaciones internacionales mediante la sanción de legislación interna". En cuanto a la existencia de la controversia, afirma que ella existirá en el caso de que la ley se aplique efectivamente. Recién entonces surgirá la obligación de los EE.UU. de someterse a arbitraje.

El magistrado Shahabuddeen, en otra opinión separada, manifiesta también que la cuestión fundamental reside en saber si existía una controversia en la fecha de la opinión consultiva. A su juicio, la sanción de la ley, enfrentó automáticamente los intereses contrapuestos de las partes. En cuanto a la sugerencia de que no puede existir controversia antes de que se haya violado el Acuerdo por el cierre forzado de la oficina de la OLP, niega que ese incumplimiento efectivo constituya una condición previa, considera que el objeto mismo de la controversia es la determinación de si la ley Anti-Terrorism Act crea por sí mismo el incumplimiento (34).

---

(34) Opinion Consultiva del 26 de abril de 1988. Resúmenes de los fallos, opiniones consultivas y providencias de la Corte Internacional de Justicia. 1948-1991. Naciones Unidas. Nueva York, 1992. págs. 241 a 246.

32. La controversia tuvo un desenlace inesperado. El juez del distrito de Nueva York, desechó la demanda del Procurador General por entender que la ley antiterrorista no era aplicable a la oficina de la OLP ante las Naciones Unidas.

### C. El contenido de la obligación internacional

33. Otra cuestión a dilucidar es si el contenido de la obligación determina un régimen diferente de responsabilidad. O si por el contrario, cualquiera fuera el contenido de la obligación internacional, el régimen de responsabilidad no se altera.

Al respecto, la Comisión de Derecho internacional distingue tres modalidades de obligaciones internacionales. Las obligaciones que exigen del Estado un comportamiento determinado específicamente. Se trata de comportamientos definidos muchas veces con gran minuciosidad. El artículo 20 del proyecto de la CDI determina que en estos casos, habrá violación de la obligación cuando el comportamiento del Estado no está en conformidad con el que exige la obligación internacional.

Para utilizar un ejemplo, que será revisado en el correr de esta obra, nos servirá lo dispuesto por la Convención Americana de derechos humanos en su artículo 4: derecho a la vida. Su inciso 3 establece: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido". El mero restablecimiento de la pena capital en un Estado que la ha abolido, supone la violación del precepto. También, la obligación mencionada al final del inciso 2 del mismo artículo: "Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se les aplique actualmente" (esto es el momento de entrar en vigor la Convención para el Estado de que se trate). Esta situación es similar a la anterior, la violación se concreta por la mera aprobación de una ley que tenga el comportamiento contrario a la disposición.

34. Otra modalidad, es la prevista en el artículo 21 del proyecto de la CDI y que se denomina "Violación de una obligación internacional que exige el logro de un resultado determinado". En estos casos se establece que habrá violación si el Estado mediante el comportamiento observado, no logra el resultado exigido. Pero, cuando el Estado con su comportamiento haya creado una situación que no esté en conformidad con el resultado exigido, pero la obligación permita un resultado equivalente que pueda obtenerse mediante un comportamiento ulterior del Estado, solo habrá violación de la obligación internacional si el Estado no logra tampoco, con este comportamiento ulterior, el resultado que de él exige esa obligación.

La hipótesis que se plantea es la de un comportamiento complejo del Estado que consistirá en varios actos que le son imputables. Esta acción ulterior del Estado, por ejemplo una actividad judicial para garantizar o tutelar una violación de un derecho fundamental, tiene que ser eficaz para restablecer la situación.

Pero en materia de derechos humanos una aplicación extensiva de esta noción, puede llevar a situaciones absurdas. Así fue la planteada por el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Piza Escalante (35).

---

(35) Asunto Viviana Gallardo y otras No.101/81 Serie A, 1984, Resolución del 15 de julio de 1981, Resolución del 8 de septiembre de 1983, P.27-28.

“En realidad, la Comisión, al resolver como lo hizo, parece que vino, sin explicación cabal, a sentar la tesis, para mi inaceptable, de que las violaciones de derechos humanos no ocurren cuando ocurren, porque son siempre obra de individuos concretos, de carne y hueso, aunque actúen como funcionarios públicos de cualquier nivel, sino tan solo cuando el Estado no las sanciona o las repara, con lo cual se está afirmando que la única violación imputable al Estado, por conductas concretas al menos, sería la llamada “denegación de justicia” o, lo que es lo mismo, que si no hay denegación de justicia no se consuma la violación. Esto no es cierto ni siquiera tratándose de violaciones cometidas por particulares, porque aún en estas, la posibilidad de reconducir al Estado la responsabilidad correspondiente puede darse, no solo cuando no se sancionan o reparan, sino también cuando falta o es deficiente la protección que aquél está obligado a darles a las víctimas desde antes de que lo sean: pero mucho menos puede decirse de las violaciones cometidas por las autoridades públicas, cualquiera que sea su rango o carácter, porque sus conductas son imputables al Estado mismo, ya directamente, por sus actos funcionales, ya indirectamente, por los que realicen en condiciones tales que el Derecho atribuye a su responsabilidad, subjetiva u objetiva.”

Indudablemente, en el caso se trata de una serie de actos de contenido diferente que implican incumplimientos de distintas obligaciones que no admiten la unificación del comportamiento del Estado en un acto único. La denegación de justicia implicará el incumplimiento de la obligación de garantizar la efectividad de los recursos sin perjuicio del acto ilícito anterior que también debe ser reparado, así como la obligación de garantizar el respeto de los derechos.

35. Las obligaciones de resultado según el Dr. Ago están vinculadas a la exigencia que se pone a cargo del particular, de agotar los recursos internos. A través de estos recursos, se le da la chance al Estado de enmendar el acto ilícito y obtener finalmente un comportamiento que se ajuste a lo exigido por la obligación internacional. Esta situación está definida en el artículo 22 del proyecto:

*“Cuando el comportamiento de un Estado ha creado una situación que no está en conformidad con el resultado que de él exige una obligación internacional relativa al trato que se ha de otorgar a particulares extranjeros, personas físicas o jurídicas, pero la obligación permita que ese resultado o un resultado equivalente pueda no obstante lograrse mediante un comportamiento ulterior del Estado, solo hay violación de la obligación si los particulares interesados han agotado los recursos internos efectivos que tiene a su disposición sin obtener el trato previsto por la obligación o si esto no fuera posible, un trato equivalente”.*

36. Como es sabido en la materia de derechos humanos, es una obligación de los particulares -no solo los extranjeros, según lo establece el texto referido- en todos los casos, agotar los recursos internos.

No siempre se trata de obligaciones de resultado, pero igualmente su presupuesto es que los recursos internos deben estar disponibles, ser adecuados para el caso concreto y ser eficaces, en cuanto puedan lograr el resultado querido. Hay por lo tanto, una obligación del Estado de organizar su sistema jurídico interno de modo tal que brinde a los afectados la

posibilidad de utilizar esos recursos. De lo contrario, no existe la obligación de agotar la vía interna (36).

Esta exigencia de agotar los recursos internos en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos responde a un contexto diferente al de la protección diplomática, origen de la misma. Señala el Dr. Cancado Trindade la vinculación histórica existente entre la regla de agotar los recursos internos y la protección diplomática, especialmente su vinculación con la denegación de justicia. Al estrecharse la noción de denegación de justicia a los casos de imposibilidad de acceso a la justicia o atraso indebido en las decisiones de los órganos judiciales, se abrió paso una interpretación flexible para la materia de derechos humanos.

Así por ejemplo, esta noción de denegación de justicia aparece recogida en el artículo 46.2 de la Convención Americana de derechos humanos. La exigencia - obligación - para el Estado de brindar a los individuos las garantías del debido proceso legal para la revisión de los actos contrarios a los derechos protegidos, reduce los recursos a agotar, en lo hechos, a las vías judiciales que el Estado está obligado a poner a disposición y en beneficio de sus habitantes.

En otra oportunidad, el autor ha señalado que esta institución "ha perdido terreno, y que en el ámbito de la protección de los derechos humanos, solo puede ser considerada adecuadamente en conexión con la obligación correspondiente de los Estados de proveer recursos internos eficaces; el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial" (37).

Pero en esta materia, lo más importante referido a nuestro tema de la responsabilidad por acto legislativo, es la evolución en el ámbito regional europeo, señalada por el autor que estoy glosando. Expresa el profesor Cancado, que ha sido notable la evolución de la jurisprudencia europea de no exigir el agotamiento de los recursos internos cuando se trataba de casos en los que se denunciaron cuestiones de incompatibilidad entre la Convención Europea de Derechos Humanos y medidas legislativas o prácticas administrativas. Esta evolución es coincidente con la extensión de la noción de "víctima" que ha seguido la Comisión Europea de Derechos Humanos, a los efectos de abarcar situaciones generales que afectan a un número indeterminado de personas (38).

Además, la Corte Europea estableció que en los casos de detenciones que excedieran el "plazo razonable", la cuestión del agotamiento de los recursos no era exigible (39). En todos estos casos se trata de aplicar un principio de economía procesal, de no imponerle al particular la utilización de recursos que no son efectivos para obtener el resultado deseado.

---

(36) Ver al respecto A.Cancado Trindade. I) Aplicacao da reggra do agotamento dos recursos internos no sistema interamericano de protecao dos direitos humanos" en *Derechos Humanos en las Américas*. ed. de la Comisión Interamericana de derechos humanos. 1984. Homenaje a la memoria de Carlos Dunshee de Abranches. pags.217 a 229; y su mas extenso desarrollo en II) " O Esgotamento dos recursos internos e a evolucao da nocao de "vitima" no direito internacional dos direitos humanos", publicado en *La Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, enero-junio de 1986 No.3, pág.5 a 78.

(37) A.A.Cancado Trindade "La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en la protección de los derechos humanos", en "El juez y la defensa de la democracia". ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. I.a.ed 1993. San José, Costa Rica, pág. 256.

(38) Cf. Cancado Trindade, *op.cit.*,II, pág. 34.

(39) Cf. Cancado Trindade, *op.cit.*,II, pág. 35.

38. Finalmente, hay otra modalidad, que se refiere a las obligaciones llamadas también de comportamiento, pero que no definen una conducta determinada. Pueden llamarse también de vigilancia o de garantía, porque el Estado tiene una tarea de impedir un acontecimiento lesivo para los derechos de los particulares.

En este caso aparece como un comportamiento requerido al Estado, no dictar leyes que autoricen ese acontecimiento o modificar aquellas que permitan ese comportamiento o que afecten su obligación de garantizar los derechos fundamentales.

Ella fue prevista en el artículo 23 del proyecto de la CDI, bajo la denominación de "Obligación de prevenir un acontecimiento dado". En estos casos el Estado debe prevenir, por el medio que elija, que se produzca un acontecimiento dado. Habrá violación de la obligación internacional, si el Estado mediante el comportamiento observado no logra impedir ese resultado.

A diferencia de la obligación de resultado pura, en este caso el acontecimiento no obedece a un comportamiento del Estado. Por el contrario, la causa del mismo es ajena al Estado, pero su realización es una condición para que se manifieste la conducta omisa del Estado. En estos casos, la responsabilidad del Estado surge a pesar de que el hecho ilícito, que viola los derechos humanos no le es imputable. Así por ejemplo, por ser obra de un particular o por no identificar al autor de la transgresión. En estos casos la responsabilidad surgirá por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla o investigarla en los términos requeridos por la Convención (40).

Puede por ello decirse, que en este caso la responsabilidad del Estado es por omisión de sus deberes de vigilancia o de garantía. La realización del acontecimiento lesivo es ajeno a la acción del Estado, pero al mismo tiempo, es una condición para que surja su responsabilidad. Cuando sucede el acontecimiento, habrá de examinarse el comportamiento del Estado en cuanto a los medios desplegados y también su acción posterior, porque de ella puede surgir la violación de otras obligaciones, como la de investigar, aprehender a los culpables y castigarlos.

Estas circunstancias se han manejado en casos como el mencionado de desaparición forzada, en los cuales cuenta mucho la acción posterior del Estado y las nuevas obligaciones que de aquel hecho emergen. Los otros casos considerados tienen que ver con funcionarios diplomáticos extranjeros, cuya seguridad es obligación del Estado huésped.

39. En esta materia relativa a los diferentes contenidos de la obligación internacional, la CDI llega a la conclusión de que, "al igual que en el caso de "la fuente", no se hacen restricciones en relación con el contenido de las obligaciones" (41).

40. El problema es distinto, si consideramos la entidad de la violación. En este caso partimos de la distinción aceptada en la CDI entre crímenes y delitos internacionales. Los crímenes internacionales suponen ilícitos de mayor gravedad pues las obligaciones revisten una importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto. En estos casos las

---

(40) Cf. Corte I.de DDHH, caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C No.4, 1988, P.172.

(41) Cf. Anuario de la CDI, 1976, vol.II primera parte. P.77 y 78, pág.28.

relaciones de responsabilidad se extienden no solo al lesionado directamente sino que también comprenden al resto de los Estados.

El artículo 19 del proyecto de la CDI establece que debe tratarse de una obligación "tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como crimen internacional por esa comunidad en su conjunto". En la enumeración que realiza a vía de ejemplo, en el inciso 3, establece: "c) De una violación grave y en gran escala de una obligación internacional de importancia para la salvaguardia del ser humano, como las que prohíben la esclavitud, el genocidio, el apartheid".

La conducta del Estado en estos casos, perfila un comportamiento que requiere pluralidad de acciones, la sistematicidad, en gran escala, a los efectos de acentuar la gravedad del hecho es imprescindible. Necesariamente tiene que ser un hecho compuesto, una serie de acciones u omisiones relativos a casos distintos, que tienen una duración en el tiempo y que configuran una práctica de Estado. El comportamiento ilícito que configura la práctica, es un comportamiento distinto a los actos individuales, también ilícitos.

Así por ejemplo, la práctica sistemática de la tortura como crimen internacional es un "hecho del Estado" distinto al acto individual de tortura, incluso la realizada e imputable al Estado, tal como ha sido definido en los incisos 4 del art. 18 y 2 del art. 25 del proyecto de la CDI.

En las situaciones que configuran un crimen internacional por violación de los derechos humanos, el acto legislativo puede estar en el itinerario criminal del Estado, pero inmerso en una serie que se extiende en el tiempo y que alcanza a la obligación internacional en un momento dado.

El calificativo de "violación grave" está caracterizando la práctica como sistemática y flagrante del hecho imputable al Estado.

#### **IV. CONTROL DEL ACTO LEGISLATIVO EN EL SISTEMA AMERICANO**

##### **A. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH, en su competencia contenciosa**

41. Las consecuencias derivadas de una violación de la Convención por virtud de un acto legislativo y la determinación del momento preciso del ilícito, ha sido también discutido en el ámbito de los derechos humanos.

Efectivamente, el caso fue concretamente planteado en el Sistema Interamericano, en ocasión de la solicitud de opinión consultiva que le formulara la Comisión Interamericana de DDHH a la Corte Interamericana de DDHH, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención Americana.

El caso se refería al proyecto de nuevo texto constitucional del Perú, que el Gobierno del Sr. Fujimori sometió a la aprobación plebiscitaria. La Corte Interamericana de DDHH se expidió en la Opinión Consultiva OC-14/94 (42).

---

(42) OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención Americana de derechos humanos.

A la fecha de la solicitud, la Constitución de 1979 vigente en Perú, en su artículo 235 establecía: "No hay pena de muerte, sino por traición a la Patria en casos de guerra exterior". El nuevo texto proyectado, (luego ratificado y que hoy es parte de la Constitución vigente en Perú) lleva el artículo 140, establece: "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".

La Comisión entendió que la disposición proyectada violentaba el artículo 4.2 de la Convención Americana, que establece: "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 extiende su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.*

42. La Corte al elaborar su dictamen, creyó oportuno hacer algunas precisiones. Así estableció que "es evidente que la Comisión no solicita una declaratoria de compatibilidad entre tal disposición del derecho nacional del Perú y la indicada norma de la Convención. Antes bien, las preguntas que plantea la Comisión no hacen referencia a esa disposición sino que tienen un carácter general y versan sobre las obligaciones y responsabilidades de los Estados e individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la Convención. En consecuencia, la respuesta de la Corte sería aplicable al artículo 4, como a todos los otros artículos que enuncian derechos y libertades" (43).

El sentido de esta precisión, significa según la Corte, que la consulta de la Comisión excedía el caso concreto del Perú y comprendía toda situación de incompatibilidad de una ley interna con la Convención.

43. De esta manera la Corte hace una reflexión de carácter general a los efectos de analizar las diferentes situaciones que se pueden plantear en el ámbito de la Convención, en materia de leyes contrarias a los derechos humanos.

En su competencia contenciosa, la eventual contradicción será evaluada como "simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado" (44).

44. Dentro de las obligaciones de los Estados Parte, de acuerdo con los artículos 1 y 2, está la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Y el Estado puede violar las obligaciones derivadas de la Convención, omitiendo dictar normas a que está obligado por el artículo 2 o también, dictando leyes o disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención (45).

45. Si un Estado Parte dicta una ley contraria a la Convención, la Comisión puede de acuerdo con las facultades que le otorgan los arts. 41 y 42, calificar esa norma como violatoria

---

(43) OC-14, Corte I.de DDHH p. 24.

(44) OC-14, P.22.

(45) Art.41, 42,46,47,50 y 51 de la Convención Americana, en OC-13 1993, P.26.

de las obligaciones asumidas por él. Puede entonces recomendar al Estado su derogación o reforma, ya sea por la vía directa (art. 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención Americana (46).

46. Si esta ley no es de aplicación inmediata y aun no se ha aplicado, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someterle el caso contra ese Estado, pues la ley es mera facultad y no representa per se una violación de los derechos humanos. Sí podrá hacerlo si se trata de leyes de aplicación inmediata, que afecten los derechos de modo individual o colectivo (47)

Y la Comisión no puede someter a la Corte estos casos, porque de acuerdo con el art. 61.2, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 “y para que esos procedimientos puedan ser iniciados, es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados”. Esta petición será “presentada dentro de los seis meses a partir de la fecha en que el presunto lesionado... haya sido notificado de la decisión definitiva” (art. 46.1 b) o (art. 46.2.b) cuando no se requiere el agotamiento de los recursos internos y se exime del mencionado plazo, en los casos de que no se le haya permitido al presunto lesionado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos (48).

47. Si seguidos estos procedimientos, el caso llega a la Corte, “ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención... y en caso afirmativo, que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague indemnización.” (49).

Y concluye la Corte: “La jurisdicción contenciosa... se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos. No existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención. Como antes se dijo, la Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención” (50).

48. Cuando se trate de leyes “que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (art. 63.2 de la Convención, art. 29 del Reglamento de la Comisión) (51). Esta sería, según la Corte, la vía expedita para la Comisión.

---

(46) OC-14, P.39.

(47) OC-14, P.42 y 43.

(48) OC-14, P.45 y 46.

(49) OC-14,P.48.

(50) OC-14, P.4.

(51) OC-14, P.44.

49. Luego, la Corte entra a examinar el problema que se plantea respecto a la determinación del momento del daño.

Dijo la Corte: "Es conveniente señalar, en primer lugar, que una ley que entra en vigor, no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Puede suceder que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte llamará "leyes de aplicación inmediata" en el curso de esta opinión" (52).

50. En el siguiente párrafo, establece la otra distinción: "La ley que no es de aplicación inmediata, es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella. No representa per se, violación de los derechos humanos" (53).

En el párrafo siguiente culmina su razonamiento: "En el caso de leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas anteriormente, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de la expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza" (54).

Esta distinción de la Corte recoge en términos generales aquella distinción realizada por Jiménez de Aréchaga.

Puede observarse a mi criterio, que las razones de la Corte valen solo para la obligación principal de respetar los derechos. No ocurre lo mismo cuando se trata de otras obligaciones que tiene a su cargo el Estado. Así además de esta obligación genérica, los Estados tienen la obligación de garantizar los derechos fundamentales.

Fundamentalmente esta obligación se cumple por medio de leyes y garantías internas, especialmente la organización de la justicia y otros servicios que sean adecuados para la tutela de los derechos. Esta obligación está además reglamentada en términos precisos, de modo que si una ley no se ajusta a las previsiones establecidas en la Convención, por omisión o insuficiencia, el incumplimiento se produce sin que se tenga que esperar a su aplicación.

51. Posteriormente la Corte, actuando en función de su competencia contenciosa, se ha visto enfrentada a situaciones donde se han planteado la incompatibilidad de leyes internas y la Convención. La unanimidad de criterios dentro de los integrantes de la Corte, se ha roto, luego de la incorporación del profesor brasilero Dr. A.A. Cancado Trindade.

Este juez ha fundamentado su posición particular a partir de la sentencia dictada en el caso EL AMPARO, del 18 de enero de 1995, cuando realiza su primer voto razonado discrepante. En esta oportunidad, sin extenderse en los argumentos, dejó constancia de su opinión. Según la cual, la Corte debió en la sentencia examinar la compatibilidad o no de la vigencia del artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela con la Convención Americana, como lo había solicitado la Comisión en su demanda introductoria.

---

(52) OC-14, P.41.

(53) OC-14, P.42.

(54) OC-14, P.43.

52. Cuando la Corte en el mismo caso dicta (14 de setiembre de 1996) la sentencia relativa al pago de las reparaciones, indemnizaciones y costas, el profesor Cancado Trindade da a conocer los fundamentos de su voto discrepante.

La Comisión incluía en su demanda contenciosa, dentro de las reparaciones no pecuniaras, la reforma del Código Militar, los reglamentos e instrucciones castrenses incompatibles con la Convención. Por su parte Venezuela se negaba en el entendido de que estas disposiciones del artículo 54 del Código Militar no habían sido aplicadas en el presente caso y solo eran una habilitación al Presidente de la República. (art. 54.2. "ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación; art. 54.3" Ordenar el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa.").

53. La Corte, luego de confirmar la no aplicación de estos artículos del código militar, establece que en el caso, las autoridades militares iniciaron y siguieron un proceso contra los responsables del caso El Amparo y el Presidente de la República nunca ordenó que no se siguiera proceso ni que se sobreseyera. Se remite al Párrafo 49 de la OC-14 arriba transcripto. Y finaliza diciendo que de acuerdo con lo expresado, "se abstiene de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código Militar, reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto, no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión" (55).

54. En su voto particular, el Profesor Cancado Trindade dice que la mera existencia de una ley puede "per se" crear una situación que afecta los derechos protegidos en la Convención. Considera que aun cuando no fuera aplicada o ejecutada, la mera vigencia de la ley es una amenaza real para las personas.

Encuentra que esto está en contradicción con el deber que tienen los Estados de prevenir o garantizar los derechos. Dice así que una ley todavía no aplicada puede afectar los derechos de las personas a un recurso efectivo ante los jueces o tribunales ordinarios en los términos de los artículos 25 y 8 de la Convención Americana.

55. Señala al respecto la importante evolución de la jurisprudencia internacional, tanto regional como universal, donde se ha admitido que el individuo en determinadas condiciones, pueda reivindicar su calidad de víctima de una violación a sus derechos fundamentales por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que le hayan sido aplicadas. "Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea aplicable en forma tal que el riesgo o amenaza que él sufra sus efectos sea real, sea algo mas que una simple posibilidad teórica" (56).

---

(55) Sentencia de la CIDH. El Amparo. P.58, 59 y 60.

(56) Párrafo 5, voto disidente del juez A.A. Cancado Trindade, pág 164, sentencia caso el Amparo, Informe anual de la Corte Interamericana de DDHH 1996, OEA, 1997. Nota: El Dr.Cancado cita a pie de página jurisprudencia de la Comisión Europea de DDHH, de la Corte Europea de DDHH y del Comité de DDHH. Algunos de estos casos son reproducidos en el presente trabajo.

56. La crítica se refiere no solo a la posición de la Corte en el caso concreto de la sentencia EL AMPARO.

Dice en su voto particular: “La decisión de la Corte sobre este punto específico basada en el referido obiter dictum de su opinión consultiva OC-14/94, colide, a mi modo de ver, con la letra y el espíritu del artículo 62 (1) y (3) de la Convención Americana, en virtud del cual la competencia contenciosa de la Corte se extiende a todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención. Estas últimas incluyen los deberes de los Estados Parte de garantizar los derechos reconocidos y de adecuar su derecho interno a la normativa de la Convención para tornar efectivos tales derechos”.

Y a continuación expresa: “.. la determinación de la incompatibilidad de una ley interna con la Convención no es prerrogativa exclusiva del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte. La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (art. 64.2 de la CA) la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (o inclusive de un proyecto de ley) con la Convención in abstracto, mientras que en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención en las circunstancias del caso concreto”.

“La Convención Americana efectivamente autoriza a la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley impugnada por la parte demandante, y que por su existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre derechos humanos. La Corte tiene competencia *ratione materiae*, y debía, pues, haber procedido a esta determinación y a la fijación de sus consecuencias jurídicas” (57) .

57. La determinación del momento preciso de cuando se sufre realmente el daño, puede considerarse a la luz de la teoría general de la responsabilidad en las Convenciones de derechos humanos. El razonamiento de Cancado Trindade logra comprender la noción de daño en la figura de la víctima.

De acuerdo con la formulación propuesta por el profesor Ago, aceptada por la mayoría de los integrantes de la Comisión de Derecho Internacional, el requerimiento del daño no está contenido en las reglas primarias. Por la mera violación de la obligación internacional, que tiene lugar con la aprobación de la norma interna contraria a la Convención, se genera la responsabilidad del Estado.

58. Esta circunstancia está de acuerdo con la naturaleza de estas convenciones denominadas “Humanitarias”, especialmente con el régimen del sistema interamericano que establece una acción popular de todas las personas bajo jurisdicción de los Estados Americanos.

En efecto, el artículo 44 de la Convención, cuando establece la competencia de la Comisión Interamericana de DDHH, expresa:

“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte”.

---

(57) Cancado Trindade, voto disidente, *op.cit.* pags.165 y 166, Párrafos 10 y 11.

Esta disposición tiene una gran amplitud respecto a la legitimación del denunciante, y no puede compararse con las disposiciones análogas de los artículos respectivos del Protocolo Facultativo del Pacto de derechos civiles y políticos, y de la Convención Europea de derechos humanos.

59. En el Protocolo Facultativo, la legitimación para movilizar la acción del Comité de DDHH, requiere que el particular sea víctima de la violación. El art. 1 dice: “.. competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos...que aleguen ser víctimas de una violación...”

Lo mismo ocurre en el artículo 25 de la Convención Europea. “La Comisión podrá conocer de cualquier demanda... que se considere víctima de una violación...”.

En ambos casos, podemos decir que la condición de víctima es un requisito para la acción. En el caso de una ley contraria a la norma internacional, se requiere que la misma afecte o lesione los derechos de la persona que hace la petición. Como decía el profesor Cancado Trindade, el concepto de víctima está en la base de la protección internacional.

60. En cambio si se analiza la situación del peticionante en el artículo 44 de la Convención Americana, vemos que su situación es diferente. No se requiere la condición de víctima y es suficiente para movilizar la competencia de la Comisión, el acto ilícito del Estado y la denuncia de cualquier persona.

Esto sin perjuicio de que más adelante, cuando la Convención regula la admisibilidad de las peticiones, el artículo 46, hace referencia -inc.1.b- “al presunto lesionado”; y en el inciso 2.b, reitera la noción de “presunto lesionado”. Todo esto indica que la existencia de una lesión, daño o perjuicio, es una condición necesaria a los efectos de la admisibilidad de la petición.

61. También cuando se determinan las competencias de la Corte, en el artículo 63, se establece que “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertades conculcados”.

62. Todo indica, que la acción popular es a los efectos de propiciar el conocimiento por parte de la Comisión, de la existencia de una violación por parte de un Estado y promover su iniciativa. También, se exige la lesión o el daño en los derechos de la persona humana para mantener el impulso procesal en el procedimiento ante la Comisión. Esta legitimación deberá ser apreciada por la Corte como requisito de su competencia.

63. Para armonizar estas disposiciones, tenemos que tener presente también, que la Comisión, puede por sí misma, iniciar las actuaciones. En este caso, está claro que no necesita la existencia del daño concreto. La mera contradicción de la norma interna con la Convención, habilita a la Comisión para iniciar este “contencioso de legalidad”.

Ambas circunstancias surgen del artículo 26 del Reglamento de la Comisión. Esta facultad, ha sido utilizada en contadas oportunidades. La iniciativa de la Comisión, puede basarse en cualquier información que le parezca idónea y que reúna los elementos para iniciar la tramitación de un caso que contenga los requisitos para tal fin.

64. Ya vimos la amplitud del artículo 44 al establecer la acción popular de las peticiones.

A su vez el artículo 26 del Reglamento de la Comisión establece: "1. Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones de conformidad con el presente Reglamento, en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a presuntas violaciones de un derecho humano reconocido, según el caso, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o en la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre".

En el inciso siguiente: "2. Asimismo, la Comisión podrá motu proprio, tomar en consideración cualquier información disponible que le parezca idónea y en la cual se encuentren los elementos necesarios para iniciar la tramitación de un caso que contenga, a su juicio, los requisitos para tal fin."

65. De los textos mencionados, surge claramente el régimen del sistema americano. No se requiere la calidad de víctima para legitimar la petición. La circunstancia habilitante es la violación de la Convención por un Estado parte. Sin perjuicio de que, al reglamentar la admisibilidad de las peticiones, se haga referencia a la lesión de los derechos. Entra así en esta etapa la noción de víctima.

De acuerdo con el artículo 2 de la Convención, una de las obligaciones de los Estados consiste en dictar "las medidas legislativas necesarias". Es una obligación internacional de origen convencional que vincula a todos los Estados Parte.

66. Este carácter de acción popular establecido por la Convención es reconocido también por la profesora chilena Cecilia Medina (58) quien al analizar esa disposición expresa, que "constituye una excepción con respecto a los procedimientos ya existentes, en que la acción solo puede ser ejercitada por la propia víctima de la violación."

67. También el Dr. Gros Espiell participa de esta opinión. Al comentar el mencionado artículo 44 de la Convención Americana, expresa: "debe también ser objeto de elogio por haber eliminado la noción de "víctima", que se encuentra en el modelo europeo. La titularidad para presentar peticiones con denuncias o quejas es amplísima (cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en el Estado contra el que se hace la denuncia o queja." Y dice a continuación: "Es cierto que la jurisprudencia europea le ha dado a la noción de víctima una acepción lo más amplia posible y que así, por ejemplo se ha aceptado que un particular pueda reclamar contra una ley nacional violatoria de sus derechos en ausencia de un acto individual de ejecución, si corre el riesgo de sufrir directamente sus efectos y que no puede exigirse la existencia de un perjuicio real, por lo que debe entenderse por víctima "la persona directamente afectada por el acto u omisión en litigio." (59).

---

(58) Derecho Internacional de los derechos humanos, ed. Cecilia Medina. Septiembre de 1990, pág.166.

(59) H.Gros Espiell, La Convención Americana y la Convención Europea de derechos humanos. Analisis comparativo. Editorial Jurídica de Chile.1991.pág.145. Según nota a pie de pagina, dicho concepto fue expresado por la Corte Europea de DDHH, en el Caso Marck, del 13 de junio de 1979, consideraciones de derecho. Cf. Caso Klass y otros, Caso Wilde, Doms y Versyp; Caso Engel y otros.

68. Concluye considerando que “de todos modos, (la noción de víctima) es un concepto limitativo, que si existiera en la americana podría dar lugar a peligrosas restricciones a la posibilidad de presentar a la Comisión denuncias o quejas” (60).

69. Cuando se trata de un acto legislativo, la mera existencia de la ley constituye el acto ilícito que genera la obligación de responsabilidad, porque hay un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos humanos. El riesgo de ese daño deriva de la mera existencia de la ley y la reparación puede consistir en la modificación de la norma interna. Esta modificación, derogación o enmienda, opera como modalidad en el cumplimiento y reparación de la obligación de garantizar el goce de su derecho o libertad. En este caso, cabe perfectamente sostener que si no fuera procedente la indemnización, al no existir daño material o económico, previsto como eventualidad en el artículo 63 de la CA, el Estado cumple la obligación de cesar el acto ilícito o la reparación, con la derogación o enmienda de la ley. La indemnización es una mera alternativa u opción, cuando se ha operado el daño económico. Si no se ha producido, basta con la eliminación del acto ilícito, con el cumplimiento de la obligación de garantizar, que tiene lugar con la modificación del texto legal que es el resultado debido.

## **B. La jurisprudencia en la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

70. La competencia consultiva de la Corte, está prevista en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 64, que establece:

“1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.”

“2. La Corte a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.”

También hacen referencia a ella el artículo 2 del Estatuto y los artículos 49 a 54 del Reglamento (61).

71. La amplitud de esta competencia ha sido señalada en todos los trabajos doctrinarios referenciados, que ponen de manifiesto que ella va mas allá de toda otra existente en el

---

(60) H.Gros Espiell, “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. op.cit. pág 146.

(61) Hay amplia doctrina sobre esta competencia de la Corte. Al respecto: TH.Buergenthal, Introducción y actualización, la Corte Interamericana de derechos humanos. Estudios y Documentos. IIDH. San José; R.Nieto Navía, La jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos. En Homenaje a Dunshee de Abranches; R.Nieto Navía, Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos en, La Convención Americana de derechos humanos. Facultad de Derecho. Montevideo. 1989; M.Cisneros. Algunos aspectos de la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana, Homenaje a C.Dunshee de Abranches; Manuel Ventura y Daniel Zovatto, La función consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos. Naturaleza y Principios. 1982-1987. IIDH. Ed. Civitas. Madrid. 1989.

derecho positivo, como es el caso de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Derechos Humanos (62).

Esta competencia ha sido ejercida en diversas oportunidades, en donde la Corte ha enriquecido el contenido de las normas convencionales.

Según el inciso segundo del art. 64, expresamente se le ha reconocido la competencia de dar opiniones acerca de la compatibilidad entre las leyes internas de los Estados miembros y las Convenciones internacionales de derechos humanos. Esta competencia es de carácter general y comprende a todos los Estados Americanos, sean o no parte de la Convención.

Al mismo tiempo cabe agregar que la competencia consultiva es inmediata pues no está sometida a condición alguna por parte de los Estados que quieran solicitarle asesoramiento.

En oportunidad de la consulta solicitada por la Comisión Interamericana relativa a la interpretación de ciertas reservas sobre restricciones a la pena de muerte, art. 4.2 y 4.4 de la Convención Americana (Opinión Consultiva OC-3/83) la Corte se expidió sobre este punto. El asunto había sido derivado por la Comisión y en sus consideraciones a la Corte, había hecho notar de la existencia de ciertas divergencias con el Gobierno de Guatemala respecto a la interpretación de las reservas que este país había formulado. En esta ocasión, el Gobierno de Guatemala expresamente le solicitó a la Corte que se abstuviera de emitir la opinión solicitada en razón de que a la fecha, Guatemala no había "declarado que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación de la Convención, de conformidad con el art. 62 numeral 1".

Entonces la Corte al expedirse sobre la opinión solicitada, señaló las diferencias de régimen existente entre la competencia consultiva y la contenciosa. En materia contenciosa, el ejercicio de la competencia depende del previo consentimiento del Estado. (arts. 61, 62 y 63 de la CA). En cambio ello no es necesario en la competencia consultiva, donde no hay partes y ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales. (art. 64 de la CA). Esto sin perjuicio de que la cuestión sobre la que se le pregunta, pueda afectar los intereses de Estados que no han accedido a su competencia contenciosa y que no están dispuestos a litigar sobre el asunto. En este sentido la Corte dijo coincidir con la reiterada jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.

El derecho a solicitar opiniones consultivas... "Fue otorgado a los órganos de la OEA con el fin de ayudar a resolver aspectos legales en disputa dentro del contexto de las actividades de un órgano" (63).

En la competencia jurisdiccional se requiere la previa aceptación por parte del Estado. Como vimos, no ocurre lo mismo con la consultiva que además expresamente puede ejercerse sobre otros tratados.

72. Con relación a la competencia consultiva relativa al examen de compatibilidad entre una ley interna y los instrumentos internacionales, hay un régimen diferente, según se trate del Estado interesado o de un órgano de la OEA. Respecto a las leyes, solo los Estados

---

(62) Cf. H.Gros Espiell, op.cit. P. 150 pág.171.

(63) Opinión Consultiva OC-3, del 8 de septiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte. Secretaría de la Corte, San José, Costa Rica, 1983, P.11, 12, 13, 14, 39, 40, 41.

interesados pueden solicitar la opinión de la Corte respecto a la compatibilidad de sus leyes internas vigentes, con la Convención Americana y con otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. (art. 64.2 de la CA) (64).

A este respecto, fue objeto de decisión de la Corte, que su competencia se extiende a "proyectos de ley", los cuales por supuesto no constituyen en sentido estricto normas legales positivas.

### 73. Opinión Consultiva OC-4/84.

El caso fue objeto de especial consideración en la Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. El 28 de junio de 1983, la Corte recibió un telegrama de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, que informó que la Comisión Especial para estudiar reformas a los artículos 14 y 15 de la Constitución Política de Costa Rica, había acordado consultar a la Corte sobre el referido proyecto de modificación a la Constitución. El 21 de julio de 1983, por intermedio de su ministerio de Relaciones Exteriores, el gobierno de Costa Rica expresó su deseo de conocer la opinión de la Corte en relación con el citado proyecto. En la audiencia pública que fijara la Corte, participaron diferentes personas que ocupaban cargos públicos en el Gobierno, tales como Ministro de Justicia, Presidente del Tribunal Supremo, Diputados y representante de la Facultad de Derecho (65).

74. La Corte tuvo que considerar su admisibilidad en atención a las peculiaridades del caso. Se trataba de la primera solicitud sobre la base del art. 64.2 y ella no se refería a leyes vigentes sino a reformas propuestas. ¿Podía la Corte considerarlas?

En un sentido restringido, no se podría considerar admisible la solicitud en la medida de que propiamente no se trataba de una ley, norma jurídica vigente que comprende también además de las leyes comunes las leyes constitucionales.

No obstante la Corte fue de otra opinión. Consideró que "abstenerse de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de "proyectos de ley" y no de leyes formadas y en vigor, podría en algunos casos, equivaler a forzar a dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de opinión (66)

75. Precisamente en atención a este objeto y fin del tratado, "la función del intérprete está enderezada a dar eficacia a las disposiciones de un tratado en su sentido natural u ordinario en el contexto en el cual ocurren". Y según lo expresara la Corte (Restricciones a la Pena de Muerte, supra 19 P.47), "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 siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" (67).

---

(64) Cf. OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

(65) Cf. OC-4/84, numerales 1 a 6. op.cit.

(66) OC-4/84, op.cit. P.26.

(67) Corte IDH, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana, arts.74 y 75, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, P.29).(OC-4, op.cit. P.23 y 24.

76. La Corte vincula su competencia con la obligación que tienen los Estados de acuerdo con el artículo 2 de la Convención de "adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades de la persona humana". Esta función consultiva hay que entenderla en atención a que la misma pretende un asesoramiento a los Estados para que cumplan con esa obligación.

Y este asesoramiento resultará de mayor eficacia si se realiza antes de la sanción de una ley, pues permitirá una mejor adecuación de la norma interna a la Convención. La experiencia indica, dice la Corte, que una vez que la ley ha sido promulgada, "debe pasar no poco tiempo antes de que pueda ser derogada o anulada, aun cuando hubiere sido determinado que viola las obligaciones internacionales del Estado" (68)

Si bien el propósito fundamental es el de ayudar al Estado, la Corte "debe actuar cuidadosamente para asegurar que su jurisdicción consultiva en estos casos no sea utilizada como instrumento de un debate político con el fin de afectar el resultado del proceso legislativo interno". Hecha esta salvedad, concluyó que no existía ninguna razón para abstenerse de absolver la consulta solicitada (69).

#### 77. Opinión Consultiva OC-12/91

Una situación similar, se reiteró años después, cuando el gobierno de Costa Rica solicitó, mediante una comunicación del 22 de febrero de 1991, otra opinión consultiva basada en la misma disposición - art. 64.2 - acerca de la compatibilidad de un proyecto de ley de reforma de dos artículos del Código de Procedimiento Penal que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa. En este caso la compatibilidad se refería al artículo 8.2 numeral h) de la Convención, referido al derecho de recurrir de un fallo ante Juez o Tribunal Superior. La Corte Interamericana de derechos humanos se expidió en la Opinión Consultiva OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991.

La cuestión había surgido en diferentes casos planteados ante la Comisión, en los cuales se hacía caudal por parte de los denunciantes, en el sentido de que la ley vigente, de procedimientos, no preveía el recurso de casación para ciertos delitos.

78. Uno de los países que en este segundo caso comparecen ante la Corte, para dar su opinión, es precisamente el Uruguay. Su Gobierno consideró que la opinión consultiva no podía ser contestada en virtud de que no cumplía con lo dispuesto por el art. 64.2 de la Convención.

Para ello se basó en la opinión consultiva OC-6/86, (La expresión leyes en el art. 30 de la Convención) que fuera formulada por el Uruguay. En esa oportunidad, recuerda el gobierno, la Corte dijo que la palabra leyes significa "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formulación de leyes".

(68) OC-4, op.cit, P.25 a 27.

(69) OC-4, op.cit, P.30.

“Siguiendo este criterio expresado por la Corte en su más reciente jurisprudencia, solo las reglas de derecho que han recibido aprobación legislativa y promulgación ejecutiva, pueden ser objeto de opinión consultiva obligatoria”, dijo el Gobierno del Uruguay (70)

79. El Gobierno de Costa Rica, contestó estas objeciones y dijo que en oportunidad de la OC-6 (expresión leyes) la misma se refería específicamente al concepto de leyes contenido en el artículo 30 de la Convención, que “se refiere a restricciones expresamente autorizadas con fines legítimos o que obedezcan a razones de interés general sin apartarse del propósito para el cual fueron establecidos (control por desviación de poder) y que sean dispuestas por leyes y se apliquen de conformidad con ellas” (71).

80. Respecto a las observaciones del Uruguay, señaló la Corte, que el artículo 30 de la Convención es una norma especial que presupone que ciertas restricciones al ejercicio de derechos y libertades solo pueden ser aplicados conforme a leyes que han entrado en vigor. Y estas consideraciones no pueden ser trasladadas sin más al artículo 64.2 de la Convención. Por eso consideró, que este argumento no basta para rechazar la presente solicitud.

En cambio, si será decisivo para la abstención de la Corte, la circunstancia de que hubiera otros casos ante la Comisión y que al emitir su dictamen, se pudiera afectar y desvirtuar la jurisdicción contenciosa de la Corte.

81. En uno de esos casos, la Comisión había adoptado una resolución en la que se expresaba que Costa Rica había violado el art. 8, 2.h de la Convención, y recomendó a ese país adoptar medidas necesarias para remediar esa situación y resolvió además, que presentaría el caso ante la Corte si tales medidas no se adoptaban dentro de un plazo de seis meses. Posteriormente el Gobierno solicitó y obtuvo de la Comisión dos plazos adicionales de seis meses para cumplir con los términos de la resolución.

En septiembre de 1988, la Comisión recordó al Gobierno el cumplimiento de la resolución y luego de una nueva prórroga, el Gobierno de Costa Rica compareció ante la Comisión y presentó el texto del proyecto de ley y solicitó una nueva prórroga. En espera de la aprobación del proyecto, la Comisión paralizó el trámite de los demás casos.

Finalmente en el nuevo período de sesiones de la Comisión, y ante la eventualidad de enviar los casos a la Corte, el Gobierno de Costa Rica le informó a la Comisión que su Corte Suprema acababa de dictaminar que el artículo 8.2.h de la Convención era aplicable directamente por los jueces nacionales.

La Comisión suspendió la consideración de los casos en atención a la suerte que pueda correr el proyecto de ley. Por estos motivos la Corte entendió que su respuesta a las preguntas del gobierno de Costa Rica podrían traer aparejado una solución encubierta de los casos por la vía de una opinión consultiva, distorsionando el sistema de protección, especialmente por la desprotección de los intereses de los individuos que no participan en un proceso consultivo (72).

---

(70) OC-12/91. Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre derechos humanos. P.8.

(71) OC-12 P.10.

(72) Cf. OC-12 op.cit. P.24 a 30.

## 82. Opinión Consultiva OC-3/83

Otra fue la situación que dio lugar a la Opinión Consultiva, OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. En este caso se trataba de una ley posterior que se había dictado y cuyo contenido podía contradecir las disposiciones de la Convención. El caso se presentó como una interpretación de ciertas reservas que había formulado el Gobierno de Guatemala a las restricciones a la pena de muerte establecidas en la Convención Americana en los artículos 4.2 y 4.4.

83. La solicitud fue de la Comisión Interamericana. Como ya vimos, le pidió a la Corte una interpretación del artículo 4 de la Convención Americana y lo hizo sobre la base del art. 64.1. Significaba que la consulta no se refería directamente a la compatibilidad de la legislación de Guatemala, sino que la pregunta estaba formulada en términos genéricos para que no chocara con el art. 64.2.

Preguntaba la Comisión: 1) ¿Puede un Gobierno aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estuviese contemplada dicha pena en su legislación interna, al momento de entrar en vigor para ese Estado la Convención Americana sobre Derechos Humanos?.

2) ¿Puede un Gobierno, sobre la base de una reserva hecha al momento de la ratificación al artículo 4.4 de la Convención, legislar con posterioridad a la entrada en vigor de la Convención imponiendo la pena de muerte a delitos que no tenían esa sanción cuando se efectuó la ratificación?

84. La reserva del caso estaba referida al inciso 4 que dice:

“En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos”.

El Gobierno de Guatemala, con quien la Comisión Interamericana había tenido las divergencias que motivaron esta solicitud, en su manifestación de la reserva había expresado: “.. haciendo reserva sobre el artículo 4.4 de la misma (Convención), ya que la Constitución de la República de Guatemala, en su artículo 54, solamente excluye de la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos, pero no a los delitos comunes conexos con los políticos”.

El problema jurídico entonces, está en determinar si un Estado puede extender los efectos de la reserva mencionada e imponer la pena de muerte a delitos que no la tenían prevista cuando la Convención entró en vigor para ese Estado. Al respecto, resultará fundamental tener presente que el mismo artículo 4.2 de la Convención establece en su frase final: “Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente”.

Se impide así cualquier expansión en la lista de delitos castigados con esa pena (73).

85. Por las razones expresadas, la Corte decidió por unanimidad, su opinión de que “la Convención prohíbe absolutamente la extensión de la pena de muerte y que en consecuencia, no puede el Gobierno de un Estado Parte aplicar la pena de muerte a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente en su legislación interna”. Y “una reserva limitada por su propio texto al artículo 4.4 de la Convención, no permite al Gobierno de un Estado Parte legislar con posterioridad para extender la aplicación de la pena de muerte respecto a delitos para los cuales no estaba contemplada anteriormente” (74).

(73) OC-3/83, op.cit. P.54 a 59.

(74) OC-3/83, op.cit. P.76.

86. Esta opinión consultiva tuvo “un efecto inmediato y real, salvando vidas, dando el fundamento para una posterior reforma constitucional y provocando, luego, el retiro de una reserva, el 20 de mayo de 1986” (75).

#### 87. Opinión Consultiva OC-5/83

En otro caso jurisprudencial que tuvo también a Costa Rica como Estado que solicitó una opinión consultiva, se trató de que la Corte estableciera la compatibilidad de una ley vigente sobre colegiación obligatoria de los periodistas, (ley 4420). Esta ley había dado lugar a una queja ante la Comisión Interamericana formulada por el Sr. Schmidt, periodista no colegiado que había sido condenado a tres meses de prisión por ejercicio ilegal de la profesión. El asunto ante la Comisión había sido ganado por el Estado, pues la Comisión había declarado que la ley 4420 que organizaba el Colegio de Periodistas de Costa Rica y que la sentencia de condena al Sr. Schmidt no violaba el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ante gestiones de la Sociedad Interamericana de la Prensa (SIP), que no está legitimada para plantear la consulta, el Gobierno de Costa Rica se comprometió a solicitar una opinión consultiva ante la Corte. La elección de este medio se hizo pese a que el Estado había reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte y estaba en consecuencia habilitado para plantear el asunto en contienda.

Se trata como puede apreciarse, de una manifestación de notable sensibilidad, de un Estado que acepta someter esa consulta después de haber obtenido una resolución favorable ante la Comisión, estar de acuerdo con ella y tener el convencimiento de la absoluta compatibilidad entre su legislación y la Convención. Todos estos elementos destacan más el gesto de Costa Rica.

88. La consulta formulada constó de dos preguntas. ¿Está permitido o comprendida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero, entre las restricciones o limitaciones que autorizan los artículos 13 y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos?

¿Existe o no compatibilidad, pugna o incongruencia entre aquellas normas internas - ley 4420 - y los artículos citados de la Convención?

A los efectos de resaltar el animo de colaboración manifestado por el Estado, cabe agregar que a la primera audiencia pública ante la Corte, se escucharon las opiniones de los Representantes del Gobierno, del Colegio de Periodistas y de la SIP que concurrieron previa consulta y consentimiento del Gobierno. También los representantes de la Comisión Interamericana de DDHH (76).

89. El caso ofrece aspectos procesales de interés. La Corte consideró que la competencia contenciosa era una posibilidad que tuvieron tanto el Estado como la Comisión, y que no utilizaron.

“La Comisión, dice la Corte, pudo haber sometido el caso Schmidt a la Corte”...” ni el art. 50 ni el 51 de la Convención requieren que la Comisión haya concluido que ha habido viola-

---

(75) H.Gross Espiell, *op.cit.* pág.173 nota 344.

(76) OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 La Colegiación obligatoria de periodistas. Secretaría de la Corte. San José, Costa Rica. 1985. P. 1 a 10.

ción de la Convención, para que se pueda referir un caso a la Corte. En consecuencia, difícilmente se podría negar a Costa Rica el derecho a solicitar una opinión consultiva por el solo hecho de no haber ejercido una facultad que corresponde a la Comisión como órgano de la Convención responsable, inter alia, de velar por la integridad institucional y por el funcionamiento del sistema de la Convención. (Asunto Viviana Gallardo y otras. Resolución del 13 de noviembre de 1981.P. 21 y 21).” Y sigue la Corte: “Hay ciertos casos que al no haberse podido resolver amistosamente ante la Comisión, deberían ser sometidos por ésta a la Corte” (77).

90. En sus conclusiones, la Corte destaca “que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste, a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como el derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas” (78)

En cuanto a la compatibilidad de la ley 4420 con la Convención, “la Corte observa que no se requiere la colegiación para actuar como comentarista o columnista, permanente u ocasional, remunerado o no. Tal disposición ha sido alegada para demostrar que dicha ley no se opone a la libre circulación de ideas y opiniones...” Pero la Convención no solo garantiza esos actos respecto a las ideas, “sino también la información de toda índole. La búsqueda y difusión de información no cabe dentro del ejercicio autorizado por el artículo 25 de la ley 4420”.

El ejercicio del periodismo remunerado está autorizado fundamentalmente a quienes sean miembros del Colegio; y la ley restringe igualmente el acceso al Colegio a quienes sean egresados de determinada escuela universitaria. Estos aspectos coliden con las restricciones justificadas según el art. 13.2 y restringe indebidamente el derecho de la colectividad en general de recibir sin trabas información de cualquiera fuente (79).

#### 91. Opinión Consultiva OC-14/94

Esta opinión fue analizada supra, en ocasión de considerar la jurisprudencia contenciosa de la Corte. Como vimos se trata de un documento donde la Corte expone las diversas posibilidades que según su criterio ofrece el sistema interamericano para considerar la compatibilidad de las leyes (y proyectos de ley) con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Pero este antecedente ofrece un interés adicional. Aquí la Comisión Interamericana toma conocimiento - no se conoce por medio de que fuente - de un proyecto de ley constitucional que será plebiscitado por el Gobierno de Perú y que manifiestamente desconoce la situación cristalizada por la anterior Constitución de 1979. Corriendo contra el tiempo, la Comisión hace un planteo bastante concreto y que luego, en la primera audiencia generaliza ante la Corte.

---

(77) OC-5/85, op.cit. P.24 y 25.

(78) OC-5/85 op.cit, P.81.

(79) OC-5/85.op.cit. P.83 y 84.

92. Los términos de la solicitud son los siguientes:

1) Cuando un Estado Parte en la CADDHH dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuales serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista a las obligaciones internacionales de ese Estado?

2) 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, ¿cuales son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

La Comisión expresa en su petición, del 8.11.93, que la interpretación se refiere al artículo 4.2 y 3 de la Convención y se origina en la incorporación en el art. 140 de la nueva Constitución del Perú de una ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte.

Como vemos, originariamente la Comisión habla de una ley interna, no en su pregunta pero sí en los considerandos; aun que la petición se funda en el art. 64.1 de la Convención.

93. Estos términos promovieron al Gobierno del Perú (comunicación del 29.12.93) a descalificar la petición con el fundamento de que, tratándose de leyes internas solo los Estados pueden pedir opiniones consultivas.(art. 64.2)

El Gobierno de Costa Rica que comparece ante la Corte, señala con acierto, que a la fecha de la solicitud de la Comisión, la ley constitucional no había entrado en vigor, que se trataba apenas de un Proyecto de Constitución. Por lo tanto, el problema era similar al decidido por la Corte en su opinión consultiva OC-3/83; y de la aplicación del art. 64.2 de la CADDHH (80).

El Gobierno de Brasil por su parte estimó que no habría violación por parte del Perú por la mera aprobación de una ley, sería necesario “a concretização de suas disposiçoes”. Y en segundo lugar, el problema debería resolverse por la teoría que siga cada Estado en materia de jerarquía de las leyes (81).

94. La Corte se decide por la aceptación de la consulta, porque “la Comisión no solicita una declaratoria de compatibilidad entre tal disposición del derecho nacional del Perú y la indicada norma de la Convención. Antes bien, las preguntas...tienen un carácter general y versan sobre las obligaciones y responsabilidades del Estado e individuos que dictan o ejecutan una ley manifiestamente contraria a la Convención. En consecuencia, la respuesta de la Corte sería aplicable tanto al artículo 4, como a todos los otros artículos que enuncian derechos y libertades”.

La flexibilidad interpretativa de la Corte, le permitió una solución que respeta las disposiciones de la Convención y con su dictamen enriquecer las posibilidades del sistema interamericano de protección.

---

(80) OC-14/94 P.13.

(81) OC-14/94 P.14.

### C. LA JURISPRUDENCIA EN LA COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

#### 95. Casos 9777 y 9718

Se trata de dos denuncias contra Argentina por la presunta violación del derecho de asociación (art. 16). Los reclamantes consideran que la sanción de la ley 23.187 del 5 de junio de 1985 que crea el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal viola el mencionado derecho al establecer la matriculación obligatoria de los abogados de dicha capital, como condición para el ejercicio profesional.

Los peticionarios agotaron los recursos internos y la Suprema Corte de Justicia estableció la constitucionalidad de la ley.

Para la consideración de este caso ante la Comisión, estaba presente la reciente opinión consultiva de la Corte sobre la colegiación obligatoria de los periodistas. También para la Comisión, que había considerado ese caso y cuyas similitudes con el presente fue argumentado por los denunciantes.

Según la Comisión, no toda colegiación obligatoria puede ser considerada ilícita y contraria a lo dispuesto por el artículo 16 de la Convención: "Nada se opone a que la vigilancia y control de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la ley" (82).

La Comisión basó sus argumentos para rechazar la denuncia en los considerandos de la Corte Europea, que distingue la actividad gremial de la gestión de policía de la profesión.

En mérito a lo cual concluye la Comisión, diciendo que el Colegio Público no es una organización sindical. Se trata de una nueva organización de la policía de la profesión, de creación legal que mantiene el antiguo registro de matrícula existente y que lo traslada a la nueva entidad (83).

#### 96. La Opinión Consultiva OC-13/93.

La cuestión respecto a la competencia de la Comisión Interamericana para calificar la compatibilidad de las leyes internas con la Convención, fue un asunto expresamente planteado ante la Corte Interamericana por dos Estados, Argentina y Uruguay el 17 de diciembre de 1991 y recibida en la Corte el 7 de mayo de 1992. La petición se fundamentó en lo establecido en el artículo 64.1 de la Convención y los artículos 49 y 51 del Reglamento de la Corte (84).

---

(82) Informe anual de la Comisión de derechos humanos. 1987-1988. Secretaría General. OEA. 1988. pág. 81.

(83) Informe, *op.cit.* pág.84.

(84) Ver al respecto la ponencia del Dr.A.Pérez Pérez, "Derechos Humanos, ley interna y derecho internacional" donde se analiza la competencia de la Comisión para examinar la compatibilidad de las leyes de un Estado con las disposiciones de la Convención; en el encuentro "Impunidad y Derechos Humanos", publicado por editorial Universidad Ltda. Montevideo. Noviembre de 1992, pág. 31-47.

97. La solicitud se dirigió a la Corte para obtener una interpretación de los artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención.

En primer lugar, le pidieron a la Corte su opinión respecto a la competencia de la Comisión para calificar y dar su criterio, como fundamento de su intervención, en el caso de comunicaciones que aleguen una violación a los derechos protegidos por los artículos 23 (Derechos políticos), 24 (Igualdad ante la ley) y 25 (Protección Judicial) de la Convención, sobre la regularidad jurídica de leyes internas, adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución, en cuanto a su razonabilidad, conveniencia o autenticidad.

En segundo lugar, con respecto a los artículos 46 y 47 de la Convención, se pide a la Corte que de su opinión en cuanto a si, en el caso de comunicaciones presentadas al amparo de lo dispuesto en el art. 44 de la Convención, es jurídicamente aceptable que la Comisión, después de haber declarado inadmisibile la solicitud, se pronuncie en el mismo informe sobre el fondo.

La tercera pregunta, referida a los artículos 50 y 51, no se vinculan con nuestro tema.

98. Los Estados señalan en su solicitud, que no se trata de cuestiones abstractas, sino que por el contrario, las preguntas están referidas a asuntos concretos considerados por la Comisión en casos planteados al amparo de lo dispuesto por el artículo 44 de la Convención.

Los comprendidos en la primera pregunta, se refieren a quejas individuales que se vieron afectas por leyes posteriores dictadas en Argentina y Uruguay, las denominadas de punto final y de caducidad de la pretensión punitiva del Estado. (Casos 10029, 10036, 10305, 10572, 10373, 10374 y 10375 c/Uruguay)

La relativa a la segunda pregunta, se trata de un caso denunciado ante la Comisión por el "Movimiento Vanguardia Nacional de Jubilados y Pensionistas" contra el Gobierno de Uruguay. (Caso 9893).

Los mismos serán considerados por separado en esta relación.

99. Debo destacar la participación de numerosas ONG del ámbito americano, que participaron como "amici curiae" en este procedimiento, mediante la presentación de sus opiniones sobre la consulta.

100. La Corte en primer lugar consideró la mención de los Estados peticionantes, respecto a determinados derechos (arts. 23, derechos políticos- 24 - igualdad ante la ley- y 25- protección judicial-. Los derechos políticos son de los no suspendibles, no así el de igualdad y la protección judicial según el art. 27. Recuerda la Corte que dentro de la protección judicial, hay algunas garantías comprendidas en la previsión del art. 27 que no pueden suspenderse. No obstante considera que no existe razón para distinguir entre estos derechos y los otros previstos en la Convención pues no hay diferente jerarquía entre ellos (85).

101. Según la Corte, un Estado puede violar un tratado internacional - la Convención en este caso- de muchas maneras. Puede hacerlo omitiendo dictar normas a que está obligado por el art. 2 como también dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Y a estos efectos, es indiferente que su

---

(85) Cf. OC-13 del 16.07.93 "Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", informe de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1993. ed. San José. Costa Rica. P.22.

adopción esté de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él. Lo que sí importa es su armonía con el convenio internacional.

Por esta razón las atribuciones de la Comisión no se ven alteradas por estos motivos. Lo que si no puede hacer la Comisión, es calificar el cumplimiento por parte del Estado de los preceptos internos para la elaboración de las normas (86).

102. En cuanto a la pregunta de si la Comisión puede analizar la razonabilidad, conveniencia y autenticidad de las leyes internas en el marco de las competencias previstas en los arts. 41 y 42, la Corte afirma que le corresponde dictaminar si violan o no la Convención. Y agrega, que si una norma interna viola la Convención, no puede ser estimada como razonable ni conveniente. La Comisión podrá utilizar esos términos en el contexto de las consideraciones globales de los casos, pero esos calificativos deben ser cuidadosamente seleccionados para que no resulten ambiguos, subjetivos o confusos (87).

103. Por estos fundamentos, la Corte expresó:

“que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. En cuanto a la terminología que la Comisión puede utilizar para calificar normas internas, la Corte se remite a lo dicho en el P.35 de esta opinión” (88).

104. Caso: Uruguay. Ley No. 15.848. Amnistía a funcionarios policiales y militares.

“Se reconoce que ha caducado la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, no comprendiendo las causas que se determinan”.

#### Capítulo I

Artículo 1. Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre los partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984, y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados, por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Artículo 2. Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

a) las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento.

b) los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico.

---

(86) OC-13/93, *op.cit.*, P.26 a 29.

(87) OC-13, *op.cit.* P.34 a 37.

(88) OC-13, *op.cit.* P.39.

Artículo 3. A los efectos previstos en los artículos anteriores, el juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1 de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido, dispondrá continuar la indagatoria.

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo, quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.

Artículo 4. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes, el juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonio de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referente a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas, así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos.

El Poder Ejecutivo dentro del plazo de ciento veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia, dará cuenta a los denunciados del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada (89).

105. Los efectos de esta ley fueron la clausura de todos los procedimientos judiciales que se habían promovido. Esta consecuencia surge del propio texto de la ley y su aplicación.

La Suprema Corte de Justicia se expidió sobre la constitucionalidad interna, declarando que esta norma legal no violentaba la Constitución.

Como consecuencia de estos hechos internos, la Comisión Interamericana recibió ocho denuncias contra el Uruguay entre el 16 de junio de 1987 y el 7 de abril de 1989. En todas ellas los denunciados se agraviaban de los efectos jurídicos de la ley, que implicaban la lesión de sus derechos a la protección judicial (art. 25 de la CADH) y a las garantías judiciales (art. 8 de la CADH), en cuanto se habían clausurado todos los juicios. Por virtud de la ley, alegaron, se ha obstruido una investigación imparcial y exhaustiva de las violaciones de los derechos humanos que se produjeron durante el gobierno de facto (90) (91).

106. El Gobierno consideró, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia, que esta ley era una amnistía, que por sus características suponía el ejercicio de sus facultades de clemencia dentro de un proceso nacional de reconciliación, necesario para la restauración democrática.

---

(89) Texto de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) Enero-Junio de 1987. N.5. 1a. edición octubre de 1987. San José. Costa Rica.

(90) Informe No.29/92 casos 10129, 10036, 10145, 10305, 10372, 10373, 10374 y 10375 Uruguay, 2 de octubre de 1992. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. P. 1 a 10.

(91) También sobre el tema, expresamente, R.Goldman, en "Leyes de amnistía y derecho internacional. Un caso concreto". Pag.217. Publicación de la Comisión Internacional de Juristas. Encuentro internacional: "No a la impunidad. Sí a la justicia". Ginebra. Noviembre de 1992.

Afirmó su constitucionalidad interna y la ratificación posterior por un plebiscito. En sus términos, dijo, la ley era compatible con las normas internacionales y especialmente la Convención Americana.

Alegó además que los denunciantes no habían agotado los recursos internos y que tenían expedita la vía reparatoria ante la justicia para obtener las indemnizaciones que les correspondieran.

107. En el examen que hace la Comisión, se da como notorio el hecho de que los efectos de la ley han ocurrido inmediatamente. Es importante señalar sus consideraciones respecto a los recursos internos. Según la Comisión, "La legislación interna no dispone de recursos idóneos y efectivos que hagan jurídicamente posible declarar nulos los efectos de la ley ". Además "dichos efectos impiden cualquier posibilidad de obtener una investigación judicial, imparcial y exhaustiva de las gravísimas violaciones a los derechos humanos registradas en el pasado" (92).

El examen primario de la Comisión, de acuerdo con el art. 50 de la CADH, informe 35/91, fue comunicado al Uruguay en forma reservada y dio lugar a nuevas observaciones por parte del Gobierno.

108. El Gobierno observó el citado informe, alegando que la Comisión no ha ponderado el "contexto jurídico político democrático" al no haber considerado la legitimidad interna de la ley (especialmente por obra del plebiscito) y haber omitido sopesar importantes aspectos de la realidad política concreta.

Como veremos a continuación, el gobierno reclamaba para sí, el beneficio de un "margen de apreciación" de las circunstancias que no está al alcance de la Comisión y que por el contrario, consideraba, corresponde al Estado quien se encuentra en condiciones de hacerlo.

Según el Gobierno, la interpretación de los artículos 8.1 y 25.1 debe hacerse en relación con los artículos 30 y 32 de la Convención que admiten limitaciones al goce y ejercicio de los derechos por virtud de leyes dictadas en razón de interés general o en función de los derechos de los demás, seguridad de todos y las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática.

Observa finalmente, que la ley ha sido dictada en ejercicio de una potestad reconocida por el artículo 4.6 de la CADH y los arts. 6.4 y 14.6 del Pacto de derechos civiles y políticos.

El argumento principal estaba relacionado con las características del proceso penal en el régimen uruguayo. En el proceso penal no existe el derecho del querellante- como dijo la Comisión en su primer informe- sino que la acusación le corresponde al fiscal público. La ley lo único que declaró caducado fue la facultad de acusar que tiene el fiscal.

La indemnización de los daños es la reparación que corresponde en estos casos cuando no es posible el restablecimiento del derecho lesionado. Estos aspectos esenciales no fueron afectados por la ley y los interesados tienen expedita la sede civil para obtener la indemnización correspondiente.

---

(92) Comisión Interamericana de DDHH. Informe 29/92.OEA/Ser.L/V/II.82 Doc.25 del 2 de octubre de 1992. P.15 a 17.

Finalmente respecto a las obligaciones de investigar y sancionar, el Gobierno afirmó también que ellas no fueron violadas (aunque sí restringida, como veremos). La ley eximió al Estado del ejercicio de su poder de punición y el deber de investigar lo reconoció en armonía con el ejercicio del poder de clemencia que supuso la ley. Consideró que la investigación de los hechos podía revivir el enfrentamiento entre personas y grupos, lo cual podía obstaculizar el reencuentro, la pacificación y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática.

Expresó: “El conocimiento de la verdad es una aspiración legítima de toda persona humana y el orden jurídico debe poner a disposición del interesado los mecanismos procesales al efecto, pero que, por las mismas razones antes expuestas, el Estado puede no poner a disposición del interesado los medios aptos para el conocimiento formal y oficial de la verdad en sede penal” (93).

#### 109. Opinión y conclusiones de la Comisión.

Las conclusiones de la Comisión giran en torno al hecho que considera fundamental. La ley al cerrar la intervención de la justicia penal tiene por efecto una denegación de justicia (Arts. 8 y 25 en relación con el art. 1).

Dentro de la denegación de justicia comprende diversos derechos: impedir a los peticionarios ejercer los derechos previstos en el art. 8.1 y el amparo de la protección judicial (art. 25).

El otro derecho menoscabado por la ley se refiere a la obligación de investigar que se expresa en diversas manifestaciones, especialmente cuando se trata de hechos comprendidos en la noción de “desaparición forzada”.

Se trata de determinar el grado de participación del Estado en esos acontecimientos. La responsabilidad será medida de diferente modo según que el hecho sea o no, imputable al Estado y a esos efectos la investigación es una nueva obligación del Estado, que deberá “ser asumida como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad (94).

La obligación de investigar deriva de la establecida en el art. 1.1 de la CADH, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos. Para la Comisión resulta fundamental que esa investigación pueda ser llevada a cabo por el Poder Judicial. Esta posibilidad la impide la ley en cuestión. Respecto al derecho a la verdad, no se puede vedar.

En cuanto a la obligación de responsabilidad, de reparar con una indemnización los daños, la Comisión reconoce lo argumentado por el gobierno en el sentido de que esta vía no fue afectada, aunque señala que ella está restringida por las dificultades de obtener en la vía civil, los testimonios de los policías o militares involucrados (95).

---

(93) Informe 29/92 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. op.cit. P 21 a 27.

(94) Informe citado P.51 y la cita final es de la sentencia de la Corte, caso Velázquez, del 29 de julio de 1988, P.177.

(95) Ibid. P.53.

110. La Comisión hace dos recomendaciones al Gobierno del Uruguay:

1) que otorgue a las víctimas peticionarias o a sus derecho habientes, una justa compensación por las violaciones al artículo XVIII (derecho a la justicia) de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre y a los artículos 1, 8, y 25 de la CADH.

2) La adopción de las medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante el período de facto.

111. Considero que la Comisión con esta resolución, dejó pasar la oportunidad para abordar temas fundamentales, sobre los cuales el Gobierno hizo un esfuerzo de argumentación y que la Comisión, lamentablemente, no desarrolló con la amplitud que el caso requería.

¿Así por ejemplo, en el ejercicio de sus facultades de clemencia, la ley de amnistía, es siempre ilegítima? Como se armonizan estas disposiciones con lo establecido en el Protocolo II de los Convenios de Ginebra de 1977 relativo a los conflictos armados sin carácter internacional, que en su artículo 6.5 establece que: "A la cesación de las hostilidades, las autoridades en el poder, procurarán conceder la amnistía más amplia posible a las personas que hayan tomado parte en el conflicto."

¿Tienen los Estados en la situación de restablecimiento de los regímenes democráticos, un margen de apreciación para determinar la conveniencia de las medidas a adoptar? ¿La llamada "impunidad" es siempre ilegítima? (96).

En el encuentro de Ginebra sobre "Impunidad y Derechos Humanos" citado, se hacen una serie de precisiones sobre la discrecionalidad del Estado en estas circunstancias. Así expresamente se establece que las "limitaciones al derecho de castigar, podrían ser consentidas con vistas a favorecer el retorno a la paz o la transición hacia la democracia, deben quedar subordinadas en todo caso al respeto de las siguientes condiciones: a) Tales decisiones no deberían ser tomadas por los autores mismos de las violaciones, o por sus cómplice;

b) Ellas no podrían perjudicar los derechos de las víctimas ni los de sus derecho-habientes, en cuanto se refiere a los derechos de saber, a ser equitativamente indemnizados y, si fuere pertinente, a ser plenamente rehabilitados" (97).

Cuando el Estado dicta una ley, por razones de interés general, que reglamenta derechos, establece límites en el goce, ¿qué competencias tienen los órganos internacionales para examinar estas facultades de los Estados?. Son estos temas fundamentales para determinar la eficacia de la protección internacional de los derechos humanos. Así lo está demostrando la jurisprudencia del Consejo de Europa.

Desde el punto de vista procesal, se perdió también la oportunidad de que la Corte pudiera tratar estos temas en su competencia contenciosa. Así lo hubiera requerido el sistema a los efectos de asegurar una debida protección de los derechos humanos. Sin embargo la Comisión y los Estados afectados, estimo, por razones políticas, no lo hicieron.

---

(96) Ver al respecto la obra citada de la CIJ "No a la impunidad. Sí a la justicia", especialmente su Prefacio y la Alocución, del Secretario General Adjunto de Naciones Unidas pra los DDHH, A.Blanca pag.9 a 18.Igualmente las conclusiones publicadas en esa edición bajo el título de Llamamiento, pag.367 a 369.

(97) Op. cit pag 368.

Ello muestra la debilidad del sistema de protección.

La alternativa de los Estados - Argentina y Uruguay - de solicitar una opinión consultiva - la OC-13 - no fue la mejor solución y dejó pendientes muchos aspectos que la Comisión no se atrevió a abordar pero que tampoco los Estados interesados quisieron llevarlos ante la Corte en su jurisdicción contenciosa.

112. Algunos efectos de la ley se agotaron con su aplicación. Por su propio contenido no era posible la restitución de esos derechos y en consecuencia la reparación debida se reduce a la indemnización correspondiente. Esta materia fue cumplida en algunos casos por el Estado que acordó con los denunciantes las compensaciones debidas, de modo que en su casi totalidad, se cumplió con la primera recomendación. Hay situaciones que no se han reparado. Se han alegado diversas justificaciones. Una de ellas, que vale para los casos de desaparición forzada, se encuentra en la dificultad de la prueba.

Pero esta ley tiene aspectos que no se agotaron y cuyo contenido sigue vigente. Así, respecto a los casos de desaparición forzada, que por sus características de "hecho continuo", la situación se mantiene hasta el cumplimiento por parte del Estado de su obligación de investigar e informar a las víctimas. Algunos familiares de personas desaparecidas sostienen sus pretensiones al no recibir la información debida.

La investigación cumplida en virtud del art. 4 de la ley de caducidad fue notoriamente insuficiente, cumplida por un fiscal militar, para llenar una formalidad, sin ánimo de investigar nada. Por este motivo la Comisión incluye este aspecto en su recomendación.

Al mismo tiempo debe agregarse una obligación superviniente que refuerza la obligación de investigación que mantenía el Estado. El 2 de abril de 1996, Uruguay ratificó sin reservas la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas cuando continuaba el incumplimiento de esa situación. La nueva Convención por lo tanto, obliga al Estado a partir de los 30 días de su ratificación. (Art. XX).

Según el artículo III de la Convención, este delito "será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima".

113. En 1997 como consecuencia de una gestión emprendida por el Senador Michelini, se reabrió la discusión sobre este tema y especialmente sobre los efectos de la ley de caducidad. La nueva información recabada por el Senador fue comunicada al Juzgado penal de turno y allí se dispuso una investigación en un establecimiento militar donde se decía que podían existir restos humanos de personas desaparecidas. Apelada la decisión judicial, el Tribunal de Apelaciones, consideró que la ley de caducidad impedía toda investigación judicial y que el Poder Ejecutivo debía informar si la denuncia estaba o no comprendida en la ley.

El Poder Ejecutivo así lo hizo saber y pidió el archivo del expediente (Septiembre de 1997).

114. La Justicia ha ignorado la existencia de estas obligaciones internacionales. El problema planteado se resuelve con el techo de bóveda interno, ignorando obligaciones asumidas por el Estado ante otros Estados y la Organización de Estados Americanos.

En mérito a lo expresado, la Comisión Interamericana fue llamada a intervenir (Octubre de 1997), a pedido de las víctimas, para que mantenga un seguimiento sobre el comportamiento del Estado respecto de sus recomendaciones en la Resolución 29/92.

La desaparición forzada es un hecho continuo que permanece hasta tanto el Estado no brinde la información que está obligado. Según la Convención se trata de un delito permanente cuya ilicitud se mantiene hasta que no se repare. Este criterio sostenido por la Corte en su competencia contenciosa ha sido confirmado por la Convención sobre Desaparición Forzada en su artículo III.

El artículo X de esta Convención establece expresamente que las autoridades judiciales “tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar”.

#### 115. Caso 9893. Uruguay

El 18 de febrero de 1987, el Movimiento Vanguardia Nacional de Jubilados y Pensionistas del Uruguay denunció ante la Comisión la situación planteada por un Decreto del Poder Ejecutivo, No. 193/86 que estableció aumentos para los pasivos con escalas discriminatorias y contrarias a los criterios establecidos por la norma reguladora en su artículo 73. Esta disposición establecía que los índices de aumento debían respetar el índice medio para los salarios.

De los miles de pasivos afectados por el Decreto, apenas unas decenas (80), continuaron el trámite de recurrir contra el citado decreto. Llegaron así ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo donde obtuvieron un fallo que les reconocía sus derechos. En efecto por sentencia 132 del 15 de junio de 1987, el Tribunal entendió que el Poder Ejecutivo carecía de facultades legales para apartarse del índice medio de salarios para revaluar en menos de ese indicador las pasividades a ajustar. Con ello se hacía lugar íntegramente a las pretensiones de los pasivos.

Lamentablemente hubo un aspecto que impidió el pleno reconocimiento de los derechos. La anulación del decreto como consecuencia de la sentencia, no tuvo efectos generales y favoreció exclusivamente a los pasivos que habían seguido la instancia ante el Tribunal. Para el resto, casi cien mil pasivos, el decreto 193/86 seguía vigente y sobre el básico fijado por este decreto se seguían aplicando los sucesivos aumentos.

116. El Gobierno del Uruguay explicó en su respuesta que en virtud del artículo 1 de la ley 15.900 del 21 de octubre de 1987, se había establecido que los ajustes anuales de las pasividades se efectuarían al 1 de abril de cada año en función del índice medio de salarios verificados en el año anterior.

Por otra parte, agregaron que los denunciantes no habían agotado los recursos internos, como debían hacerlo para llegar a obtener una sentencia en el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El Gobierno no dijo que la sentencia del TCA beneficiaba solo a 80 pasivos y carecía de los efectos derogatorios generales que hubiera asegurado un igual tratamiento para todos.

Los denunciantes argumentaron que, por el efecto multiplicador de las sucesivas revaluaciones, la desigualdad original se acrecentaba. Apelaron también a la falta de asesoramiento para agotar los recursos, cuyo plazo original era apenas de 10 días.

En su réplica, el Gobierno mantuvo su excepción de no agotamiento y pidió a la Comisión, que declarara inadmisibles las peticiones. Al explicar las dificultades económicas y el enorme esfuerzo que debe llevar adelante, el Gobierno dijo que estaba tratando de encontrar, a nivel

del Poder Legislativo y Ejecutivo, una solución al problema, constituyendo una cuestión abierta y aun pendiente de solución.

117. En este caso, la Comisión expresamente aborda el tema de la admisibilidad de la petición. Reconoce lo dispuesto por el art. 461 a) y b) de la Convención en cuanto a la exigencia de agotamiento de los recursos. Los reclamantes no acreditaron haber utilizado el recurso interno ante el TCA y tampoco articularon y demostraron la ausencia de asesoramiento y de recursos para utilizar aquellos recursos, si bien estos argumentos son moralmente atendibles, dice la Comisión, no “tendrían la virtualidad jurídica de abrogar claras disposiciones de una Convención”. Esto significa que no es imputable al Estado, ni por acción u omisión, el no haberse impugnado en su oportunidad el acto del cual se agravian los reclamantes.” (98)

En un giro inesperado, expresa: “No obstante, la Comisión no puede dejar de considerar las dimensiones morales del problema dada las circunstancias especiales del caso, vg. la calidad, condición social y económica, y número de los afectados por una situación fáctica de desigualdad. Se trata de un considerable sector social, particularmente sensible y económicamente débil al que la sociedad le debe especial protección. Asimismo debe atenderse las implicaciones prácticas que significaría para los recurrentes como para los tribunales, la presentación de 100 mil o 54 mil jubilados o pensionistas, según se esté a las cifras de los reclamantes o del Gobierno, respectivamente” (99).

Y más adelante en el P.25 expresa que “Haciendo abstracción de la cuestión de admisibilidad formal, la posición del Gobierno de que la reclamación ha sido satisfecha, implica una admisión de la justicia de la reclamación. La Comisión comparte el criterio de que no se pueden establecer revaluaciones de pasividades inferiores a un índice común...”

118. En su resolución la Comisión declara que la petición es formalmente inadmisibile por cuanto no se agotaron los recursos disponibles y felicita al Gobierno por la adopción de la ley 15900 mientras esta denuncia estaba en trámite, que dispone los ajustes en función del índice medio de salarios.

En su numeral tercero, recomienda al Gobierno del Uruguay, en atención a razones de orden moral y de justicia social y a sus manifestaciones de que el presente es “una cuestión abierta y aun pendiente de solución” que considere la adopción de medidas legislativas o de otro carácter, que deroguen el decreto 137/85 y sus efectos, haciendo posible la equiparación en los reajustes de todos los jubilados y pensionados...”

Resuelve comunicar este informe al Gobierno y ordena su publicación en el informe anual a la Asamblea General.

119. Esta resolución de la Comisión disgustó al Gobierno del Uruguay. Por este motivo, cuando con Argentina solicita una opinión consultiva, aprovecha para preguntarle a la Corte si es jurídicamente aceptable que la Comisión, después de haber declarado inadmisibile la solicitud (presentadas al amparo de lo dispuesto en el art. 44 de la Convención) se pronuncie en el mismo informe, sobre el fondo.

---

(98) Informe 90/90 caso 9893, P.20 a 22.

(99) Op.cit.P.23.

La Corte se expide sobre este punto en la sección III de la OC-13/93 (100). Comienza por expresar que no es exacto hablar de informe sin el presupuesto de admisibilidad. La pregunta debe referirse a la eventualidad de opiniones, recomendaciones o conclusiones de la Comisión sobre el fondo en peticiones individuales después de declararlas inadmisibles.

Según la Corte, la Comisión al declarar inadmisibile una petición, carece de competencia para resolver el asunto que le fue sometido. Se trata de una imposibilidad procesal regulada por el art. 41.f de la Convención. Pero ello no enerva las atribuciones que tiene la Comisión de acuerdo con el art. 41 literales b), c) y g). En estos casos, deberá realizar sus pronunciamientos por procedimientos separados del régimen de peticiones o denuncias regulados por el art. 44 al 51 de la Convención.

Vamos a ver a continuación, como a partir de esta opinión consultiva, la Comisión inaugura una serie de acciones que suponen el ejercicio de su iniciativa y comienza a hacer recomendaciones a los gobiernos con relación a ciertas leyes internas.

#### 120. Caso 11.012 . Verbitsky c/ Argentina

Informe 22/94

El 5 de Mayo de 1992, la Comisión recibió una denuncia del Sr. HV contra la República Argentina. Este periodista había sido condenado por el delito de desacato, por injurias a un Ministro de la Corte Suprema contenidas en una publicación en la cual el periodista se refirió a la persona del magistrado como "asqueroso". Con ello se hacía referencia a una entrevista dada por el magistrado, en la cual manifestó, que un proyecto de reforma para ampliar la Corte Suprema con dos Ministros adicionales, le "dio asco". El reclamante alega que con dicho término, se refería al sentido de "que tiene asco" como señalaba el mismo Ministro en la entrevista. Se le aplicó el delito establecido en el art. 244 del C. Penal (Desacato) y la jueza interviniente, convirtió la acción privada en la acción pública de desacato.

El denunciante alega la violación de los artículos: 8 (imparcialidad e independencia de los jueces), 13 (libertad de pensamiento y expresión) y 24 (igualdad ante la ley). El magistrado inició una acción privada de injurias y la jueza federal consideró que la expresión utilizada tenía la intención de difamar al Ministro.

121. En el trámite ante la Comisión, participaron en una audiencia, las ONG, CEJIL y Americas Watch. El peticionante presentó informes de los siguientes juristas argentinos: Dres. J. Vanossi, G. Bidart Campos, E. Zaffaroni, el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA), Federación Argentina de Trabajadores de Prensa (FATPREN) y la "International Federation of Journalists", que sostuvieron y argumentaron, que el delito de desacato violatorio de la Convención.

El Gobierno informó que con fecha 15 de julio de 1992, había enviado un proyecto de ley, propiciando la derogación del artículo 244, con lo cual desaparecería el agravio principal.

La disposición impugnada estaba vigente a la fecha de entrada en vigor de la Convención. No había violación de la igualdad porque el reclamante no fue objeto de un tratamiento distinto del que hubiera tenido otra persona en su lugar y en el juicio se cumplieron todas las garantías judiciales.

Posteriormente la Comisión recibió la petición del denunciante para que disponga la apertura de un procedimiento de solución amistosa, y designe a uno de sus miembros para actuar. En nota posterior del 23 de septiembre de 1992, el Gobierno remitió a la Comisión copia de los lineamientos iniciales del acuerdo. La Comisión expresó que tal como lo solicitan las partes, se pronunciará sobre la compatibilidad con el Pacto de San José, al emitir el informe previsto en el art. 49 de la Convención. El representante argentino le envió una nota a la Comisión, haciéndole saber que las partes le solicitaron a la Comisión, que en su informe incluya su opinión (de carácter general) respecto a si los Estados Partes en ese instrumento deben compatibilizar su legislación interna, conforme al artículo 2 de la misma.

122. Las partes llegaron a un acuerdo por el cual el Gobierno se compromete a derogar el art. 244 del C. Penal (Derogado por la ley 24198) que se aplicará al caso. También le piden un informe con alcance general.

Verbitsky obtuvo la revisión de la sentencia (24 de febrero de 1994), con la oposición del Ministro de la Corte. Se dejó sin efecto, la pena de un mes de prisión que estaba en suspenso y se declaró no ha lugar a la devolución de las sumas pagadas en concepto de indemnización por daño moral y costas.

La Comisión redactó el informe final (20 de septiembre de 1994) de acuerdo con lo establecido por el art. 49 de la Convención, con expreso reconocimiento al Gobierno por la derogación del delito de desacato y facilitar el arreglo amistoso.

123. Informe de la Comisión sobre la compatibilidad entre leyes de Desacato y la Convención Americana sobre derechos humanos.

En mérito a lo expresado, la Comisión elaboró un informe de carácter general en el cual analiza la compatibilidad de las leyes de desacato en los países de la región. Se basa para ello en las dos últimas opiniones consultivas de la Corte Interamericana, la OC-13 y la OC-14. Como en ellas se le ha reconocido la competencia para calificar las normas internas de los Estados, cuyo conocimiento haya llegado por cualquier medio, y su facultad de recomendar su derogación o reforma, la Comisión concluye y recomienda a los Estados la derogación o reforma de esas normas, a los efectos de armonizar sus respectivas legislaciones con la Convención Americana de derechos humanos.

Por ley de desacato, comprende la Comisión aquella "que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales". Tienen un antiguo origen y hoy día se justifican so pretexto de la necesidad de proteger "el adecuado funcionamiento de la administración pública" (101).

En nota al pie, enumera donde existen leyes de desacato: Bolivia, art. 162 del C. Penal; Brasil, art. 331 del C. Penal; Chile, Arts. 263 y 264 del C. Penal; Costa Rica, art. 307 del C. Penal; Cuba, art. 144 del C. Penal; Ecuador, art. 231 del C. Penal; El Salvador, art. 456 del C. Penal; Guatemala, arts. 411, 412 y 413 del C. Penal; Haití, art. 183 del C. Penal; México, art. 189 del C.

---

(101) Informe de la Comisión Interamericana de derechos humanos. 1994. OEA/Ser.L/V/II.88. Doc.9 rev. 17 de febrero de 1995. Secretaria General. Capítulo V. Informe sobre la compatibilidad de las leyes de desacato y la Convención Americana sobre derechos humanos. II leyes de desacato. pág. 211.

Penal; Paraguay, art. 163.1; Perú, art. 374 del C. Penal, Uruguay, art. 173 del C. Penal, Venezuela, art. 223 del C. Penal (102).

Como puede apreciarse, no se menciona a Argentina que terminaba de derogar este delito según vimos en el párrafo anterior.

124. Veamos cuales son las razones expresadas por la Comisión para recomendar la derogación de este tipo de delito.

En primer lugar sostiene que al proteger a los funcionarios contra las expresiones ofensivas, se permite que el gobierno funcione armónicamente y se protege el orden público. Las críticas a los funcionarios pueden tener un efecto desestabilizador para el gobierno.

Reconoce la Comisión que el delito no es igual en todos los países. En algunos se requiere que los insultos se pronuncien en presencia del funcionario o por comunicación directa (carta o teléfono). En otros países se comprende también cuando se utiliza un medio indirecto como la prensa (ej. Uruguay). No obstante, la protección solo ampara a los funcionarios en el cumplimiento de sus funciones.

Las diferencias apuntan también a las defensas admitidas, así en algunos países se permite la verdad como justificación de los dichos; en otros, esto no se admite. También el régimen de penas varía entre cárcel y multas (103).

125. Fundamentalmente, la Comisión considera que la Convención protege y promueve un amplio concepto de la libertad de expresión, que sobrepasa la noción de derecho individual. La libertad de expresión cumple una función social fundamental, para preservar la existencia de las sociedades democráticas. En esta argumentación, se reiteran los juicios emitidos por la Corte Interamericana en su opinión consultiva OC-5/85 (104).

En función de este interés, el "orden público democrático", las restricciones deben reducirse al mínimo. Así lo regula el art. 13 de la Convención, que reconoce no solo la libertad de expresar ideas y opiniones sino también, el derecho de procurarlas y recibirlas. De esta forma la Convención fomenta el libre intercambio de ideas, necesario para un debate público efectivo en la arena política (105)

Hay que destacar también que la Comisión recurre a la jurisprudencia del Consejo de Europa, donde la Corte Europea de derechos humanos ha establecido un criterio amplio de protección a la libertad de expresión regulado en la Convención en el art. 10 (106).

126. Siguiendo los pasos recorridos por la Corte Europea, cuando ha tenido que considerar las limitaciones a la libertad de expresión, ahora la Comisión analiza el alcance de las restricciones permitidas según el art. 13.2, que deberán además, ser compatibles con la sociedad democrática, conforme lo establecen los arts. 29 y 32 de la Convención.

(102) Op.cit. pág. 211, nota 6.

(103) Op. cit. pág. 212.

(104) OC-5/85. Colegiación obligatoria de los periodistas, arts.13 y 29 de la CA.

(105) OC-5/85, Colegiación obligatoria, P. 30 a 33.

(106) Así por ejemplo, el caso Handyside, sentencia del 7 de febrero de 1976; el caso Sunday Times, del 26 de abril de 1976 y especialmente el caso Castells c/España del 23 de abril de 1992. Cf. Informe de la Comisión, op.cit. paga.215 nota 19.

De acuerdo con este inciso segundo, las restricciones estarán fijadas en la ley y ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Pero estas finalidades legítimas tienen que interpretarse restrictivamente, pues las justas exigencias de la democracia deben orientar su interpretación, dado que la libertad de expresión es esencial para toda forma de gobierno democrático (107)

Como la censura previa está prohibida, las restricciones legítimas deberán operar dentro de las responsabilidades ulteriores en los casos de abuso de derecho (108).

127. Según la Comisión, las leyes de desacato no constituyen una restricción legítima de la libertad de expresión. La protección al honor de los funcionarios públicos es una protección que no disponen los demás integrantes de la sociedad. A través de la libertad de expresión, la comunidad puede participar en debates políticos que generarán ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública (109)

Por ello la ley al atacar el discurso crítico, afecta la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión (110)(111)

Hay además según la Comisión, una restricción indirecta que deriva de la amenaza de cárcel o multa para quienes ofendan o insulten a un funcionario público. Y como lo afirmó la Corte Europea (Caso Lingens c/ Austria, P. 44): "si bien las penas posteriores de multa y revocación de un artículo publicado no impiden que el peticionante se exprese, equivalen, no obstante, a una censura, que posiblemente lo disuada de formular críticas de ese tipo en el futuro". El temor a las sanciones penales necesariamente desalienta a los ciudadanos a expresar sus opiniones sobre problemas de interés público, en especial cuando la legislación no distingue entre hechos y juicios de valor. La crítica política con frecuencia comporta juicios de valor (112).

La Comisión incluso sostiene que aun en aquellas legislaciones que condicionan la justificación de la crítica a la verdad de lo afirmado, se mantiene una desventaja muy grande para quien ha hecho la crítica. Dice que muchas veces, esta crítica se realiza sobre la base de juicios de valor y no en hechos; y puede ser imposible demostrar esas afirmaciones porque ellas no admiten pruebas (113).

128. Considera en consecuencia que la pretensión de preservar el orden público mediante leyes de desacato es contraria a la Convención, porque no son necesarias para asegurar el orden público en una sociedad democrática.

---

(107) Cf. OC-5, op.cit. P. 44 y P. 42.

(108) OC-5. op cit. P. 139.

(109) Cf. Informe, op.cit, pág. 218.

(110) Informe, op.cit, pág. 219.

(111) Informe, op.cit, pág. 219.

(112) Informe, op.cit, pág. 219.

(113) Informe , op.cit. pág.219 y 220.

Siguiendo a la Corte Interamericana expresa, que el término “necesario” es algo más que “útil”, “razonable” o “conveniente”. Para ser necesaria la restricción, tiene que demostrarse que el fin legítimo que se persigue no puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de la libertad de expresión (114).

Además la Corte sostuvo que las limitaciones deben ser proporcionales y ajustadas estrechamente al logro del objetivo propuesto. Y como dijo la Corte Europea, “la necesidad comporta la existencia de una necesidad social imperiosa. De manera que los gobiernos no pueden sencillamente invocar una de las restricciones legítimas de la libertad de expresión, como el mantenimiento del orden público, como medio para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real. Si esto ocurre, la restricción aplicada de esa manera no es legítima” (115).

129. Según la Comisión, “los medios apropiados para la protección contra los abusos, son las acciones civiles por difamación y calumnia. Se puede concebir la protección del honor en ese contexto sin restringir la crítica a la administración pública”.

“La necesidad de que exista un debate abierto y amplio, que es crucial para una sociedad democrática, debe abarcar necesariamente a las personas que participan en la formulación o la aplicación de la política pública”.

“La obligación del Estado de proteger los derechos de los demás, se cumple estableciendo una protección estatutaria contra los ataques intencionales contra el honor y a la reputación mediante acciones civiles y promulgando leyes que garanticen el derecho de rectificación o respuesta. En este sentido, el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla”.

“Las leyes que penalizan la expresión de ideas que no incitan a la violencia anárquica son incompatibles con la libertad de expresión y pensamiento consagrada en el artículo 13 y con el propósito fundamental de la Convención Americana de proteger y garantizar la forma pluralista y democrática de vida” (116).

130. La jurisprudencia de la Corte Europea establece algunas otras precisiones. Por lo pronto, considera que la protección de la fama o el honor deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas. Pero según la sentencia en el citado caso Lingens, solo cuando el sujeto actúa en la vida pública hay lugar a ponderar el interés de la protección de la fama con el interés de la libre discusión política.

En cambio en el marco de la vida privada se excluye esa ponderación pues el derecho a la protección de la vida privada resulta superior. Incluso en la sentencia Castells, presentada como modelo en la protección de la libertad de expresión que amparaba a este eurodiputado, la Corte recuerda que dicha libertad “no debe franquear ciertos límites fijados en atención principalmente, a la defensa del orden y la protección de los demás”. Y en forma más contun-

---

(114) OC-5, op.cit P,79.

(115) Caso Sunday Times, P.59 y Caso Lingens, P.40 citados por la Comisión, informe op.cit. pág. 221.

(116) Informe, op.cit pág. 223.

dente, la sentencia Barfod establece que la expresión mediante insultos, injurias o calumnias no puede ampararse bajo la protección de la libertad de expresión, cosa que a menudo se olvida, sobre todo por los que insultan o difaman y por sus defensores, aunque no exclusivamente por estos" (117).

131. Caso 10970. Fernando Mejía y Raquel Mejía c/ Perú.

Informe 5/96

En un reciente caso ante la Comisión, publicado en su informe anual de 1995, se da cuenta de la denuncia formulada el 17 octubre de 1991 por el matrimonio Mejía contra el gobierno del Perú. En esta oportunidad la Comisión aborda el control de legalidad internacional con un rigor técnico muy superior a los informes anteriores que habíamos mencionado (118).

**HECHOS.** Los hechos denunciados están referidos a un operativo militar realizado en la localidad de Oxapampa, Departamento de Pasco (Perú), por militares pertenecientes al "Batallón Nueve de Diciembre" en la noche del 15 de junio de 1989. Unos días antes, varios soldados fueron asesinados por Sendero Luminoso en Posuzo, un pueblo cercano a Oxapampa. El día mencionado, varios efectivos militares ingresaron violentamente en el domicilio del Profesor Melgarejo, miembro del partido político opositor Izquierda Unida, que fue detenido e introducido en una camioneta.

Acto seguido se dirigieron a la casa del Dr. Fernando Mejía, abogado y presidente del Comité Provincial de Izquierda Unida, quien también fue detenido e introducido en la misma camioneta. Unos minutos después se introdujeron a la casa unos 15 militares y uno de ellos solicitó a la Sra Raquel Martín de Mejía los documentos de su marido, detenido por su presunta vinculación con el movimiento subversivo Tupac Amaru (MRTA). Luego la Sra. fue violada en dos oportunidades.

Al día siguiente, pretendió hacer la denuncia por la desaparición de su marido en la policía, donde le dijeron que debía esperar cuatro días. Con la intervención del Colegio de Abogados presentó un recurso de amparo y habeas corpus. Miembros del Congreso solicitaron información sobre el paradero del Sr. Mejía. El 18 de junio aparecieron los cadáveres de los detenidos, Melgarejo y Mejía.

La Sra. Raquel Mejía comenzó a recibir amenazas, no obstante, presentó denuncia penal ante la Fiscalía General y temiendo por su seguridad y la de su hija, en agosto de 1989 abandonó el país llegando a Suecia donde obtuvo asilo político. En enero de 1990, el juzgado militar de Huancayo declaró su competencia en la causa de Oxapampa. Posteriormente el Gobierno inicia una acción penal contra la Sra Mejía por el delito de terrorismo, sobre la base de lo dispuesto en el Decreto Ley No. 25.475.

132. Los aspectos jurídicos planteados, fuera de los referidos a su admisibilidad, se vinculan a los siguientes:

---

(117) Sentencia Barfod, A 149, num.33; Sentencia Castells A 236 número 42 y 43, citados por Carlos Ruiz Miguel. El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cuaderno Civitas. Ed.Civitas. Madrid.España. 1994. pags. 115 y 116.

(118) Informe de la Comisión Interamericana de derechos humanos, 1995. Informe No.5/96 pags. 168 a 214.

1) Si los abusos sexuales constituyen una violación de la integridad personal (art. 5) y a la intimidad (art. 11) en relación con la obligación consagrada en el art.1.1 de la Convención.

2) Si la imposibilidad de acceder a los recursos internos efectivos para remediar los derechos violados, configura el desconocimiento del derecho al debido proceso (art. 8) y a la protección judicial (art. 25), también en relación con el art.1.1.

3) Si la promoción infundada de un proceso penal por terrorismo, tramitado en ausencia de la acusada, constituye una violación al derecho al debido proceso (art. 8) en relación con la obligación del art.1.1.

Los dos primeros puntos fueron examinados por la Comisión con gran minuciosidad y rigor técnico, analizando las obligaciones establecidas en la Convención y en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos de 1977 a los efectos de determinar los tipos delictivos cometidos e imputables al Perú.

133. En el tercer punto, la Comisión llega a examinar el procedimiento dispuesto por el Decreto ley, a los efectos de determinar si se respeta el derecho al debido proceso ante un tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8).

Según surge del art. 13, recibida la denuncia el Juez Instructor DEBE dictar el procesamiento de una persona y su detención obligatoria, "sin establecer si existe prueba suficiente que funde la existencia de un delito y la responsabilidad del imputado". Concluida la instrucción, el Juez DEBE remitir el expediente al Fiscal Superior aun cuando no existan pruebas de culpabilidad. El Fiscal Superior DEBE acusar, aunque no haya méritos. De este modo, dice la Comisión, "la aplicación de esta ley en la práctica, puede implicar que un individuo puede perder su libertad o ser sujeto a un proceso penal aún cuando en cualquier etapa del mismo quede establecido que no existen pruebas de su responsabilidad" (119).

En cuanto a la imparcialidad, ella "supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso subjujice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado. Para la Corte Europea, la imparcialidad del juzgador se compone de elementos, subjetivo y objetivo. La imparcialidad subjetiva del juez en el caso concreto se presume mientras no se pruebe lo contrario. A diferencia, la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso" (120).

Lo fundamental al respecto, es que el juez de la causa esté exento de todo prejuicio en cuanto a la culpabilidad del imputado y que le conceda a éste el beneficio de la duda. La presunción de inocencia no está garantizada.

Según la Comisión, el artículo 13 del Decreto Ley, invierte la carga de la prueba estableciendo una presunción de culpabilidad sobre el imputado, a quien se le debe iniciar un proceso penal y establece luego la obligación del Fiscal de acusar. En segundo lugar, al establecer

---

(119) Informe 5/96, op.cit. pag 208.

(120) Informe 5/96 op.cit. pág.209. La jurisprudencia de la Corte Europea citada en notas 132 y 133, son Caso Piersack, sentencia del 1 de octubre de 1982; Caso De Cubber, sentencia del 26 de octubre de 1984 y Caso Saint-Marie, sentencia del 16 de diciembre de 1992.

esas obligaciones, coloca al tribunal en la posición de considerar al imputado como culpable, aun antes de valorar los elementos de prueba con los que cuenta (121).

134. En virtud de estas consideraciones, la Comisión concluye que el artículo 13 del Decreto Ley 25.475 resulta incompatible con el derecho a un proceso justo protegido por el artículo 8 de la Convención y, en consecuencia, constituye una violación de la obligación general consagrada en el artículo 1.1 de la misma. Y la aplicación del mencionado artículo al caso concreto de Raquel Mejía configura una violación de su derecho a la presunción de inocencia y a ser juzgada por un tribunal imparcial (Artículo 8.1 y 2).

Por todos estos motivos, recomienda al Estado peruano que proceda a derogar o modificar el artículo 13 del Decreto Ley 25.475 de modo que éste garantice el derecho de toda persona a un proceso justo. Al mismo tiempo, recomienda que desista del proceso penal promovido contra Raquel Mejía por la presunta comisión del delito de terrorismo por cuanto el mismo no ha garantizado su derecho a un proceso justo (122).

Al hacer estas consideraciones y recomendaciones finales, la Comisión se apoya en la opinión consultiva OC-13/93 P. 26 que mencionamos *ut supra*. El examen de la ley está referido a su aplicación y en cuanto supone lesión de derechos concretos establecidos en la Convención. No así con la obligación de garantizar esos derechos.

También en este caso, hay que lamentar el hecho de que la Comisión no hubiere presentado el caso ante la Corte, cuya competencia ha reconocido Perú. El sistema de protección internacional no pudo funcionar a plenitud.

135. La Comisión Interamericana también realiza este control de legalidad internacional de las leyes de los Estados en ocasión de sus informes generales relativos a los Estados. Esta ocasión es propicia para desarrollar esta actividad, lo cual está de acuerdo con las previsiones establecidas en su Reglamento (artículo 60 a 63) y de acuerdo con el artículo 41 de la Convención, inc. b, c y d. Tiene en esta competencia, una rica jurisprudencia.

A vía de ejemplo menciono su último informe anual, correspondiente a 1996, donde la Comisión en su Capítulo V sobre "Desarrollo de los derechos humanos en la región", introduce un nuevo enfoque, que pretende seleccionar los casos concretos más relevantes según la situación de los Estados. En el presente año, la atención se dirige hacia Colombia, Cuba, Guatemala y Perú. Precisamente respecto a este último, la Comisión al hacer las recomendaciones finales señala en el numeral 2) "que se modifiquen el artículo 140, 173 y 2 párrafo 24, literales g y f de la Constitución, para adecuarlos a lo establecido, *inter alia*, en los artículos 4, 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." Y en el numeral 6) "que deje sin efecto la ley de Amnistía (No. 24.479) y de interpretación judicial (No. 26.492) porque son incompatibles con la Convención Americana, y que proceda a investigar, enjuiciar y sancionar a los agentes estatales acusados de violaciones a los derechos humanos, en especial las violaciones que impliquen crímenes internacionales" (123).

---

(121) Informe 5/96, *op.cit.* pág.211.

(122) Informe 5/96, *op.cit.* pags. 213 y 214.

(123) Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996. Secretaría General. OEA. Washington D.C 1997. pag 781.

## V. CONTROL DEL ACTO LEGISLATIVO EN LA JURISPRUDENCIA DEL COMITÉ DE DDHH. PACTO DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

### A. En la jurisprudencia del Protocolo Facultativo

136. El tema merece una revisión de casos en la jurisprudencia internacional. Comenzaré por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que actúa en el ámbito del Protocolo Facultativo del Pacto de derechos civiles y políticos. El artículo 1 de este Protocolo establece:

“Todo Estado Parte que llegue a ser parte en el presente Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser VÍCTIMA de una violación por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo”.

137. Comunicación No. 24/1977.

Presentada por Sandra Lovelace, presunta víctima, contra Canadá, el 29 de diciembre de 1977.

**Hechos:** Ciudadana canadiense de origen indio - “india Maliseet”- que se casó con una persona que no era de origen indio, y de conformidad con la ley “INDIAN ACT” perdió su condición de india. Luego se divorció, y no pudo reintegrarse a su comunidad con sus hijos.

De acuerdo con la citada ley, el hombre indio que se casa con una mujer no india no pierde su condición de indio. Por lo tanto considera que la ley es discriminatoria por motivos de sexo y contraria al Pacto (DCYP). A las personas que se encuentran en su situación, se les niega el derecho de vivir en una reserva, con lo cual sufren separación de la comunidad india y de sus familias. Las mujeres en su misma condición no tienen derecho a vivienda. Actualmente la ha recogido su padre (indio) y vive con él y sus hijos en la reserva, que tolera su presencia.

En cuanto al agotamiento de los recursos, expresa que la Corte Suprema de Canadá, ha confirmado esa interpretación, en dos casos que menciona y en los cuales se debatió la misma cuestión: Fiscal General c/ Jeanette Lavell y R. Isaac y otros c/ Y. Bédard. Resulta pues innecesario realizar una gestión similar.

**Admisibilidad.** Se han agotado los recursos internos en cuanto por los precedentes agregados, la denunciante no tiene la obligación de apelar a los mismos tribunales. (art. 5.2,b).

138. **Observaciones del comité:** (30 de julio de 1981).

El matrimonio y la vigencia de la Indian Act, son anteriores a la entrada en vigor del Pacto (19 de agosto de 1976), varios años después del matrimonio de la peticionante. Por lo tanto ella perdió su condición de india cuando Canadá no estaba obligado por el Pacto. Tenía sí el régimen legal de todos los canadienses.

El Comité reconoce que la Indian Act entraña desventajas graves para la mujer india que se casa con un no indio y puede de hecho inducirla a cohabitar con su novio sin casarse, lo que podría afectar el derecho a la protección de la familia (art. 23)

No obstante lo cual el Comité considera que su aplicación al matrimonio de la firmante como causa de la pérdida de su condición de india, ni de sus efectos podían, en aquel momento equivalen a una violación del Pacto pues este no estaba en vigor para Canadá.

Por regla general, el Comité no es competente para examinar comunicaciones relativas a acontecimientos ocurridos antes de la entrada en vigor del Pacto y su Protocolo Facultativo. "En el caso de un particular que afirme ser víctima de una violación, no puede formular observaciones sobre la ley en abstracto, sin tener en cuenta la fecha en que dicha ley se aplicó a la presunta víctima. De ello se desprende que, en el caso de SL, el Comité no es competente para formular ninguna observación sobre la causa inicial de la pérdida de su condición de india, es decir, la Indian Act, según se aplicó en el momento de su matrimonio, en 1970." (P. 10)

"Reconoce no obstante, que la situación puede ser diferente si las presuntas violaciones, .. persisten, o si después de esa fecha surten efectos que, por sí mismos, constituyen violaciones". (P. 11)

El Comité reconoce que Canadá se comprometió a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción de ninguna índole. (art. 2). Además según el art. 3, se comprometió a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de estos derechos. (P. 12)

Estima que la presente queja se funda en el efecto persistente de la Indian Act en cuanto a la denegación de la condición jurídica de india a SL y que este hecho persiste después de la entrada en vigor del Pacto, y sus efectos deben examinarse sin tener en cuenta su causa inicial. Especialmente, "la pérdida, sobre todo, de los beneficios culturales derivados de la vida en una comunidad india y de los lazos afectivos con el hogar, la familia, los amigos y los vecinos, así como la pérdida de la identidad". (P. 13.1)

Es preciso, dice el Comité, "hacer una distinción entre la protección conferida por la Indian Act y la protección conferida por el art. 27 del Pacto". (Minorías étnicas). Concluye por lo tanto, que impedir que se reconozca su pertenencia al grupo es una denegación injustificable de sus derechos protegidos en el art. 27 del PDCYP y de su derecho a escoger residencia, art. 12, protección de la vida familiar y de los hijos, arts. 17, 23,24.

**Opinión individual.** El Sr. Bouziri, miembro del Comité, expresó que también se han violado los arts. 2.1; 3; 23 (1 y 4) del PDCYP, porque la ley sobre los indios establece discriminaciones, en particular entre hombres y mujeres. Esa ley sigue estando en vigor y la Sra. SL sigue padeciendo sus efectos discriminatorios y negativos (124).

139. **Respuesta de Canadá.** (6 de junio de 1983)

a) Revisión de la Indian Act.

El Canadá se ha comprometido a suprimir de la Indian Act, toda disposición que discrimine basándose en el sexo. Asimismo desea que la comunidad india desempeñe una función importante al determinar las nuevas disposiciones sobre el estatuto de los indios. Se proyecta establecer que las mujeres indias no pierdan su estatuto de indias al casarse con no indios y

---

(124) CF. Comité de Derechos Humanos. PDCYP. Selección de decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo, 20 a 160 períodos de sesiones. Naciones Unidas, Nueva York, 1988. Caso 24/77, pags. 10 a 11;38 a 40;85 a 89.

además, aquellas que hubiesen perdido anteriormente dicho estatuto, puedan recuperarlo previa solicitud; pudiendo volver a ser miembros de la comunidad y participar de ella.

b) Promulgación de la Carta Canadiense de derechos y libertades.

En abril de 1982 entró en vigor como parte de la Constitución que entrará en vigencia en abril de 1985. La igualdad ante la ley sin discriminación (art. 15); el respeto a la integridad de su población indígena (art. 25) y los derechos de los pueblos aborígenes del Canadá (art. 35) garantizan estos derechos.

“El Canadá ha respondido de forma constructiva y responsable a las opiniones transmitidas por el Comité de DDHH en relación con la comunicación 24/77. Ha tomado medidas importantes para modificar el art. 12.1b y demás artículos de la Indian Act que podían ser discriminatorios por motivos de sexo o violación de cualquier otra forma de los derechos humanos y sigue comprometido a modificar esos artículos en un futuro próximo”. “Además en abril de 1982 entró en vigor la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, .... que refleja el respeto del Canadá por los derechos étnicos y ancestrales” (125).

140. Comunicación No. 35/1978.

Mujeres c. Mauricio

Presentada por Shirin Aumeeruddy y otras 19 mujeres, contra el Estado de Maurizio, el 2 de mayo de 1978.

**Hechos:** Afirman que la promulgación de la ley -enmendada- de inmigración de 1977 y la ley -enmendada- de deportación de 1977 por Maurizio, constituye una discriminación por razones de sexo contra las mujeres de Maurizio y además de los arts. 2, 3, 4, 17, 23, 25 y 26 del Pacto de DCYP.

Antes de la enmienda, como consecuencia del matrimonio, los cónyuges extranjeros de ambos sexos tenían el derecho, protegido por la ley, de residir en el país con sus maridos o mujeres mauricianos. Según las nuevas leyes, los maridos extranjeros de mujeres mauricianas, pierden su condición de residentes y deben solicitar ahora un permiso de residencia, que puede ser denegado o retirado en cualquier momento por el Ministro del Interior. No obstante las nuevas leyes no afectan a las mujeres extranjeras casadas con hombres de Maurizio, las cuales conservan su derecho a la residencia en el país. Además, los extranjeros casados con mujeres de Maurizio pueden ser deportados en virtud de una orden ministerial que no está sujeta a fiscalización judicial.

Les preocupa como consecuencia, sus restricciones a la vida conyugal en su propio país y los obstáculos a su derecho de participar en los asuntos públicos.

**Contestación:** El Estado además de justificar el cambio de la legislación en ciertos hechos, argumenta “que las autoras de la comunicación no alegan que una determinada persona haya sido víctima de un acto concreto contrario a las disposiciones del Pacto. El Estado Parte afirma que la comunicación tiene por objeto lograr que el Comité de Derechos Humanos declare que la ley de deportación y la ley de inmigración, en su forma enmendada, son suscep-

(125) Selección de decisiones adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 2. 17 a 32 periodos de sesiones, octubre de 1982-abril de 1988. Anexo No.1 pags. 244 a 245. Naciones Unidas. Nueva York, 1992. CCPR/C/OP/2.

tibles de aplicación discriminatorias”. Sostiene además que el Pacto no garantiza el derecho a entrar y residir en Mauricio ni el derecho no ser expulsado de ese país. (P. 5.1) y 2)

141. **Observaciones del Comité** (9 de abril de 1981): De las autoras de la petición, 17 no son casadas; tres estaban casadas con maridos extranjeros y al entrar en vigor la ley, sus maridos perdieron la condición de residentes y pasaron a la condición establecida en la nueva ley, según la cual, su permanencia en el territorio, está sujeta a la decisión del Ministro del Interior, sin ulterior recurso. Esto expone a los maridos extranjeros al peligro permanente de ser deportados.

El Comité tiene que decidir si esas dos leyes, violan alguno de los derechos establecidos en el Pacto.

“Con arreglo al artículo 1 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DCYP, el Comité sólo ha recibido un mandato para examinar comunicaciones relativas a individuos que presuntamente son víctimas de violaciones de algunos de los derechos enunciados en el Pacto” (P. 8.2)

Esta precisión, lleva al Comité a hacer la siguiente distinción: “una persona puede alegar que es víctima de una violación de sus derechos, si realmente resulta afectada. La latitud con que se considere ese requisito es cuestión de grado. Sin embargo, ningún individuo puede, en abstracto, mediante *actio popularis*, impugnar una ley o práctica, alegando que esa ley es contraria al Pacto. Si la ley o práctica NO SE HA APLICADO YA CONCRETAMENTE EN PERJUICIO DE ESA PERSONA, debe, al menos, SER APLICABLE EN FORMA TAL QUE EL RIESGO QUE CORRA LA PRESUNTA VICTIMA de sufrir sus efectos SEA ALGO MAS QUE UNA POSIBILIDAD TEORICA”. (P. 9.2)

Por estas circunstancias descarta a las 17 coautoras no casadas, “ninguna de ellas corre peligro” de verse perjudicada. Si en cambio analizará el efecto sobre la vida familiar de las tres mujeres casadas.

Sus relaciones con sus maridos pertenecen al ámbito familiar. Según el art. 17.1 tienen derecho a estar protegidas contra las injerencias arbitrarias o ilegales en esta esfera. También el derecho a la residencia común del matrimonio se ve afectado y constituye una injerencia ilegal o arbitraria (art. 17.1). Como se trata de una intervención operada por virtud de la ley, ella no puede calificarse de ilegal. Pero puede ser arbitraria o incompatible con el Pacto por cualquier otro motivo.

La injerencia es arbitraria porque discrimina por razones de sexo y en su virtud, afecta el goce de los derechos a las presuntas víctimas. Lo mismo puede decirse respecto a la protección de la familia, pues ella es diferente en razón del sexo y nacionalidad. Respecto a los derechos políticos, puede en la práctica privarlas de esa oportunidad. En el caso concreto “no hay información de que realmente haya sucedido tal cosa”. La Sra. AC participa activamente en el Parlamento. (P. 9.2)

142. En consecuencia el Comité de DDHH es de la opinión de que los hechos señalados implican violaciones del Pacto, en particular de los artículos 2.1, 3 y 26 en relación con los arts. 17.1 y 23 respecto a las autoras casadas con maridos extranjeros, por cuánto la entrada en vigor de la ley de inmigración de 1977 y la ley de deportación de 1977 - enmendadas - tuvo como resultado una discriminación. (P. 10)

El Comité opina que el Estado Parte "debe revisar las disposiciones de la ley -enmendada- de inmigración de 1977 y de la ley -enmendada- de deportación de 1977, a fin de cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto, y debe adoptar medidas correctivas inmediatas para las víctimas de las violaciones que se han determinado supra." (P. 11) (126).

143. El 15 de junio de 1983, el Gobierno de Maurizio se dirigió al Secretario General de la ONU, por intermedio de su Ministerio de Relaciones Exteriores, Turismo y Emigración, para que comunique al Comité de Derechos Humanos "que las dos leyes impugnadas han sido ya enmendadas por la ley -enmendada- de emigración de 1983 (Ley No. 5 de 1983) y la ley -enmendada- de deportación de 1983 (ley No. 6 de 1983), que fueron aprobadas por el Parlamento el 8 de marzo de 1983, día de la mujer, con objeto de eliminar las consecuencias de esas leyes discriminatorias por motivos de sexo" (127).

#### 144. Comunicación 163/84

Denuncia formulada por un grupo de asociaciones pro defensa de los impedidos y minusválidos italianos. (9.01.84).

**Hechos:** Las asociaciones de impedidos y minusválidos en nombre de las personas discapacitadas impugnan el art. 9 del Decreto Ley italiano No. 463 del 12/09/83, ratificado luego por el art. 9 de la ley 638 del 11/11/83. Consideran que estas disposiciones violan el art. 26 del Pacto (derecho a la igualdad).

La ley de 1983 modificó el régimen de empleo obligatorio de personas impedidas o minusválidas que había establecido una ley de 1968. Aquí se establecía que las empresas privadas y públicas que tengan una plantilla de más de 35 personas, están obligadas a emplear un 15% de personas impedidas; porcentaje que puede aumentar hasta un 40% en el caso del personal auxiliar de las empresas públicas.

Al mismo tiempo, la ley del 68 dividía en diferentes categorías el número total de personas impedidas que se debían contratar: reservando un 25% para los militares víctimas de guerra y de 10% para los civiles víctimas de guerra; un cupo de 15% para víctimas de accidentes de trabajo y otro 15% para impedidos por causas ordinarias. En el caso de que un cupo particular no pudiese llenarse con personas de esa categoría, las plazas se transferirían a las personas de otra categoría. Como las víctimas de guerra habían disminuido, el régimen era favorable para los minusválidos de las otras categorías.

La ley de 1983, derogó precisamente esa redistribución y reducido por lo tanto el número de puestos de trabajo.

---

(126) Cf. Selección de decisiones del Comité de DDHH adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Pags. 69 a 87; 2o, a 16o periodos de sesiones. Naciones Unidas, 1988. CCPR/C/OP/1.

(127) Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Volumen 2. pág. 246; 17 a 32 periodos de sesiones, Octubre de 1982-abril de 1988. Naciones Unidas. Nueva York, 1992. Documento CCPR/C/OP/2.

145. **Observaciones del Comité:** El Comité declara inadmisibles la petición, el 10 de abril de 1984, porque según el art. 1 del Protocolo Facultativo, únicamente se pueden presentar comunicaciones a título individual.

Pero seguidamente hace unas consideraciones que vale reproducir.

“6.2. El autor de una comunicación debe alegar ser el mismo la víctima de una violación por el Estado Parte de que se trate y presentar pruebas de ello. En virtud del Protocolo Facultativo, no es responsabilidad del Comité de Derechos Humanos examinar en abstracto la legislación nacional para determinar si está en consonancia con las obligaciones impuestas por el Pacto. Es cierto que en algunas circunstancias una ley interna, por su mera existencia, puede constituir una violación directa de los derechos individuales reconocidos en el Pacto. Sin embargo, en este caso, los autores de la comunicación no han demostrado que ellos mismos se hayan visto afectados, de forma real y personal, por el artículo 9 de la Ley 638, del 11 de noviembre de 1983. Por consiguiente, con arreglo a las disposiciones del Protocolo Facultativo, el Comité no puede examinar sus denuncias” (128).

146. Comunicación 187/85.

Denuncia de JH el 1 de febrero de 1985 contra Canadá: política de ascenso en las Fuerzas Armadas canadienses.

**Hechos.** Considera el peticionante que las políticas de ascenso en las fuerzas armadas canadiense son discriminatorias y violatorias del artículo 2.1 del Pacto de DCYP. Las personas de lengua francesa gozan de preferencia para el ascenso en perjuicio para las personas de lengua inglesa.

En 1984 una nueva orden administrativa eliminó la referencia a la lengua materna para determinar el porcentaje de participación.

La Comisión Canadiense de derechos humanos, afirmó que no había discriminación.

147. **Observaciones:** El Comité estableció el 12 de abril de 1985, que la comunicación no indica que personalmente el autor haya resultado perjudicado por la política de que se queja, y por ese motivo, la declara inadmisibles.

“Observa que los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo requieren que el propio autor de una comunicación afirme que es o ha sido víctima de una violación, por el respectivo Estado Parte, de cualquiera de los derechos previstos en el Pacto.

No es responsabilidad del Comité de Derechos Humanos, examinar in abstracto la legislación o las prácticas nacionales para determinar si se ajustan a las obligaciones impuestas por el Pacto.”

“El autor de la comunicación, no ha dado a conocer ningún hecho, que indique que él mismo haya sido víctima de discriminación..” (129)

---

(128) Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Volumen 2, página 51. Naciones Unidas. Nueva York, 1992.

(129) Selección de decisiones del Comité de Derechos Humanos adoptadas con arreglo al Protocolo Facultativo. Pacto de DCYP. Volumen 2. página 68. Naciones Unidas. Nueva York, 1992.

## **B. En la jurisprudencia del Comité de DDHH al examinar los informes generales de los Estados**

148. En ocasión del examen de los informes presentados por los Estados es común que los integrantes del Comité formulen preguntas sobre el contenido de las leyes en vigor cuando entró en vigencia el Pacto, así como de las nuevas leyes que se van dictando en ocasión de los sucesivos informes y exámenes correspondientes.

Este caso fue notorio con relación al Uruguay, cuyo primer informe correspondió al gobierno de facto. (118) (Documento CCPR/C/1/Add.57).

En ocasión del segundo informe, (119) (CCPR/C/28/Add.10 del 4 de noviembre de 1988) hubo una gran actividad legislativa que fue examinada por los delegados del gobierno con el Comité. Precisamente, la circunstancia de la recuperación democrática y el estado de derecho, dio mérito a largas exposiciones de los representantes uruguayos, respecto a los institutos de garantía y los derechos consagrados en la Constitución.

El tránsito hacia la recuperación del estado de derecho con todas las disposiciones legislativas que fueron necesarias para asegurar las instituciones, fue objeto de especial consideración.

La ley de amnistía 15737, la ley 15743 (libertad anticipada y provisional para los presos comunes), la ley 15.776 de amnistía de los delitos por enajenación de bienes prendados, ley 15.834 de amnistía a los delitos electorales y finalmente la ley 15.848 sobre Caducidad de la pretensión punitiva del Estado.

149. El examen de todas las dudas y cuestionamientos que planteaba esta última ley, fue el objeto principal de las sesiones con el Comité. Muchas fueron las preguntas formuladas y las explicaciones de los delegados del Gobierno, en un diálogo respetuoso como corresponde y es habitual en estas ocasiones. Sobre la compatibilidad de la ley 15.848 con el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, me remito a lo ya expresado en otra oportunidad (130).

El debate se prolongó durante varias sesiones y está publicado por Naciones Unidas, (Naciones Unidas. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. Documentos CCPR/C/SR. 876, 877, 878 y 879 de 1989) y por cierto no agotó el tema.

150. En ocasión de examinar el tercer informe presentado por el Gobierno de Uruguay, el Comité en sus sesiones 1216 a 1218, celebradas los días 29 y 30 de marzo de 1993, se volvieron a realizar algunas observaciones sobre el tema. (120) (Naciones Unidas. Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. CCPR/C/64/Add.4 del 23 de Mayo de 1991 y las Observaciones del Comité, en documento CCPR/C/79/Add.19 del 5 de mayo de 1993).

El Comité observó con preocupación la exclusión por obra de la ley, de las posibilidades de investigar violaciones anteriores de los derechos humanos y el impedimento de que se puedan cumplir las observaciones realizadas en casos individuales de víctimas de esas viola-

---

(130) Ver "La ley de caducidad ante los compromisos internacionales del Uruguay". Fernando Urioste Braga. "Derechos Humanos en el Uruguay". Informe 1989. Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), 1989. paginas 42 a 44.

ciones. Le preocupa que la ley haya contribuido a crear un ambiente de impunidad que pueda socavar el orden democrático (131).

Por ello, recomienda al Gobierno que adopte una legislación que garantice a las víctimas un recurso efectivo (132)

151. También abordó otros aspectos no menos importantes. Así por ejemplo, los estados de emergencia previstos en la Constitución (Medidas Prontas de Seguridad y Suspensión de la seguridad individual). El Comité observa que los motivos mencionados en el caso, son demasiados amplios y las disposiciones no se ajustan a lo dispuesto por el art. 4 del Pacto. Además en la Constitución no se hace mención a los derechos cuyo ejercicio no es posible suspender (133).

En estos aspectos hay una omisión de legislar y de ajustar los textos constitucionales a las disposiciones del Pacto. Recomendó también el Comité, establecer una autoridad imparcial e independiente, en el área de los derechos humanos, encargada de investigar la aplicación de las normas y recibir denuncias sobre violaciones. Dar mayor publicidad a los instrumentos internacionales, de modo que sean conocidos por los jueces, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley y el público en general (134).

La regulación de la prisión preventiva en nuestro actual Código del proceso penal (y en la proyectada reforma) no se ajusta a lo dispuesto en el art. 9 del Pacto. El Comité sostiene que de conformidad con el principio de presunción de inocencia, la puesta en libertad debe ser la norma y no la excepción, como ocurre en el sistema actual (y en el proyectado). Por esos motivos, sugiere que se revisen los procedimientos de detención a fin de facilitar el pleno ejercicio de los derechos establecidos y en particular, reformar el procedimiento penal de modo que se base en el principio de la presunción de inocencia (135).

El Comité observó finalmente, la ley de Prensa, especialmente las garantías para una mayor libertad de buscar información, según lo establece el art. 19.3 del Pacto. Respecto a las sanciones que figuran en el capítulo IV de la ley, considera que son demasiado amplias y podrían obstaculizar el pleno goce de los derechos reconocidos. En ese sentido, dice, la ley no resulta adecuada (136).

152. Como se puede apreciar en estos procedimientos de control, los órganos internacionales revisan la legislación interna de los Estados y por medio de observaciones y recomendaciones, tratan de convencerlos de la necesidad de ajustar su legislación a lo dispuesto por las normas internacionales. Se trata de un control muy suave en cuanto pretende actuar por la

---

(131) Op.cit. P.502.

(132) Op.cit.P.506.

(133) Op.cit. P.503.

(134) Op.cit. P.507.

(135) Op.cit. P.508.

(136) Op.cit. P.510.

autoridad moral del órgano y sus integrantes. Apuesta fundamentalmente a la sensibilidad y buena fe de los gobiernos (137).

## **VI EL CONTROL REALIZADO EN OCASION DE LAS RESERVAS A LOS CONVENIOS DE DERECHOS HUMANOS**

### **A. Las reservas y los convenios de derechos humanos**

153. En esta oportunidad vamos a analizar el instituto de las reservas en los tratados de derechos humanos y su vinculación con cierto control de compatibilidad que se realiza entre las leyes internas y esos convenios. El instituto de las reservas ha sido definido en la Convención de Viena como aquella "declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado". (art. 2.1.d), de la Convención de Viena de 1969).

Más adelante en la Sección 2, la Convención trata sobre las Reservas, regulando este instituto en los artículos 19 a 23.

Las Convenciones sobre derechos humanos han sido consideradas por la doctrina y la jurisprudencia como un tipo especial dentro de la categoría de tratados entre Estados. Su especialidad consiste en que regulan una materia referida a los derechos de las personas, particulares, que se encuentran en la jurisdicción de los Estados que forman parte de la Convención. En estos tratados, los Estados reconocen derechos a los individuos y asumen frente a ellos - que no son parte pero si beneficiarios- y ante los demás Estados, una serie de obligaciones que consisten, en respetar esos derechos, asegurar su goce y ejercicio, dictar leyes y adecuar su legislación a las normas internacionales, y poner a disposición de los particulares una serie de garantías que les permita la tutela interna de sus derechos, etc. En un sentido general, los Estados están reconociendo que esos derechos de las personas constituyen un límite a sus poderes y facultades.

Se trata de un régimen objetivo que los Estados declaran reconocer y para hacerlo efectivo, asumen el compromiso de ajustar sus respectivos ordenes jurídicos internos al contenido de los derechos establecidos en los Convenios. Estos derechos de los particulares, de la persona humana, han sobrepasado su valor convencional y hoy se les reconoce que expresan un valor de principios jurídicos supra legales, en cuanto ese reconocimiento tiene una aceptación universal que se impone a todos los integrantes de la comunidad internacional, más allá del consentimiento particular de cada Estado.

Por estas circunstancias, el ámbito de los derechos humanos se ha perfilado con un enorme empuje dentro del derecho internacional. Ha introducido importantes restricciones a la noción clásica de soberanía de los Estados, especialmente referida a las facultades de los Estados en su ámbito interno.

---

(137) Al respecto me remito a lo expuesto en mi monografía sobre "Naturaleza jurídica de la protección internacional de los derechos humanos", especialmente Cap.II 3) Eficacia del control P.57 a 63 y Cap.III 5) Procedimientos de protección, a) Los informes P.85 a 89. FCU. Montevideo.1992.

La Corte Interamericana ha definido de modo insuperable esta relación, cuando expresara:

“.. la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal. (128). (La expresión leyes en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6 P. 21).

154. Para caracterizar estas convenciones, se ha afirmado también que esta voluntad común de los Estados al suscribir un convenio de esta naturaleza, es la de reconocer la existencia de un orden objetivo en el cual todos aceptan la existencia de obligaciones hacia los particulares. Esta característica excluye un rasgo que es común en otros tratados. No hay en estos convenios derechos y obligaciones recíprocas. Los derechos de las personas se reconocen sin condiciones de lugar y tiempo. Incluso las situaciones extraordinarias y de grave peligro, no afectan los derechos y solo habilitan a su suspensión temporal.

Todos los Estados están interesados en el cumplimiento leal de las obligaciones establecidas. Esto lleva como conclusión necesaria que la interpretación de la ejecución de las obligaciones, en caso de discrepancia, se adjudique a un tercero. Con esta modalidad se rompe una de las características del derecho internacional convencional, que acepta como criterio general que sean los propios Estado Parte los que interpretan la norma jurídica. Así la norma común en materia de tratados es que la interpretación de los derechos y obligaciones de los Estados sea realizada por ellos. Este principio general vale también para los tratados multilaterales e incluso en aquellos que suponen una codificación de normas.

Así por ejemplo, los tratados multilaterales que cuentan con mas ratificaciones, los convenios de Ginebra de 1949, son por su contenido y estructura, modelo de tratados humanitarios que reconocen un derecho objetivo, expresión de un interés común de las partes. Sin embargo, en otro sentido, son tratados clásicos en cuanto a sus modalidades de interpretación y cumplimiento, pues quedan librados al subjetivismo de los Estados Parte.

En cambio, la serie de tratados que inaugura la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), impone como novedad la intervención de un tercero neutral en la interpretación de las normas convencionales. Este control realizado por un órgano internacional marcará definitivamente una modalidad propia de los derechos humanos, más allá de la intensidad de este control internacional.

155. Estos aspectos determinarán la necesidad de organizar un régimen de reservas diferente. En función de estos rasgos característicos, cierta doctrina ha señalado con razón, que es una contradicción la admisión de reservas en tratados de protección de los derechos humanos, en los cuales es fundamental respetar la integridad del convenio (138).

---

(138) Cf. Juan A. Carrillo. Soberanía de los Estados y Derechos Humanos. ed. Tecnos. Madrid.1995, pág.71. El profesor español cita las reflexiones en ese sentido de los profesores Jochen A Frowein y Pierre-Henei Imbert.

En las reservas como en la ejecución, el tratado, se rigen por la visión subjetiva de los Estados Parte, quienes son los que interpretan el contenido y el alcance de las obligaciones establecidas. En los casos de existir declaraciones - reservas u objeciones - estas interpretaciones pueden determinar, por la vía de la objeción, la no participación de un Estado en un Tratado, según la norma clásica que defendía la integridad de los mismos y requería la norma de la unanimidad en la aceptación de las reservas.

Por las razones expresadas, puede ser cuestionable la aplicación de este sistema a los tratados de derechos humanos. Este es el régimen de reservas previsto en la convención de Viena de 1969, donde predomina el principio del derecho de cada Estado de formular reservas y objeciones, sin que por ello el Estado reservante quede fuera del Tratado; característica del denominado sistema panamericano.

Una revisión de estos aspectos en las principales convenciones de derechos humanos, arrojará luz sobre el sistema de reservas.

## **B. En la Convención Europea de DDHH**

156. La Convención Europea de 1950, regula el sistema de las reservas haciéndose cargo de la especial característica de estos tratados. En su artículo 64 establece:

1. "Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general".

2. "Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate".

El sentido de la restricción a las reservas parece muy claro y está de acuerdo con lo expresado anteriormente. Resulta destacable, la vinculación de las reservas con la legislación interna de cada Estado. Esta incompatibilidad entre los derechos definidos en la Convención y las legislaciones internas, es la única justificación de las reservas. Por otra parte su sentido es la limitación temporal de las mismas, lo suficiente para adecuar el régimen legal interno a la Convención. Estos aspectos son también válidos cuando las incompatibilidades estaban referidas a las normas constitucionales.

Esta modalidad recepciones el denominado sistema clásico de la integridad de los tratados, en el cual se percibe la preocupación por resguardar el orden objetivo creado por el tratado.

Al respecto se señala por la doctrina el caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del 29 de abril de 1988, relativa al asunto Belilos contra Suiza. En esta oportunidad se analizó la declaración interpretativa formulada por Suiza respecto al artículo 6 del Convenio (Derecho a la justicia) a fin de decidir si dicha declaración era o no una reserva y resolver sobre su validez. El Tribunal sostuvo que "debía velar para evitar que las obligaciones que derivan del Convenio no sufrieran restricciones que no respondieran a las exigencias del art. 64." Llegó finalmente a la conclusión de que la declaración interpretativa no

respondía a las dos exigencias del artículo 64, por lo que debía declararla como no válida (P. 60)(139).

Como consecuencia de esta decisión, se estableció que Suiza estaba obligado a modificar su derecho interno para adecuarlo a las obligaciones que le imponía el artículo violado. Suiza acató esa decisión y los demás Estados Parte, tampoco protestaron por ella.

### C. En la Convenciones contra el Genocidio y la Discriminación Racial

157. Con relación al tema de las reservas es insoslayable hacer mención a la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 28 de mayo de 1951.

El Convenio para la prevención y represión del crimen de genocidio fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948 y no contenía disposiciones relativas a la admisibilidad de reservas. Permaneció abierto a la firma hasta el 31 de diciembre de 1949 y fue firmado por 43 Estados. Algunos países socialistas, en el momento de la firma o de la adhesión al Convenio, formularon reservas en el sentido de rechazar la obligatoriedad del artículo IX que establece la jurisdicción obligatoria de la Corte Internacional de Justicia para entender en las disputas que pudieran surgir entre las partes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la Convención; incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o de los actos mencionados en el art. III, a petición de una de las Partes. Fue tradicional la desconfianza de los países socialistas al establecimiento de una jurisdicción internacional obligatoria, por razones ideológicas, políticas y jurídicas (140).

Hubo que esperar a la caída del régimen comunista en 1989 para que Rusia retirara la reserva mencionada

La otra disposición objeto de reservas, se relacionaba con el artículo XII que reconocía como una facultad de los Estados, la posibilidad de la no aplicación del convenio a uno o todos los territorios de cuyas relaciones exteriores es responsable. Esta disposición, que fue común durante la vigencia del sistema colonial, ha perdido sentido ante la eficacia total de la descolonización (141).

La Asamblea General solicitó el dictamen de la Corte Internacional de Justicia el 16 de noviembre de 1950.

158. Se trataba de determinar el régimen de las reservas en estos tratados multilaterales que se referían a derechos humanos y que pretendían reunir el mayor número posible de adhesiones. Un sistema que tratara de defender la integridad del texto, acorde con los valores universales que se proponía tutelar, contradecía por otra parte aquella otra finalidad, pues los Estados estarían renuentes a participar en los mismos. Encontrar un punto de equilibrio entre

---

(139) Citada por Juan A. Carrillo, Soberanía del Estado y derechos humanos. op.cit. pág.74.

(140) Al respecto el profesor J.A. Carrillo recuerda el axioma contenido en una frase de Litvinov, en 1922, según la cual "solo un ángel podría ser capaz de dar la prueba de la necesaria imparcialidad entre la Unión Soviética y los países capitalistas ". Soberanía del Estado y D. Internacional. op.cit, pág 166.

(141) Cf. Oriol Casanovas. Prácticas de Derecho Internacional Público. 2a.ed.. Tecnos 1978. Madrid. Caso 26. pág.108.

estos aspectos fue uno de los méritos del dictamen. Especialmente por la vigencia de una cuestión que en materia de reservas es fundamental, y que la Corte se encargará de reiterar: "un Estado no puede quedar vinculado en sus relaciones convencionales sin su consentimiento". Respecto a las reservas, supone que ellas no pueden surtir efecto si el Estado no la ha aceptado (142)

La noción de integridad de la Convención y la necesidad de que la misma sea aceptada por el mayor número posible de Estados, exigen, dice la Corte, una nueva necesidad de flexibilidad en la aplicación de un régimen de reservas en las convenciones multilaterales. Incluso cuando en el caso concreto de ésta, que fuera aprobada por unanimidad, fue no obstante el resultado de varias votaciones mayoritarias

De la inexistencia en la Convención de un artículo relativo a las reservas, no se puede concluir que estén prohibidas. ¿Pero si es posible formularlas, cuales serían sus efectos? ¿Y de las objeciones que se les pueden oponer?

159. Los principios en que se basa la Convención sobre Genocidio, son reconocidos por las naciones civilizadas como obligatorios para todos los Estados, incluso sin ninguna relación convencional; por eso se ha querido que sea una Convención con alcance universal. Su finalidad es puramente humanitaria y civilizadora; los Estados contratantes no obtienen ninguna ventaja o desventaja, ni tienen intereses propios, sino un interés común. Es, pues, - dice la Corte- la compatibilidad con el objeto y el fin de la Convención el criterio que debe determinar la actitud del Estado que hace la reserva y la del Estado que objeta a ella.

En cuanto a la segunda pregunta, relativa a los efectos de la reserva en las relaciones entre el Estado reservante y el Estado que la objeta, la Corte reitera: Ningún Estado puede estar obligado por una reserva que no ha consentido. También normalmente el asentimiento no tendrá efecto más que entre los dos Estados. Sin embargo, podría llevar a la exclusión completa de la Convención en la hipótesis de que implicara la adopción de una posición en el plano jurisdiccional. En efecto, si una parte considera que el asentimiento es incompatible con la finalidad de la Convención, podría querer resolver la controversia mediante un acuerdo especial o recurriendo al procedimiento establecido en la propia Convención (143)

En ausencia de un tribunal u órgano internacional que interprete el convenio y controle la compatibilidad de la reserva formulada con el objeto y fin de la convención, según es normal en la práctica internacional, excepto en los tratados constitutivos de una Organización internacional, o en los casos que el tratado no disponga otra cosa, la decisión corresponde a cada uno de los Estados parte.

Esta regla flexible, a la que hace referencia la Corte Internacional para referirse a la práctica panamericana, fue aceptada por la Comisión de Derecho Internacional y recogida luego en el Convenio de Viena. (art. 20)

160. En las Convenciones de derechos humanos se señala por la doctrina como solución peculiar, la establecida en la Convención de Naciones Unidas sobre "Eliminación de todas las

---

(142) Corte Internacional de Justicia. Reservas a la Convención de Genocidio. pág.21, citado por Juan Antonio Carrillo, Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Editorial Tecnos. Madrid.

(143) Resúmenes de los fallos y opiniones consultivas. op.cit. Naciones Unidas. pág.26.

formas de Discriminación Racial”, de 1965. Allí en su artículo 20.2 se regula el régimen de las reservas y dispone:

“No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención, ni se permitirá ninguna reserva que pueda inhibir el funcionamiento de los órganos establecidos en virtud de la presente Convención.

Se considerará que una reserva es incompatible o inhibitoria si, por lo menos, las dos terceras partes de los Estados Partes en la Convención formulan objeciones a la misma.”

La solución adoptada se decide por un sistema colectivo que permite atribuir efectos a las mayorías resultantes de las objeciones que los Estados Parte hagan a las reservas. Pero al igual que los sistemas de control contencioso entre los Estados, pienso que el organizado para las reservas no es la vía adecuada. Los Estados evitan plantear conflictos y este sistema conduce a ello. Por eso creo, que si en estos sistemas se establece un órgano ad-hoc, el Comité contra la Discriminación Racial, que centraliza la interpretación de la Convención, que recibe los informes de los Estados y las peticiones de los particulares sobre violaciones individuales, es preferible que sea ese órgano quien lleve adelante la interpretación de las reservas. Veremos más adelante, que ese fue el camino seguido en el sistema Interamericano y en el universal del Pacto de derechos civiles y políticos.

Sí resulta loable que la Convención expresamente señale que será incompatible con su objeto y fin, toda reserva que paralice o inhiba las facultades de los órganos de control. Como tuve oportunidad de señalar, el funcionamiento de estos órganos de control hace a la esencia de estas convenciones. Por eso sería contradictorio admitir que un Estado pudiera soslayar sus obligaciones mediante una reserva que restringiera las competencias de estos órganos.

La Comisión de Derecho Internacional, al elaborar el proyecto de Estatuto de un Tribunal Penal Internacional ha considerado que este Estatuto es un Tratado constitutivo de una Organización Internacional. Por esta vía original, obtiene la solución centralizadora que señalaba. De acuerdo con el artículo 20.3 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados, las reservas en estos casos, requieren para ser válidas la aceptación por parte del órgano competente de la Organización.

La integridad del Convenio es en este caso fundamental y por ese motivo la Comisión ha sostenido que “las reservas al Estatuto y al Tratado del que forme parte, no deberán permitirse o deberán tener alcance limitado” (144).

#### **D. En la Convención Americana de DDHH**

161. La Convención Americana de derechos humanos dispone en su artículo 75 que ella solo puede ser objeto de reservas, conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

Esta disposición fue incorporada en la Conferencia de San José a propuesta de Uruguay en atención a las discrepancias surgidas en el plenario con el texto propuesto por la Comisión que se inspiraba en el sistema europeo y era por lo tanto restrictivo. Permitía reservas exclu-

---

(144) Juan A. Carrillo Salcedo, “Soberanía de los Estados y Derechos Humanos, op.cit. pág 73.

sivamente cuando la disposición de la Convención fuera contraria a una disposición constitucional.

Las observaciones partieron de Argentina, República Dominicana y los Estados Unidos que entendían conveniente aplicar el régimen de Viena. Estas propuestas fueron rechazadas en la Comisión, donde predominó la tesis de agregar al texto proyectado "las disposiciones constitucionales o legales" para conciliar con el art. 2.1 de la Convención, que obliga a los Estados a adoptar medidas legislativas.

El nuevo texto- actual - se adoptó en el plenario por una moción de Uruguay y no quedaron registros de discusión (145).

Según H. Gros Espiell, si bien la referencia es genérica a las reservas, solo pueden ser admisibles las reservas que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado (art. 19 de la C. de Viena) en consideración a la naturaleza de los tratados de derechos humanos.

"Toda reserva que desvirtúe, haga ineficaz o inaplicable el sistema de protección regional, o que lleve a suprimir la posibilidad de proteger un derecho garantizado por la Convención y no solamente un aspecto de ese derecho, será incompatible con su objeto y fin" (146).

162. A esta conclusión arriba la Corte Interamericana de derechos humanos en ocasión de su opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982 sobre "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana (arts. 74 y 75)" (147).

Analizando el art. 75 y su referencia a la Convención de Viena, dijo:

"la disposición solo tiene sentido si se entiende como una autorización expresa destinada a permitir a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas y cuando estas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. Como tales se puede decir que ellas se rigen por el artículo 20.1 de la Convención de Viena y consecuentemente, no están sujetas a la aceptación de ningún otro Estado Parte" (P. 35)

La Convención Americana reconoce expresamente la autorización para formular reservas, se trata de reservas en general y por lo tanto se regulan por la misma disposición de aquellas específicamente autorizadas (art. 20.1 de C. Viena). Este tipo de reservas, no requiere aceptación de los Estados Parte. Desde luego éstos pueden formular observaciones a las mismas. Y si consideran que son incompatibles con el objeto y fin, pueden utilizar los mecanismos consultivos o jurisdiccionales establecidos en la Convención. (P. 35 a 38)

Por estas razones la Corte consideró en el caso, que la Convención entraba en vigor respecto a los Estados que hubieran formulado reservas, desde el momento del depósito del instrumento de ratificación o adhesión. Desestimaba así la opinión de aquellos (EE.UU. y Secretaría de la OEA) que sostenían la tesis de la entrada en vigor después de transcurrido el plazo de 12 meses.

---

(145) Observaciones del Gobierno de los Estados Unidos de América en relación con la petición de opinión consultiva presentada por la Comisión Interamericana de derechos humanos ante la Corte Interamericana. Nota 5 sobre " Los travaux preparatoires", pág 33. Cf. también H.Gros Espiell. La Convención Americana y Europea. op.cit pág.199 nota 386.

(146) H.Gros Espiell, op.cit. P.182 pág.199.

(147) Corte IDH. OC-2/82 . secretaria de la Corte. Serie A No.2. San José, Costa Rica. 1982

163. En la Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983 sobre "Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 de la CADH) y que ya fuera considerado *ut supra* (ver P: 71), la Corte aborda también estos aspectos. Lo que más interesa a la cuestión en consideración es:

"que a un tratado como la Convención no le son aplicables las disposiciones relativas a la reciprocidad en materia de reservas, (aun cuando) puede concluirse que éstas se integran al tratado mismo, de tal manera que no es posible interpretarlo cabalmente, respecto al Estado reservante, sin interpretar la reserva misma."

"..la facultad que le atribuye el artículo 64 de la Convención, en el sentido de emitir opiniones consultivas sobre la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, incluye igualmente su competencia para emitir dichos dictámenes respecto a las reservas que puedan haberse formulado a esos instrumentos". (P. 45)

En este punto fundamental, la Corte no duda en reconocer y reiterar su competencia para examinar la compatibilidad de las reservas formuladas. Esta afirmación vale para su competencia consultiva como para el caso de un asunto que llegue a su consideración en la competencia contenciosa, según se desprende de lo expresado en ambas opiniones. Ello es un corolario de la estructura de estas convenciones, a los efectos de darle un sentido adecuado a su finalidad de protección de los derechos humanos y reconocerle así a los órganos de control, las competencias necesarias para cumplir esa finalidad (148).

164. Pero además de esta conclusión importante, la Corte avanza en la consideración de las facultades de los Estados para formular reservas en este tipo de tratados. Se trata de aquellos derechos inderogables que los Estados deben respetar siempre y que por lo tanto su derogación está prohibida. Una reserva al respecto, tiene que ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y en consecuencia no autorizada por ésta.

Pero al respecto la Corte hace algunas precisiones, que la llevan a distinguir entre la negación de un derecho y una simple restricción que no lo niegue, "sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico".

Así por ejemplo en las reservas de Guatemala a la pena de muerte, la Corte entiende que no estaban dirigidas a negar el derecho a la vida como tal, sino a restringir algunos aspectos de este derecho. (P. 61)

165. Además del criterio expresado por la Corte, hay otras circunstancias que son incompatibles con el objeto y fin de un tratado de protección de los derechos humanos. Así por ejemplo, toda reserva que pretenda desconocer las competencias de los órganos de control, resulta incompatible. La actuación de los mismos y el alcance de sus competencias no puede quedar librado a la opinión de un Estado.

Lo mismo puede decirse de aquellas reservas que pretenden supeditar la validez de las normas internacionales a las disposiciones de su orden interno. En ambos casos, las reservas pueden venir revestidas con otro nombre, tal los casos de las declaraciones interpretativas que bajo tal denominación resultan verdaderas reservas encubiertas.

Así por ejemplo, se ha analizado la declaración interpretativa del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos, al enviar la Convención al Senado, requiriendo su consentimiento previo a la ratificación, señaló que la Convención, por virtud de lo dispuesto en el artículo 2, sus disposiciones substantivas no se aplican directamente.... Como manifiesta E. Jiménez de Aréchaga (149) esta expresión no sería una declaración interpretativa sino una reserva, pues altera el efecto jurídico de las obligaciones asumidas en la Convención.

Al alterar el sentido de las disposiciones y reducirlas a la medida de su legislación interna, estaría en contra del objeto y fin del tratado. Esta observación se mantiene en el campo hipotético en cuanto los Estados Unidos no han ratificado la Convención.

Es similar la reserva (150) formulada por El Salvador, cuando expresa: "haciendo la salvedad que tal ratificación se entiende sin perjuicio de aquellas disposiciones de la Convención que puedan entrar en conflicto con preceptos expresos de la Constitución Política de la República". Se trata de una reserva genérica que supedita las obligaciones internacionales al derecho interno.

O la dudosa reserva (151) formulada por Argentina, cuando dice que "no quedarán sujetas a revisión de un tribunal cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los tribunales nacionales determinen como causas de utilidad pública e interés social, ni lo que estos entiendan por indemnización justa".

Se trata de limitaciones a las facultades de los órganos de control, a quienes se les impone por la reserva, el criterio de apreciación de los órganos internos, esto al mismo tiempo que acepta sus competencias, al ratificar la Convención.

Las cuestiones mencionadas pretenden supeditar las competencias internacionales a los criterios de su derecho interno. El efecto de apreciar que una reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, realizado por el órgano internacional de control, es que no la tomará en cuenta al momento de examinar la conducta del Estado y determinar si ella se ajusta a lo prescrito por la norma internacional.

## **E. En el Pacto de Derechos Civiles y Políticos**

166. El Comité de Derechos Humanos establecido en el Pacto de derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo definió a través de un Comentario General - facultad prevista en el artículo 40.4 - las cuestiones relacionadas con las reservas y declaraciones interpretativas realizadas por los Estados vinculados a estos instrumentos internacionales (152).

El artículo 40.4 del citado Pacto, al regular la presentación de informes por los Estados Parte expresa en su numeral 4:

---

(149) E. Jiménez de Aréchaga. La Convención interamericana como derecho interno. op.cit. pág.40 y 41.

(150) Instrumento de ratificación y reservas de El Salvador, en Normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. FCU. 1988. pag148.

(151) Instrumento de ratificación y reservas de Argentina, en normas vigentes en materia de derechos humanos en el sistema americano, op.cit. pág 142.

(152) Ver al respectola nota No.6 donde se menciona esta publicación.

“El Comité estudiará los informes presentados por los Estados partes en el presente Pacto. Transmitirá sus informes y los comentarios generales que estime oportunos a los Estados Partes. El Comité también podrá transmitir al Consejo Económico y Social esos comentarios, junto con copia de los informes que haya recibido de los Estados Partes en el Pacto.

A su vez el art. 41 faculta a los Estados, mediante una declaración expresa, reconocer la competencia del Comité para entender en el llamado contencioso interestatal que requiere la reciprocidad.

Este comentario se realizó el 1 de noviembre de 1994, cuando 46 Estados de los 127 ratificantes habían formulado 150 reservas de diferente alcance. A propósito de las mismas, el Comité señala la variedad de contenidos: algunas para garantizar la preeminencia de la regulación de esos derechos según sus disposiciones internas; otras referidas a las competencias del Comité y también para excluir derechos concretos enunciados en el Pacto.

Respecto a las reservas, el Pacto y su Protocolo Facultativo No. 1 no las prohíben ni mencionan ningún tipo de reservas permitidas. En cambio el Protocolo No. 2, sobre abolición de la pena de muerte, las prohíbe excepto las que se apliquen en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar. El Estado reservante debe comunicar las disposiciones pertinentes de su legislación nacional aplicables en tiempo de guerra para que la reserva tenga efecto jurídico.

167. Respecto a las reservas, la situación del Pacto y su Protocolo 1 es similar al antecedente visto de la Convención sobre Genocidio. No están prohibidas ni todas están permitidas.

El criterio aceptado es, que se permitirán aquellas que no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado. (Art. 19.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, de 1969).

El Comité considera que las disposiciones de la Convención sobre los Tratados y su reglamentación sobre las objeciones en relación con las reservas, no son adecuadas para regular las situaciones que se presentan en los tratados de derechos humanos. Reitera el Comité los argumentos expresados sobre las características de estos convenios, en los cuales no existen intercambios de obligaciones. La reciprocidad no rige entre los Estados, salvo para el caso mencionado en el artículo 41, referido a la declaración de los Estados aceptando el contencioso interestatal.

Este argumento se ha reflejado en los Estados, que en muy pocos casos, han creído oportuno formular protestas u objeciones a las reservas presentadas. De este comportamiento no puede deducirse conclusión alguna respecto al sentido de la reserva, aunque sí, una objeción, puede ofrecer una orientación respecto a la legalidad de esa reserva (153).

168. Lo fundamental para determinar cual es el régimen aplicable en este convenio, es determinar quién tiene competencia para decidir respecto a las reservas formuladas en estos instrumentos sobre derechos humanos. El Comité, al igual que las Cortes de Justicia en los casos examinados, ha considerado que por necesidad, ha de ser el propio Comité quién decida si una determinada reserva es o no compatible con el objeto y fin del tratado.

---

(153) Cf. Comité de DDHH, *op.cit.* P.17.

No es adecuado ni se ajusta al sentido del Pacto, que sea cada Estado quien realice esa interpretación. Por el contrario, es el Comité cuando actúa recibiendo los informes y examinando el comportamiento del Estado, en relación con las obligaciones establecidas en el Pacto, quien se encuentra en condiciones de adoptar una opinión objetiva, sobre la legalidad de la reserva.

La consecuencia de la no aceptación de una reserva, será que la misma carezca de vigor. En consecuencia esa reserva no será tenida en cuenta por parte del Comité a los efectos de analizar la conducta del Estado reservante (154).

169. Para hacer posible un mejor funcionamiento de estos aspectos, el Comité hace una serie de recomendaciones a los Estados de modo que le faciliten el ejercicio de sus competencias.

Así establece que estas reservas deben ser "específicas y transparentes" para que así los particulares puedan saber cuales son las obligaciones asumidas por los Estados. Por este motivo, recomienda que se refieran a derechos concretos y que no se formulen en términos generales o vagos. Deberían circunscribirse a aquellos derechos cuya normativa interna impide la aceptación de la regulación internacional, indicando las leyes o las prácticas internas que considera incompatible con las disposiciones del Pacto.

Las reservas no deben concebirse como obstáculos permanentes. Todo lo contrario, en los casos relativos a las normas de derechos humanos, se las debe considerar como obstáculos transitorios que se mantienen por el plazo necesario para modificar sus leyes o prácticas internas. Por este motivo los Estados deben revisar periódicamente las observaciones del Comité respecto a la necesidad de mantener sus reservas, y se les recomienda que sean retiradas lo antes posible.

Para el cumplimiento de estas observaciones, el Comité anticipa que en sus informes, los Estados incluyan la información necesaria acerca de las medidas adoptadas para revisar, reconsiderar o retirar las reservas (155).

170. El Comité de DDHH, de un modo análogo a la Corte Interamericana, hace algunas consideraciones que se refieren a ejemplos notorios de reservas incompatibles con el Pacto y su Protocolo I.

Las reservas contrarias a las normas de jus cogens, normas perentorias, son claramente incompatibles y no pueden ser objeto de reservas. Así un Estado no puede reservarse el derecho a practicar la esclavitud, de torturar, de someter a las personas a castigos crueles, inhumanos o degradantes; de privar arbitrariamente a las personas de la vida, negar el derecho a la libre determinación de los pueblos, ni la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia; de ejecutar a las mujeres embarazadas o a los niños, de negar el derecho a un juicio con las debidas garantías, etc.

El Comité incluye en este marco inderogable a las garantías que aseguran precisamente los derechos enunciados. Recoge así, por esta vía, la solución dispuesta en el art. 27 de la

(154) Cf. Comité de DDHH. op.cit. P.18.

(155) Comité de DDHH. op.cit. P.19 y 20.

Convención Americana de DDHH, cuando se refiere a las garantías judiciales que protegen estos derechos (156).

Se trata en general de aquellos derechos consagrados como inderogables en el artículo 4 del Pacto de derechos civiles y políticos, que coinciden con los enumerados en el artículo 27 de la Convención Americana, artículo 15 de la Convención Europea y los garantizados en el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. El llamado sector duro de los derechos humanos.

## VI. OBSERVACIONES FINALES

171. A través de la mencionada jurisprudencia de los órganos internacionales, se puede apreciar que los mismos hacen un control de la legalidad internacional de las leyes internas de los Estados. En el ejercicio de estas competencias, examinan la compatibilidad de esos actos estatales con las normas internacionales.

La práctica de los Estados es de aceptar este control y ajustar su conducta futura a las recomendaciones del órgano internacional, para lo cual modifican las leyes internas de modo de hacerlas compatibles con sus obligaciones internacionales. Esta acción posterior de los Estados, se cumple sin que importe el carácter no vinculante u obligatorio de la resolución.

172. El régimen previsto en la Convención Americana, según el cual, la Corte de Derechos Humanos, en el ejercicio de su competencia consultiva cumple con esta función de asesoramiento a los Estados, es trascendente. Especialmente hay que señalar la interpretación extensiva que comprende también a los proyectos de ley, lo cual permite la utilización de este instrumento de un modo más eficaz. La consulta previa debería utilizarse con mayor asiduidad por parte de los Estados.

173. Una ley incompatible con la norma internacional y por lo tanto violatoria de una obligación, es un ilícito internacional. Como tal, da lugar a responsabilidad internacional.

En la Comisión de Derecho Internacional en sus estudios sobre la Responsabilidad Internacional, en los capítulos sobre Contenido, Formas y Grados de la Responsabilidad y Consecuencias Jurídicas de los delitos internacionales, (Segunda Parte) se ha discutido si la obligación del Estado de derogar, modificar o dictar una ley, integra el campo de las reparaciones o merece una consideración diferente.

El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional, G. Arangio Ruiz, encargado del tema sobre Responsabilidad del Estado, (a partir del 39 período de sesiones) tuvo al respecto, un criterio diferente al de su antecesor, Sr. W. Riphagen.

En lo fundamental sostuvo que la cesación del hecho ilícito, si bien en sentido lato era una consecuencia del ilícito debía considerarse separada de la reparación. La cesación mantiene una relación directa con la norma primaria violada, por lo cual el Estado debe ante todo cesar su conducta ilícita, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido. De este modo, la

cesación del hecho ilícito se distingue de la restitución que integra sí la reparación y es por lo tanto una obligación secundaria (157).

En virtud de lo expresado en la Introducción de esta investigación, (P. 11 ) la consideración de estos aspectos queda pendiente para otra oportunidad donde específicamente abordaré las modalidades de la reparación.

174. En el ámbito de las reservas, el control realizado sobre su compatibilidad con el objeto y fin es una posibilidad cierta de obtener la armonía entre los sistemas. El rol de los órganos internacionales de control, será en este sentido fundamental. Queda pendiente el mantenimiento de ciertas reservas, respecto a las cuales, los Estados no asumen que las mismas tienen un carácter transitorio.

Montevideo, 10 de octubre de 1997

---

(157) Informe preliminar sobre responsabilidad de los Estados, G.Arangio Ruiz. Documento A/CN.4/416 y Add.1. Anuario de la CDI. 1988, Volumen II primera parte. Naciones Unidas. pag.6 a 45.