

**Rolando E. Gialdino (Argentina) \***

# **La producción jurídica de los órganos de control internacional de los derechos humanos como fuente del derecho nacional.**

## **Fuentes *universales y americanas***

*Si las relaciones establecidas entre los pueblos de toda la tierra alcanzaran el punto en que una violación de derechos cometida en un lugar sea sentida en todos, la idea de un derecho cosmopolita no podría pasar más por una exageración fantástica del derecho.*

EMANUEL KANT

### **I. Introducción**

El derecho internacional de los derechos humanos constituye, por lo menos a partir de diciembre de 1948, oportunidad en que fue adoptada la Declaración Universal de Derechos Humanos (Declaración Universal), un fenómeno, por fortuna, de magnitud tan creciente como conmovedora, llamado a sacudir las raíces de un sinnúmero de estructuras jurídicas que, hasta entonces, se creía afirmadas sobre bases poco menos que inalterables. “Dignidad intrínseca” de la persona humana, “derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, liberación del “temor y de

---

\* Abogado. Secretario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Argentina. Representante de la citada Corte ante la Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) del Consejo de Europa. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina, y de Instituciones Jurídicas en la Southwestern University School of Law (Los Ángeles). Miembro de la Sociedad Francesa de Legislación Comparada (París). Realizó especializaciones en derechos humanos, en el Instituto Internacional de Derechos Humanos, Estrasburgo, y en justicia constitucional, en la Universidad Carlos III de Madrid.

la miseria”, “justicia social”, resultaron algunos de los estandartes que, paulatinamente, fueron tomando plaza jurídica en el horizonte de la comunidad de naciones.

De tal suerte, impulsados por la citada declaración, vieron la luz numerosos tratados con vocación universal, verbigracia, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Convención sobre Discriminación Racial), la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Convención de la Mujer), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Convención contra la Tortura), y la Convención sobre los Derechos del Niño (Convención del Niño).

El ámbito americano tampoco permaneció inactivo. Incluso meses antes de la Declaración Universal, surgió la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), que no dejó de aportar su fruto a la primera. Prólogo continental que conduciría a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana) y, posteriormente, a su Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), al Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, a la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Convención Interamericana para la Tortura), a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Ahora bien, es imprescindible advertir que el edificio jurídico que fue levantándose sobre los nobles pilares de las declaraciones Universal y Americana, esto es, el de los tratados arriba citados, obedeció, al menos, a dos claves arquitectónicas. En efecto, no fue sólo cuestión de enunciar una paleta de derechos, libertades y garantías de las personas, y de correlativas obligaciones de los Estados partes, sino que, también y al unísono, fueron establecidos *sistemas supranacionales con competencia para controlar el respeto, la protección y realización de los primeros, y el cumplimiento de las segundas*. Es por ello que cada uno de los pactos y convenciones en juego, bajo modalidades propias y comunes (y en algunos casos por intermedio de protocolos adicionales), estableció dichos sistemas, por vía de determinados procedimientos y órganos internacionales.

Sin embargo, a nuestro juicio, las consecuencias que el aspecto antedicho produce en el plano interno de los Estados no parece haber despertado toda la atención que amerita. El objeto de este trabajo, por ende, radicará en demostrar, por medio de la investigación de esta área jurídica, que *los mencionados sistemas de control resultan verdaderas fuentes (formales) del derecho interno de los Estados partes, dadas las atribuciones legales con que cuentan los órganos internacionales para interpretar y aplicar derechos, libertades y garantías reconocidos en los tratados que han pasado a integrar los ordenamientos nacionales, y para pronunciarse sobre los correlativos*

*compromisos internacionales del Estado respecto de toda persona bajo su jurisdicción, cuya inobservancia, por acción u omisión, puede configurar actos ilícitos internacionales, además de una injusticia interna.*

Llamaremos a los sistemas derivados de los instrumentos internacionales con vocación universal, *fuentes universales*, al paso que los de alcances americanos constituirán las *fuentes americanas*. Cuadra anticipar, asimismo, que en algunos supuestos estos regímenes se muestran reacios a calzar en los medios tradicionalmente considerados como fuentes (formales).

Resulta necesario apuntar las numerosas proyecciones que parten del citado objeto, mayormente cuando los Estados americanos han ratificado, con escasas excepciones, los citados tratados universales así como la Convención Americana, y sólo en escaso menor grado, los restantes instrumentos de nuestro hemisferio que ya hemos mencionado.<sup>1</sup> En efecto, el control internacional repercute, al menos, sobre 1) la inteligencia que corresponde dar a derechos, garantías y libertades invocables por los individuos ante los órganos del poder y, en su caso, ante otros particulares (*Dritt-wirkung/efecto horizontal*), al paso 2) que asienta valores y principios rectores en materia de derechos humanos (v. gr. dignidad inherente a todo ser humano, liberación del temor y de la miseria, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos...), así como 3) pautas y criterios de hermenéutica en general al respecto (interpretación progresiva o evolutiva, efecto útil, principio *pro homine*...). Agréguese a ello 4) todo lo concerniente a la extensión y naturaleza de las obligaciones asumidas por los Estados partes de cara a las personas sometidas a su jurisdicción y de cara a la comunidad internacional, lo cual ha impreso un claro perfil, y una nueva dinámica, a todas las instituciones estatales, dadas las características de las obligaciones que asume el Estado al ratificar los aludidos tratados. Ello configura un punto que tampoco pareciera haber levantado la reflexión de la que es merecedor, máxime cuando posibilita, junto con otros factores, que podamos sostener que, en clave jurídica, los Estados partes adhieren a un verdadero modelo de Estado social, más allá de que ello resulte enunciado expresamente en sus constituciones.<sup>2</sup> Pesan sobre el Estado las

<sup>1</sup> Según información de la OEA (15.5.2003), de los 35 Estados miembros de ésta: a) no han ratificado la Convención Americana: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Canadá, Cuba, Estados Unidos de América, Guyana, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, y San Kitts y Nevis, mientras que Trinidad y Tobago la denunció el 26.5.1998; y b) han ratificado: 1. el Protocolo de San Salvador: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay; 2. la Convención Americana relativa a la Pena de Muerte: Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela; 3. la Convención Americana para la Tortura: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela, y 4. la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>2</sup> Véase Rolando E. Gialdino, "Democracia-Justicia-Derechos humanos: una tríada fundacional" (ponencia oficial del II Congreso de Magistrados y Funcionarios de la República Argentina), 2000; "El trabajador y los derechos humanos", en *Investigaciones n° 2*, 2000, pp. 416 y ss.

siguientes obligaciones: a) “respetar” los derechos humanos, es decir, abstenerse de todo acto que entrañe una interferencia en el goce de éstos; b) “proteger” los derechos humanos, o sea, prevenir que las personas (físicas o jurídicas) produzcan dichas interferencias; y c) “realizar” los derechos humanos, dentro de lo cual se distinguen la obligación de “facilitar”, en el sentido de iniciar actividades con el fin de fortalecer el acceso y disfrute de aquéllos; la de “hacer efectivos” directamente esos derechos cuando un individuo o grupo sea incapaz, por razones ajenas a su voluntad, de lograrlo por los medios a su alcance, y la de “promover” un derecho.<sup>3</sup>

Los cuatro efectos antedichos, por su lado, se proyectan 5) sobre la resolución de las cuestiones atinentes a la validez de las normas nacionales que, eventualmente, entren en conflicto con las internacionales, y sobre 6) el problemático asunto de las “omisiones legislativas”, cuando la realización de un derecho convencional requiriera del dictado de la reglamentación interna, aun cuando, a nuestro juicio, dicho requerimiento no debería ser obstáculo para que los jueces afirmen la efectividad de un derecho humano no obstante la inercia del legislador.

Por cierto que, *en principio*, dichas repercusiones admiten grados según la jerarquía jurídica que exhiban los tratados internacionales en el orden interno de cada país. La trascendencia, en tal sentido, alcanzará una altura elevada cuando los mentados instrumentos revistan jerarquía constitucional, toda vez que, entonces, estarían llamados a obrar a modo de toda norma que cuente con tamaño atributo, esto es: a) alumbrar a la Constitución en su integridad, si ésta debe seguir siendo entendida como una unidad, vale decir, como un cuerpo que no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere, como un conjunto armónico en el que cada uno de sus preceptos ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de los demás,<sup>4</sup> y b) condicionar tanto b’) la hermenéutica del ordenamiento infraconstitucional, que debe ser interpretado con “fecundo y auténtico sentido constitucional”,<sup>5</sup> cuanto b”) la validez misma de éste, salvo que se torne inaplicable el principio de supremacía de la Constitución.

El emplazamiento de los tratados en el nivel supralegal o sólo legal reduciría los antedichos efectos, al paso que el carácter supraconstitucional, tema tan debatido, por ejemplo, en el caso de Guatemala, les daría a aquéllos su máxima expresión. Sin embargo, fuera de este último supuesto y aun cuando, desde cierto punto de vista se

---

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ComDESC), *Observación General* n° 12, § 15; n° 13, § 46; n° 14, § 33; y n° 15, § 20.

<sup>4</sup> CSJN (Argentina), *Galassi*, 17.12.1987, *Fallos* 310:2733, y otras. El artículo 93 de la Constitución Política de Colombia (1991) expresa: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. Véase M. G. Monroy Cabra, “La Constitución como fuente de derecho: sistema de fuentes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2002*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, p. 13.

<sup>5</sup> CSJN (Argentina), *Municipalidad de Laprida c. Universidad de Buenos Aires*, 29.4.1986, *Fallos* 308:647, cons. 8°.

sostenga que la cuestión de la jerarquía debe resolverse según el derecho interno, especialmente de la Constitución, nunca será suficiente advertir que, a la luz del derecho internacional y de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe (*pacta sunt servanda*), al tiempo que no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 27). La inadmisibilidad de esta última invocación, por lo demás, comprende a la fundada en las propias normas constitucionales, de lo cual la Corte Interamericana ya ha dado más de una muestra,<sup>6</sup> y también lo ha hecho el Comité de Derechos Humanos (ComDH).<sup>7</sup> De ahí que dos párrafos antes hayamos usado la expresión *en principio*. Incluso, dar carácter sólo legal a los tratados es, en la práctica, someterlos a la regla *lex posteriori derogat priori*, que presenta “fragilidades flagrantes” y, sobre todo, implica, en definitiva, “la propia negación del derecho internacional”.<sup>8</sup> Resulta “inaceptable”, en consecuencia, que un Estado dé prioridad a la aplicación de su derecho interno “por encima” de las obligaciones contraídas en virtud del PIDCP, aun con base en razones de “seguridad nacional”.<sup>9</sup> Más aún: la constitucionalidad de una norma “no es suficiente para garantizar el cumplimiento del pacto”.<sup>10</sup>

En todo caso, bien podría acotarse que la prevalencia dada a la Constitución no impediría en manera alguna que el juez llamado a aplicar un tratado, interprete aquella de conformidad con éste. Si bien es cierto que la lectura de la Constitución a la luz de un tratado no es un método favorecido por la superioridad de la primera, no lo es menos que el juez puede seguir ese criterio cuando el respeto del tratado está garantizado por un régimen jurisdiccional (o cuasijurisdiccional) que lleve a una instancia de control a pronunciarse, directa o indirecta-

---

<sup>6</sup> V. gr. *La última tentación de Cristo* (caso *Olmedo Bustos y otros*), sent. del 5.2.2001, serie C, n° 73, relativo a la Constitución de Chile.

<sup>7</sup> Por ejemplo, *Obs. finales... Trinidad y Tobago*, 31.10.2000, A/56/40, vol. I, p. 23, § 8.

<sup>8</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Juan E. Méndez y Francisco Cox (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, San José, IIDH, 1998, pp. 585-586. Sobre el abandono en México, por vía jurisprudencial, de la regla enunciada en el texto: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, “Derecho internacional y derecho constitucional. Un fallo interesante”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Edición 2000*, Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2000, p. 529.

<sup>9</sup> ComDH, *Tae Hoon Park c. República de Corea*, comunic. 628/1995, 20.10.1998, A/54/40, p. 88, § 10.4.

<sup>10</sup> ComDH, *Osbourne c. Jamaica*, comunic. 759/1997, 15.3.2000, A/55/40, p. 125, § 9.1. Véase Felipe Tredinnick Abasto, “Derecho internacional de los derechos humanos: su aplicación directa”, en *Anuario... 2002*, cit. (n. 4), esp. pp. 353-354; Humberto Nogueira Alcalá, “Las Constituciones latinoamericanas, los tratados internacionales y los derechos humanos”, en *Anuario... 2000*, cit. (n. 8), pp. 168 y ss.

tamente, sobre la adecuación de la Constitución a la convención de que se trate. El riesgo de ver que la decisión local que hace primar a la Constitución sobre el tratado resulte “censurada” por una jurisdicción internacional, sería de porte para frenar una defensa incondicional de la Constitución.<sup>11</sup>

Es hora, por ende, de que el propio derecho constitucional de los Estados partes, y la comunidad jurídica en general, se hagan cargo en plenitud de la inserción de aquéllos en los mentados sistemas y, sobre todo, de los productos que ello les depara. El punto, reiteramos, atañe directamente al régimen de fuentes del derecho, pues dichos sistemas son “medios de expresión” de éste.

De aquí que sea habitual para los comités de Naciones Unidas en materia de derechos humanos solicitar a los Estados partes, por un lado, que difundan ampliamente las observaciones finales “en todos los sectores de la sociedad, en particular entre los funcionarios del Estado y los miembros de la administración de justicia”,<sup>12</sup> y, por el otro, que sus informes sean completados con información sobre la “jurisprudencia”, que resulta “esencial para conocer la verdadera situación del ejercicio” de los derechos.<sup>13</sup> También les es requerido que den a publicidad las decisiones adoptadas bajo el régimen de comunicaciones.<sup>14</sup> La traducción, por los Estados, de los tratados al menos a las lenguas oficiales de éstos, tiene cabida en esta área.<sup>15</sup>

El método que seguiremos, por consiguiente, será el de identificar los medios de control internacional (II) y auscultar la relevancia jurídica de los actos que producen en tanto *fuentes universales* como *americanas* (III). Ello, a su vez, nos permitirá advertir algunos acercamientos entre fuentes nacionales comparadas, pero también distanciamientos de algunas de éstas (IV). Finalmente será llegado el turno de las conclusiones (V).

Tres advertencias liminares se imponen. En primer término, el objeto de estudio se centrará en los tratados universales y americanos antes enunciados, aunque no faltarán puntuales referencias al sistema de la Convención Europea. Con todo, por lo que veremos en su lugar (II, 2.4.2), estará incluida la Declaración Americana. Otro tanto ocurrirá, aunque de una manera implícita, con la Declaración Universal, toda vez que resulta invocable universalmente en todo procedimiento nacional o interna-

<sup>11</sup> Jean-François Flauss, “Note de Jurisprudence”, en *Revue du Droit Public*, 1999, n° 3, pp. 927-928.

<sup>12</sup> V. gr. ComDESC, *Obs. finales... Colombia*, 29.11.2001, E/C.12/1/Add.74, § 52;... *Argentina*, 8.12.1999, E/C.12/1/Add.38, § 42; ComDH, *Obs. finales... Reino Unido... e Irlanda del Norte*, 6.12.2001, CCPR/CO/73/UK, CCPR/CO/73/UKOT, § 39.

<sup>13</sup> V. gr., ComDESC, *Obs. finales... Túnez*, 14.5.1999, E/C.12/1/Add.36, § 11. El ComDH “considera que la obligación de presentar informes abarca no sólo las leyes y otras normas pertinentes relacionadas con las obligaciones previstas en el pacto, sino también las prácticas y decisiones de los tribunales y de otros órganos del Estado parte interesado [...]”. *Observación general n° 2*, § 3.

<sup>14</sup> ComDH, *Mónaco c. Argentina*, comunic. 400/1990, 3.4.1995, A/50/40, vol. II, § 11.2.

<sup>15</sup> ComDiscriminación Racial, *Obs. finales... Haití*, 1999, A/54/18, p. 30, § 263.

cional como un “estándar común de realización”, de lo cual se deriva su mayor efectividad. La introducción de un régimen específico de control a su respecto podría revelar una subestimación de lo antedicho: la Declaración Universal debería permanecer universal, no sólo en su aceptación y aplicabilidad, sino también en los procedimientos en los que puede ser invocada.<sup>16</sup> Varios órganos internacionales dentro de las Naciones Unidas —observa F. O. Salvioli— utilizan a la Declaración Universal como instrumento de aplicación, o como base de sus decisiones.<sup>17</sup> Cabe agregar, en segundo lugar, que en algunos aspectos descriptivos incurriremos en inevitables generalizaciones, ya que, de lo contrario, se requeriría un estudio particular de cada instituto dentro de cada uno de los instrumentos internacionales, a fin de advertir sus especificidades, matices y diferencias. Sin embargo, a nuestro juicio, esta impronta no impedirá formular una ajustada idea de conjunto. Finalmente, es de agregar que, sólo por el sentido americano del presente *Anuario* y elementales razones de espacio, nos hemos limitado, casi exclusivamente, a trabajar sobre antecedentes vinculados con países de esa área.

## II. Medios de control internacional

En el terreno de los medios de control internacional es dable encontrar una gran variedad de técnicas. Así, como puntualiza B. Conforti, entre los diversos campos del derecho internacional, la protección de los derechos humanos es el que exhibe el mayor número de regímenes internacionales para garantizar y comprobar su implementación.<sup>18</sup>

Distinguiremos, a los fines expositivos, dos grandes técnicas de control: la jurisdiccional (1) y la no jurisdiccional (2).

### 1. Control jurisdiccional (fuente americana)

El control jurisdiccional supone la existencia de un órgano de juzgamiento llamado a decidir sobre un caso (de violación de derechos humanos) mediante una decisión revestida de la autoridad de cosa juzgada. Es, por lo pronto, el que ofrece la mayor garantía efectiva de los mentados derechos, y el que da todo su sentido al derecho de acción de las personas. Sin embargo (o, quizás, en razón de ello), es de

---

<sup>16</sup> Pieter van Dijk, “The Universal Declaration is Legally Non-Binding; So what?”, en *Reflections on the Universal Declaration on Human Rights. A Fiftieth Anniversary Anthology*, La Haya-Boston-Londres, M. Nijhoff, 1998, p. 110.

<sup>17</sup> Fabián O. Salvioli, “La influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el marco nacional”, en *Recueil des cours/Collection of Lectures*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l’Homme/International Institute of Human Rights, 1998, p. 124.

<sup>18</sup> Benedetto Conforti, “National Courts and the International Law of Human Rights”, en B. Conforti y F. Francioni (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, M. Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1997, p. 3.

presencia escasa en la actualidad. Mas, dentro de uno de los dos en vigor,<sup>19</sup> se emplaza nuestro continente, a través de la Convención Americana, que instituyó la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), cuya jurisdicción fue oportunamente reconocida por la casi totalidad de los Estados partes.<sup>20</sup>

Por resultar bien conocido, cuadra prescindir de mayores comentarios sobre este régimen.<sup>21</sup> Baste, al efecto, con algunos breves señalamientos. Para que la Corte Interamericana pueda conocer un litigio es necesario que sean agotados los procedimientos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión Interamericana), según lo prevé el artículo 61.2 de la Convención Americana, órgano este que, estrictamente considerado, no es de índole jurisdiccional. Asimismo, la competencia de la Corte Interamericana no se limita al ámbito contencioso, sino que también comprende, petición mediante, el dictado de opiniones consultivas acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (Convención Americana, artículo 64.1), y de la compatibilidad entre cualquier ley interna y los mencionados instrumentos internacionales (ídem, artículo 64.2).

## 2. *Control no jurisdiccional (fuentes universales y americanas)*

Las técnicas no jurisdiccionales utilizadas en el marco de los instrumentos de derechos humanos que nos interesan son susceptibles de distinción según tres categorías: el régimen de *informes periódicos* de los Estados partes y *observaciones finales* (2.2), el de *observaciones generales* (2.3), y el de *comunicaciones o peticiones* (2.4). Empero, dado que todos se desarrollan, en el seno de cada instrumento, ante un mismo órgano, es conveniente formular previamente alguna consideración acerca de éstos (2.1).

### 2.1. *Órganos*

Los pactos y convenciones nacidos del seno de las Naciones Unidas han previsto, cada uno de ellos, la creación de un comité,<sup>22</sup> apellidado, comúnmente, con referencia al instrumento respectivo.<sup>23</sup> En todos los casos se trata de órganos colegiados

---

<sup>19</sup> El restante sistema es el de la Convención Europea, que devino plenamente jurisdiccional a partir de 1998. Véase Rolando E. Gialdino, "La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. Protocolo 11", en *Investigaciones n° 1*, 1999, p. 101; y "La nueva Corte Europea de Derechos Humanos. El Protocolo 11", en *El Derecho*, Buenos Aires, t. 185, p. 1305.

<sup>20</sup> No lo han hecho Dominica, Granada y Jamaica.

<sup>21</sup> Véase, entre otros, Juan Carlos Hitters, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ediar, Buenos Aires, 1993, t. II; Héctor Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, San José, 1996.

<sup>22</sup> El ComDESC fue creado por la resolución 1985/17, 28.5.1985, del ECOSOC.

<sup>23</sup> A los ya citados ComDESC y ComNiño se suman: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (ComDiscriminación Racial), Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra



compuestos por “miembros” o “expertos” nacionales de los Estados partes y elegidos a propuesta de éstos; su mandato es de cuatro años y suelen ser reelegibles. Dichos integrantes deben ser personas de reconocida competencia en materia de derechos humanos o en la esfera del instrumento de que se trate, y de gran integridad o prestigio morales. No obstante la modalidad de elección, son elegidos y ejercen sus funciones a “título personal”, vale decir, con total independencia de todo poder externo —lo cual, por cierto, incluye el proveniente del Estado que los propuso— e interno —verbigracia, de órganos de la ONU. Para la elección se toman en cuenta la distribución geográfica equitativa de los miembros y la representación de las diferentes formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos. En cuanto al número de expertos, los textos registran variaciones entre los 10 y los 23.<sup>24</sup>

La Comisión Interamericana, por su lado, representa a todos los Estados miembros de la OEA y está compuesta por 7 miembros, que también actúan a título personal (elegidos por cuatro años, con posibilidad de reelección), y deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos (Estatuto de la Comisión, artículo 2; Convención Americana, artículos 34-37).

## 2.2. *Informes periódicos y observaciones finales*

### 2.2.1. *Fuentes universales*<sup>25</sup>

Los pactos y convenciones de la ONU a los que venimos haciendo referencia exigen de los Estados partes la presentación de informes periódicos sobre las disposiciones o medidas (legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole) que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en los instrumentos respectivos, así como sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, por un lado, y sobre los factores y dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del instrumento, por el otro. Contrariamente a lo que sucede con otras modalidades de control supranacional, la presente no sólo es común a los seis instrumentos universales, sino que también entraña una obligación asumida por el Estado por el solo hecho de ser parte en aquéllos. Más aún, las disposiciones que la prevén no podrían ser objeto de reservas ni derogaciones.<sup>26</sup> Si se quiere, ello muestra que, en

---

la Mujer (ComMujer) y Comité contra la Tortura (ComTortura). El también citado ComDH es el órgano del PIDCP.

<sup>24</sup> Véanse para todo este párrafo: PIDCP, artículos 28 y ss.; Convención sobre Discriminación Racial, artículo 8; Convención de la Mujer, artículo 17; Convención contra la Tortura, artículos 17-18, y Convención del Niño, artículo 44. En cuanto al ComDESC, véase la resolución cit. (n. 22), § b y c.

<sup>25</sup> Véanse PIDESC, artículos 16 y ss.; PIDCP, artículo 28 y ss.; Convención sobre Discriminación Racial, artículo 8; Convención de la Mujer, artículo 17; Convención contra la Tortura, artículos 17-18, y Convención del Niño, artículo 44.

<sup>26</sup> Véase ComDH, *Observación general n° 24*, § 11.

el ámbito de la ONU, el de informes es uno de los regímenes más ampliamente aceptados, especialmente en el campo de los derechos del hombre.<sup>27</sup> De ahí que sea considerado como la “técnica de derecho común” de control.<sup>28</sup> Se trata, en todo caso, de una obligación legal cuya inobservancia entraña una violación del tratado respectivo, tal como lo indican los Principios de Limburgo,<sup>29</sup> y que, por su naturaleza, requiere una acción positiva del Estado a fin de elaborar un informe “honesto y comprensivo”, de lo que es un prerrequisito poner a disposición los recursos necesarios.<sup>30</sup>

La forma y el contenido de los informes han sido, con el correr del tiempo, objeto de una detallada reglamentación por parte de cada uno de los seis comités.<sup>31</sup> La regla es la de presentar un primer informe en el plazo de uno o dos años a contar desde la fecha de entrada en vigor del pacto o convención en el Estado y, posteriormente, cada vez que lo solicite o reglamente el comité respectivo.

En cuanto a los objetivos del presente régimen, el ComDESC, en su observación general n° 1 (§ 2-9), ha señalado siete: a) asegurar, especialmente en el caso del primer informe, que se emprenda un examen amplio de la legislación, las normas y los procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales, en un esfuerzo por ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del PIDESC; b) garantizar que el Estado parte vigile de manera constante la “situación real” con respecto a cada uno de los derechos y, por consiguiente, se mantenga al corriente de la medida en que los habitantes bajo su jurisdicción disfrutan o no de los diversos derechos; c) permitir al gobierno que demuestre que se ha iniciado la adopción de políticas en función de los principios del Pacto; d) facilitar el examen público de las políticas gubernamentales y estimular la participación de los diversos sectores económicos, sociales y culturales de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las políticas pertinentes; e) proporcionar una base sobre la cual el Estado y el Comité puedan evaluar de manera efectiva la medida en que se han hecho progresos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto; f) permitir que el propio Estado comprenda mejor los problemas y limitaciones que se presentan en sus esfuerzos para alcanzar dichos propósitos; y g) permitir que el Comité, y los Estados partes en su conjunto, faciliten el intercambio de información entre Estados y lleguen a comprender mejor los problemas comunes y a apreciar más cabalmente las medidas que pueden adoptarse para promover la realización efectiva de los derechos.

---

<sup>27</sup> AHCENE Boulesbaa, *The UN Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, La Haya-Boston-Londres, M. Nijhoff, 1999, p. 110.

<sup>28</sup> Pierre-Marie Dupuy, *Droit international public*, 4ª. ed., París, Dalloz, 1998, p. 223.

<sup>29</sup> *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Maastricht, 2 a 6 de junio de 1986, § 72.

<sup>30</sup> Cecil Bernard y Petter Wille, “The Preparation and Drafting of a National Report”, en *Manual on Human Rights Reporting*, Ginebra, Naciones Unidas, 1997, p. 25.

<sup>31</sup> Véase *Compilación de directrices...*, HRI/GEN/2. Son aplicables al presente régimen determinadas normas de los reglamentos de los comités y algunas de las observaciones generales de éstos.

Es de lamentar que, en la práctica, los informes omitan datos esenciales, hipótesis no ajena a numerosísimos países tal como lo destacan los diversos comités. La tendencia de muchos gobiernos se inclina a la indolencia y, lo que es peor, al “camuflaje y la opacidad”.<sup>32</sup> En muchos casos ello es consecuencia de no haber consultado a los sectores más afectados por las normas contenidas en los tratados. Indudablemente, la mayoría de los gobiernos no confiere participación a los individuos ni a las ONG en ningún estadio del proceso, y la mayoría de éstos ignora que el informe está en vías de ser producido.<sup>33</sup> El proceso de informes, por lo contrario, tendría que ser empleado como un “catalizador” para la revisión y el debate en el plano nacional, lo cual debería proyectarse, posteriormente, sobre las observaciones finales y las audiencias que preceden a éstas, cuya difusión suele ser omitida o retaceada por los gobiernos.<sup>34</sup>

Ahora bien, sobre lo que deseamos poner la tónica es en que, más allá del “diálogo constructivo” entre los representantes del Estado y los expertos internacionales independientes, que domina el trámite del examen de los informes periódicos (audiencias, pedidos de explicaciones, preguntas...), y de la consideración por los comités de otras fuentes de información (v. gr. presentaciones de ONG, datos provenientes del régimen de comunicaciones), aquéllos terminarán su actuación mediante un documento denominado “Observaciones finales relativas al informe”. En éstas, y después de una introducción, los comités darán cuenta, en primer lugar, diplomáticamente, de los “aspectos positivos” de la situación examinada, para pasar, inmediatamente, a los “factores y dificultades que se oponen” a la aplicación del instrumento en juego y a “los principales motivos de preocupación”, para cerrar su pronunciamiento con las “sugerencias y recomendaciones”.

Y, en tal sentido, deseamos subrayar aún más que, en las dos últimas secciones antes mencionadas, suelen puntualizarse específicas violaciones de derechos humanos. Con el fin de la Guerra Fría, la mundialización y los nuevos enfoques en las relaciones internacionales, puede afirmarse que los comités abandonaron cierta reticencia inicial, y los Estados han aceptado más las críticas concretas sobre sus informes.<sup>35</sup> Suele afirmarse que un “paso histórico” en esta orientación lo dio el ComDESC,

<sup>32</sup> Véase *Derecho a la alimentación. Informe preparado por el Sr. Jean Ziegler, relator especial...*, E/CN.4/2001/53, 7.2.2001, p. 23, § 57.

<sup>33</sup> Jastine Barret, “The Prohibition of Torture under International Law: Part 1: The Institutional Organisation”, en *The International Journal of Human Rights*, 2001, vol. 5, n° 1, p. 9.

<sup>34</sup> Véase Lisa Woll, “The Reporting Process as a Catalyst for Domestic Review and Debate”, en *Tenth Anniversary of the Convention on the Rights of the Child Commemorative Meeting: Achievements and Challenges*, Palacio de las Naciones Unidas, Ginebra, 30 sep.-1 oct. 1999, p. 1 y pássim.

<sup>35</sup> José L. Gómez del Prado, “La protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas y de los organismos especializados”, en *Recueil des cours/Collection of Lectures*, Estrasburgo, Institut International des Droits de l’Homme/International Institute of Human Rights, 1999, p. 47.

en su quinta sesión, cuando consideró que la República Dominicana había “violado” el derecho a una vivienda adecuada. La comprobación de violaciones implica e incluye la descripción pura y simple de incumplimientos pero, también, evidentemente, la existencia de una norma de referencia que fue desconocida. Esto significa que el Comité está llevado a definir el contenido del tratado.<sup>36</sup>

Ocuparía numerosas páginas la exposición de los antecedentes que se registran al respecto. Baste, entonces, con señalar algunos ejemplos en el terreno americano que dan cuenta de concretas y precisas censuras sobre el estado de la legislación y su incompatibilidad con el tratado en juego. Así ocurrió en el caso de Perú respecto de las leyes de amnistía de 1995, la jurisdicción de los tribunales militares, determinados plazos de detención de personas y prácticas carcelarias, entre otros aspectos, a lo que se sumó la indicación de regímenes jurídicos que el Estado “debe establecer” sobre algunas materias.<sup>37</sup> Venezuela, fue dicho por el ComDH, “debe” instituir un “órgano independiente” para recibir e investigar denuncias de uso excesivo de la fuerza y otros abusos de poder por la policía, “dictar las normas necesarias” para dar cumplimiento a la prohibición de los artículos 7 del PIDCP y 46 de la Constitución, “enmendar” determinadas normas sobre el régimen matrimonial para adecuarlas a los artículos 3, 23 y 24 del PIDCP, proceder a la “inmediata abolición” de la norma que exime de pena al autor de una violación si contrae matrimonio con la víctima, y “promulgar” una ley que prohíba toda discriminación.<sup>38</sup> En orden a una ley argentina que permitía al Estado “reducir e incluso, llegado el caso, no pagar las pensiones invocando dificultades económicas”, el ComDESC recomendó su “derogación”, “para garantizar el pago completo de todas las pensiones”.<sup>39</sup> Señalamientos de análogos contenidos fueron dirigidos por el ComDH, en sus observaciones finales, a Costa Rica (1999), Chile (2000), Guatemala (2001), México (1999), Paraguay (1995), República Dominicana (2001), Trinidad y Tobago (2000) y Estados Unidos de América (1995), entre otros países de nuestro continente.

Y el punto cobra su mayor relevancia cuando la censura se dirige lisa y llanamente a normas de las Constituciones, como sucedió, por ejemplo, con la “gran variedad de posibles estados de emergencia” que se recogen en la Constitución de Guatemala,<sup>40</sup> y con determinadas facultades otorgadas al Senado chileno.<sup>41</sup> El ComDH

---

<sup>36</sup> Jean Dhommeaux, “Le rôle du Comité des droits de l’enfant dans le contrôle, l’interprétation et l’évolution de la Convention relative aux droits de l’enfant”, en *Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 562.

<sup>37</sup> ComDH, *Obs. finales... Perú*, 1.11.2000, A/56/40, vol. I, pp. 36, 38 y 39; § 9 y 11.a, 12, 13 y 15.

<sup>38</sup> *Obs. finales... Venezuela*, 2.4.2001, A/56/40, vol. I, p. 41, § 8, 18, 20 y 23.

<sup>39</sup> *Obs. finales... Argentina*, 1.12.1999, E/C.12/1/Add.38, § 18 y 33. Véase R. E. Gialdino, “El trabajador...”, cit. (n. 2), pp. 403-511, estudio en el que hemos abordado los derechos del trabajador desde la perspectiva del DIDH, y estudiado diversas observaciones finales en cuanto atañen al universo laboral.

<sup>40</sup> ComDH, *Obs. finales... Guatemala*, 26.7.2001, A/56/40, vol. I, p. 47, § 11.

<sup>41</sup> ComDH, *Obs. finales... Chile*, 1.11.2000, A/56/40, vol. I, p. 43, § 204.

expresó, en 2001, su “beneplácito porque se haya seguido su recomendación de revisar la Constitución de la República Dominicana [...] eliminando cláusulas que eran incompatibles con el pacto”.<sup>42</sup>

Como habrá podido ser inferido, el abanico de derechos, libertades y garantías en juego es de una extensión y variedad proporcionadas al contenido de los tratados aplicados. Para el ámbito americano deberían ser muy tomadas en cuenta las relativas a la situación de los inmigrantes y de los pueblos indígenas.<sup>43</sup> Y, como también ya se habrá advertido, la censura comprende incluso a las “omisiones” legislativas. No faltan, desde luego, según lo señalado párrafos antes, los aspectos puramente procesales: el ComDiscriminación Racial observó con “preocupación” que en los casos en los que se invoca discriminación ante los tribunales, la “carga de la prueba [...] parece [...] haber recaído enteramente en el demandante”.<sup>44</sup> Pareja intensidad muestran las terminantes advertencias que formulan los comités, v. gr.: “no debe existir ningún delito para el que sea obligatoria la prisión preventiva”,<sup>45</sup> “la prolongación excesiva en la condición de inculpado, aun en el caso de no encontrarse privado de libertad, constituye una forma de trato cruel”; también otras dirigidas directamente al Poder Judicial, por ejemplo, la tendencia de los jueces, en casos sobre torturas, a preferir el procesamiento de los victimarios “por tipos penales de menor gravedad, sancionados con penas inferiores”,<sup>46</sup> o a determinadas áreas como la de la “justicia de menores”.<sup>47</sup> Incluso suele ser puntualizada, y no excepcionalmente, la insuficiencia presupuestaria destinada a un determinado sector o área.<sup>48</sup> Los comités, por otro lado, tampoco dejan de integrar en sus exámenes, como elementos de referencia, normas internacionales de diferente procedencia, como es el caso de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, cuando no documentos elaborados en el marco de la ONU, por ejemplo, las Reglas de Beijing, las Directrices para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, o la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993).<sup>49</sup>

<sup>42</sup> *Obs. finales... República Dominicana*, 3.4.2001, A/56/40, vol. I, p. 47, § 3; véase asimismo § 4.

<sup>43</sup> Por ejemplo: ComDiscriminación Racial: *Obs. finales... Argentina*, 19.3.2001, CERD/C/304/Add.112. También las *Obs. finales... Guatemala*, 1997, A/52/18, p. 594, *Perú*, 1999, A/54/18, p. 21, *Costa Rica* (ídem, p. 24), *Chile* (ídem, p. 38), *Colombia* (ídem, p. 45), *Uruguay* (ídem, p. 42), entre otros. ComDH, *Obs. finales... Estados Unidos de América*, A/50/40, vol. I, p. 52.

<sup>44</sup> *Obs. finales... Perú*, 18.3.1999, A/54/18, p. 22, § 151.

<sup>45</sup> ComDH, *Obs. finales... Argentina*, 8.12.1994, E/C.12/1994/20. Véase Rolando E. Gialdino, “La prisión preventiva en el derecho internacional de los derechos humanos”, en *Investigaciones* n° 3, 1999, p. 667.

<sup>46</sup> ComTortura, *Obs. finales... Argentina*, 12-13.11.1997, A/53/44. Sobre tortura: ComDH, *Obs. finales... Argentina*, 1.11.2000, CCPR/CO/70/ARG, § 12.

<sup>47</sup> ComNiño: *Obs. finales... Guatemala*, 7.6.1996, A/53/41, p. 33, § 219; *Cuba*, 6.6.1997, ídem, p. 101, § 698.

<sup>48</sup> V. gr., ComNiño: *Obs. finales... Panamá*, 24.1.1997, A/53/41, pp. 78 y 80, § 538 y 552; *Paraguay*, 6.6.1997, ídem, p. 117, § 830.

<sup>49</sup> V. gr.: ComNiño, *Obs. finales... Uruguay*, 11.10.1996, A/53/41, pp. 51-52, § 342, 351 y 352;... *Paraguay*, 6.6.1997, ídem, p. 119, § 843;... *Cuba*, 6.6.1997, ídem, p. 101, § 699. ComDH:

### 2.2.2. *Fuentes americanas*

En el terreno de la Convención Americana está ausente una técnica análoga a la que venimos de exponer. Sin embargo, cuadra recordar que los Estados partes están obligados a proporcionar a la Comisión Interamericana las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de la citada Convención (artículo 43; véanse también artículos 41.d y 42). Asimismo, es de destacar que dicho órgano tiene encomendada la función de preparar los estudios o informes que considere convenientes (artículo 41.c), lo que le ha permitido elaborar “informes especiales” sobre la situación general de los derechos humanos en un país (véase artículo 58 del reglamento de la Comisión Interamericana). Es ejemplo dramático al respecto el *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, relativo al período 1975-1979, dadas las ominosas violaciones de los derechos humanos allí registradas. Sobre otros países, por cierto, también han sido producidos informes: Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay (en algunos casos se registra un segundo y un tercer informe). Y no están ausentes, en estos documentos, concretos señalamientos de la incompatibilidad de normas nacionales con las internacionales: “las amplísimas dimensiones de la ley general de amnistía aprobada por la Asamblea Legislativa de El Salvador constituyen una violación de las obligaciones internacionales asumidas por ese país al ratificar la Convención Americana [...]”.<sup>50</sup> En el contexto del Protocolo de San Salvador, la Comisión Interamericana está autorizada a expedir “observaciones y recomendaciones” (artículo 19.7). Por otro lado, los Estados partes del citado protocolo deben presentar informes periódicos a la Asamblea General de la OEA, sobre los que la Comisión Interamericana puede llegar a pronunciarse (véase artículo 19.1-5). Las diferentes medidas que adopten los Estados partes de la Convención Interamericana sobre la Tortura deberán ser informadas a la Comisión Interamericana, y ésta podrá analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca, en dicha materia, en los Estados miembros de la OEA (artículo 17).

### 2.3. *Observaciones generales*

#### 2.3.1. *Fuentes universales*

En paralelo con la labor resumida en el punto anterior (2.2.1) o, mejor, con apoyo en ésta, los seis comités han venido desarrollando una actividad de particula-

---

*Obs. finales...* Uruguay, 1993, A/48/40, p. 103, § 473;... Costa Rica, 1994, A/49/40, vol. I, p. 32, § 160.

<sup>50</sup> *Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador*, OEA/Ser.L/V/II.85. Doc. 28 rev., 11.2.1994, pp. 82-83, entre otros informes.

res contornos, cual es la elaboración de observaciones generales (o recomendaciones generales).

Se trata de documentos mediante los cuales los comités transmiten a todos los Estados partes la experiencia adquirida en el examen de los informes periódicos presentados por éstos, a fin de facilitar y promover la aplicación del instrumento respectivo; llamar la atención de aquéllos sobre las deficiencias puestas de manifiesto por un gran número de informes periódicos; sugerir mejoras en el procedimiento de presentación de informes, y estimular las actividades de los Estados partes, las organizaciones internacionales y los organismos especializados en la promoción y protección de los derechos humanos.<sup>51</sup> Es habitual que, para dicha elaboración, los comités tomen en consideración variadas normas del derecho internacional de los derechos humanos, la labor de diferentes conferencias y organismos internacionales, así como reciben la colaboración de organizaciones no gubernamentales.

El conjunto de las observaciones generales constituye un *corpus* vasto, de inculcable riqueza y en permanente expansión. En diferentes grados y medidas, los seis comités han contribuido a ese logro. Un repaso somero del mentado *corpus* permite ver que, por su intermedio, dichos órganos han ingresado en el estudio pormenorizado, entre otros muchos aspectos, 1) de los valores y principios que rigen en materia de derechos humanos, 2) de las pautas de interpretación de estos últimos, 3) del contenido y exégesis de numerosos derechos, garantías y libertades enunciados en los tratados internacionales en la materia, y 4) del contenido y los alcances de las obligaciones asumidas por los Estados. Súmanse a ello temas vitales de derecho internacional, como el régimen de reservas y denuncias, y la sucesión de Estados. Dichos documentos, a su vez, suelen ser recogidos por otros de igual carácter, incluso de diferentes comités.

El ComDESC ha dictado 15 observaciones generales, a alguna de las cuales ya hemos dedicado estudios en particular;<sup>52</sup> 30 observaciones generales registra el ComDH; 29 el ComDiscriminación Racial; 24 el ComMujer; 3 el ComNiño y 1 el ComTortura.

---

<sup>51</sup> Véase, por ejemplo, *Observaciones generales adoptadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Introducción: finalidad de las observaciones generales*, HRI/GEN/1/Rev. 5, p. 11, § 3.

<sup>52</sup> Rolando E. Gialdino, "Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional", en *Investigaciones* n° 2, 1999, Buenos Aires, p. 361; "El derecho a un nivel de vida adecuado en el plano internacional e interamericano, con especial referencia a los derechos a la vivienda y a la alimentación adecuadas. Su significación y contenido. Los sistemas de protección", en *Investigaciones* n° 3, 2000, p. 795, y "El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud", en *Investigaciones* n° 3, 2001, p. 493.

### 2.3.2. *Fuentes americanas*

Aun cuando deban salvarse las distancias, son susceptibles de ser integradas a este cuadro las “recomendaciones generales” que suele formular a los gobiernos la Comisión Interamericana, para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el respeto debido de esos derechos.<sup>53</sup> “Reformar las leyes existentes en materia de salud mental o discapacidad en general y, si éstas no existen, crear leyes que garanticen el respeto de las libertades fundamentales y los derechos humanos de las personas con discapacidad mental y sus familiares, incorporando en las mismas los estándares internacionales y las normas convencionales de derechos humanos” que protegen a dichas personas, es uno de los puntos de la “Recomendación sobre la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad mental”, aprobada por la Comisión Interamericana el 4 de abril de 2001.<sup>54</sup> La abstención de “otorgar asilo a presuntos autores materiales o intelectuales de crímenes internacionales” es otro ejemplo, entre muchos, de una “recomendación” formulada por la citada comisión.<sup>55</sup> También lo es la “Recomendación sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados”.<sup>56</sup> Se destaca, en el contexto reciente, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por la comisión en su 108° período de sesiones.<sup>57</sup> Del mismo modo cabe señalar los análisis jurídicos, estudios o consideraciones que también lleva a cabo el citado órgano, de lo cual es un ejemplo el documento elaborado a solicitud de la Comisión Interamericana de Mujeres: “Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la mujer con los principios de igualdad y no discriminación”.<sup>58</sup>

Debe puntualizarse, en este contexto, la labor de las relatorías creadas por la Comisión Interamericana (Convención Americana, artículo 41; Reglamento de la Comisión, artículo 15.1), al menos en la medida en que sus informes fuesen aprobados por aquélla, toda vez que no les es ajena la labor de formular “recomendaciones” a los Estados de la OEA, v. gr.: el “relator especial (para la libertad de expresión) recomienda a los Estados miembros derogar las leyes que consagran la figura del desacato”.<sup>59</sup>

---

<sup>53</sup> Véase Convención Americana, artículo 41.b. El artículo 19.7 del Protocolo de San Salvador prevé expresamente, a su respecto, la facultad de la Comisión Interamericana para formular “observaciones y recomendaciones”.

<sup>54</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana... 2000*, vol. II, p. 1655, punto 3.

<sup>55</sup> *Ídem*, vol. II, p. 1563.

<sup>56</sup> *Informe anual de la Comisión Interamericana... 1999*, vol. II, p. 1619.

<sup>57</sup> *Informe... 2000. Informe de la Relatoría para la libertad de expresión*, vol. III, p. 13.

<sup>58</sup> *Informe... 1999*, cit. (n. 56), vol. II, p. 1607.

<sup>59</sup> *Informe... 2000*, cit. (n. 54), vol III, p. 129, § 5.



## 2.4. Comunicaciones y peticiones individuales

### 2.4.1. Fuentes universales

Cuatro de los tratados de la ONU cuentan con un régimen por el cual los comités respectivos asumen competencia para recibir y examinar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado, y en las que aquéllos aleguen ser víctimas de una violación, por dicho Estado, de las disposiciones o derechos enunciados en el instrumento respectivo.<sup>60</sup> Aludimos al PIDCP, a través de su primer protocolo facultativo; la Convención contra la Tortura (artículos 22 y ss.); la Convención sobre Discriminación Racial (artículo 14), y la Convención de la Mujer, también por vía de un protocolo facultativo. En todo caso, se trata de una competencia de reconocimiento facultativo para los Estados. Diversos países americanos han ratificado el citado primer protocolo;<sup>61</sup> en menor medida, también han reconocido la aludida competencia del ComTortura<sup>62</sup> y del ComDiscriminación Racial,<sup>63</sup> y ratificado el mentado Protocolo Facultativo de la Convención de la Mujer.<sup>64</sup>

Ahora bien, a nuestros propósitos, sólo cabe subrayar que, de superar la comunicación los requisitos de admisibilidad, el proceso que se desarrolla ante dichos comités, con la intervención del Estado “demandado”, conducirá a que aquéllos se pronuncien acerca de si se ha producido en el caso una violación del derecho o libertad tutelados por el instrumento internacional en juego. Ello supondrá, en algunos supuestos, un control de la compatibilidad de las normas nacionales con las del instrumento internacional. Abundantes ejemplos sobre resultados adversos a dicha compatibilidad los proporcionan, para el ámbito americano, las leyes de amnistía que impedian el esclarecimiento de graves violaciones de derechos humanos,<sup>65</sup> o los regímenes procesales de los llamados “jueces sin rostro”;<sup>66</sup> y los ejemplos podrían conti-

<sup>60</sup> Es ajeno al presente estudio el régimen de comunicaciones entre Estados.

<sup>61</sup> De los Estados miembros de la OEA no lo han hecho, al 2.5.2003, según información de la ONU: Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Brasil, Cuba, Dominica, Estados Unidos de América, Granada, Haití, Honduras, San Kitts y Nevis, y Santa Lucía. Jamaica y Trinidad y Tobago denunciaron el primer protocolo, con efectos a partir del 23.1.1998 y 17.6.2000, respectivamente. Argentina, que había ratificado este protocolo en 1986, le dio jerarquía constitucional en 1994 (Constitución Nacional, artículo 75.22).

<sup>62</sup> Argentina, Canadá, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos de América, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Información de la ONU al 2.5.2003.

<sup>63</sup> Brasil, Chile, Costa Rica, Perú y Uruguay. Información de la ONU al 2.5.2003.

<sup>64</sup> Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Información de la ONU al 2.5.2003.

<sup>65</sup> Véase ComDH: *Rodríguez c. Uruguay*, comunic. 322/1988, 19.7.1994, A/49/40, vol. II, p. 10, § 12.4, entre muchas otras; *Laureano c. Perú*, comunic. 540, 1993, 25.3.1996, A/51/40, vol. II, p. 115, § 10.

<sup>66</sup> ComDH, *Teillier Arredondo c. Perú*, comunic. 688/1996, 27.7.2000, A/55/40, vol. II, p. 51, § 11.

nuarse. El régimen de comunicaciones individuales permite a los comités “analizar en profundidad” los artículos de las convenciones respectivas.<sup>67</sup>

En *O. R., M. M. y M. S. c. Argentina*, el ComTortura declaró inadmisibles las comunicaciones de los actores por relacionarse con hechos anteriores a la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura en el país. Sin embargo, expresó que las llamadas Ley de Punto Final y Ley de Obediencia Debida eran “incompatibles con el espíritu y propósitos” del aludido tratado. Agregó, asimismo, que no podía dejar de indicar que incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, y con arreglo a los principios del fallo del Tribunal Internacional de Nuremberg, el artículo 5 de la Declaración Universal y el artículo 7 del PIDCP, “existía una norma general de derecho internacional que obligaba a los Estados a tomar medidas eficaces para impedir la tortura y para castigar su práctica”, recomendando al Estado la adopción de las medidas de reparación apropiadas.<sup>68</sup> En términos vinculables con estos últimos se pronunció el ComDH en *Mónaco c. Argentina*.<sup>69</sup>

Ahora bien, además de los arbitrios que el órgano internacional recomiende al Estado que hubiese violado la normativa aplicable a fin de remediar la situación individual de la víctima, cabe subrayar, a nuestros fines, que a ello pueden sumarse otros de mayores alcances, como los relativos a una reforma legislativa,<sup>70</sup> y al aseguramiento de que no serán repetidas violaciones similares a la comprobada: el “Estado parte se encuentra bajo la obligación de adoptar medidas para prevenir similares violaciones en el futuro”.<sup>71</sup> “Si el Estado ha ratificado el Protocolo Facultativo —disponen las directrices para los informes del ComDH— y el comité ha emitido un dictamen o ha expresado cualquier preocupación en relación con una comunicación con arreglo a dicho protocolo, el informe deberá incluir (salvo que la cuestión haya sido tratada en un informe anterior) información acerca de las medidas adoptadas para proporcionar reparación o responder a esa preocupación, y garantizar que no vuelva a repetirse ninguna de las circunstancias que hayan sido objeto de crítica” (§ 25). De ahí que, por ejemplo, el citado Comité haya mostrado su satisfacción ante las reformas legislativas operadas sobre la legislación por aquél censurada, pues impedían la repetición antes aludida.<sup>72</sup>

---

<sup>67</sup> Gómez del Prado, cit. (n. 35), p. 50.

<sup>68</sup> Comunic. 1/1998 y 3/1998, 23.11.1989, en *Revista IIDH*, 1989, n° 10, pp. 337-339.

<sup>69</sup> Comunic. 400/1990, A/50/40, vol. II, 3.4.1995, pp. 15 y 17, párrafos 10.4 y 12.

<sup>70</sup> Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press, Nueva York, 1999, pp. 142-143. J. Barret, cit. (n. 33), p. 12.

<sup>71</sup> V. gr. ComDH, comunic. 481/1991, *Villacrés Ortega c. Ecuador*, 8.4.1997, A/52/40, vol. II, p. 4, § 11; comunic. 688/1996, *Teillier Arredondo c. Perú*, cit. (n. 66), p. 51, § 12. Véase J. Barret, cit. (n. 33), p. 12.

<sup>72</sup> *Foin c. Francia*, comunic. n° 666/1995, 3.11.1999, A/55/40, vol. II, p. 28, § 12.

Añádese, todavía, la imposición de un plazo para que el Estado informe al órgano sobre las medidas arbitradas para hacer efectivas las recomendaciones.<sup>73</sup> También, por ejemplo, el ComDH tiene designado un “relator especial” para el seguimiento de las observaciones, a fin de conocer las medidas que adopte el Estado para “dar efecto” a éstas.<sup>74</sup> El reglamento del ComMujer reitera la figura de un relator o “grupo de trabajo” a iguales fines (artículo 73.4-6). Incluso la inobservancia de medidas cautelares dictadas durante el trámite supranacional estarían reñidas con el “espíritu” de la Convención contra la Tortura,<sup>75</sup> o entrañarían una grave violación del Primer Protocolo Facultativo del PIDCP.<sup>76</sup>

Podríase agregar, aun cuando no se trate del régimen de comunicaciones, que el ComTortura incluso podrá llevar adelante investigaciones si, entre otras condiciones, recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado parte (véase artículo 20 de la convención respectiva).<sup>77</sup>

#### 2.4.2. Fuentes americanas

En el presente título se inscribe el régimen de peticiones individuales previsto en la Convención Americana, del resorte de la Comisión Interamericana y de carácter no facultativo para los Estados partes. No nos detendremos en ello por ser suficientemente conocido,<sup>78</sup> y nos limitaremos a recordar sólo determinados aspectos. También aquí nos encontramos ante un proceso contradictorio y, en su caso, sancionatorio y condenatorio del Estado “demandado”, en el que suele ser comprobada, *inter alia*, la existencia de leyes y prácticas violatorias de los textos americanos aplicables, reco-

---

<sup>73</sup> Generalmente de 90 días: ComDH, *Mónaco c. Argentina*, cit. (n. 14), § 11.3; ComTortura, *Blanco Abad c. España*, comunic. 59/1996, 14.5.1998, *International Human Rights Reports*, 1999, n° 2, p. 395, § 10.

<sup>74</sup> Reglamento, artículo 95. Sobre la práctica de las actividades de seguimiento, véase A/57/40, vol. I, pp. 111-133. Véanse, asimismo, las reformas introducidas en 2002 al reglamento del ComTortura y los mandatos dados al relator especial, en *Informe del Comité contra la Tortura*, A/57/44, 2002, pp. 4-5, 215 y ss. El reglamento del ComDiscriminación Racial indica: “Se invitará al Estado interesado a que informe oportunamente al Comité de las medidas que adopte de conformidad con las sugerencias y recomendaciones de éste” (artículo 95.5); mientras que el del ComMujer fija un plazo de seis meses, a partir de sus observaciones y recomendaciones, para que el Estado le transmita información sobre las medidas adoptadas (artículo 73.1; véanse incisos 2 y 3).

<sup>75</sup> ComTortura, *Nuñez Chipana c. Venezuela*, comunic. 110/1998, 10.11.1998, *International Human Rights Reports*, 1999, n° 3, p. 660, § 8.

<sup>76</sup> ComDH, *Piandiong c. Filipinas*, comunic. 869/1999, 19.10.2000, A/56/40, vol. II, p. 194, § 5.1-4.

<sup>77</sup> Véase Boulesbaa, cit. (n. 27), pp. 264-276.

<sup>78</sup> Véase, además de los autores y obras citadas en la nota n° 21, Mónica Pinto, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

mendándose al Estado litigante la derogación o modificación, lo que puede incidir sobre la reparación de la víctima, pero, paralelamente, tiende a evitar futuras repeticiones.<sup>79</sup>

Pareciera necesario no olvidar, asimismo, que respecto de la Declaración Americana, la mencionada Comisión, con cita de la opinión consultiva OC-10 pronunciada por la Corte Interamericana, sostuvo que la “ratificación de la Convención [Americana] por los Estados miembros, cuando menos, complementó, aumentó o perfeccionó la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, pero no significó su creación *ex novo*, ni extinguió la vigencia anterior y posterior de la Declaración Americana”.<sup>80</sup> En fecha más cercana, la citada comisión expresó que “una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua”.<sup>81</sup> Por su lado, los Estados miembros de la OEA, pero no ratificantes de la Convención Americana, están comprometidos a observar dicha declaración y sometidos al régimen de peticiones ante la Comisión, tal como también lo entiende la citada opinión consultiva OC-10/89 (§ 45).

Desde otro punto de vista, este régimen de peticiones de la Convención Americana se extiende, bajo algunas modalidades propias, a las fundadas en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículos XIII-XIV), la Convención de Belem do Pará (artículo 12) y el Protocolo de San Salvador (artículo 19.6).

Es de agregar, a su vez, que el nuevo reglamento de la Comisión Interamericana (2000) expresamente contempla el ejercicio de las facultades de ésta para el “seguimiento” de la observancia de sus recomendaciones (y de los acuerdos de solución amistosa). Además, la Comisión informará “de la manera que considere pertinente” sobre los avances producidos al respecto (artículo 46.1 y 2). Con todo ello, es recogida una práctica que ya venía desarrollándose en los últimos años, aunque de manera incipiente. Dado el carácter meramente enumerativo de los arbitrios citados, entendemos no impedida la designación de un “relator especial”, al modo de lo previsto en el ya citado artículo 95 del reglamento del ComDH, mayormente dado el contenido del artículo 15.1 del reglamento de la Comisión Interamericana sobre creación de relatorías.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> V. gr. *Informe n° 49/01. Casos 11.826 (L. Lamey)... c. Jamaica*, 4.4.2001, en *Informe... 2000*, cit. (n. 54), vol. II, p. 1160, VII, 2/5.

<sup>80</sup> *Informe n° 74/90. Caso 9850. Argentina*, 4.10.1990, *Informe Anual de la Comisión Interamericana... 1990-1991*, pp. 74-75, esp. § 3-6.

<sup>81</sup> *Informe n° 73/00, caso 11.784. Marcelino Hanríquez y otros. Argentina*, 3.10.2000, *Informe... 2000*, cit. (n. 54), vol. I, p. 640, § 27.

<sup>82</sup> Rolando E. Gialdino, “El nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *El Derecho*, Buenos Aires, suplemento del 30.12.2003, p. 4.

### III. Efectos de los actos de control

El punto anterior constituye un somero repaso de los diversos procedimientos que anidan en los sistemas de protección internacional de los instrumentos universales y americanos considerados. Somero pues, según lo hemos anticipado, el propósito perseguido no era otro que el de señalar su presencia y los productos que elaboran. Un común denominador fue hallado: todas las técnicas entrañan la emisión de interpretaciones de normas jurídicas de aplicación en el ámbito interno de los Estados partes, incluso de jerarquía constitucional, en algunos de éstos. A ello debe sumarse otro denominador de igual naturaleza: los órganos en juego actúan con independencia de todo poder exterior o interior. Incluso, por diversos arbitrios, su composición tiende a ser representativa de los caracteres que exhiben, a modo de distintas familias, los Estados partes. Finalmente, no está de más apuntar que el Estado se ha insertado voluntariamente en dichos sistemas, al ratificar los documentos respectivos (y, en su caso, reconocer las competencias de los órganos), contrayendo, de tal suerte, un plexo de obligaciones internacionales. Obligaciones internacionales sí, pero cuya observancia no está dirigida a proteger y realizar sino derechos, garantías y libertades de todas las personas bajo la jurisdicción del Estado parte. Los tratados de derechos humanos “no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes”.<sup>83</sup>

Corresponde, por ende, examinar los efectos de los actos de control mayormente cuando, según lo apunta T. Buerghental, entre otros, las cortes nacionales están tomando en cuenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales para evitar así interpretar sus leyes internas de una manera que podría violar las obligaciones internacionales de su país, o bien para adecuar su derecho interno a las normas legales internacionales emergentes.<sup>84</sup>

#### 1. Control jurisdiccional (fuente americana)

##### 1.1. La cosa juzgada

En el ámbito de la Convención Americana la solución es clara: los Estados partes de dicho instrumento se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes (artículo 68.1). Algún país, Costa Rica,

---

<sup>83</sup> Corte Interamericana, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75)*, Opinión consultiva OC-2/82, 24.9.1982, serie A n° 2, § 29.

<sup>84</sup> Thomas Buerghental, “La jurisprudencia internacional en el derecho interno”, en *La Corte y el sistema interamericano de derechos humanos*, Nieto Navia, San José, 1994, p. 67.

incluso ha previsto, en su acuerdo de sede con la mentada Corte, que “las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva que las dictadas por los tribunales costarricenses” (artículo 27), así como la Constitución de Venezuela establece la obligación del Estado de adoptar “conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y en la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales”.<sup>85</sup>

Con todo, es posible y necesario ir algo más lejos, toda vez que, para nuestros propósitos, no interesa tanto el valor jurídico de las decisiones jurisdiccionales respecto de los Estados partes en el litigio, sino averiguar si, además de ello, dichos actos proyectan efectos más abarcadores.

### 1.2. *La cosa interpretada*

La CSJN (Argentina) ha juzgado que las condiciones de vigencia de la Convención Americana aluden a los términos en que ésta “efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. Y es con arreglo a los términos “anteriormente expuestos”, agregó, que corresponde aplicar los tratados internacionales, máxime cuando, de lo contrario, podría originarse “responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”.<sup>86</sup> En suma, a su juicio, las condiciones de vigencia del citado instrumento americano entrañan “la efectiva aplicación jurisprudencial” de ésta, vale decir, en el caso, la de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la cual “debe servir de guía para la interpretación” de la Convención Americana.<sup>87</sup>

Mas, dado que la cuestión no es ajena al debate, entendemos preciso abundar en los diversos motivos que, necesariamente, deben conducir al resultado antedicho. Para ello, resulta apropiado recoger la experiencia que nos brinda el sistema de la Convención

---

<sup>85</sup> Para el caso de Costa Rica: Rodolfo E. Piza Escalante, “El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la jurisprudencia internas. El ejemplo de Costa Rica”, en *Liber Amicorum. Héctor Fix Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos/Unión Europea, 1998, vol. I, pp. 190-191; para el de Venezuela: Allan R. Brewer Carías, “América Latina: retos para la Constitución del siglo XXI”, en *Anuario... 2000*, cit. (n. 8), p. 26. En atención a lo que expresamos en el texto correspondiente a la nota n° 167, acotamos que la Corte Interamericana, en su informe anual, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos (Convención Americana, artículo 65).

<sup>86</sup> *Giroldi, Horacio D. y otro*, sent. del 7.4.1995, *Fallos* 318:514, 530, consids. 11 y 12. Véase asimismo: *Acosta, Beatriz Claudia y otros*, sent. del 22.12.1998, *Fallos* 321:3555, 3568, consid. 10°, entre otras.

<sup>87</sup> *Íd.*, y *Nápoli, Erika Elizabeth y otros*, sent. del 22.12.1998, *Fallos*: 321:3630, 3640, consid. 18.

Europea de Derechos Humanos (Convención Europea) pues, además de su valor, se muestra totalmente trasladable al interior del de la Convención Americana.

En efecto, tal como la propia Corte Europea lo ha expuesto, sus sentencias no sirven sólo para resolver los casos que le sean sometidos por cuanto, de una manera más extensa, tienden a clarificar, proteger y desarrollar las normas de la Convención Europea y a contribuir, de esta manera, al respeto por los Estados de los compromisos que asumieron en su calidad de partes contratantes.<sup>88</sup> Dichos pronunciamientos inevitablemente van más allá del *cas d'espèce*, en especial cuando las violaciones comprobadas tienen su origen inmediato en los textos legales y no en las medidas individuales de ejecución.<sup>89</sup> Sobre estos mismos presupuestos se asientan las numerosas decisiones del aludido tribunal de Estrasburgo que han resuelto eliminar o no una causa de la lista de asuntos pendientes, según la existencia o inexistencia de jurisprudencia interpretativa sobre los derechos y libertades litigiosos.

Por otro lado es evidente que, sea por una cuestión de principios o por el hecho de evitar planteos similares a los que dieron lugar a un pronunciamiento de la Corte Europea, los Estados partes ajenos al litigio suelen frecuentemente acomodar su legislación o prácticas a la doctrina que surja de dichas sentencias. En palabras de quien fuera presidente de la Corte Europea, Rolv Ryssdal, los Estados no partes en una causa también respetan una sentencia de la Corte al adaptar a ésta su legislación o sus prácticas. Al hacerlo, no realizan otra cosa que observar la obligación general que han suscripto en virtud del artículo 1 de la Convención Europea, esto es, asegurar a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades garantizados tal como los enuncia la Convención Europea, pero también tal como los interpreta y explica la Corte Europea en sus sentencias.<sup>90</sup> P. Leuprecht también sostiene que todos los Estados partes están bajo la obligación general de asegurar que su derecho y sus prácticas se adecuan a los requerimientos de la Convención Europea según ésta es interpretada por Estrasburgo. Empero, además de encontrar sustento en el artículo 1 de la Convención, también agrega el artículo 57 (actual artículo 52).<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> *Irlanda c. Reino Unido*, sent. del 18.1.1978, serie A, n° 25, § 154.

<sup>89</sup> *Marckx*, sent. del 13.6.1979, serie A, n° 31, § 58, entre muchas otras.

<sup>90</sup> Cit. por Andrew Drzemczewski y Paul Tavernier "L'exécution des 'décisions' des instances internationales de contrôle dans le domaine des droits de l'homme", en *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, París, Pedone, 1998, p. 251 (esta parte del trabajo fue preparada por el primero de los autores citados; véase p. 215, nota 63). El citado artículo 1 de la Convención Europea puede vincularse con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

<sup>91</sup> Peter Leuprecht, "The Execution of Judgments and Decisions", en R. St. J. Macdonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European system for the protection of human rights*, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 1993, p. 793, y sus citas. El artículo 52 citado es vinculable con el artículo 43 de la Convención Americana.

Es un hecho notorio que numerosos asuntos contra un Estado tienen repercusiones en otros que cuentan con una legislación similar, tal como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Marckx c. Bélgica* que también afectó a la legislación de Holanda, o en el caso *Dudgeon c. Reino Unido* que lo hizo respecto de la legislación de numerosos Estados, al paso que la causa *Kostovski c. Holanda* se proyectó al empleo de testigos anónimos en toda Europa.<sup>92</sup> Los tribunales de Irlanda desoyeron la doctrina expuesta por la Corte en el citado *Dudgeon*, por la que el Reino Unido fue condenado por lesionar la vida privada de los homosexuales, circunstancia que, a la postre, no condujo más que a la condena de Irlanda en la sentencia *Norris* con base en la doctrina *Dudgeon*. En *Modinos c. Chipre* la Corte observó que, “a pesar” de la sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, la Corte Suprema de Chipre estimó que los artículos del Código Penal en juego no violaban ni la Convención ni la Constitución.<sup>93</sup> Ello muestra claramente que la Corte Europea entiende condenable a un Estado que deja subsistir, en su derecho interno, disposiciones legislativas similares a las que le han valido a otro Estado parte una condena por violación de la Convención.<sup>94</sup> Podemos sumar, *inter alia*, *Valenzuela Contreras c. España*, en el que la Corte Europea advirtió que, al momento en que fue ordenada la interceptación telefónica litigiosa del actor, ella ya había precisado, en una sentencia en la que comprobó una violación del artículo 8 de la Convención Europea, que “la ley debe emplear términos suficientemente claros [...]”, con cita del precedente *Malone c. Reino Unido*.<sup>95</sup>

¿Se trata, entonces, de considerar que existe, junto con la autoridad de “cosa juzgada”, una autoridad de “cosa interpretada” (*chose interprétée*) que se proyecta más allá de las partes litigantes? Las aguas al respecto son algo procelosas, no tanto en lo concerniente a la existencia de la llamada cosa interpretada, sino en cuanto a su fuerza y alcances. Las posturas se abren desde el extremo de conceder un neto carácter jurídico vinculante *erga omnes* a las interpretaciones de la Convención Europea hechas por Estrasburgo en el curso del contencioso, hasta considerar que aquéllas obran al modo de un bastón amenazador que pende sobre los Estados ante la perspectiva de verse ante una eventual condena.<sup>96</sup> Súmanse a ello reflexiones que conducen a un profundo replanteo de variados conceptos y nociones sobre las que, tradicionalmente, suele emplazarse este debate.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Sents. del 13.6.1979, serie A n° 31; 24.2.1983, serie A n° 59, y 20.11.1989, serie A n° 166.

<sup>93</sup> Sent. del 22.4.1993, serie A n° 259, § 20.

<sup>94</sup> Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 3ª ed., Puf, París, 1997, p. 340.

<sup>95</sup> Sent. del 30.7.1998, *Recueil/Reports*, 1998-IV, § 60.

<sup>96</sup> Véase Drzemczewski y Tavernier, cit. (n. 90), pp. 251 y ss.

<sup>97</sup> Tal el caso de Elisabeth Lambert, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1999, esp. pp. 292 y ss.



El discernimiento entre las normas jurídicas generales y la interpretación dada a éstas por los órganos de aplicación es cuestión trabajosa. Si bien es cierto que el punto constituye un problema que se extiende prácticamente a todo ordenamiento jurídico, no lo es menos que exhibe determinadas particularidades en el constituido por la Convención Europea, desde el momento en que la competencia de la Corte se extiende a “todas las cuestiones concernientes a la interpretación y aplicación de la Convención y sus protocolos” (artículo 32).<sup>98</sup> Vale decir, el ordenamiento convencional ha emplazado un órgano supremo para resolver sobre la inteligencia de sus normas. Y aun cuando, desde un punto de vista riguroso, podría afirmarse que dicha autoridad, por ejercerse en el marco del contencioso, no se proyecta más que a las partes del litigio, lo determinante es que, al decidir sobre el contenido y los alcances de la Convención, la Corte termina siendo una suerte de convención viviente. Esta conclusión se impone a poco que se recuerde que la propia jurisprudencia de la Corte Europea sostiene que la Convención Europea debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida y de las concepciones prevalecientes y actuales en los Estados democráticos, pues se trata de un instrumento vivo.<sup>99</sup> Mas, si bien el instrumento es lo “viviente”, es inequívoco que dicha vitalidad no tiene otro órgano supremo que la reconozca o, si se quiere, la anime, que la propia Corte. Podría decirse, entonces, que la Convención Europea encierra una vivencia en potencia que pasa al acto por el obrar de su Corte. Más aún, el reconocimiento mismo de esa vivencia también deriva del órgano que la interpreta. No sería extraño que algo de lo antedicho se asocie con las palabras del *justice* Hughes: la Constitución dice lo que los jueces dicen que dice; y con las de Wilson: la Suprema Corte (norteamericana) se muestra como una asamblea constituyente en sesión permanente.<sup>100</sup>

Luego, sin con ello confundir norma e intérprete, cuyas diferencias no son pocas ni irrelevantes, lo cierto es que el sistema convencional presupone y requiere un alineamiento de las normas y actos de las autoridades nacionales tras la jurisprudencia de la Corte Europea. Así como esta última fue elocuente en *Vermeire c. Francia*, al expresar que no advertía las razones por las cuales los jueces nacionales se habían visto impedidos de aplicar la doctrina que aquélla asentó en un precedente relativo al mismo país, no lo fue menos en el antes citado *Modinos c. Chipre*, al recordar al juez chipriota lo resuelto en un litigio contra el Reino Unido. *Valenzuela Contreras c. España*, mencionado anteriormente, se inscribe en esta línea.

<sup>98</sup> En sentido análogo se expresa el artículo 62.3 de la Convención Americana.

<sup>99</sup> V. gr.: *Marckx*, cit. (n. 89), § 41, entre muchas otras. Consideramos que el reciente caso *Villagrán Morales y otros* (caso de los *Niños de la calle*), es una muestra, entre otras, de la vitalidad reconocida por la Corte Interamericana a la Convención Americana —sent. del 19.11.1999, serie C n° 63.

<sup>100</sup> Rolando E. Gialdino, “El Poder Judicial y los jueces en la república representativa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 1992, t. 147, p. 964.

La plenitud de la jurisdicción, de la que suele hablar la Corte Europea con base en los artículos 19 y 32 de la Convención Europea, significa que, como instancia última, aquélla tiene el poder de pronunciar, con efecto obligatorio, la última palabra en cuanto a la aplicación o a la interpretación de la Convención.<sup>101</sup> La concentración de dichos poderes en una instancia única sirve a una finalidad evidente: la unidad de la jurisprudencia. Es por ello que las autoridades nacionales deben aplicar la Convención tal como la interpreta la Corte Europea.<sup>102</sup> En otros términos: las decisiones de la Corte que comprueban una violación provocan, frecuentemente, una *normalisation* de las legislaciones internas, tanto en los países en que la Convención forme parte del derecho interno cuanto en los de signo opuesto, al paso que producen un *ajustement* de las jurisprudencias nacionales, sobre todo en las jurisdicciones judiciales.<sup>103</sup>

Por cierto que la llamada cosa interpretada no es atributo predicable de toda sentencia definitiva, mientras que sí lo es la cosa juzgada. Más ello no deriva de aspectos formales, sino del contenido de la sentencia de que se trate. El primer atributo es propio de los pronunciamientos en que la Corte Europea se consagra a interpretar una norma de la Convención o de sus protocolos, auscultando su sentido y alcances. Esto es, en los que se expresa, por así decirlo, de una manera general y abstracta y, en cierta forma, prescindente de las especificidades del litigio. Mal podría atribuirse esta condición a los fallos que, en definitiva, sólo se asentarán, v. gr., en la apreciación de la prueba.

De tal suerte, ha sido sugerido que la autoridad específica que se yuxtapone a las sentencias de la Corte Europea puede concretarse de la siguiente forma: conviene examinar en cada sentencia si la Corte ha entendido pronunciarse por vía de abstracción, precisando los alcances de una disposición, o si sus observaciones se limitan al *cas d'espèce*. En la primera hipótesis se habrá hecho presente la premisa mayor del silogismo que se incorpora a la norma interpretada y goza, en esa calidad, de la autoridad de la cosa interpretada.<sup>104</sup>

La cita y el seguimiento de la jurisprudencia de la Corte Europea resulta, en suma, no sólo un imperativo del propio sistema, sino también un hecho incontestable, sobre todo a la luz de la abundante jurisprudencia de las cortes constitucionales o tribunales de competencia análoga en Europa. Así, a modo ilustrativo, se ha hecho

---

<sup>101</sup> En sentido análogo, véanse las sentencias de la Corte Interamericana, del 26.6.1987, *Velázquez Rodríguez* (excepciones preliminares), serie C, n° 1, § 29; *Fairén Garbí y Solís Corrales* (excepciones preliminares), serie C, n° 2, § 34, y *Godínez Cruz* (excepciones preliminares), serie C, n° 3, § 32.

<sup>102</sup> Johan Callewaert, "Quel avenir pour la marge d'appréciation?", en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne/Protecting Human Rights: The European Perspective. Mélanges à la mémoire de/Studies in memory of Rolv Ryssdal* (P. Mahoney, F. Matscher, H. Petzold, L. Wildhaber, eds.), C. Heymanns, Colonia-Berlín-Bonn-Múnich, 2000, p. 154 y sus citas.

<sup>103</sup> Sudre, cit. (n. 94), pp. 344 y 345.

<sup>104</sup> Jacques Velu y Rusen Ergéc, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1990, p. 1080.

mención del efecto “difusivo”, “horizontal” o “transfronterizo” de las sentencias de la Corte Europea.<sup>105</sup>

No es extraño que una jurisdicción interna considere que determinada norma o acto resulta compatible con la Constitución de su país, y que, posteriormente, la Corte Europea resuelva que dicha norma o acto son violatorios de la Convención Europea. Así ha ocurrido en los casos *Barberà, Messegué y Jabardo*, relativo a España, y *Niemietz c. Alemania*.<sup>106</sup> Asimismo, en la sentencia *Ruiz-Mateos c. España*, la Corte consideró que determinados aspectos del procedimiento ante el Tribunal Constitucional español, que éste había considerado constitucionales, eran violatorios del debido proceso (Convención Europea, artículo 6.1).<sup>107</sup> Por lo demás, los Estados responden ante la Convención por su jurisdicción entendida como un todo, y que suele ejercerse en primer término a través de su Constitución. Poco importa, por ende, que lo puesto en cuestión ante Estrasburgo sean, precisamente, normas constitucionales.<sup>108</sup>

De lo expresado en este punto puede seguirse que el sistema de la Convención Europea, además de estar basado en el principio de subsidiariedad, también lo esté en el de “solidaridad”, el cual implica, en palabras de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, que la jurisprudencia de Estrasburgo forme parte de la Convención y extienda su fuerza vinculante *erga omnes*. Ello quiere decir que los Estados partes no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte en los casos en que sean parte, sino también tomar en consideración los posibles efectos que las pronunciadas en otros casos puedan tener en su propio sistema y prácticas legales.<sup>109</sup> Esta última obligación, quizás, más que de ejecución podríasela llamar de “implementación” de las sentencias.<sup>110</sup>

Estas aseveraciones, por cierto, plantean un particular requerimiento hacia el órgano jurisdiccional, pues el carácter transparente de la jurisprudencia es una condición de su ejemplaridad, de su autoridad y de su fuerza persuasiva, para el Estado litigante (y sus jurisdicciones), naturalmente, pero también para todos los otros Estados partes (e incluso “más allá [...]”).<sup>111</sup> En tal sentido, la citada

<sup>105</sup> Michel Melchior, “Rapport”, en *8e Colloque international sur la Convention européenne des droits de l’homme*, Consejo de Europa, 1996, p. 142.

<sup>106</sup> Sents. del 6.12.1988 y 16.12.1992, serie A nos. 251 y 146, respectivamente.

<sup>107</sup> Sent. del 23.6.1993, serie A n° 262.

<sup>108</sup> *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía* (Gran Sala), sent. del 30.1.1998, *Recueil/Reports* 1998-I, párrafos 29-30 y sus citas. Para el sistema americano recuérdese el texto de la nota n° 8.

<sup>109</sup> Resolución 1226 (2000), 28.9.2000, “Execution of judgements of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Journal*, 2000, n° 4-7, p. 273.

<sup>110</sup> Informe del Comité de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos, 28.9.2000, Erik Jurgens (*rapporteur*), “Report on the execution of judgments of the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Journal*, 2000, n° 4-7, p. 273, § 5.

<sup>111</sup> Gérard Cohen-Jonathan, “Transparence, démocratie et effectivité des droits fondamentaux dans la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Protection des droits de l’homme...*, cit. (n. 102), p. 263.

asamblea parlamentaria considera necesario que los fallos de la Corte sean claros y su jurisprudencia coherente.<sup>112</sup>

Los anteriores desarrollos, reiteramos, son plenamente aplicables a la Convención Americana y a su Corte, dada la sustancial analogía que muestran, en este punto, respecto de sus iguales europeas, en apoyo de lo cual hemos insertado en las notas al pie de página algunas correspondencias, que bien podrían ser aumentadas. Mas, basta con agregar que la conclusión sobre la “cosa interpretada” encontraría en el sistema de la Convención que nos rige un anclaje mayor si se atiende a su artículo 2: deber de adoptar disposiciones (legislativas o de otro carácter) de derecho interno, inexistente en la letra de la Convención Europea. Incluso cabe extender estos lineamientos fuera del ámbito contencioso para alcanzar al de las opiniones consultivas que, si bien no han dado lugar a la labor de la Corte Europea a pesar de contar ésta con competencia al respecto, han ocupado una ancha franja en la de su hermana interamericana. En las consultas que los Estados miembros de la OEA pueden formular acerca de la interpretación de la Convención Americana o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Convención Americana, artículo 64.1), la Corte Interamericana “opera como una especie de tribunal constitucional”, cuyas opiniones no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan, sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención Americana y que, en particular, “no se puede eludir por los Estados partes” en ésta.<sup>113</sup>

En tal sentido, bueno es apuntar que los diversos precedentes de la CSJN (Argentina), que hemos citado al comienzo de este punto, han hecho referencia, precisamente, a las opiniones consultivas de la Corte Interamericana. T. Buerghental, en tren de ilustrar el pasaje antes recordado (III), aporta un ejemplo de la citada Corte argentina: *Ekmekdjian c. Sofovich* (7.7.1992), que reconoció la aplicabilidad en el ámbito interno del derecho de réplica previsto en el artículo 14 de la Convención Americana, abandonando su criterio anterior sobre el carácter no operativo (no *self-executing*), asentado en el caso *Ekmekdjian c. Neustadt* (1988). Para ello, el Alto Tribunal, entre otras razones, se hizo eco de la opinión consultiva OC-7/86, de la Corte Interamericana.<sup>114</sup> De su lado, la Sala Constitucional del Tribunal Constitucional de Costa Rica tiene dicho: “si la Corte Interamericana

---

<sup>112</sup> Resolución 1226 (2000), cit. (n. 109), p. 274, § 11.B.i. Véase: Luzius Wildhaber, “Precedent in the European Court of Human Rights”, en *Protection des droits de l’homme...*, cit. (n. 102), p. 1529.

<sup>113</sup> Faúndez Ledesma, cit. (n. 21), p. 453. Véase la distinción que formula este autor respecto de las opiniones que la Corte Interamericana expide ante las solicitudes del artículo 64.2 de la Convención Americana, pp. 453-454. Coincide con este autor respecto de lo señalado en el texto: Víctor Bazán, “Las reservas a los tratados internacionales sobre derechos humanos, con particular énfasis en el efecto de aquéllas respecto de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en *Ius et Praxis*, n° 2, Universidad de Talca, 2000, pp. 177-178. El carácter de “verdaderos tribunales constitucionales internacionales” de la Corte Interamericana y de la Corte Europea (y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) es advertido por Mara Gómez Pérez, “La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional”, en *Anuario... 2002*, cit. (n. 4), p. 372.

[...] es el órgano natural para interpretar la Convención Americana [...] la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrán —en principio— el mismo valor de la norma interpretada [...]”.<sup>115</sup>

En breve, la interpretación jurisprudencial de los tribunales del sistema internacional de derechos humanos ha de considerarse incorporada al conjunto normativo del sistema.<sup>116</sup> La jurisprudencia de la Corte Interamericana, sostiene G. R. Moncayo, por la valoración que de ella hace la CSJN (Argentina), “se halla dotada de una suerte de ‘ultraactividad’ que despliega efectos de alcance interpretativo en la jurisdicción interna”; en todo caso, apunta J. A. Marabotto Lugaro, “importa y mucho” la interpretación que de la normativa internacional se hace por los “órganos competentes del sistema interamericano”: si “el derecho extranjero, cuando tiene que ser aplicado por los jueces del país tiene que [...] interpretarlo tal como lo harían los tribunales del Estado a cuyo orden jurídico pertenezca la norma respectiva” (Código General del Proceso [de Uruguay], artículo 525.3), con más razón ello debe acontecer con [la] normativa internacional”.<sup>117</sup>

## 2. Control no jurisdiccional

### 2.1. Comunicaciones y peticiones

#### 2.1.1. Fuentes americanas

La fuerza vinculante sobre los Estados partes de la Convención Americana de las decisiones de la Comisión Interamericana es tema polémico; su desarrollo excedería el espacio de estas páginas. Empero, sí queremos expresar que, a la altura alcanzada por el sistema interamericano, ya no deberían persistir dudas en punto a que los citados pronunciamientos exhiben, claramente, el mentado carácter.<sup>118</sup> Pueden considerarse —señala J. C. Hitters— “intrínsecamente obligatorios, con valor jurídico y moral”; el Estado que no cumpliera las aludidas “recomendaciones”, acota H.

<sup>114</sup> Buerghental, “La jurisprudencia...”, cit. (n. 84), esp. pp. 76-81. Para *Ekmekdjian: Fallos* 315:1492.

<sup>115</sup> Sentencia #2313-95, del 9.5.1995, citado por Piza Escalante, cit. (n. 85). Cabe advertir, con todo, una suerte de distingo que contiene esta sentencia en cuanto a las opiniones consultivas con base en el Estado que la hubiese peticionado.

<sup>116</sup> Germán J. Bidart Campos, “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, en *Liber Amicorum. Héctor Fix Zamudio*, cit. (n. 85), vol. I, p. 475.

<sup>117</sup> Guillermo R. Moncayo, “Criterios para la aplicación de las normas internacionales que resguardan los derechos humanos en el derecho argentino”, en M. Abregú y C. Courtis (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales nacionales*, CELS, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 94; Jorge A. Marabotto Lugaro, “Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia en Uruguay”, en *Anuario... 2000*, cit. (n. 8), p. 550.

<sup>118</sup> Así lo sostiene Faúndez Ledesma, cit. (n. 21), pp. 285-287.

Nogueira Alcalá, vulneraría los artículos 50.3 y 51.2 de la Convención Americana, así como el 26 de la ya recordada Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, además de las normas convencionales per se.<sup>119</sup>

Por cierto que suele de ser cita obligada, para descartar lo antedicho, el párrafo 67 de la sentencia *Caballero Delgado y Santana* dictada por la Corte Interamericana.<sup>120</sup> Empero estimamos que tal precedente se ha visto fuertemente atenuado por la posterior opinión consultiva de la Corte Interamericana OC-15, de 1997, en la que se lee: “El propósito y alcance del artículo 51 (de la Convención Americana) están establecidos en el texto mismo de este artículo. Como se ha dicho, en el momento en que es transmitido al Estado, el informe puede incluir la opinión, conclusiones y recomendaciones de la Comisión respecto de los asuntos sometidos a su consideración”. Y agrega seguidamente, en un párrafo sobre el que ponemos el acento: “Asimismo, puede incluir una fecha límite, un ‘*período fijado*’, dentro del cual el Estado *debe* tomar las medidas necesarias para ‘*remediar la situación examinada*’ (artículo 51.2)” (sólo las itálicas no forman parte del original). Tampoco es de pasar por alto el siguiente pasaje: “Todas estas etapas representan la conclusión del procedimiento ante la Comisión, por medio del cual ésta toma una determinación tras haber examinado la evidencia sobre si el Estado cumplió o no con sus obligaciones convencionales y con las medidas que han sido consideradas necesarias para remediar la situación examinada”.<sup>121</sup> Es evidente, al margen de las mayores o menores proyecciones que puedan seguirse de los términos empleados por la Corte Interamericana en esta última opinión y su cita del artículo 51.2 de la Convención Americana, que su discurso difiere o al menos modula el seguido en el citado precedente *Caballero Delgado y Santana*. En todo caso, y sin resignar la postura que sostenemos, cuadra recordar las palabras de T. Buergenthal: aun cuando las decisiones de la Comisión Interamericana no sean formalmente vinculantes como una sentencia de la Corte Interamericana, constituyen una comprobación legal autorizada de un cuerpo al que la Convención Americana asigna competencia respecto del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados partes. Estos Estados y la OEA se encuentran, consecuentemente, legitimados a tratar las comprobaciones de la Comisión previstas en el artículo 51 de la Convención Americana como decisiones autorizadas de que el Estado parte ha violado una obligación de ésta, y a actuar en consecuencia.<sup>122</sup>

<sup>119</sup> Hitters, cit. (n. 21), p. 392; Nogueira Alcalá, cit. (n. 10), p. 215, con cita de G. Bidart Campos.

<sup>120</sup> Del 8.12.1995, serie C, n° 22. Para una crítica de este precedente: Héctor Gros Espiell, “La eficacia de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos y la ejecución interna de sentencias internacionales”, en *Protección internacional de derechos humanos*, Subsecretaría de Derechos Humanos y Sociales, Buenos Aires, 1999, pp. 54-55.

<sup>121</sup> *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículo 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC-15/97, 14.11.1997, serie A, n° 15, § 48-50.

<sup>122</sup> Thomas Buergenthal, *International Human Rights in a nutshell*, St. Paul, West Publ., 1995, p. 205.

La posición de la CSJN (Argentina) resulta clara. En el caso *Bramajo* sostuvo —con cita del ya recordado *Giroldi*, esto es, de un precedente relativo a la Corte Interamericana— que la “opinión” de la Comisión “debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales”. Este parangón o semejanza es muy significativo, y no lo son menos otros pasajes de *Bramajo*: “sobre la base de tales pautas y a los efectos de determinar si la ley 24.390 armoniza con el artículo 7º, inc. 5º [de la Convención Americana] [...] resulta pertinente reseñar la opinión de la Comisión [...] que, si bien es anterior a la vigencia de la ley 24.390 resulta de significativa importancia para el caso debido a que el mencionado organismo internacional ha fijado las pautas que los Estados deben tener en cuenta al reglamentar lo que se ha denominado ‘plazo razonable de detención sin juzgamiento’”. Y concluyó de manera asaz terminante: “[...] debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el *a quo* del artículo 1º de la ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión [...]” (y con la establecida por esta Corte).<sup>123</sup>

C. Cerna, a su turno, nos advierte sobre la legislación de Colombia de 1996, que considera de vanguardia, por la que se reconoce el carácter obligatorio de las decisiones de la Comisión Interamericana; por otro lado, acotamos de nuestra parte, lo ya expresado sobre la Constitución de Venezuela y respecto del ordenamiento uruguayo parecería extensible al caso de la Comisión, en cuanto al cumplimiento de sus decisiones y al valor de sus interpretaciones, respectivamente.<sup>124</sup>

A modo ilustrativo, las decisiones de la Comisión Interamericana, así como las del ComDH, han servido de fundamento a decisiones del *Privy Council* británico reunido en su calidad de Corte Constitucional de Jamaica, como resultó en el caso *Pratt y Morgan* y en el más reciente *Lewis* (12.9.2000), ambos contra el procurador general de Jamaica.<sup>125</sup>

### 2.1.2. Fuentes universales

La fuerza de las resoluciones de los comités de Naciones Unidas en el marco de los ya mentados regímenes de comunicaciones individuales también ha despertado

---

<sup>123</sup> 12.9.1996, *Fallos* 319: 1840, cons. 8, 9 y 15. Con todo, *Acosta y Felicetti*, “*La Tablada*”, se muestran menos concluyentes (sentencias del 22.12.1998 y 21.12.2000, *Fallos* 321:3555 y 323:4130, respectivamente).

<sup>124</sup> Christina Cerna, “The Inter-American Commission on Human Rights: its Organization and Examination of Petitions and Communications”, en D. Harris y S. Livingstone (eds.), *The Inter-American System of Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1998, p. 106. La Constitución de Venezuela refiere a los “órganos internacionales” (véase el texto correspondiente a la n. 85). Para Uruguay, recuérdese la cita de J. A. Marabotto Lugaro (n. 117), en la que este autor mienta los “órganos competentes del sistema americano”.

<sup>125</sup> Para *Pratt y Morgan*: *Human Rights Law Journal*, 1993, n° 9-10, pp. 338-346; para *Lewis*: <<http://www.privacy-council.org.uk>>.

distintos pareceres. Empero, el criterio del ComDH nos parece inobjetable: el Estado parte, al ratificar el PIDCP y su primer protocolo facultativo, aceptó la obligación jurídica de dar efecto a sus disposiciones; por lo tanto, es “obligación” de aquél “adoptar las medidas adecuadas para que tengan efecto jurídico las observaciones del Comité en cuanto respecta a la interpretación y aplicación del Pacto” formuladas en el marco del citado protocolo.<sup>126</sup> En fecha más reciente, el ComDH recordó a los Estados partes en dicho protocolo que “están obligados, en virtud del artículo 2 del Pacto, a aplicar los dictámenes del Comité”.<sup>127</sup> Las decisiones del ComDH merecen, por ende, “acatamiento”, y así lo han entendido algunos Estados.<sup>128</sup> No ha faltado el supuesto en que el solo planteo de una comunicación ha llevado a un tribunal nacional a reparar la situación denunciada.<sup>129</sup> De ahí que este órgano haya expresado su satisfacción por las reformas de leyes que violentaban los derechos del Pacto, dirigidas a prevenir futuras repeticiones, según lo hemos adelantado, pero también su censura ante la persistencia, en el plano judicial local, de soluciones inconciliables con la doctrina del Comité asentada en anteriores comunicaciones sobre temas análogos.<sup>130</sup> De tal suerte, este Comité indudablemente ha emplazado el ejercicio de la presente función en un marco judicial.<sup>131</sup> Los procedimientos ante los comités, como lo expresa C. A. Villán Durán, son de carácter “contradictorio, sancionatorio y condenatorio del Estado, estando éste obligado a adoptar las medidas de reparación de la violación [...]”.<sup>132</sup>

Por otro lado, atento a que ya hemos indicado algunos arbitrios del ComDH y del ComTortura a fin de vigilar la ejecución de sus comprobaciones y el cumplimiento de las medidas necesarias para repararlas (II, 2.3), resulta ahora oportuno agregar que, en numerosos casos, lo antedicho ha conducido a los Estados no sólo a la adopción de medidas individuales, sino también de orden general, v. gr.: derogación o modificación de leyes.<sup>133</sup> Un ejemplo, además del señalado dos párrafos antes, puede verse en la respuesta dada por Canadá a la comprobación de violación del artículo 27 del PIDCP efectuada por el ComDH: Canadá —son sus palabras— tomó medidas importantes para modificar la sección 12.1.b de la *Loi sur les Indiens* y de otras

<sup>126</sup> *Denzil Roberts c. Barbados*, comunic. 504/1992, A/49/40, vol. II, p. 333, § 6.3.

<sup>127</sup> Véase A/57/40, vol. I, p. 132, § 255 y su cita.

<sup>128</sup> ComDH, *Simunek y otros c. República Checa*, comunic. 516/1992, 19.7.1995, A/50/40, § 12.2.

<sup>129</sup> Véase ComDH, *Dergachev c. Belarús*, comunic. n° 921/2000, 2.4.2002, A/57/40, p. 262, § 8.

<sup>130</sup> Véase, para lo primero: *Foin c. Francia*, cit. (n. 72); y, para lo segundo: *Schmitz-de-Jong c. Países Bajos*, comunic. 855/1999, 16.7.2001, A/56/40, p. 174, § 5.3.

<sup>131</sup> *Sudre*, cit. (n. 94), p. 379.

<sup>132</sup> Carlos Villán Durán, “El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en Naciones Unidas”, en F. M. Mariño Menéndez (ed.), *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, Univ. Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1996, p. 38.

<sup>133</sup> Véase *Sudre*, cit. (n. 94), p. 379.



secciones de ésta que pueden constituir una discriminación fundada en el sexo o contravenir de otra manera los derechos humanos, y se compromete a continuar la modificación de dichas secciones próximamente.<sup>134</sup>

La cuestión central, en este sentido, es que los Estados partes asuman la necesidad de adecuar sus prácticas y legislación a la doctrina de las decisiones de los comités a fin de evitar, tal como lo hemos adelantado, la repetición de quebrantamientos análogos a las materias de condena, si ello depende de los arbitrios primeramente indicados. Más aún; los términos “sugerencias y recomendaciones” del artículo 14.7.b de la Convención sobre Discriminación Racial posibilitan que el comité respectivo pueda formular aquéllas, tal como ya lo ha hecho, aun en el caso en que no tenga por comprobada violación alguna.<sup>135</sup>

Al ratificar los tratados de derechos humanos —advierte A. A. Cançado Trindade—, los Estados partes contraen, junto con las obligaciones específicas relativas a cada uno de los derechos protegidos, la obligación general de adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de protección. Y dicha adecuación es, además, de la propia esencia del “deber de prevención”, para evitar la repetición de violaciones derivadas de una determinada ley nacional. El deber de prevención es un componente básico de las obligaciones generales.<sup>136</sup>

Las presentes decisiones de los comités han mostrado su influjo sobre las sentencias de diversas cortes, verbigracia, de Alemania, Holanda, Japón<sup>137</sup> y España.<sup>138</sup> También condujeron a reformas legislativas o medidas administrativas, por ejemplo, en Australia, Canadá, España, Finlandia y Senegal.<sup>139</sup>

La comunicación *Äärelä y Näkkäljärvi c. Finlandia* nos advierte sobre el empleo por los tribunales de este país de la jurisprudencia del ComDH dictada en casos contra Finlandia, pero también contra Canadá y Suecia.<sup>140</sup> Asimismo, el grado de

<sup>134</sup> Para la decisión del ComDH —*Sandra Lovelace c. Canadá*, comunicación n° R.6/24, 30.7.1981— y la respuesta de Canadá: *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1989, vol. 1, pp. 89-90 y 91-93, respectivamente; el párrafo citado es de la p. 92.

<sup>135</sup> Véase Ineke Boerefijn, “Follow-up of the views of the United Nations treaty bodies”, en T. Barkhuysen, M. van Emmerik y P. H. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Decisions in the National Legal Order*, Nijhoff, La Haya-Boston-Londres, 1999, p. 102, con otro ejemplo análogo del ComDH.

<sup>136</sup> Antônio A. Cançado Trindade, “Memorial em pro de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional”, en C. E. de Abreu Boucault y N. de Araujo (orgs.), *Os direitos humanos e o direito internacional*, Renovar, Río de Janeiro, 1999, pp. 42 y 45.

<sup>137</sup> Yuji Iwasawa, “International Human Rights adjudication in Japan”, en *Enforcing...*, cit. (n. 18), p. 263.

<sup>138</sup> Villán Durán, cit. (n. 132), p. 40.

<sup>139</sup> Christof Heyns y Frans Viljoen, “The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level”, en *Human Rights Quarterly*, 2001, vol. 23, n° 3, p. 516.

<sup>140</sup> ComDH, comunic. n° 779/1997, 24.10.2001, A/57/40 (Vol. II), § 2.2 y 4.

cumplimiento de las decisiones de los comités, en los hechos, pareciera directamente proporcional al grado en que rija la democracia en el Estado respectivo.<sup>141</sup>

La originalidad de esta jurisprudencia proviene de la composición universal de los miembros del órgano, lo cual, lejos de disminuir la importancia de aquélla, ayuda a mejor comprender la universalidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.<sup>142</sup> En orden al caso concreto objeto de decisión es de considerar, para el régimen de comunicaciones en general, que no sería excesivo, a falta de cosa juzgada, hablar de la “cosa comprobada” (*chose constatée*), mayormente cuando la comprobación hecha por el órgano supranacional es definitiva e impide que el mismo asunto pueda ser reexaminado por otro órgano internacional de control.<sup>143</sup>

Y, para lo que más nos interesa, esto es, para la trascendencia de las decisiones más allá de su carácter de normas individuales que solucionan cada diferendo, no parece errado inscribir a aquéllas en el marco de la “jurisprudencia” en tanto que fuente del derecho, en la medida que pueda inferirse que contienen una determinada interpretación del tratado aplicable.

No podemos menos que cerrar este punto con la cita de un pronunciamiento judicial que debería conducir a una cavilosa reflexión: desde el momento en que el Estado (Nueva Zelanda) accedió al Primer Protocolo Facultativo del PIDCP —sostuvo la Corte de Apelación de Wellington—, el ComDH es, en un sentido, parte de la estructura judicial del país, pues las personas sujetas a la jurisdicción de Nueva Zelanda tienen derecho a recurrir ante aquél.<sup>144</sup>

## 2.2. Observaciones finales

### 2.2.1. Fuentes universales

El régimen de informes de los tratados universales resulta, quizás, el más delicado de evaluar a nuestros fines. Por un lado suele considerarse que las observaciones finales a los informes de los Estados carecen de fuerza vinculante para éstos. Sin embargo, tampoco ha dejado de verse que presentan una incitación para que los Estados adapten su derecho interno a las disposiciones de los instrumentos respectivos.<sup>145</sup>

---

<sup>141</sup> Véase Jaume Ferrer Lloret, *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos-Universidad de Alicante, Madrid, 1998, p. 49, respecto del ComDH.

<sup>142</sup> Marc Bossuyt, “Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l’homme (1993-1997)”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1998, n° 35, p. 509.

<sup>143</sup> Hacemos extensiva, de tal suerte, al régimen general de comunicaciones lo señalado respecto del ComDH, por Sudre, cit. (n. 94), p. 379.

<sup>144</sup> Sentencia del 17.12.1993, *Tavita v. Minister of Immigration*, en *Recueil de décisions des hautes juridictions administratives/Selection of decisions of Supreme Administrative Jurisdictions 2000*, París, La Documentation Française, 2000, p. 282.

<sup>145</sup> Sudre, cit. (n. 94), p. 388, respecto del ComDH; asimismo, sobre el ComDESC, véase p. 389.

De tal suerte, la actividad de dichos órganos en la materia traduciría la asunción por parte de éstos de una función cuasijudicial.<sup>146</sup> Los Estados partes que hicieran caso omiso de dichas opiniones o que no las acataran en la práctica estarían demostrando mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Pacto.<sup>147</sup>

El ComDH, por ejemplo, tiene expresada su preocupación, en oportunidad de examinar un informe, por el hecho de que no se hubiesen aplicado la mayoría de las recomendaciones formuladas en sus observaciones finales anteriores.<sup>148</sup> “Se pide al Estado parte que transmita, en un plazo de 12 meses, información sobre la aplicación de las recomendaciones del Comité relativas a la política y la práctica del Estado parte que figuran en los párrafos [...]”.<sup>149</sup> Más aún; mediante una reforma de su reglamento producida en 2001, el ComDH introdujo un “procedimiento complementario” de las observaciones finales, por el cual “en vez de establecer un plazo para la presentación del próximo informe en el último párrafo de dichas observaciones, se pedirá al Estado parte que en un período determinado dé respuesta a las recomendaciones hechas por el Comité, indicando las medidas que haya adoptado para cumplirlas. Un grupo de miembros del Comité estudiará esas respuestas y el Comité fijará en plenaria un plazo definitivo para la presentación del siguiente informe”.<sup>150</sup> Por otro lado, las directrices del ComDH sobre los informes periódicos sucesivos expresan que éstos deberán tener, como uno de sus dos “puntos de partida”, las “observaciones finales (en particular ‘motivos de preocupación’ y ‘recomendaciones’) del informe anterior y las actas resumidas del examen del Comité, si las hubiere” (§ 21).

Proporcionar información sobre las medidas adoptadas por el Estado parte para “cumplir las conclusiones y recomendaciones” que el Comité le haya dirigido al final de su examen de los informes inicial y periódico, integra uno de los renglones que deben satisfacer los informes periódicos de los Estados ante el ComTortura (Directrices, tercera parte). En términos análogos y más descriptivos, se expresa el ComNiño (Directrices, § 6). En 2002, el ComTortura modificó su reglamento a fin de reforzar el seguimiento de sus conclusiones y recomendaciones; asimismo, cuando proceda, “podrá designar a un relator o varios relatores” a tal fin (artículo 68). El ComDESC pidió a la Argentina que, en su próximo informe, le haga saber “todas las medidas adoptadas” para poner en “ejecución” sus observaciones finales.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Matthew Craven, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Clarendon, Oxford, 1998, p. 57; asimismo, p. 104.

<sup>147</sup> Naciones Unidas, *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, folleto informativo n° 16, rev. 1, Ginebra, 1996, p. 32.

<sup>148</sup> *Obs. finales... Región Administrativa Especial de Hong Kong*, 4.11.1999, A/55/40, vol. I, p. 36, § 236.

<sup>149</sup> ComDH, *Obs. finales... Reino Unido... e Irlanda del Norte*, cit. (n. 12), § 40.

<sup>150</sup> A/56/40, vol. I, p. 15, § 54; véase el artículo 70.5 y A del citado reglamento.

<sup>151</sup> *Obs. finales... Argentina*, 1999, E/C.12/1/Add.38, 8.12.1999, § 42.

No cabe subestimar el valor que en la práctica exhiben las observaciones finales, como lo demuestra la implementación que de éstas han realizado numerosos países, verbigracia Colombia, Egipto, Estonia, India, Japón, México, República Checa y Rusia.<sup>152</sup> La CSJN (Argentina) también ha dado muestras al respecto, en su seguimiento de la doctrina asentada por el ComDESC en una observación final relativa a Suiza.<sup>153</sup> El ComDH había señalado a Perú la incompatibilidad con el PIDCP del régimen de los llamados “jueces sin rostro”, en las observaciones preliminares y en las observaciones finales sobre el tercer informe periódico de dicho Estado (1996). Y terminó aplicando ese criterio, en 1997, al decidir la comunicación *Espinoza de Polay c. Perú*, así como lo haría en posteriores oportunidades.<sup>154</sup>

Asimismo, tampoco huelga olvidar el señalamiento de P. Alston, en cuanto a que la preparación de los informes periódicos debe ser vista como la relativa a un documento destinado a la audiencia internacional, pero también a la local. Los tratados de derechos humanos, acota, tienden a promover y realzar la responsabilidad (*accountability*) internacional del Estado, pero también la responsabilidad hacia sus propios ciudadanos.<sup>155</sup>

### 2.2.2 Fuente americana

La Comisión Interamericana, tal como ella misma lo indica, ha asumido la práctica de efectuar informes de seguimiento de las recomendaciones que formula a los países con motivo de los informes que produzca sobre éstos. Ello se funda en sus funciones como órgano principal de la OEA para la protección y promoción de los derechos humanos, previstas en el artículo 41.c y d de la Convención Americana, concordante con los artículos 18.c y d del estatuto y 63.h del reglamento (tanto del vigente hasta 2001, como del posterior). Asimismo, la inclusión de informes de seguimiento en un capítulo separado del *Informe anual* tiene el propósito de evaluar las medidas adoptadas para el “cumplimiento de las recomendaciones” que la Comisión haya formulado en los informes sobre países. Con tales objetivos, la Comisión solicita información a los Estados en juego, y toma en cuenta, además, los documentos e informes provenientes de los órganos universales de protección de los derechos humanos, de las organizaciones de la sociedad civil y de los medios de comunicación. El volumen II del ya citado *Informe anual* de 1999 (n. 89), v. gr., muestra los resultados de esta labor respecto de Brasil, Colombia y México (§ 1521, 1542 y 1582, respectivamente).

<sup>152</sup> Heyns y Viljoen, cit. (n. 139), pp. 511-512; véase asimismo, p. 501, aun cuando, acotan, se registran ejemplos en sentido contrario.

<sup>153</sup> *Campodónico de Beviacqua c. Min. de Salud y Acción Social*, 24.10.2000, Fallos 323:3229, cons. 19.

<sup>154</sup> Comunic. 577/1994, 6.11.1997, A/53/40, vol. II, p. 42, § 8.8.

<sup>155</sup> Philippe Alston, “The Purposes of Reporting”, en *Manual...*, cit. (n. 30), p. 23.

### 2.3. *Observaciones generales (fuentes universales y americana)*

Las observaciones generales aparecen como fuentes de la única “interpretación autorizada” de los textos internacionales,<sup>156</sup> como medios por los cuales les ha sido permitido a los comités establecer una suerte de “interpretación auténtica” de aquéllos.<sup>157</sup> Nos hallamos, en consecuencia, por un lado, ante un importante régimen por el cual los órganos mencionados desarrollan su “jurisprudencia”, de una manera que no resulta posible hacerlo en sus comentarios sobre los informes periódicos de los Estados y, por el otro, ante un medio por el que se desarrolla un entendimiento común de las normas por vía de definiciones prescriptivas.<sup>158</sup>

Las observaciones generales han probado ser una importante herramienta para esclarecer las obligaciones de los Estados ante los tratados y representan el punto de vista consensuado de los expertos, que habilita a los comités para promover la “jurisprudencia” con respecto a los derechos. De ahí que suelen ser aplicados por los comités en los exámenes de los informes periódicos.<sup>159</sup> Tampoco faltan en estos documentos, expresos señalamientos de actos y omisiones que constituyen “violaciones” de los tratados.<sup>160</sup> Abundan, a su vez, los ejemplos en los que el ComDH hace referencia a sus observaciones generales a fin de resolver cuestiones litigiosas en el marco del régimen de comunicaciones.<sup>161</sup>

M. Nowak, haciendo referencia al ComDH, indica que sus observaciones generales son adoptadas por consenso entre todos los miembros del Comité y, por ende, con la participación de variadas escuelas del pensamiento y del derecho, lo cual “subraya el carácter autorizado de estas interpretaciones”.<sup>162</sup> Esta afirmación es extensible a todos los restantes comités. S. Leckie, por ejemplo, comentando la observación general n° 7 del ComDESC, sobre desalojos forzosos, la evaluó como el pronunciamiento más autorizado en la materia en el campo del derecho internacional.<sup>163</sup> Haciendo mención de la observación general n° 12, del antedicho Comité, la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos ha expresado, hace muy poco tiempo, que “ahora” la comunidad internacional tiene “una definición autorizada” de los derechos relativos a la alimentación establecidos en el artículo 11 del PIDESC.<sup>164</sup>

<sup>156</sup> Véase Sudre, cit. (n. 94), p. 389.

<sup>157</sup> Dupuy, cit. (n. 28), p. 224, con referencia al ComDH.

<sup>158</sup> Craven, cit. (n. 146), pp. 90 y 91.

<sup>159</sup> Por ejemplo, *Obs. finales... Suiza*, 7.11.1996, A/52/40, vol. I, p. 22, § 106; Barret, cit. (n. 33), p. 10.

<sup>160</sup> V. gr.: ComDESC, *Observación general n° 14*, § 46-52.

<sup>161</sup> V. gr.: *Laureano c. Perú*, cit. (n. 65), § 8.3.

<sup>162</sup> Manfred Nowak, *UN Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, N. P. Engel, Kehl-Strasbourg-Arlington, 1993, p. 576, la itálica es del original.

<sup>163</sup> Scott Leckie, “The Right to Housing”, en A. Eide, C. Krause y A. Rosas (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights*, M. Nijhoff, Dordrecht-Boston-Londres, 2001, p. 165.

<sup>164</sup> *El derecho a la alimentación. Informe de la alta comisionada...*, E/CN.4/2000/48, 13.1.2000, p. 14.

Las observaciones generales, por otro lado, suelen ser un vehículo para que los comités actualicen y modernicen la jurisprudencia asentada bajo el régimen de comunicaciones individuales.<sup>165</sup> También para fortalecer las posibilidades de aplicación directa de las normas internacionales por los tribunales locales, sobre todo en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales.<sup>166</sup>

Por lo demás, los comités cuentan con lo que, para R. de Gouttes, es su arma principal, aunque esencialmente de orden político y psicológico: el informe anual a la Asamblea General de la ONU, en la medida en que puede molestar a los Estados incumplidores, que temen verse estigmatizados ante la Organización. Este informe, a menudo, es suficiente para persuadirlos a alinear al menos su legislación a las exigencias del tratado.<sup>167</sup> La Comisión Interamericana, de su lado, rinde un informe anual a la Asamblea General de la OEA (Convención Americana, artículo 41.g; véase Reglamento de la Comisión, artículo 57).

Las observaciones generales han sido comúnmente aceptadas por los Estados como criterios “interpretativos autorizados”.<sup>168</sup> En la práctica tribunalicia de algunos países, como Japón, no es inusual que sean invocadas por los litigantes y se proyecten sobre las decisiones de los jueces,<sup>169</sup> al paso que, en otros contextos, como el de Suiza, se alienta a dicha invocación y se advierte, no obstante las actitudes judiciales reticentes a la aplicabilidad directa del pacto, una voluntad de apertura, una cierta receptividad de las interpretaciones y recomendaciones internacionales. Esta última tendencia es aún más destacable en el caso de Canadá,<sup>170</sup> y registra claros antecedentes en los tribunales argentinos<sup>171</sup> y fineses.<sup>172</sup>

<sup>165</sup> Véase a propósito de la *Observación general 22 y 24* del ComDH: Manfred Nowak, “The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 to 31 July 1995”, en *Human Rights Law Journal*, 1995, n° 10-12, pp. 379 y 380.

<sup>166</sup> Martin Scheinin, “Economic and Social Rights as Legal Rights”, en *Economic...*, cit. (n. 163), p. 45.

<sup>167</sup> Régis de Gouttes, “La Convention internationale et le Comité des Nations Unies sur l’élimination de la discrimination raciale”, en *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, 1996, n° 28, p. 537, s/ ComRacial.

<sup>168</sup> Villán Durán, cit. (n. 132), p. 37.

<sup>169</sup> Iwasawa, cit. (n. 137), pp. 262-263. Lo señalado en el texto se extiende a las decisiones del ComDH dictadas con arreglo al primer protocolo facultativo del PIDCP, ídem.

<sup>170</sup> Jeaninne de Vries Reinlingh, *L’application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l’homme de 1966 par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada. Présentation des systèmes et comparaison*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle-Ginebra-Múnich, 1998, pp. 156, 199, 352/354, 372 y ss.

<sup>171</sup> V. gr., Cám. Nac. Apel. Civ., Sala H, 16.12.2002, *Fundación Mujeres en Igualdad y otro c. Freddo S.A.*, en *La Ley*, Buenos Aires, 2.4.2003, p. 8; y Contencioso administrativo y Trib., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 5.2.2002, *Yáñez Pablo y otros c. GCBA*, en *La Ley*, Supl. de D. Constitucional, Buenos Aires, octubre 2002, p. 44.

<sup>172</sup> ComDH, *Äärelä y Näkkäljärvi c. Finlandia*, comunic. 779/1997, 24.10.2001, A/57/40, vol. II, § 2.2.

La aplicación de sus recomendaciones generales, por ejemplo, al examinar la situación de los derechos humanos en un país, integra la práctica de la Comisión Interamericana tal como lo pone en evidencia, *inter alia*, el ya citado *Informe anual 2000* (vol. II) para el caso de Cuba (§ 1442/1443).

Las observaciones generales de los comités y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, en el cuadro de las fuentes del derecho, escapan a los moldes tradicionales. No constituyen la llamada doctrina de los autores pues, aun cuando su discurso se aproxima al de éstos, lo cierto es que emanan del propio órgano de control. Tampoco encajan en el tipo de la jurisprudencia. Y si bien se aproximan a la vertiente de esta última que configuran las opiniones consultivas, lo cierto es que, entre otras razones por las que difieren, son dictadas *motu proprio*. En todo caso, se trata de una innovación del derecho internacional de los derechos humanos respecto de las reglas generales del derecho internacional, que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado internacional a los Estados partes (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 31-33).<sup>173</sup>

#### IV. Acercamientos y distanciamientos de fuentes nacionales comparadas

La ratificación de los instrumentos internacionales tantas veces aludidos (así como, en su caso, el reconocimiento de la competencia de los órganos), y la consiguiente inserción de los Estados en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos, también origina efectos de importancia no desdeñable, además de los ya examinados. Esto es así, por la muy sencilla razón de que, por tales causas, los ordenamientos jurídicos internos han comenzado, o reforzado, su acercamiento a otros que, quizás, se consideraban “lejanos”, y a distanciarse de algunos que se estimaba “ceranos”. Son fenómenos, los dos, que derivan de un mismo dato: la ratificación o no ratificación de los mentados tratados por los Estados.<sup>174</sup> Si bien en diferente medida, los seis instrumentos de la ONU y la Convención Americana cuentan con una adhesión masiva en sus respectivas áreas. Luego, estos textos son, hoy, objeto de interpretación y aplicación en un ámbito internacional de proporciones inimaginables hasta hace pocos años. Acercamientos estos que, quizá inorgánicos por el momento, van tejiendo una urdimbre cada vez más consistente.

También se perciben las resonancias y aportes recíprocos de los diferentes sistemas. De tal suerte, lo expresado por un comité a modo de observación general será sostenido como fundamento para resolver una comunicación<sup>175</sup> o para pronunciar las observacio-

<sup>173</sup> Villán Durán, cit. (n. 132), p. 37.

<sup>174</sup> En el caso de las ratificaciones, además, deberán considerarse las eventuales reservas, las modalidades de incorporación de los tratados en el derecho interno y la jerarquía que éstos invistan en dicho plano.

<sup>175</sup> V. gr., ComDH, *Rojas García c. Colombia*, 3.4.2001, A/56/40, vol. II, p. 58, § 10.3.

nes finales,<sup>176</sup> así como la visión de conjunto de éstas alimentará la producción de las primeras, tal como ya lo hemos indicado. Una observación final, a su vez, dará sustento al resultado de una comunicación.<sup>177</sup> También la doctrina asentada en una comunicación, v. gr. contra Francia, será de aplicación en un proceso contra Canadá.<sup>178</sup> La práctica de la Comisión Interamericana ofrece análogos ejemplos en el empleo de sus propios precedentes y en su recepción de la producción de los comités de la ONU (observaciones generales, observaciones finales y jurisprudencia del régimen de comunicaciones), a lo que se suma, natural y fundamentalmente, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta última, a su turno, no sólo hará buen empleo de sus precedentes, sino también, por ejemplo, de los provenientes del ComDH.<sup>179</sup>

Lo dicho también expresa una exhortación al empeño y fervor de los tribunales nacionales pues, a nuestro juicio, hay una suerte de apartamiento por las autoridades nacionales de los precedentes supranacionales que, lejos de mortificar a los sistemas, pareciera beneficiarlos. Se trata de los casos en que dichas autoridades dieran a los derechos y libertades del tratado en juego alcances mayores que los reconocidos en dichos antecedentes. Así como es indudable el influjo de las disposiciones y la jurisprudencia internacionales sobre las locales, también puede advertirse una corriente que va desde éstas hacia las primeras. Siempre preocupó a los científicos del derecho explicar de qué manera y con qué resultado el derecho internacional penetra en el derecho interno; pero ahora advertimos —escribe Bidart Campos— que también se produce el fenómeno inverso, es decir, la asunción del derecho interno por el derecho internacional cuando el primero es más amplio, más generoso, y contiene plus respecto del segundo.<sup>180</sup> Las tendencias que se registren en los Estados miembros del Consejo de Europa no deben ser descuidadas por la Corte Europea, tiene dicho ésta, en la interpretación necesariamente dinámica que realiza de las disposiciones de la Convención.<sup>181</sup>

Si los procesos llamados de mundialización o globalización tienen algún sentido que trascienda los meros y subalternos intereses crematísticos, ello debería hallarse, entonces, en el fenómeno que venimos de indicar. Con un sentido anticipatorio, cuando no clarividente, Emanuel Kant advertía, en su *Proyecto de paz perpetua*, que si las relaciones establecidas entre los pueblos de toda la tierra alcanzaran el punto en que una violación de derechos cometida en un lugar resulte sentida en todos, la idea

<sup>176</sup> V. gr., ComDH, *Obs. finales... Gabón*, 2.11.2000, A/56/40, vol. I, pp. 33, 34, § 9.

<sup>177</sup> ComDH, *Espinosa de Polay c. Perú*, comunic. n.º 577/1994, 6.11.1997, A/53/40, p. 42, § 8.8.

<sup>178</sup> Ídem, comunic. n.º 736/1997, *Ross c. Canadá*, 18.10.2001, A/56/40, p. 89, § 11.5.

<sup>179</sup> Por ejemplo, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99, 1.10.1999, serie A, n.º 16, § 131 y 132.

<sup>180</sup> Germán J. Bidart Campos, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisprudencia interna”, en *La Corte y el Sistema...*, cit. (n. 84), p. 47, donde el autor reconoce a Rodolfo E. Piza y Gerardo Treves la “interesante idea de la retroalimentación” (véase n. 13).

<sup>181</sup> *Mazurek c. Francia*, n.º 34406/97, sent. del 1.2.2000, 3ª sección, § 52.



de un derecho cosmopolita no podía pasar más por una exageración fantástica del derecho. Dicha idea es el último grado de perfección necesario del código tácito de derecho civil y público; pues es preciso que estos sistemas conduzcan a un derecho público de los hombres en general, hacia el cual no se puede dejar de avanzar constantemente sino por medio de un espacio público que funcione a escala del globo.<sup>182</sup>

El derecho internacional de los derechos humanos ha introducido, en breve, nuevas geografías que, por lo pronto, piden por sus exploradores y cartógrafos. Pero que también requieren de sus cultores, sobre todo en el ámbito latinoamericano, a fin de que los países y los pueblos que lo componen adviertan que, para persistir en el camino hacia el abrazo que los ligue y confunda, definitivamente, encontrarán en el común entendimiento de los derechos humanos el mejor impulsor y guía.

En cuanto al aludido fenómeno inverso, esto es, de alejamiento, el ejemplo más notable, según lo entendemos, lo brindan los Estados Unidos de América, dada su constante reticencia a ratificar los tratados de derechos humanos, tanto universales como americanos, cuando no a hacerlo con reservas de más que dudosa validez.<sup>183</sup>

## V. Conclusiones

El derecho internacional de los derechos humanos se encuentra inserto en los ordenamientos jurídicos de un alto número de países americanos. Ello implicó introducir en éstos una serie de nuevos derechos, libertades y garantías de la persona humana, y dar nuevos perfiles y contenidos a las ya existentes. También, imprimir a todos los órganos del Estado una nueva dinámica —dadas las obligaciones asumidas de respetar, proteger y realizar los derechos humanos—, que, junto con otros factores, confiere a aquél el carácter de Estado social de Derecho.

Pero, al unísono, entrañó la inscripción de dichos países en verdaderos sistemas de control internacional, que cuentan con órganos competentes para interpretar y aplicar los mentados derechos, y para examinar el cumplimiento de las paralelas obligaciones internacionales contraídas por los primeros. Todo ello, a su vez, se ve amplificado en la medida en que fueron reconocidas, en los casos en que resultan facultativas, las competencias de las instituciones supranacionales en juego.

El mentado control, por un lado, es del resorte de órganos especializados y calificados (Corte y Comisión interamericanas, comités de la ONU), compuestos por miembros independientes. Por el otro, conduce a la producción de actos de diferente naturaleza (sentencias, decisiones, informes, observaciones particulares y generales, recomendaciones), por los cuales estas instituciones cumplen los cometidos anteriormente señalados.

<sup>182</sup> Véase Jürgen Habermas, *La paix perpétuelle*, Cerf, París, 1996, capítulo 2.

<sup>183</sup> Véase Rolando E. Gialdino, “Fuentes comparadas de la Constitución nacional en materia de derechos humanos. Acercamientos. Distanciamientos: el caso de los Estados Unidos de América”, en *El Derecho*, Buenos Aires, 2003, en prensa.

Dichos actos configuran las *fuentes* (formales) que hemos dado en llamar *universales y americanas* —bajo tipos incluso novedosos—, relativas a la inteligencia de los derechos humanos, cuando no de las constituciones en su integridad, y, por ende, de la interpretación, aplicación y, eventualmente, validez, de las normas infraconstitucionales.

No es cuestión, desde luego, de que los Estados presten atención exclusiva a los actos individuales que los tienen por partes, desde el momento en que, por ser actos derivados de sistemas universales y regionales, comprenden a todo Estado parte en situación análoga.

Los hoy tan proclamados procesos de globalización, si algún sentido humanista pretenden seguir, no debería ser otro que hacer realidad, a escala universal y hemisférica, los derechos del hombre. A su vez, la tantas veces citada inserción produce acercamientos a numerosos ordenamientos jurídicos nacionales, pero distanciamientos de algunos de éstos.

Si hablamos seriamente de los derechos humanos, ¿es admisible considerar el derecho a la vida, a la seguridad personal, a la libertad, a no ser sometido a torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a la no discriminación, a la libertad de pensamiento y de expresión, al debido proceso, a los plazos razonables en materia judicial..., sin tomar en cuenta los pronunciamientos de los órganos internacionales de control? El contenido del derecho a la alimentación adecuada, a la vivienda adecuada, a la educación, al trabajo, a condiciones laborales y salarios equitativos, al seguro de desempleo, a la jubilación, a la salud, a la protección de la familia y del niño, a un nivel de vida adecuado, a los bienes culturales..., ¿puede ser determinado con prescindencia de tales elementos? ¿Las obligaciones del Estado de cara a las personas bajo su jurisdicción y a la comunidad internacional son susceptibles de ser evaluadas al margen de los aportes aludidos?

La respuesta por la negativa la entendemos inevitable. Luego, el estudio y profundización de estos medios de expresión del derecho, de estas *fuentes*, se han vuelto un imperativo para el derecho constitucional y para la comunidad jurídica toda. En especial, para los jueces, dado que, si bien todos los poderes y agentes del Estado tienen su parte y pueden generar la responsabilidad internacional de éste, lo cierto es que, regularmente, son aquéllos los encargados finales de tutelar los derechos humanos.

El propósito del presente estudio no ha sido otro que formular una incitación a dicha profundización y estudio. De ello puede esperarse, seguramente, una fuerza que impugne y tuerza, *por el simple y sencillo imperio del derecho*, la iniquidad creciente y desoladora que atraviesa muy especialmente a nuestra América, herida por los predicadores del egoísmo, de la ganancia sin escrúpulos, de la indiferencia hacia el prójimo, del perverso liberalismo individualista, y de otras pócimas no menos deletéreas, negadoras todas ellas, a fin de cuentas, del Estado de Derecho y, fundamentalmente, de la igualdad esencial de todo ser humano.