



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO

SESQUICENTENARIO DEL CÓDIGO CIVIL DE ANDRÉS BELLO

PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LA CODIFICACIÓN

TOMO II

**BAJO LA DIRECCIÓN DE:
MARÍA DORA MARTINIC G.
Y MAURICIO TAPIA R.**

**CON LA COLABORACIÓN DE:
SEBASTIÁN RÍOS L.**



LexisNexis®

2005

LA CODIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS
EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y EL PROCESO DE CODIFICACIÓN:
¿CONTINUIDAD O CAMBIO?*

Claudio E. Nash Rojas
*Coordinador e investigador del Centro de Derechos Humanos
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile
Profesor Asistente de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile*

El proceso de codificación originado con el Código Civil francés es uno de los procesos más interesantes del derecho en los últimos dos siglos y sus efectos no sólo se han hecho sentir en el ámbito del derecho privado, sino que también en el derecho público y, por cierto, en el derecho internacional. Este trabajo pretende reflexionar sobre una arista poco estudiada del tema, cual es, la influencia del proceso codificador en el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se ha desarrollado un importante movimiento en el ámbito internacional en pro de la protección de los derechos humanos. Este proceso de internacionalización de los derechos humanos ha revolucionado los estándares tradicionales del derecho constitucional y del derecho internacional. Sin embargo, pese a todas las innovaciones que a su respecto pueden observarse, este proceso no puede ser aislado de un contexto histórico más amplio y que se inicia a fines del siglo XVII y tiene su pleno desarrollo teórico y práctico en los siglos siguientes.

En este estudio pretenderemos vincular el proceso de codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional con el movimiento general de la codificación, tanto del derecho privado como del derecho público. El acento estará en determinar aquellos aspectos que son permanentes en el proceso de codificación de los derechos individuales, aquellos elementos en los que difieren y, finalmente, buscar algunos criterios que nos permitan una visión de futuro sobre la codificación de los derechos individuales, tanto desde una perspectiva nacional como internacional.

* Agradezco a la investigadora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Patricia PALACIOS ZULOAGA, por sus comentarios y críticas a este trabajo.

En este estudio intentaremos hacer confluir los debates teóricos que enmarcan el desarrollo de la codificación de los derechos humanos y la forma en la que se ha realizado su concreción práctica. No parece razonable excluir uno y otro aspecto de un mismo proceso; desvincular la teoría de la práctica puede llevarnos a conclusiones erradas que nos impedirían una mirada de futuro, que es lo que finalmente nos motiva.

Dividiremos el estudio en cuatro partes: el proceso de codificación en el derecho público (I); la codificación del derecho internacional de los derechos humanos (II); algunos criterios normativos sobre el proceso de evolución de este proceso de codificación (III); la relación entre los sistemas normativos constitucional e internacional (IV) y, finalmente, algunas reflexiones o conclusiones tentativas (V).

I. PROCESO DE CODIFICACIÓN EN EL DERECHO PÚBLICO

Para comenzar nuestro estudio nos situaremos en el contexto del proceso codificador, de forma tal que podamos revisar algunos aspectos generales del mismo, que son de gran importancia para poder comprender los alcances de la codificación del derecho público y el desarrollo del constitucionalismo. En particular, nos interesa determinar las circunstancias históricas que dieron forma a la codificación, su método y los principios que inspiran el proceso.

También serán objeto de este análisis las principales corrientes de pensamiento que dieron forma a la idea de derechos subjetivos y cómo se inserta dicho pensamiento en el proceso de constitucionalización del derecho público. Finalmente, revisaremos las ideas de uno de los pensadores más influyentes del derecho actual, como es John Rawls, de forma de vincular las ideas tradicionales sobre los derechos constitucionalizados con la visión actual sobre estas materias.

1. Antecedentes generales del proceso de codificación

1.1. Concepto y contexto histórico

La codificación se enmarca en el proceso histórico de la Ilustración¹, este período histórico posee ciertas características particulares en lo

¹ Período que según señala Cattaneo se caracteriza por el racionalismo en el derecho natural y el voluntarismo en el derecho positivo (CATTANEO, Mario, *Iluminismo e Legislazione*, Edizioni di Comunità, 1966, p. 13).

político y en lo jurídico que son de relevancia para nuestro análisis. En lo político, se caracteriza por una fuerte tendencia hacia la concentración del poder en manos del monarca, a través de la cual se pretende que éstos ejerzan un poder efectivo sobre sus súbditos. La codificación se presenta, por tanto, como un buen aliado en este proceso de concentración y unificación del poder².

En el plano jurídico, el proceso de la codificación es reflejo de un momento histórico caracterizado por la incertidumbre del derecho vigente, la existencia de una gran cantidad de normas, pero más importante aún, un exceso de opiniones doctrinales que aconsejaban la codificación o a lo menos dar respuesta legislativa a las principales cuestiones debatidas en aquella época³. El siglo XVII, según Solari, es una época de crisis del derecho; es evidente la falta de unidad de las leyes civiles como consecuencia del particularismo como una de las características de la Edad Media, por lo que surge la necesidad de remediar esa falta de unidad⁴.

El proceso de la codificación corresponde al resultado de los esfuerzos mancomunados de monarcas, juristas y filósofos de reducir a una unidad material y formal toda la legislación civil⁵.

1.2. *Fundamentos teóricos*

En el racionalismo se desecha la exégesis del *ius commune* y se opta por una visión más sistemática e independiente de los textos jurídicos positivos⁶. La ley comienza a primar por sobre la costumbre y su interpretación por sobre la doctrina y los precedentes⁷. Ante la dispersión de normas, el racionalismo opta por el camino de la codificación, esto es, “la ordenación racional del material de un sector jurídico partiendo de nuevo o, al menos, redactando de nuevo las regulaciones concretas y tratando de evitar contradicciones, redundancias y lagunas⁸”, desechando la opción tradicional que era la recopilación⁹.

² Un buen ejemplo de este proceso es el caso de la unificación, iniciado por María Teresa en los Estados austríacos en el año 1753, Ver, SOLARI, Gioele, *La filosofía del derecho privado*. Edit. Depalma, Buenos Aires, 1946, vol. I, p. 334; CANNATA, Carlo, *Historia de la ciencia jurídica europea*. Edit. Tecnos, Madrid, 1996, p. 185.

³ *Ibidem*, p. 177.

⁴ SOLARI, *op. cit.*, nota 2, pp. 59-60.

⁵ *Ibidem*, p. 76.

⁶ ALFONSO RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Editorial Trotta, 2002, capítulo 3 (La edad moderna).

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 271.

⁹ *Ídem*.

La base teórica que sirvió de sustento a la codificación del derecho privado es la diferenciación de diversos derechos subjetivos que eran asumidos como evidentes (axioma), a partir de los cuales se sistematizan y ordenan racionalmente los diversos elementos y consecuencias que pueden extraerse de estas ideas generales¹⁰. La idea del derecho privado se vincula directamente con los supuestos dogmáticos de la época: la voluntariedad del pacto, con el énfasis individualista y el rol de la voluntad como causa de las obligaciones con la única limitación en el *pacta sunt servanda*¹¹.

Desde el momento que se pretende fundar el Derecho en dos estadios de desarrollo, el estado de naturaleza y la sociedad civil, se produce la percepción de estar frente a dos sistemas diversos, uno individual y otro colectivo. A partir de la idea del estado de naturaleza y los derechos de que la persona es titular aun con posterioridad del pacto, surge la noción de derechos individuales como parte del derecho privado. En cambio, la sociedad política que construyen las personas es regida por reglas que son comprensivas del derecho público¹².

1.3. Principios inspiradores del proceso de codificación

Los principios sobre los cuales se desarrolla el proceso de la codificación son los derechos naturales, la sistematización y los derechos subjetivos. Estos son los principios que inspiran el iusracionalismo dominante en la época.

Los derechos naturales del individuo son la base sobre la cual se construye toda la sistematicidad del proyecto codificador. Los derechos reconocidos en ese momento: libertad, igualdad, propiedad, se reflejan en todas y cada una de las instituciones legales de la época, las que no podían ser contradictorias con dichos postulados esenciales.

La sistematización dice relación con la construcción de un sistema lógico fundado racionalmente, en el que existe un solo intérprete, el legislador¹³. Toda la legislación debía ser resumida en pocos principios axiomáticos de los cuales derivar por vía deductiva las normas de acción.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 270-275.

¹¹ Este es el concepto elaborado por GROCIO (SOLARI, *op. cit.*, nota 2, p. 25).

¹² SOLARI, G., *op. cit.*, nota 2, p. 17.

¹³ “La sola interpretazione legittima per l’Illuminismo è quinde l’interpretazione autentica. Uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è perciò la rigida difesa della certezza del diritto” (CATTANEO, M., *op. cit.*, nota 1, p. 16).

Este proceso debía reflejar principios inmutables, cuyo origen está en el carácter central de los derechos de las personas; debían tener uniformidad, expresión del dogma de la igualdad ante la ley; por último, el juez debía limitarse a aplicar la ley al caso concreto. Esto debía reflejarse en un sistema coherente de normas, sin lagunas, que abarcara todas las situaciones previsibles¹⁴. Todo ello, a través de leyes simples y fácilmente comprensibles para todas las personas¹⁵.

Finalmente, los derechos subjetivos están reflejados en el reconocimiento que se hace en los códigos de los derechos del individuo que por su sola condición de tal puede exigir del Estado y que este se encuentra obligado a respetar. Ya no está presente la idea de un Estado que otorga derechos, sino de un Estado que los reconoce y garantiza a través de las normas contenidas en las leyes.

1.4. Metodología del proceso codificador

La influencia del racionalismo jurídico se demuestra en el predominio de un método (*demonstratio*) que se aboca a la tarea de construcción de una doctrina que, a partir de algún axioma supuesto como evidente, deduce escalonadamente criterios y normas hasta lograr construir un sistema completo de Derecho, racional o ideal, pero siempre con la vocación de ser puesto en vigor¹⁶.

2. La constitución y la codificación de los derechos individuales

La teoría racional del Estado y el derecho racional en que convergen las doctrinas iusnaturalistas racionalistas son la base del proceso de codificación y del constitucionalismo¹⁷. Las ideas que primaron en el constitucionalismo de fines del s. XVIII y s. XIX fueron muy similares a las que inspiraron el proceso codificador. Destaca el principio de una ley ordenadora, esto es, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; la exigencia de someter a límites preestablecidos al poder político y con ello lograr garantizar ciertas libertades

¹⁴ FIGUEROA, María Angélica, *La codificación civil chilena y la estructuración de un sistema jurídico legalista*, en *Andrés Bello y el Derecho*, publicación Departamento de Ciencias del Derecho, Editorial Jurídica de Chile, p. 84.

¹⁵ CATTANEO fija este como uno de los principios presentes en la Revolución francesa (CATTANEO, *op. cit.*, nota 1, p. 109).

¹⁶ *Ibidem*, p. 132.

¹⁷ RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, nota 6, p. 269.

individuales; y la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito¹⁸.

A partir de estas conexiones, a continuación exploraremos los principales aspectos del pensamiento iusnaturalista racionalista, que permiten comprender de mejor forma los alcances de la codificación del derecho público. Formularemos algunas reflexiones en torno al proceso histórico que concretó estos principios teóricos. Finalmente, analizaremos una versión actual del pensamiento político que recoge algunos elementos centrales del pensamiento ilustrado y que busca una explicación del proceso de codificación de los derechos individuales.

2.1. Visión teórica tradicional: los iusnaturalistas racionalistas

El marco conceptual en el que se desenvuelven las ideas sobre los derechos individuales está marcado por el desarrollo de los conceptos de soberanía y Estado moderno, así como la idea de tolerancia, consecuencia de las guerras religiosas provocadas por el proceso de Reforma protestante. Será a partir de las ideas iusnaturalistas racionalistas del s. XVIII que se construyen las bases teóricas de los derechos individuales y su vinculación con la sociedad política.

El desarrollo del pensamiento vinculado *con el derecho natural racionalista* surgió como una respuesta a los cambios en la sociedad y en el pensamiento propio de los avances de la Europa occidental de los siglos XVII y XVIII. Sin duda, era una sociedad que había cambiado, los descubrimientos, el contacto con nuevos territorios y gentes, la reforma religiosa, entre otros eventos, traen consigo la necesidad que el pensamiento jurídico busque respuesta adecuadas a esta nueva diversidad. Tomando las herramientas del pensamiento racionalista, los iusnaturalistas vieron en la construcción de un derecho basado en la razón una respuesta general de validez que ya no requería de sustentos religiosos, puestos en conflicto en la nueva realidad social. Cabe destacar que los nuevos juristas no eran necesariamente religiosos ni teólogos, tampoco tenían una estrecha vinculación con las universidades; eran, en especial, personas vinculadas a los problemas actuales prácticos y políticos, lo que les entregó una nueva visión y nuevas necesidades de respuesta.

El derecho natural racionalista concibe el Derecho como una dualidad, diferenciando el derecho natural del positivo, correspondiendo al derecho

¹⁸ *Ibidem*, pp. 275-276.

natural dar el contenido ideal del derecho positivo¹⁹. A su vez, los iusnaturalistas separan radicalmente la esfera del Derecho de aquella que corresponde a la actividad del Estado (Lex)²⁰.

Bajo la influencia del racionalismo, los iusnaturalistas entienden que el derecho natural “reside en la naturaleza racional del hombre²¹”, cuyo contenido puede obtenerse mediante un método de análisis que a partir de los principios y mediante la lógica, extraiga las consecuencias prácticas de estos principios. Fundan los iusracionalistas el contenido del Derecho en la pura razón del individuo, el que conservaría su validez aun sin la existencia de Dios; separándose de la visión teológica que situaba la validez en la revelación divina²². El análisis lógico para los iusnaturalistas no representa sólo un elemento clarificador, sino que se lo concibe como el instrumento mismo del saber, la conceptualización adquiere un nuevo rol, como medio para obtener contenidos, crearlos constructivamente y fundarlos en virtud de esta actividad constructiva²³.

El derecho natural racionalista también pretende una validez universal e intemporal fundado en la razón humana, con lo cual marca su emancipación de la Teología Moral²⁴. Este proceso de separación permite que Thomasius, discípulo de Pufendorf, plantee la separación del Derecho de la Moral²⁵.

Los iusnaturalistas desarrollan, además, la idea de la *limitación del poder*, fundada en los derechos individuales. El poder ilimitado es contrario a su idea de derecho natural; la sociabilidad del hombre, su libertad original (en el estado de naturaleza), la voluntariedad del pacto que valida el ejercicio del poder estatal, son en sí limitaciones a este poder: “el Estado puede crear y fundar derecho en la medida que alberga en sí un derecho original y lo realiza²⁶”. A partir del método de la abstracción lógica, los pensadores iusnaturalistas determinan ciertos derechos que son inherentes

¹⁹ FIGUEROA, María Angélica, *Los elementos formativos del derecho occidental*. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, s/año.

²⁰ CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*. Fondo de Cultura Económica, México, 1950, p. 229. Por su parte, Thomasius plantea la idea de que el derecho natural es sólo un elemento ideal normativo, pero no es Derecho (WELZEL, Hans, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Aguilar, Madrid 1977, p. 173).

²¹ FIGUEROA, *op. cit.*, nota 19, s/n.

²² CASSIRER, *op. cit.*, nota 20, p. 228.

²³ *Ibidem*, p. 242.

²⁴ WIEACKER, Franz, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, Granada, Comares, 2000, p. 226.

²⁵ WELZEL, *op. cit.*, nota 20, p. 171.

²⁶ CASSIRER, *op. cit.*, nota 20, p. 247.

a la naturaleza del hombre²⁷ (libertad, igualdad, propiedad) y son supuestos necesarios para su desarrollo en sociedad y, de esta forma, fundan el ordenamiento jurídico que le es legítimo dictar al Estado.

El racionalismo jurídico busca nuevas bases en las cuales fundar su dogmática; en efecto, la separación del sustento cultural que representaba la teología moral y su máxima expresión, la verdad revelada, obliga al racionalismo a desarrollar una nueva dogmática que le permitiera conformar una teoría de la persona y la sociedad fundada en un nuevo concepto: la razón. Los avances habidos en las ciencias naturales y el desarrollo del método cartesiano, permiten a los racionalistas nuevas aproximaciones a la idea de persona y sociedad, ahora ya no desde verdades reveladas, sino desde verdades descubiertas por medio de la razón.

En el racionalismo se observa la separación entre el *método apriorístico* y el *empírico*, lo cual es explicable por las dos corrientes de pensamiento que se observan al interior del racionalismo. En la primera, aquellos que depositan su fe exclusivamente en la razón y ven la posibilidad de descubrir verdades naturales, que pueden ser expresadas en axiomas de los cuales es posible concluir verdades particulares a través de la deducción y la lógica²⁸. Por otro lado, en la segunda²⁹ se buscan las respuestas a través del conocimiento práctico; sólo se cree en aquello que puede ser demostrado a través de los métodos desarrollados por las ciencias naturales³⁰. Ambos métodos están presentes en todo el debate racionalista, compartiendo un mismo espacio y buscando explicar los mismos procesos históricos y creando una misma dogmática: la dogmática racionalista. En ambos métodos, la razón juega un rol central y en ambos métodos está presente el mismo rechazo a las verdades impuestas. Los iusnaturalistas desarrollan un individualismo jurídico sobre las bases gnoseológicas de la época, uniendo principios cartesianos y empiristas³¹.

Fue una idea generalizada en esta época depositar la fe en el conocimiento a partir de la observación de las cosas en su estado natural, la

²⁷ FIGUEROA, *op. cit.*, nota 19, s/n.

²⁸ A partir de este pensamiento se desarrolla la idea innata de lo justo y de los derechos innatos del hombre, con fundamento en el derecho objetivo (SOLARI, *op. cit.*, nota 2, pp. 12-13).

²⁹ Esta corriente en lo jurídico invocó el sentido innato de lo justo, o bien lo útil y las necesidades sociales, basando su sustento en la experiencia y la utilidad social que engendran la idea abstracta de lo justo y su obligatoriedad (*Ibidem*, p. 14).

³⁰ En el siglo XVII, Bacon destaca el estudio empírico de la política que realizara Maquiavelo (CASSIRER, E., *El mito del Estado*. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, p. 142). HAZARD nos plantea que el método de conocimiento favorito de la época es el análisis y su procedimiento, la experiencia (HAZARD, Paul, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958, p. 51).

³¹ SOLARI, *op. cit.*, nota 2, pp. 5-6.

determinación de su comportamiento y extracción de conclusiones generales³².

Con el estudio del individuo y la sociedad se sigue este mismo proceso. Se busca lograr determinar el estado de naturaleza de la persona, poder explicar su comportamiento natural, regido sólo por las leyes naturales y de ahí extraer las consecuencias del porqué de la creación de la sociedad y el Estado. En este proceso de atomización de la persona se llega a la idea del *estado de naturaleza*, que será para los pensadores racionalistas el punto de partida. Al poder determinar el comportamiento de las personas en su estado natural se puede explicar los porqués de su posterior evolución³³. En la descripción misma del estado de naturaleza nos encontramos con diferentes concepciones; hay quienes sostienen que este es un estado de conflicto, de inseguridad, de guerra permanente³⁴, mientras otros sostienen exactamente lo contrario, esto es, que en este estado de naturaleza los hombres son plenamente libres y viven en armonía (Locke)³⁵. Cualquiera sea la concepción, es claro que este estado de naturaleza termina y se produce un traspaso a un nuevo estadio de desarrollo, en el cual se pasa de lo individual a lo social; es la construcción de la idea de sociedad³⁶.

La sociedad natural corresponde a este estadio de desarrollo en el cual se constituye la sociedad, el individuo deja de ser un sujeto aislado para transformarse en un sujeto social. La sociedad natural corresponde a una unión interesada de los sujetos. Estos han dejado su estado de total libertad y goce pleno de todos los derechos con el objetivo de convivir con otros sujetos³⁷.

Este estado de sociedad natural da paso luego a la *sociedad política*, entendiendo por tal aquella estructura en la cual los hombres se organizan y crean instituciones que regulan la vida en comunidad. Esta sociedad política recibe el poder de las cesiones de derechos que le hacen sus miembros, con el objeto de obtener por su intermedio ciertos valores buscados (seguridad, libertad, propiedad).

³² *Ibidem*, p. 15.

³³ HAZARD nos plantea que la búsqueda empírica del estado de naturaleza buscaba conocer las normas que lo regularían (HAZARD, *op. cit.*, nota 30, p. 199).

³⁴ En este sentido, HOBBS, Spinoza (RUIZ MIGUEL, A., *Curso de Filosofía del Derecho*, Programa de Filosofía del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, curso 2000-2003, p. 43).

³⁵ LOCKE, un poco más escéptico ROUSSEAU (*Ibidem*, pp. 44-45).

³⁶ Este estado de naturaleza es considerado por algunos como un estado hipotético y otros lo consideran un hecho histórico universal, pero su fuerza proviene de su carácter hipotético (RUIZ MIGUEL, A., *Ibidem*, pp. 38-39).

³⁷ *Ibidem*, p. 53.

Es interesante tener presente que este proceso no es igual en el concepto de los pensadores de la época. Hay algunos que conciben directamente el paso desde el estado de naturaleza a la sociedad política, mediante la renuncia de todos los derechos (Hobbes) y en otros es un paso intermedio, sin que represente necesariamente el final del camino en la construcción de la sociedad (Rousseau).

Ahora, este paso desde el estado de naturaleza al estado de sociedad natural y eventualmente a la sociedad política, es un paso que necesita un acto de voluntad. En esto se manifiesta el individualismo propio del racionalismo del s. XVII y XVIII; todo el proceso de constitución de la sociedad se hace sobre la base de la voluntad de quienes la integran³⁸. Esta manifestación de voluntad, que funda y legitima la organización social y el poder, se expresa en la idea de *pacto social*³⁹. Este pacto social es precisamente el acuerdo de cada individuo en renunciar a los derechos de que se es titular en el estado de naturaleza y traspasar estos a la sociedad y al ente político que manifiesta esta organización: el Estado⁴⁰. El margen de renuncia de derechos es distinto para los diversos autores, al igual que la posibilidad de dejar sin efecto el pacto. Hay autores que se pronuncian por una renuncia total de derechos⁴¹, otros que se pronuncian por una renuncia parcial de derechos⁴² y, un tercer grupo, que plantea la renuncia de derechos que luego son recuperados como derechos civiles⁴³. En cuanto a la posibilidad de dejar sin efecto el pacto, algunos autores plantean su imposibilidad, mientras que otros se pronuncian a favor de ello⁴⁴.

Por otra parte, esta idea de pacto como constitutivo del Estado, da origen al constitucionalismo que construye una estructura política sobre la base de la expresión y articulación sistemática de la voluntad general⁴⁵.

³⁸ Tampoco hay plena coincidencia en si este proceso es natural, de hecho; sólo Grocio habla de una tendencia natural en este sentido, la '*apetitus societatis*', el resto de los autores lo considera más bien un acto calculado, necesario, más que natural (RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, nota 34, pp. 40-43). Pero para todos los autores es el expediente justificador básico de la asociación política (RUIZ MIGUEL, A., *op. cit.*, nota 34, p. 49).

³⁹ Para algunos autores, *et. al.*, HOBBS, SPINOZA, KANT, lo consideran una idea regulativa al servicio de la justificación más o menos completa del Estado; otros, como LOCKE, PUFENDORF y ROUSSEAU, lo conciben como una realidad histórica, ya sea expresa, táctica o futura (RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, nota 34, pp. 48-49).

⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

⁴¹ Tesis "autoritaria" (*Ibidem*, p. 56).

⁴² Tesis "liberal" (*Ibidem*, p. 55).

⁴³ Tesis "democrática" (*Ibidem*, p. 57).

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 59-61.

⁴⁵ TOMÁS y VALIENTE, FRANCISCO, *Manual de Historia del Derecho Español*. Tecnos, Madrid, 1997, p. 422.

La idea de pacto es enriquecida por *Rousseau*, quien no centra su doctrina en el individuo, sino que “levanta el problema por encima de la esfera del ‘ser individual’ y lo orienta de una manera cierta y expresa hacia el ‘ser social’⁴⁶”. Parte de la base del estado de naturaleza como un estado de ‘felicidad relativa’⁴⁷, desde el cual se evoluciona necesariamente hacia el estado civil que no logra satisfacer las necesidades del individuo, dado el surgimiento de la codicia y la propiedad privada. Para salir de esta situación, el hombre llega a un pacto, que a diferencia de sus predecesores (Grocio y Hobbes) no es concebido como irrevocable y de sumisión total. El nuevo orden, sociedad política o Estado, se funda en el consentimiento unánime de todos los ciudadanos hacia la voluntad general, entendiendo por tal lo justo, lo bueno, lo que debe ser; esta voluntad general se constituye sobre la idea de que los hombres aspiran hacia estos valores⁴⁸. De esta manera puede desarrollar su idea de la ‘voluntad general’, que permite que en sociedad cada uno no quede sujeto al arbitrio de los demás, sino que sólo obedezca a dicha voluntad general que el sujeto conoce y reconoce como propia⁴⁹.

2.2. De la teoría a la práctica: El proceso de codificación americano y francés y su impacto en el desarrollo de la codificación

Habiendo revisado las bases teóricas desarrolladas por la doctrina, pasaremos a revisar algunos de los desarrollos históricos que han concretizado en procesos políticos y sociales estas ideas. Para este análisis nos centraremos en el vínculo que se da entre la parte orgánica y dogmática de la constitución, a la luz de la garantía de los derechos individuales⁵⁰.

Desde una perspectiva histórica, el proceso de codificación del derecho público desarrollado a partir del s. XVIII determinó la forma en que serían incorporados los derechos fundamentales en las constituciones nacionales durante los siglos XIX y XX. El principio que inspiró la codificación fue la consagración de los derechos individuales como objetivo central del diseño institucional sistematizado en el texto constitucional.

⁴⁶ CASSIRER, Ernst, *op. cit.*, nota 20, p. 176.

⁴⁷ Concepto usado por RODRÍGUEZ PANIAGUA, ver RODRÍGUEZ, José María, *Historia del pensamiento jurídico. De Heráclito a la Revolución Francesa*, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, sección de publicaciones, Madrid, 1992, p. 251.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 256. En el mismo sentido, CASSIRER, *op. cit.*, nota 20, p. 176.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 180.

⁵⁰ En la parte dogmática se recogen las declaraciones de derechos y en la orgánica, la organización del poder, ver RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, nota 6, p. 277.

La primera experiencia relevante y que marca el proceso venidero es el *caso norteamericano*. Si seguimos a Cruz Villalón, en este caso podemos distinguir dos etapas: una de fundamentación y otra de constitucionalización⁵¹. En la primera se desarrolla la idea de los derechos del hombre y la estructura política, ambas entendidas como una consecuencia del pacto social, esto es, los derechos del individuo ya no serán considerados como derechos anteriores al estado de sociedad política (derechos naturales), sino que derechos que cambian su naturaleza y pasan a ser derechos derivados de la idea de pacto⁵². La etapa de la constitucionalización comprende la incorporación de estos derechos a la constitución, que en el caso norteamericano tuvo un triple efecto: las declaraciones de derechos pasan a tener rango constitucional, su revisión quedó a disposición del constituyente y el control de la constitucionalidad de las leyes se realiza a través del procedimiento de la revisión judicial⁵³.

En *Francia*, el proceso de fundamentación se da en términos similares al americano, pero al momento de su constitucionalización se presentan algunos fenómenos que determinan su fracaso. Nos encontramos con la desnaturalización de los derechos y su desconstitucionalización⁵⁴. La desnaturalización proviene del hecho que en las constituciones posteriores al proceso revolucionario, sólo se establecen las garantías de los derechos, pero su definición deja de ser la base de la estructura de codificación del derecho público. La desconstitucionalización se produce porque los derechos individuales quedan fuera de la constitución, la que sólo contempla la estructura política del Estado⁵⁵. En el siglo XX, este proceso tiene un cierto giro, concretamente en Alemania, con el desarrollo de la República de Weimar. Aquí, el constituyente desarrolló un amplio catálogo de derechos, aunque muchos de ellos con remisión a la ley, para ser desarrolladas por ésta⁵⁶.

Los procesos americano y francés se enfrentaron a distintas adversidades, lo que marcó su desarrollo. Comparativamente, siguiendo a Ruiz Miguel, podemos señalar que en ambos procesos revolucionarios hubo una

⁵¹ CRUZ VILLALÓN, P. "Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Revista Española de Derecho Constitucional* Nº 25, Madrid, 1989, p. 43. En el mismo sentido, ver HART ELY, John, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 1997, pp. 19-96.

⁵² CRUZ, *op. cit.*, nota 51, p. 45.

⁵³ *Ibidem*, pp. 45-48.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 51. Ver en el mismo sentido crítico a RUIZ MIGUEL, *op. cit.*, nota 6, pp. 275-291.

⁵⁵ CRUZ, *op. cit.*, nota 51, p. 52.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 57.

distinta concepción de la relación entre constitución-ley-control judicial de los derechos constitucionales. En particular, la confianza-desconfianza del poder legislativo respecto de los otros poderes articula procesos diversos. En la experiencia americana se considera a la Constitución como un instrumento de garantía de los derechos individuales frente al poder estatal, incluso por encima del poder legislativo; en particular, esta tendencia se desarrolla a partir de 1803, mediante la técnica del control judicial ordinario de constitucionalidad de la legislación⁵⁷. Al contrario, en el caso francés, si bien en materia de declaraciones de derecho fue fructífero, el proceso puede ser considerado como un caso de desconstitucionalización de los derechos, en la medida que su regulación fue dejada por completo en manos de la ley. En la Francia revolucionaria había una gran desconfianza en el poder judicial, visto como un aliado del *ancien régime*. Esto determina al parlamento y, en consecuencia, a la ley como la única instancia legítima para desarrollar y establecer los límites de los derechos enumerados en las declaraciones.

En América Latina, este proceso tuvo un gran impacto en el desarrollo institucional de las nuevas repúblicas. El constitucionalismo se manifestó en Latinoamérica a través de textos que consagraban largos y completos catálogos de derechos, pero en una gran mayoría de los casos éstos eran meras declaraciones formales, alejadas de la realidad y sin mecanismos concretos que permitieran a la constitución influir en la toma de decisiones de la estructura estatal⁵⁸. En materia de control de constitucionalidad, el constitucionalismo latinoamericano posee ciertas características particulares que hacen interesante su análisis. En efecto, en un primer momento siguió el modelo norteamericano de control constitucional; con posterioridad a la segunda guerra mundial, el modelo europeo o concentrado se impuso, con la peculiaridad de que en muchos casos se mantuvo la facultad de los jueces ordinarios para no aplicar las normas legales en los casos que son sometidos a su conocimiento, creando, en consecuencia, sistemas mixtos, duales o paralelos que combinan los paradigmas de control de constitucionalidad⁵⁹.

⁵⁷ El caso clave en este proceso es *Marbury v. Madison*, para un completo análisis de sus implicancias en el constitucionalismo norteamericano, ver ACKERMAN, Bruce, *We the People: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, Vol. I, 1991.

⁵⁸ Para un completo análisis de este proceso, ver GARZÓN, Ernesto, "Las funciones del Derecho en América Latina", en *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 201-234 (225-234).

⁵⁹ En esto hemos seguido al ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, ver: "Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos", en *Justicia, libertad y derechos humanos. Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, t. I, IIDH, San José-Costa Rica, 2003, pp. 205-206.

2.3. *Visión teórica revisitada: Rawls y el debate actual*

La teoría de la justicia de Rawls es el aporte más sustancial a la filosofía política de la segunda mitad del s. XX⁶⁰. Dentro de la vastedad de temas que aborda Rawls, uno que nos interesa especialmente es su visión del proceso de formación de la estructura básica de la sociedad y cómo la aplicación de su método de razonamiento nos lleva a la conformación, idealmente, de una sociedad constitucional democrática, donde los derechos individuales –en particular los derechos de libertad– ocupan un papel fundamental.

Es interesante el análisis de la teoría rawlsiana, toda vez que este autor vincula algunas nociones que estaban en la esencia de la construcción iusracionalista en una perspectiva actual y de gran influencia en el pensamiento filosófico contemporáneo. Principalmente, encontramos en el pensamiento rawlsiano la idea de pacto⁶¹ y el desarrollo de una teoría que explica los pasos en la construcción de una sociedad regulada por ciertos principios y leyes.

Para Rawls, una vez que se han definido los principios de la justicia a través del método de la posición original con base en el velo de la ignorancia, es necesario que se apliquen estos principios en el diseño de la estructura básica de la sociedad. Este diseño deberá comprender la forma según la cual las instituciones sociales relevantes (constitución, acuerdos económicos o sociales) distribuyen derechos fundamentales y obligaciones y, a su vez, determinan la división de los beneficios provenientes de la cooperación social⁶². Para efectos de nuestro análisis, nos concentraremos en las etapas que van desde el proceso de aplicación de los principios de justicia al diseño de un estado constitucional.

Para Rawls, una vez definidos los principios de justicia, será necesario que se estipulen las normas constitucionales que aseguren la aplicación de los principios elegidos en la posición original. Luego, se deben resolver aquellos temas relativos a la justicia de la legislación y de las políticas sociales, se debe decidir acerca de qué disposiciones constitucionales son

⁶⁰ Seguimos a continuación, principalmente, el desarrollo de su teoría en *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México (1971), 2002, y en *Liberalismo Político*, Fondo de Cultura Económica, México (1993), 2003.

⁶¹ La tesis contractualista de Rawls tiene ciertas particularidades, en particular su carácter hipotético, esto es, “un acuerdo que firmaríamos bajo ciertas obligaciones ideales, y en el cual se respeta nuestro carácter de seres libres e iguales”, GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, 1999, p. 31.

⁶² RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, op. cit., nota 60, p. 20.

válidas para lograr que las opiniones contrapuestas que pueden surgir de la discusión sobre la aplicación de los principios finalmente prevalezcan. A través de este sistema, se podrán “jerarquizar procedimientos para decidir qué opinión ha de ser promulgada como ley⁶³”.

Finalmente, el ciudadano tendrá que definir ciertos mecanismos para determinar en qué casos “las decisiones mayoritarias habrán de cumplirse y en cuáles pueden ser rechazadas como no obligatorias⁶⁴”. Esto es factible ya que las decisiones operan sobre la base de un sistema de justicia procesal imperfecta, por lo que el resultado del procedimiento legal debe estar acorde con los límites impuestos en el proceso constitucional a la luz de los principios de justicia.

Nos interesa de la teoría rawlsiana, en particular, su visión de la constitución y cómo en ella confluyen las ideas básicas que configuraron la relación constitución/derechos en el pensamiento constitucionalista tradicional. Para Rawls, idealmente, “una constitución justa será un procedimiento justo dispuesto de manera que asegure un resultado justo”. Para lograr dicho fin, es necesario que se incorpore al procedimiento mismo “las libertades de una ciudadanía igual”, las que deberán ser incorporadas y protegidas por la constitución⁶⁵. En el modelo constitucional democrático propuesto por Rawls, el principio de la igualdad de la libertad incorporado a la constitución exige que “las libertades fundamentales de la persona y las libertades de conciencia y pensamiento estén protegidas y que el proceso político como un todo, sea un procedimiento justo. [A]sí, la Constitución establece un *status* general de igualdad ciudadana y realiza la justicia política⁶⁶”.

Por tanto, en el modelo de democracia constitucional de Rawls, la cuestión de consagrar ciertos derechos se concentra en el paso desde el primer momento al segundo momento, esto es, en el paso desde los principios de justicia a la configuración de “la justicia de las formas políticas y escoger una constitución⁶⁷”. Ello implica, según nos aclara Rawls en *Political Liberalism*, decidir dos cuestiones: “los principios fundamentales que especifican la estructura general de gobierno y el proceso político”, y los “derechos y libertades básicas de la ciudadanía, en pie de igualdad,

⁶³ *Ibidem*, pp. 187-188.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 188.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 190-191.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 190.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 190. Un estudio de las consecuencias de este proceso ver MORESO, José, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, en *Discusiones* N° 1, Año I, N° 1, año 2000, pp. 15-51.

que la mayoría legislativa ha de respetar⁶⁸. En este modelo, la soberanía no reside en la legislatura, sino que en el poder constituyente; por tanto, la regla de mayoría es el sistema de decisión en manos de cuerpos legislativos, con las restricciones establecidas por los elementos esenciales de carácter constitucional⁶⁹.

Finalmente, parece relevante en el diseño de Rawls la idea de razón pública y el rol que juega el poder judicial. Rawls sostiene que para el liberalismo político el ejercicio del poder político es apropiado y, por tanto, justificable, sólo cuando se ejerce en concordancia con una constitución, cuyos elementos esenciales todos los ciudadanos pueden suscribir a la luz de principios e ideas aceptables para ellos como razonables y racionales. Ello obliga a los ciudadanos a tener la disposición a escuchar a los demás y actuar con imparcialidad, con apego a lo justo, al decidir cuándo han de hacerse los ajustes, razonablemente, para conciliar sus propios puntos de vista con los de sus conciudadanos.

De esta forma, la legitimidad está estrechamente vinculada con la razón pública; en efecto, la voluntad común debe formarse a través de un procedimiento que se base en ideas que puedan ser razonablemente suscritas por todos y que no sean manifestación de una determinada concepción comprensiva. Esta vinculación, y por tanto, las exigencias de la razón pública, no sólo obligan a las autoridades, sino que a todos los ciudadanos en el ejercicio de su poder público coercitivo. Por ello, esta razón pública se debe manifestar en toda la relación política entre los ciudadanos dentro de la estructura básica de la sociedad; implica una participación igual en el poder político coercitivo que ejercen unos ciudadanos sobre otros en el acto de votar y por otros medios.

En definitiva, lo que nos pide la razón pública es que los ciudadanos sean capaces de explicar los fundamentos de sus actos, en términos que cada cual espere razonablemente que los demás puedan suscribir, por ser congruentes con su libertad y su igualdad ante la ley⁷⁰.

En cuanto al rol del poder judicial, Rawls parte de la base de una estructura dualista, donde distingue el poder constituyente y el poder ordinario de los funcionarios. En dicha estructura, el poder supremo no lo puede ejercer uno solo de los poderes del Estado, sino que este “poder más alto y supremo lo ejercen las tres ramas, en una relación debidamente

⁶⁸ J. RAWLS, *Liberalismo político*, op. cit., nota 60, p. 217.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 220.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 208.

especificada de una con la otra, y cada una es responsable ante el pueblo⁷¹". A partir de estos principios, sostiene que la Suprema Corte encaja en la idea de una democracia constitucional dualista como "uno de los recursos institucionales para proteger a la ley más alta⁷²". Sobre el rol de la Corte y la objeción contramayoritaria, Rawls señala que la "Suprema Corte no es antimayoritaria respecto de la ley más alta cuando sus decisiones concuerdan razonablemente con la Constitución misma, con las enmiendas que se le hayan hecho y con las interpretaciones de ella que se hayan ordenado políticamente⁷³".

De esta forma, es evidente que Rawls ha renovado ciertas cuestiones centrales del pensamiento que inspiró la constitucionalización de los derechos individuales y ha puesto al día la teoría constitucional para encontrar una explicación coherente respecto de la idea de consagrar los derechos en la constitución y establecer ciertos mecanismos de protección.

II. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (DIDH)

El propósito de esta parte del estudio es analizar cómo se ha producido la codificación de los derechos individuales en el plano internacional. El centro del análisis en esta parte estará en determinar cuáles son los elementos que nos dan una cierta continuidad entre el proceso de codificación de los derechos en el ámbito nacional y en cuáles difiere. Con este fin analizaremos el contexto histórico que determina el desarrollo de este proceso de codificación, los principios que los inspiran y las características que va tomando al irse estructurando en la práctica.

Destaca en esta parte del análisis el desarrollo no sólo de ciertos catálogos de derechos, sino que el amplio proceso de creación de mecanismos de protección de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales. La idea que sustenta nuestro acercamiento es que ambos procesos codificación/creación de mecanismos corresponde a un mismo desarrollo y, por tanto, deben ser analizados conjuntamente y no como fenómenos separados.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 220-221. En este sentido, RAWLS sigue la tesis de ACKERMAN sobre la democracia dualista, para una versión en español, ver ACKERMAN, BRUCE, "Un Neofederalismo?", en *Democracia y Constitución*, ELSTER, Jon, y SLAGSTAD, Rune (eds.), México, Fondo de Cultura Económica (1988), 1999, pp. 217-262.

⁷² *Ibidem*, p. 222.

⁷³ *Ídem*, p. 222.

I. Contexto histórico

El desarrollo de la codificación del derecho internacional de los derechos humanos es una respuesta ante el fracaso de los sistemas tradicionales de protección de los individuos, tanto a través de los mecanismos desarrollados en el ámbito nacional, como aquellos establecidos por el derecho internacional público. De ahí que sea necesario situar adecuadamente el contexto a partir del cual comienza a desarrollarse el sistema internacional y, en particular, el proceso de codificación internacional de los derechos humanos.

1.1. El fracaso de los mecanismos de protección nacional e internacional de los derechos individuales

El desarrollo de un constitucionalismo fuerte en Europa⁷⁴ y desde ahí exportado al mundo, tiene su origen en el reconocimiento del fracaso de los sistemas de protección de los individuos en el ámbito interno. El sistema constitucional de la posguerra sólo puede ser entendido como una respuesta ante el reconocimiento de que el sistema desarrollado desde el siglo XVII en adelante, sobre la base de la soberanía estatal sin frenos adecuados, era la vía por la cual se había podido desarrollar la tragedia de la Segunda Guerra y, en particular, los hechos que la desencadenaron. Sistemas nacionales que no fueron capaces de limitar la actividad del Estado y, por tanto, permitieron violaciones masivas de los derechos individuales, fueron la base para el desarrollo de una nueva y revitalizada visión de los límites institucionales al poder estatal.

Frente a este análisis de la realidad se desarrollan dos procesos: por una parte, el fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, para lo cual se construye un constitucionalismo fuerte en materia de derechos y un desarrollo conceptual y jurisprudencial en materia de derechos fundamentales⁷⁵. Por la otra, el desarrollo de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Este último proceso será el objeto de nuestra atención.

⁷⁴ Sobre los alcances de este proceso, ver CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, 2003.

⁷⁵ FAVOREU, Louis. *Droit Constitutionnel*, Dalloz, París, 1998; PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid-España, 1999; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002.

*1.2. El gran cambio para el derecho internacional:
la experiencia de las guerras mundiales*

El derecho internacional desde sus inicios había desarrollado ciertos mecanismos de protección de los individuos. Estos mecanismos de protección tradicionalmente decían relación con la intervención del Estado en la protección de los ciudadanos. Los principales ejemplos vigentes en esa época fueron: protección diplomática, que, en palabras de Buergenthal, fue “un primer signo de la intervención de terceros estados en las relaciones entre un gobernante y sus gobernados (...) que constituía una extensión de la soberanía nacional”; la abolición de la esclavitud, que se enmarca entre los “esfuerzos destinados a resolver un problema de derechos humanos, es decir, de derechos pertenecientes a todos los individuos por el solo hecho de existir”; la protección de minorías cuyo “objetivo (...) fue el de asegurar para estas minorías un trato justo e igualitario y el respeto de su lengua, religión y costumbres”; y la intervención humanitaria, entendiendo por tal la “intervención armada en el territorio de un Estado con el fin de proteger la vida de extranjeros o nacionales que habitan ese territorio⁷⁶”.

Un primer paso en el sistema internacional para mejorar la protección internacional se produce una vez terminada la I guerra mundial. Fundamentalmente, se promueve una actividad importante en el ámbito internacional para hacerse cargo de, al menos, las siguientes cuestiones: desarrollar un sistema de protección de minorías; desarrolla un sistema internacional de protección de los trabajadores (destaca en este campo, la creación de la Organización Internacional del Trabajo), y profundiza el sistema internacional de protección de las personas refugiadas⁷⁷.

Frente a los horrores de que fue testigo la humanidad durante la II Guerra Mundial, surgió la necesidad de establecer un orden internacional por encima de los estados, que previniera la repetición de este tipo de situaciones en el futuro: se crearon organizaciones internacionales en el plano político (Naciones Unidas, Organización de Estados Americanos, Consejo de Europa); en lo económico se diseñó un sistema internacional (Fondo Monetario internacional, Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo), en lo militar surgieron pactos internacionales (OTAN, Pacto de Varsovia); en el campo del derecho humanitario se desarrollaron

⁷⁶ BUERGENTHAL, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, México, Editorial Gernika, 1998, pp. 31-47.

⁷⁷ BUERGENTHAL, Thomas, et al., *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Venezuela, Editorial Jurídica Venezolana, 1990, pp. 12-14.

nuevos instrumentos internacionales (Convenciones de Ginebra de 1949), y en materia de refugiados se comenzaron a desarrollar instituciones y documentos internacionales (Alto Comisionado para los Refugiados y la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) propiamente tal comenzó a desarrollarse como parte de este esfuerzo por establecer un nuevo orden internacional. La comunidad internacional asumió la tarea de crear un sistema que protegiera a los individuos del exceso en el ejercicio del poder por parte de los gobernantes; parecía claro que no era posible dejar entregado a la “soberanía” de cada Estado el destino de los individuos.

El proceso de internacionalizar la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de un catálogo de derechos humanos y de la promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en el catálogo. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los derechos humanos de que había sido testigo la humanidad durante la Guerra, a través de un sistema que denunciara estos hechos cuando aún constituían situaciones esporádicas, impidiendo que éstas se transformaran en situaciones de violaciones masivas y sistemáticas, esto es, un énfasis fundamentalmente preventivo⁷⁸.

No podemos dejar de considerar que todo este proceso está marcado por el contexto político del mundo de la posguerra. La Guerra Fría y su consecuente división del mundo en bloques antagónicos impidieron un desarrollo fluido de la idea del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, la situación política mundial estaba marcada por la división bipolar en medio de una guerra fría, y también, por un mundo desigual en que había países desarrollados, como Estados Unidos; países que querían volver al desarrollo pleno después de la devastación provocada por la guerra, como muchos países europeos; países que vivían en el subdesarrollo, como los países latinoamericanos, y países que lentamente empezaban su vida independiente, como las colonias africanas. Estos hechos políticos impidieron por muchos años lograr los propósitos plasmados en el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas⁷⁹.

⁷⁸ MEDINA, Cecilia, y NASH, Claudio. “Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Públicos. Sección doctrina”, en *Documentos Oficiales*, Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 1, diciembre 2003, p. 18.

⁷⁹ Esta reafirmaba: “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, ver Carta de las Naciones Unidas adoptada en San Francisco, Estados Unidos, el 26 de junio de 1945.

Sin embargo, el surgimiento de un movimiento internacional en pro de los derechos humanos y la presión ejercida por la ciudadanía permitieron dar pasos importantes, tanto a nivel universal como regional, que reseñaremos en este estudio.

2. Principio y propósitos inspiradores del proceso de codificación del DIDH

El principio que ha inspirado el sistema de codificación del DIDH desde sus orígenes y sobre el que se ha construido el sistema internacional en materia de derechos humanos, es la garantía de la dignidad del ser humano a través de ciertos derechos mínimos que le son reconocidos a los individuos en su sola condición de seres humanos. Estos derechos son universales, por cuanto todos los individuos son titulares de los mismos, sin necesidad de pertenecer a un cierto grupo, categoría o poseer una determinada condición. Son indivisibles todos estos derechos mínimos, ya que son necesarios para garantizar la dignidad del ser humano. Finalmente, son inalienables, esto es, su titular no puede ser privado de estos por parte del poder estatal⁸⁰. De esta forma, la idea original de los derechos individuales se fortalece y pasa a constituir una categoría especial de derechos subjetivos, con protección no sólo nacional, sino además internacional.

Dar efectividad a la protección de los derechos humanos ha sido el propósito final de todo el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, cada paso que se ha dado en este campo ha buscado garantizar a las personas un pleno goce y ejercicio de sus derechos individuales. Así, los catálogos y los mecanismos de control se han estructurado, dando respuesta a las realidades de violaciones de derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema.

Desde el punto de vista del derecho internacional, el sistema de codificación de los derechos y el establecimiento de los mecanismos de control buscan consagrar un orden público internacional centrado en la idea de los derechos humanos para garantizarlos en la realidad de cada país. La preocupación por la situación de los individuos pasa a ser un tema de interés para toda la comunidad internacional y escapa de los límites de la soberanía de los Estados.

⁸⁰ NIKKEN, Pedro, *Introducción a la protección internacional de los derechos humanos*, XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, IIDH, 19 al 28 de julio de 2001, San José, Costa Rica, pp. 1-33.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha señalado:

“La Corte recuerda que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes y todos aquellos que actúan en su nombre)⁸¹”.

Tanto la efectividad como el establecimiento de un sistema internacional busca la prevención de violaciones de derechos humanos. El DIDH pretende, desde sus inicios, ser una guía de los sistemas nacionales y una alternativa en casos de fracaso de las instancias nacionales. En efecto, el sistema internacional es consciente de sus limitaciones y, por tanto, no tiene pretensiones de transformarse en un sistema que reemplace a las instancias nacionales, ni un sistema que pueda resolver todos los casos de violaciones de derechos humanos.

Este propósito general puede verse reflejado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 señala:

“Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”.

3. *El desarrollo del DIDH*

Respecto del proceso de gestación, podemos afirmar que las normas de derechos humanos nacen, por lo general, como fruto de un amplio debate intelectual y de luchas de carácter social y político, que tienden a obtener la aceptación social de un determinado derecho moral como un derecho subjetivo. Por tanto, esa fase de gestación inicial se da en el ámbito de lo metajurídico. En este sentido, Peces-Barba desarrolla la idea de las normas de derechos humanos como pretensiones morales positivizadas con una fuerte influencia de las realidades sociales e históricas en los procesos de gestación⁸².

En un segundo nivel encontramos el proceso de reconocimiento de estos derechos en instrumentos propiamente jurídicos, sean de derecho interno (Constitución, leyes) o en el Derecho Internacional (declaraciones, tratados sobre derechos humanos). Sobre el alcance de estos momentos en que se positivizan los derechos, nos parece adecuada la tesis de Bruce

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte I.D.H.”), *Caso de los 19 Comerciantes*. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C N° 109, párr. 181.

⁸² PECES-BARBA, Gregorio, *op. cit.*, nota 75.

Ackerman, en orden a distinguir los momentos constitucionales de los momentos de normalidad política⁸³. Esta distinción nos clarifica diferentes formas de positivización; en efecto, en los momentos constitucionales se consagran derechos y libertades en las constituciones o en el ámbito internacional (agregamos nosotros); en los momentos de normalidad se aplican dichos instrumentos a los casos y se legisla de forma tal de concretar dichos derechos en la realidad nacional o internacional.

Este proceso de positivización ha sido progresivo en el sistema internacional. Tanto el sistema universal –sistema de Naciones Unidas–, como los regionales, europeo e interamericano, muestran una progresión que se manifiesta, fundamentalmente, en el paso desde declaraciones de derechos a tratados internacionales vinculantes para los Estados. El sistema internacional ha aceptado la idea de que un instrumento que se suscribe explícitamente con el objeto de que sea una declaración de principios o una recomendación de conducta de los Estados, se transforme por la fuerza de los hechos en un documento jurídico vinculante y obligatorio, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre⁸⁴.

Ahora, si bien el ordenamiento jurídico ha podido establecer obligaciones positivas, puede enfrentarse a problemas. Uno puede ser no contar con mecanismos apropiados para exigir su cumplimiento, sean de naturaleza judicial, administrativa o de otro tipo; también puede que los instrumentos no sean aplicados apropiadamente por los órganos encargados de su aplicación o control. De ahí la relevancia de un tercer momento en este proceso, cual es, la aplicación que hacen de los derechos los órganos jurisdiccionales. La eficacia de las normas puede, en estos casos, requerir de nuevas actuaciones legislativas para mejorar el acceso a estos derechos y/o para concretar la vigencia de estos derechos a través de su interpretación.

4. *Los sistemas internacionales: sus elementos*

Metodológicamente, la codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional ha recogido ciertos elementos del derecho codificado interno de los Estados, así como elementos propios del derecho internacional público. Del derecho interno ha tomado la idea de sistematicidad, a

⁸³ ACKERMAN, Bruce. “Constitutional Politics/Constitutional Law”, en *Yale Law Journal* 99 (diciembre de 1989), y luego ampliado en *We the People...* op. cit., nota 57. Para una versión en español ver, “Un Neofederalismo?”, op. cit., nota 71.

⁸⁴ NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, España, Editorial Civitas, 1987.

través de la codificación de los derechos; del derecho internacional ha tomado los instrumentos que estaban desarrollados en dicho campo para consagrar las obligaciones de los Estados y el desarrollo de mecanismos de garantía de dichas obligaciones.

La codificación de los derechos humanos se ha caracterizado por concurrir en su desarrollo tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. En cuanto a lo normativo, los instrumentos internacionales han reconocido los valores involucrados (normalmente en el preámbulo), las obligaciones generales de los Estados en materia de derechos humanos, los derechos y libertades garantizados, ciertos parámetros sobre interpretación y criterios normativos para las restricciones de derechos y resolución de conflictos, en caso de choque de derechos.

En el ámbito de los mecanismos de protección, los instrumentos crean órganos para la protección de los derechos, señalan cuál será su integración y las funciones que desarrollarán. En relación con los procedimientos, se han diseñado diversos sistemas de protección, dentro de los cuales destacan, por ser los más usados, los informes (ya sea de países o temáticos), observaciones generales (a través de las cuales los órganos entregan una guía a los Estados para interpretar las obligaciones del tratado) y procedimientos para el conocimiento de casos individuales.

A partir de esta trilogía –normas/órganos/procedimientos– es posible analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos es lo que podemos considerar como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos o Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

4.1. La normativa de los derechos humanos: el desarrollo de los catálogos de derechos

4.1.1. Sistema de Naciones Unidas

En la Carta de la ONU se consagra el marco general sobre el cual se desarrolló el sistema de Naciones Unidas relativo a los Derechos Humanos. Aparte del preámbulo, que recogen las aspiraciones generales tenidas a la vista al momento de suscribir dicho tratado, los artículos relevantes en materia de derechos humanos son el 1.3, que al momento de tratar sobre los propósitos de la ONU señala como uno de estos: “fomentar y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin discriminación de raza, sexo, idioma o religión”, y los arts. 55 y 56, relativos a las obligaciones de los Estados.

En todo caso, la Carta no define qué se entiende por derechos humanos. Una primera aproximación al tema fue la idea de redactar un instrumento vinculante en materia de derechos humanos, esto es, un tratado internacional. Mas los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales fueron insuficientes para persuadir a los Estados a que adoptaran un tratado de derechos humanos jurídicamente vinculante. Sólo hubo consenso para adoptar una Declaración Universal de los Derechos Humanos como un “ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse⁸⁵”. Debieron pasar varios años para lograr la adopción de tres tratados generales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; pasaron otros diez años para que ellos entraran en vigencia⁸⁶.

A nivel internacional, se conoce como *Carta de Derechos Humanos* al conjunto de instrumentos generales que se han dictado en el marco de Naciones Unidas: la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Asimismo, se ha suscrito una serie de instrumentos específicos en materia de derechos humanos, dentro de los cuales podemos destacar los siguientes: Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969); Convención internacional para la supresión y el castigo del Apartheid (1973); Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1979); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas y Degradantes (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

4.1.2. Sistema regional europeo

La experiencia de la segunda guerra mundial fue especialmente impactante para Europa. Al finalizar este traumático proceso se había llegado al convencimiento que no podía dejarse a la discreción de cada Estado el trato de sus ciudadanos, ya que los horrores de la II Guerra

⁸⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, preámbulo.

⁸⁶ Los dos Pactos y el Protocolo fueron adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP o Pacto) y su Protocolo entraron en vigencia el 23 de marzo de 1976; el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el 3 de enero de 1976.

Mundial habían estado motivados en decisiones gubernamentales de los Estados⁸⁷. Consecuentes con este pensamiento, en 1959, los Estados occidentales que concurren a la formación del Consejo de Europa, limitaron el ingreso a la Organización a aquellos Estados democráticos que aceptaran los principios del estado de derecho y del respeto de los derechos humanos (arts. 1º, 3º y 8º del Estatuto del Consejo de Europa).

El Consejo de Europa, que se abocó desde un comienzo a la tarea de confeccionar un sistema regional para la protección de los derechos humanos, elaboró un Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁸⁸. Este tratado, conocido también como Convención Europea de Derechos Humanos, ha sido objeto de sendas ampliaciones a través de la suscripción de protocolos adicionales⁸⁹.

También cumple un rol relevante en materia de derechos económicos y sociales, la Carta Social Europea de 1961⁹⁰.

4.1.3. Sistema regional interamericano

Desde el siglo XIX en adelante, el sistema interamericano, más allá de ciertas materias puntuales, se vinculó, principalmente, a temas de defensa y materias de comercio. Sin perjuicio de lo anterior, hubo un desarrollo progresivo de materias vinculadas a los Derechos Humanos y, en particular, a institucionalizar los mecanismos de protección de los derechos que se iban reconociendo en los instrumentos suscritos por los Estados⁹¹.

En el mismo contexto post II Guerra se consagró un sistema interamericano de derechos humanos, a través de la Organización de

⁸⁷ En los primeros días de vida del Consejo de Europa hubo voces que sostuvieron que “el mantenimiento de ciertos derechos democráticos básicos en cualquiera de nuestros países no es motivo de preocupación solamente de ese país, sino que concierne a todo el grupo”, ver Lord Layton, citado en MEDINA y NASH, *op. cit.*, nota 78, 2003, pp. 20-21.

⁸⁸ Adoptado el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953.

⁸⁹ A la fecha, son 14 los protocolos adicionales al tratado, de los cuales 13 ya han entrado en vigor.

⁹⁰ Turín, 18 de octubre de 1961. Consejo de Europa (Estrasburgo). Entró en vigor en febrero de 1965.

⁹¹ En materia de derechos humanos, podemos destacar que en la Primera Conferencia, del año 1826, a través del art. 27 del “Tratado de Unión, Liga y Confederación Perpetuas”, los Estados firmantes asumieron el compromiso formal de terminar con la esclavitud en sus países y de castigar drásticamente el tráfico de esclavos. Esta será la primera manifestación concreta de preocupación por parte de los Estados participantes de un encuentro de carácter continental, por reconocer una libertad fundamental del ser humano y disponer de los mecanismos necesarios para su vigencia y control. En la Octava Conferencia Panamericana (Lima, 1938), se aprueba por primera vez una resolución referente a los derechos humanos con un carácter específico, además de una “Declaración en Defensa de los Derechos Humanos” (Resolución XVI).

Estados Americanos (OEA). La Carta de la OEA señaló como uno de sus principios “los derechos de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, religión o sexo” (artículo 5º j.), para más adelante disponer que es un deber de los Estados miembros el respeto “a los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal” (artículo 13). Al igual que en Naciones Unidas, la Carta no definió los derechos humanos y de ahí la relevancia de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, documento que hoy se considera parte integrante de la Carta de la OEA⁹².

El proceso de gestación de un documento vinculante culminó en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, donde se suscribió, el 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁹³. Esta Convención recoge un amplio catálogo de derechos civiles y políticos, también establece ciertas obligaciones generales de los Estados, fija pautas para resolver conflictos de derechos y regula la suspensión de los mismos.

Desde la década del '80 en adelante, el sistema interamericano ha desarrollado un amplio sistema normativo de protección de derechos humanos, dentro de este sistema destacan los siguientes instrumentos: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1987); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988); el Protocolo a la Convención, relativo a la abolición de la pena de muerte (1990); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención de Belém do Pará” (1994); Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999).

5. Control internacional

Es evidente que la sola consagración de los derechos humanos en instrumentos internacionales no garantiza su real y efectiva vigencia. Para ello, ha sido necesario desarrollar mecanismos de control internacional.

⁹² NIKKEN, Pedro. “La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Número Especial, mayo 1989, pp. 65-100.

⁹³ La Convención entró en vigencia el 18 de julio del año 1978, al ser depositado el instrumento de ratificación de Granada que dio el quórum necesario.

Una cuestión que debemos recordar al analizar los mecanismos internacionales de control de los derechos humanos, es que éstos se han estructurado en la práctica y por ello muchas veces muestran ciertas contradicciones o lagunas que obedecen precisamente a un sistema que no ha evolucionado coherentemente, sino que siempre motivado por urgencias humanitarias y la necesidad de idear formas eficaces de hacerles frente.

De esta forma, el elemento que define a los sistemas de protección es la pregunta acerca de qué tipo de violación de derechos humanos es a la que debe hacerse frente y cómo encontrar una mejor forma de obtener un resultado oportuno y eficaz. Actualmente, es posible distinguir aquellos mecanismos establecidos para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos y aquellos establecidos para los casos de violaciones individuales. También podríamos señalar la existencia de una tercera tipología, cual es, la de las violaciones estructurales de derechos.

Puede ser que las violaciones correspondan a casos de violaciones masivas y sistemáticas, es decir, obedecen a una política de gobierno que las comete o que permite que se cometan por terceros que no sean oficialmente agentes del Estado. Si las violaciones obedecen a una política del gobierno, el caso que se examine ante el órgano internacional no versará sobre una discrepancia jurídica entre el gobierno y el peticionario respecto a la interpretación o alcance de un derecho; el gobierno es consciente de su incumplimiento, por lo que su postura será negar los hechos. De esta forma, ante la instancia internacional no será necesario acreditar que se han agotado los recursos internos; la carga de la prueba será distinta, principalmente de cargo del Estado. La intervención de los órganos políticos del sistema internacional será fundamental para lograr una modificación de las situaciones.

Por otro lado, el sistema de control de las violaciones aisladas tiene como una de sus premisas el que los Estados en los que los tratados internacionales están vigentes, estén sometidos al imperio de la ley, esto es, que sean estados de derecho. De esta forma, en principio, los casos de violaciones de derechos humanos debieran ser reparados en el propio Estado, con el concurso de los poderes públicos y la opinión pública. Sólo en el evento de que la violación no sea resuelta satisfactoriamente dentro del Estado, opera el sistema internacional, ya sea a través de los mecanismos judiciales o cuasi judiciales. Ambos operan sobre la base de la buena fe del Estado; las violaciones de los derechos humanos no son admitidas por el Estado, de forma tal que buscará solucionarlas en el ámbito interno o en el campo internacional (mediante soluciones amistosas) o bien, acogiendo la solución que establezca la instancia internacional.

Hoy también puede plantearse la existencia de ciertas violaciones estructurales de derechos humanos. En estos casos, es la organización del Estado la que permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres). Además, estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos desprotegidos. Por tanto, los esfuerzos para hacer frente a estas violaciones deben apuntar tanto a las condiciones jurídicas y políticas, como a las culturales que hacen posible que estas violaciones ocurran.

5.1. Formas de control a través de órganos internacionales

Para hacer frente a las situaciones de violaciones de derechos humanos, se han estructurado ciertos órganos de control internacional. Podemos distinguir, básicamente, tres: políticos, cuasi-judiciales y judiciales.

Los mecanismos políticos son aquellos que se han utilizado para casos de violaciones masivas y sistemáticas. Son producto de resoluciones dictadas por los órganos políticos, compuestos por miembros representantes de los gobiernos (Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos). Se dictan medidas de tipo político, en base a un diálogo con el gobierno; lo que pretenden es cambiar ciertas prácticas gubernamentales.

Los mecanismos cuasi-judiciales se caracterizan por emitir recomendaciones u opiniones a los Estados, ya sea en conocimiento de casos individuales, informes de la situación de derechos humanos en los Estados miembros y comentarios generales sobre el cumplimiento de las obligaciones convencionales. En esta clasificación podemos ubicar la labor que desarrollan el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH o el Comité), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Comisión Africana de Derechos Humanos, entre otros.

Los mecanismos judiciales son aquellos en los cuales la protección se desarrolla a través de órganos, establecidos en los tratados de derechos humanos, que cuentan con facultades jurisdiccionales, esto es, con la competencia para resolver conflictos de relevancia jurídica con fuerza obligatoria. Estos órganos, a nivel internacional, son dos: la Corte Europea de Derechos Humanos (“Corte Europea”) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”). Podemos señalar que también la Corte Internacional de Justicia puede referirse a temas vinculados con derechos individuales.

5.1.1. Sistema de Naciones Unidas

La Organización de las Naciones Unidas ha desarrollado una serie de órganos preocupados de la protección internacional de los derechos humanos. En el sistema de Naciones Unidas, los órganos centrales del sistema tienen vinculación con materias de derechos humanos (Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social –Ecosoc–, Secretaría Ejecutiva), y además, se han diseñado estructuras especialmente dedicadas al tema⁹⁴. Dentro de estos órganos especiales destaca la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946, que depende del ECOSOC y que formula propuestas, recomendaciones y emite informes. Su labor la podríamos caracterizar como eminentemente de tipo legislativa. Sus miembros son representantes de los Estados y, por tanto, es un órgano eminentemente político o de “control entre pares”.

También se ha creado una Sub-Comisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos (1947), cuyos miembros ejercen sus funciones a título personal. Las funciones de esta Sub-Comisión son realizar estudios y proponer medidas a la Comisión de Derechos Humanos. En la práctica, ha actuado, en gran medida, bajo los procedimientos de violaciones masivas y sistemáticas.

Actualmente, en el sistema de tratados de derechos humanos, también se contempla una serie de órganos encargados de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados asumidas bajo cada tratado en particular. Estos órganos cuasi-judiciales se denominan comités y su trabajo se vincula directamente con cada uno de los instrumentos a los cuales están adscritos. La creación de los comités puede ser convencional, a través de protocolos o por resoluciones de los órganos políticos⁹⁵.

5.1.2. Sistema regional europeo

En la actualidad, en el sistema europeo el órgano fundamental en la protección de los derechos humanos es la Corte Europea de Derechos Humanos, tribunal de carácter permanente. También tienen funciones en materia de derechos humanos el Consejo de Europa, a través del Comité

⁹⁴ BUERGENTHAL, Thomas, *op. cit.*, nota 76, pp. 93-108.

⁹⁵ *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité contra la Tortura, Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.*

de Ministros y del Parlamento Europeo. El Comité de Ministros emitió el 2004 una Declaración específica, en orden a asegurar la efectividad de la implementación de la Convención Europea de Derechos Humanos⁹⁶.

También tienen funciones en materia de derechos humanos, el Comité europeo sobre derechos sociales (1961), el Comité para la prevención de la tortura y tratos y castigos inhumanos, crueles y degradantes (1987) y el Comité asesor en el marco de la Convención para la protección de las minorías nacionales (1995)⁹⁷.

5.1.3. Sistema regional interamericano

En el sistema interamericano de protección de derechos humanos son dos los órganos encargados del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde el año 1959, el sistema cuenta con un órgano encargado del control de la actividad de los Estados en materia de derechos humanos, cual es, la Comisión Interamericana⁹⁸. La Comisión tiene una naturaleza cuasi-judicial, ha desarrollado un intenso trabajo desde esa época y ha ido fortaleciendo su presencia en el sistema interamericano. Hoy, es un órgano de la Carta de la OEA que ejerce su competencia respecto de todos los Estados partes del sistema interamericano. La Comisión tiene una serie de funciones: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos; preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar de los gobiernos de los Estados miembros que le

⁹⁶ Declaration of the Committee of Ministers Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention on Human Rights at national and European levels (*adopted by the Committee of Ministers on 12 May 2004, at its 114th Session*).

⁹⁷ Para un estudio sobre el sistema europeo en derechos humanos, ver ROSAS, Allan, "The legal sources of EU fundamental rights: a systemic overview", en *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, BWV – Berliner Wissenschafts – Verlag, 2003, pp. 87-102.

⁹⁸ Fue creada en la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores de 1959, celebrada en Santiago; se estableció una estructura base y se fijó asimismo su finalidad central, cual era la de "promover" los derechos humanos, y se encargó al Consejo de la Organización de Estados Americanos fijar las atribuciones específicas.

proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, le formulen los Estados miembros en cuestiones relacionadas con los derechos humanos y, dentro de sus posibilidades, les prestará el asesoramiento que éstos le soliciten; actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos⁹⁹.

A partir del año 1969, con la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Convención Interamericana”), se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con funciones jurisdiccionales¹⁰⁰. La creación de la Corte Interamericana se enmarca en el esfuerzo jurisdiccional internacional, en materia de protección a los derechos humanos, donde la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Internacional de Justicia constituyen los pilares del sistema orgánico y jurisdiccional de protección de los derechos humanos en el concierto internacional. La Corte Interamericana ejerce funciones jurisdiccionales en materia contenciosa, conociendo de casos individuales relativos a violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰¹ y puede, además, emitir opiniones consultivas¹⁰².

5.2. Procedimientos de control

Para el cumplimiento de sus funciones de protección de los derechos humanos, los órganos han sido dotados de ciertos procedimientos. Su

⁹⁹ Ver artículo 41 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰⁰ Su antecedente más importante en el sistema interamericano es la Corte de Justicia Centroamericana, creada en 1907 y que funcionó hasta 1918, sin perjuicio de que dicha Corte no tuvo competencia en materia de derechos humanos.

¹⁰¹ Tiene competencia, además, para conocer de violaciones al párrafo a) del artículo 8° del Protocolo Adicional a la Convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y de los casos en que se aleguen violaciones de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII); además, la Corte se ha atribuido competencia para aplicar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63, párrs. 180-191).

¹⁰² Artículo 64 de la CADH: “1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

objetivo es controlar la actividad de los Estados en materia de derechos humanos y coadyuvar al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

5.2.1. Sistema de Naciones Unidas

En Naciones Unidas destacan, en primer lugar, aquellos procedimientos de tipo político, dentro de los cuales podemos señalar las Resoluciones N°s. 1503, 1235 del Consejo Económico y Social. El proceso para llegar a estos mecanismos es interesante, porque demuestra la progresividad del sistema de control internacional. En el año 1947, la Comisión de Derechos Humanos dictó una resolución señalando que no puede seguir casos individuales –decisión ratificada por el ECOSOC–. En el año 1967, el ECOSOC –a través de la Resolución N° 1.235, y luego, en el año 1970, por medio de la Resolución N° 1.503– diseñó dos procedimientos para el conocimiento de casos o situaciones de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos (por ejemplo, desapariciones forzadas y ejecuciones sumarias). Estos son mecanismos esencialmente de carácter político, tienen como instrumento base la Declaración Universal de Derechos Humanos, no están sujetos a un procedimiento especial y tienen por objetivo final obtener algún cambio en materia de política interna del Estado. La principal diferencia entre los procedimientos es que el 1235 es un procedimiento público y el 1503 es secreto.

Otro procedimiento relevante en el sistema de Naciones Unidas es la elaboración de Informes, tanto los temáticos como de países, por Relatores que son nombrados para abocarse al estudio de una situación especial en que se vean afectados los derechos humanos. La posibilidad de un control internacional a través de Relatores ha cobrado especial importancia en las últimas décadas, ya que es visto como un sistema útil para poder conocer en detalle una situación de violaciones de derechos humanos y buscar soluciones directamente con los gobiernos involucrados.

En el sistema de protección de derechos humanos considerado en los tratados específicos, también se contemplan procedimientos de control de las obligaciones de los Estados. En el trabajo de los comités destacan tres procedimientos: informes, observaciones y casos individuales. El examen de los informes de los Estados funciona sobre la base de la actividad de que los Estados deben presentar al Comité informes “sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos¹⁰³”.

¹⁰³ Ver artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con el fin de ayudar a los Estados a elaborar informes, el Comité elabora Observaciones Generales como guía para su preparación, las que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos consagrados en el Pacto. Las observaciones constituyen, de algún modo, jurisprudencia del Comité respectivo.

También el sistema contempla, en algunos casos, el examen de comunicaciones individuales a través de los órganos cuasi-judiciales, éstas tienen por objeto determinar si en el caso concreto se ha producido una violación de un derecho o libertad convencional respecto de una víctima concreta¹⁰⁴.

5.2.2. Sistema regional europeo

Como hemos señalado antes, el Consejo de Europa se abocó desde un comienzo a la tarea de confeccionar un sistema regional para la protección de los derechos humanos; a efectos de este trabajo, vale la pena hacer algunas referencias al procedimiento originario establecido para el conocimiento de casos individuales, toda vez que fue, en buena medida, el modelo seguido por el sistema interamericano para la tramitación de comunicaciones particulares. Nos referimos a este sistema como procedimiento originario, toda vez que con el Protocolo XI (1998), el procedimiento sufrió importantes modificaciones, las que reseñaremos más adelante.

El procedimiento original se componía de dos partes, en la primera actuaba la Comisión Europea de Derechos Humanos (en adelante, “la Comisión Europea”), quien, conociendo de un caso, podía redactar un informe con los hechos y su dictamen, el que era transmitido al Comité de Ministros, con las proposiciones que se estimaran apropiadas y a los Estados involucrados, quienes no podían publicarlo. Se contemplaba una segunda etapa, que podía desarrollarse ante la Corte Europea de Derechos Humanos, en aquellos casos que eran enviados por la Comisión a la Corte dentro del plazo de tres meses desde que se emitía el informe al Consejo de Ministros. Si la Corte resolvía que había una violación y el derecho

¹⁰⁴ A esta fecha, mayo de 2004, los siguientes comités están facultados para conocer de casos individuales: Comité de Derechos Humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), Comité contra la Tortura (Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes), Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer (Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de la Mujer), Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial).

interno del Estado no permitía reparar a la víctima, la Corte determinaba una compensación. El fallo era definitivo e inapelable.

El sistema sufrió una importante modificación con el Protocolo XI de 1998. Destacaremos dos aspectos del mismo. En el campo orgánico, se eliminó la Comisión y se dejó una Corte como órgano único del sistema, unificándose el procedimiento. En el procedimiento mismo, destaca la nueva situación de la víctima, quien ahora tiene legitimación activa para llevar un caso ante la Corte, sin necesidad de intermediarios. Por otra parte, el nuevo procedimiento garantiza la obligatoriedad de los fallos emitidos por la Corte, a través del Comité de Ministros.

5.2.3. Sistema regional interamericano

En el sistema interamericano, la función de protección de los derechos humanos la ejerce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a través de las siguientes formas: examen de casos o situaciones de violaciones a los derechos humanos; preparación y publicación de informes, actuación ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y observaciones *in loco*. A continuación, analizaremos algunos de los elementos centrales de cada una de estas funciones.

La experiencia histórica frente a las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos se confunde con el desarrollo propio de la Comisión. Tal como lo hemos analizado, desde sus inicios, en 1960, la Comisión tuvo como labor central afrontar casos de violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos y buscar, más por la práctica que por cualquier otro medio, el camino para actuar efectivamente ante dicho tipo de violación¹⁰⁵.

Basada en la experiencia, fue la confección de Informes sobre países o “country reports”, el medio para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas que sufrían los derechos humanos en el continente¹⁰⁶. Los Informes sobre países se convirtieron en el medio más idóneo para hacer frente a las violaciones masivas y sistemáticas, toda vez que este instrumento ataca las características fundamentales de dicho tipo especial de violaciones. La Comisión se encuentra facultada para realizar estudios

¹⁰⁵ MEDINA, Cecilia, y NASH, Claudio, “El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos”, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho - Universidad de Chile, 2005 (en prensa).

¹⁰⁶ GONZÁLEZ, Felipe. “Informes sobre Países, Protección y Promoción”, en *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. IIDH, pp. 495-500.

sobre violaciones a derechos humanos ocurridas en un determinado Estado miembro de la Organización¹⁰⁷. Las visitas *in loco*¹⁰⁸ son el medio fundamental con el que cuenta la Comisión para recabar la información que le permita acreditar y formarse la convicción sobre la real situación de los derechos humanos en el país que es objeto de la investigación.

A partir de la década de los noventa, se comienza a observar una evolución en la forma que la Comisión ha abordado el tema de los Informes, abriendo campo para el desarrollo de Informes sobre ciertos temas que son comunes al sistema interamericano y que son constitutivos de violaciones a los derechos humanos. Los informes temáticos han ampliado la concepción de las violaciones masivas a los derechos humanos, permitiendo entrar a considerar materias que obedecen a un patrón sistemático, incluso cultural y estructural y no a situaciones aisladas o propias de un país en particular.

La Comisión tiene facultades para recibir denuncias individuales en las que se aleguen violaciones de derechos humanos consagrados en aquellos instrumentos internacionales respecto de los cuales la Comisión tiene competencia. La Comisión está facultada para someter casos contenciosos al conocimiento de la Corte Interamericana sobre la aplicación o interpretación de la Convención¹⁰⁹. Esta facultad es relevante, ya que es el único mecanismo para que una persona individual pueda hacer llegar un caso ante la Corte. Las sentencias que dicta la Corte Interamericana son obligatorias para los Estados y si en un caso determina que existe una violación a la Convención, está facultada para adoptar medidas de reparación¹¹⁰.

III. LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS NORMATIVO

Hemos señalado que tanto desde una perspectiva teórica, como desde la praxis, el sistema internacional de protección de los derechos humanos

¹⁰⁷ En un primer momento y en uso de una interpretación amplia de sus facultades, no objetadas por los Estados, la Comisión realizó informes sobre violaciones a los derechos humanos en Cuba, Haití y la República Dominicana, siendo este Estado el único que permitió un estudio *in situ* de la situación.

¹⁰⁸ Sobre esta materia, ver VARGAS, Edmundo, "Las Observaciones *in loco* Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", pp. 290-305. *Derechos Humanos en las Américas. Homenaje a la Memoria de Carlos A. Dunshee de Abranches*, OEA, 1984.

¹⁰⁹ Artículo 61.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁰ Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones, ver mi libro *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho – Universidad de Chile, 2004.

ha tenido como fin último lograr dar efectividad a los derechos individuales que consagran ciertos principios fundamentales para el desarrollo de la persona en una sociedad democrática. A partir de esta premisa, es posible extraer de la práctica internacional algunos criterios normativos.

Analizaremos el tema desde la perspectiva de los sujetos, las necesidades de ampliación de los catálogos y los mecanismos de protección. Hemos señalado en este trabajo que los derechos individuales, tanto en el ámbito interno, como en el internacional, han sido consagrados en instrumentos que contienen catálogos de derechos y libertades. También hemos señalado que dichos catálogos se insertan en un momento histórico determinado y, por tanto, podemos suponer que son aplicados a la luz de los estándares culturales de cada época. De esta forma, no es de extrañar que tanto los principios consagrados a través de los catálogos nacionales, como en las instancias internacionales hayan sido aplicados a la luz de ciertos criterios normativos sustentados en patrones culturales y, en particular, hayan sido aplicados a la luz de un cierto paradigma de sujeto protegido.

El paradigma sobre el cual se aplicó tradicionalmente el catálogo de derechos consistía en un titular de los derechos con ciertas características particulares: hombre, propietario, de un cierto grupo étnico, adulto¹¹¹. Por tanto, la lectura de los derechos se hizo sobre la base de este sujeto ideal. Pero ello no implica que los principios de igualdad y libertad y los derechos específicos que se consagran en los catálogos sean aplicables sólo a este sujeto¹¹².

En efecto, los derechos son consagrados internacionalmente respecto de todas las personas y, por tanto, una aplicación restrictiva de los instrumentos sobre derechos individuales ha provocado la necesidad de modificar dichas malas prácticas. Ello se ha hecho, por una parte, a través de nuevos instrumentos nacionales e internacionales que consagren, sin margen de duda, los derechos de aquellos que han sido excluidos, en la práctica, de la titularidad de los derechos¹¹³ y, por otra parte, a través de la creación de mecanismos que velen por una efectiva aplicación de estos

¹¹¹ En este sentido, VAN BOVEN, "Human Rights and Rights of People", en *Human Rights from Exclusion to Inclusion; Principles and Practice. An anthology from the work of Theo van Boven*, Holanda, Kluwer Law International, 2000, pp. 277-292.

¹¹² Para una clarificadora exposición de estas ideas aplicadas a los principios de la Ilustración y su consagración y aplicación en el sistema constitucional, ver RUIZ-MIGUEL, Alfonso, *op. cit.*, nota 6, pp. 275-291.

¹¹³ El caso paradigmático que demuestra esta necesidad ha sido la situación de las mujeres, que han necesitado de una serie de instrumentos internacionales y prácticas jurisprudenciales para que se les respeten sus derechos humanos, de cuyo goce han sido excluidas por razones culturales.

derechos¹¹⁴. Sostener una interpretación diferente implicaría que en los instrumentos fundantes del sistema internacional de protección (Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Pactos Internacionales de Naciones Unidas, Convención Americana sobre Derechos Humanos) estos sujetos no eran titulares de derechos, lo cual es inaceptable.

El sistema internacional debe ser entendido como un continuo de la protección nacional en materia de consagración de derechos y, por tanto, los derechos consagrados deben responder a esta idea y no puede sostenerse a nivel teórico una sistematización de los derechos que pueda implicar su menoscabo.

En cuanto a la necesidad de ampliar los catálogos de derechos, nos parece que esta práctica sólo puede ser explicada como una forma de dar efectividad a la protección de los principios fundamentales del sistema de derechos individuales. De esta forma, frente al caso del surgimiento de ciertas prácticas violatorias particulares (por ejemplo, las desapariciones forzadas de personas) o el ejercicio especial de ciertos derechos (por ejemplo, derechos de pueblos indígenas) o por ciertas condiciones especiales de sus titulares (derechos de los niños), se hace necesario consagrar ciertas normas internacionales que den respuesta a estas situaciones, pero en el entendido que son parte del deber de dar efectividad a las normas generales de derechos humanos.

En cuanto al control de los derechos, el surgimiento de nuevos mecanismos de protección sólo es explicable por la necesidad de dar viabilidad a los principios que hemos señalado inspiran el proceso de protección internacional; la efectividad de los derechos, el fortalecimiento de un orden público internacional y la prevención. Cualquier modificación o progresión en los sistemas de protección debe ser analizada en dicha óptica y, por tanto, sería incompatible con la misma tomar medidas que limiten o restrinjan la efectividad de este orden público internacional.

IV. LA RELACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS NORMATIVOS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL: UNA VISIÓN DE FUTURO

De acuerdo con los antecedentes que hemos expuesto, sea desde una perspectiva teórica, sea desde la práctica histórica, los sistemas consti-

¹¹⁴ Es interesante en esta materia, el caso del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fue adoptado sin un órgano de control y debió dictarse una Resolución del Comité Económico y Social de Naciones Unidas, para crear un comité de control de las obligaciones de los Estados relativas a este tratado. Resolución del Consejo Económico y social, 1985/17 del 22 de mayo de 1985.

tucional e internacional de derechos humanos están íntimamente ligados. Nos parece que en el estado actual de desarrollo de ambas instancias de protección es posible sostener que los sistemas de protección de derechos fundamentales de carácter nacional e internacional constituyen un sistema único garantista y que el principio fundamental para explicar dicha unidad es el principio de interacción¹¹⁵. Entendemos por interacción un vínculo de retroalimentación entre ambos sistemas normativos, fundado en la idea de la protección de los derechos fundamentales como elementos estructurantes del constitucionalismo moderno y de un nuevo orden público internacional.

La interacción puede darse tanto en materia de garantías normativas, como en las jurisdiccionales. Las garantías normativas se refieren a un dispositivo jurídico, que permite asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, evitar su modificación y velar por su integridad de sentido y función¹¹⁶. Llamamos interacción normativa a la mutua influencia que deben tener los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales, para asegurar el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales, en aquellas materias en las cuales entran en “puntos de contacto¹¹⁷”. En efecto, vistos los derechos como beneficiarios de la protección constitucional e internacional es posible concebir la formación de un acervo garantista que guíe la protección de los derechos, conformado por los sistemas normativos constitucionales e internacionales¹¹⁸.

En cuanto a la interacción jurisdiccional, esta dice relación con la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales a través de un proceso contencioso, nacional o internacional, que permita obtener medidas de reparación de las violaciones de éstos. Si bien la responsabilidad internacional del Estado surge al violarse alguno de los derechos establecidos internacionalmente, el mecanismo procedimental internacional, en general, es complementario de la instancia nacional; sólo de forma excepcional tendrá un carácter preferente¹¹⁹. Sólo excepcionalmente la persona tiene la posibilidad de recurrir directamente ante la instancia

¹¹⁵ El tema de la interacción ha sido tratado por Antonio CANÇADO TRINDADE, ver “La Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 267-315.

¹¹⁶ PÉREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 66.

¹¹⁷ RUIZ-TAGLE, Pablo, “Una dogmática general para los derechos fundamentales en Chile”, en *Revista de Derecho Público*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago, vol. 63, 2001, p. 13.

¹¹⁸ Para un análisis en el contexto de la experiencia europea, ver, PECES-BARBA, *op. cit.*, nota 75, pp. 655-9.

¹¹⁹ MEDINA y NASH, *op. cit.*, notas 78, pp. 29, 37.

internacional y será en aquellos casos en que no es posible hacerlo ante la instancia nacional, sea por imposibilidad material (ausencia de recursos, inutilidad de los mismos), sea por imposibilidad práctica (por ejemplo, respecto al acceso al sistema).

De esta forma, lo central para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales será la unidad del sistema, esto es, el desarrollo integral de la protección. Los sistemas nacionales deberán guiar su actuar por los estándares que se fijen internacionalmente y de no hacerlo, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. En materia de mecanismos de protección, es necesaria una visión integrada que mire las garantías nacionales e internacionales como un conjunto sistemático de protección (*corpus iusgarantista*), en el que confluyen los derechos constitucionalmente garantizados y las normas internacionales. Nos parece que en este sentido puede entenderse la idea de un constitucionalismo internacional planteada por Ferrajoli, como una nueva etapa en el desarrollo del constitucionalismo y que recoge los nuevos desafíos de la internacionalización del derecho y las nuevas limitaciones a la soberanía del Estado¹²⁰.

Todo este sistema debiera estructurarse sobre la base de un nuevo orden público internacional, cuya piedra angular sean las normas *ius cogens*, los principios generales del derecho (desarrollados en el ámbito nacional e internacional) y la jurisprudencia protectora de los derechos fundamentales. Estas fuentes debieran constituir la base de todo sistema de protección y en torno a ellas, desarrollar un sistema coherente y sin las limitaciones propias del voluntarismo estatal vigente desde el s. XVII. Para ser consecuentes con este *corpus iure* de protección con base en normas superiores a la voluntad del Estado, debemos mirar el sistema como una integralidad donde normas, instituciones, prácticas jurisprudenciales permitan al individuo la posibilidad de invocar en el plano nacional la normativa constitucional e internacional y recurrir expeditamente a la instancia jurisdiccional internacional.

V. CODIFICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: CONTINUIDAD Y CAMBIO

El proceso de codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional presenta ciertas concordancias con la codificación a nivel

¹²⁰ FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., nota 74, pp. 13-29.

nacional y también ciertas diferencias. En cuanto a las concordancias, es central destacar que ambos sistemas tienen un objetivo idéntico: la protección de los derechos individuales. La idea de los derechos subjetivos desarrollada en el proceso de codificación no sólo sigue vigente en el derecho constitucional actual y en el derecho internacional, sino que se han dado pasos relevantes en su desarrollo. También parece que existe una clara coincidencia en rescatar el tema de la codificación de los derechos, con bases en la metodología *iusracionalista*, tanto en la codificación nacional como en la internacional, lo que se ha reflejado en la técnica del desarrollo de catálogos de derechos como concreción de ciertos valores y principios relevantes.

Vemos ciertas diferencias entre ambos procesos, principalmente, en el tema de la sistematización y en el desarrollo de una voluntad por sobre la soberanía de los Estados en el ámbito internacional. Respecto de la sistematización, el sistema de codificación del derecho nacional, privado y público, se fundó sobre la base de un sistema coherente y completo, esto es, una sistematización que no dejara espacios a contradicciones ni lagunas. En cambio, el sistema internacional ha operado con otra racionalidad, si bien ha buscado consagrar una cierta lógica sistemática (de hecho, recurre al método de la codificación), en su desarrollo lo que ha determinado su avance ha sido su intento por hacer frente a situaciones de violaciones de derechos humanos y, por tanto, esta preferencia por la práctica ha llevado a un sistema con un desarrollo poco coherente e incluso con ciertas contradicciones internas.

En cuanto a la soberanía, la codificación interna representó un primer paso de limitación material de la soberanía; la codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional representa una limitación a la soberanía en su fase externa, sustentada en un orden público internacional por sobre los Estados y no limitado al voluntarismo estatal. Iniciando el siglo XXI, podemos avizorar un nuevo sistema de protección de los derechos de los individuos, que integre la protección nacional con la internacional en un continuo de protección, con un rol de los individuos como sujetos de derechos, tanto en lo nacional como en la esfera internacional.

A modo de coda: parece evidente el paso, dentro del propio desarrollo del constitucionalismo, desde una visión legalista a fines del siglo XVIII, a una concepción mucho más amplia y compleja en las experiencias constitucionales desarrolladas a partir de mediados del siglo XX, fundamentalmente en el constitucionalismo europeo. Este proceso de fortalecimiento de los derechos en el ámbito interno, unido al desarrollo de un sistema internacional de protección, ha dado paso a una nueva visión de la

garantía de los derechos, como un proceso unitario tanto desde lo normativo, como desde lo jurisdiccional. Hoy, la protección de los derechos individuales no sólo es una cuestión de preocupación interna del Estado, sino que compromete a la humanidad en su conjunto.

Son estas continuidades y estos cambios los que dan fuerza al derecho internacional de los derechos humanos, para seguir perfeccionando la protección de los derechos humanos y, con ello, concretar aquellos valores permanentes que han iluminado al mundo desde los albores del siglo XVIII.