

UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**Los Derechos Humanos y las limitaciones para su
protección en el derecho internacional**

Para optar el Título Profesional de:

Abogado

Autora : Bach. Karen Lesly RIVERA ACEVEDO

Asesor : Dr. Miguel Angel CCALLOHUANCA QUITO

Cerro de Pasco – Perú - 2019

UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ESCUELA DE FORMACIÓN PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS

**Los Derechos Humanos y las limitaciones para su
protección en el derecho internacional**

Sustentada y aprobada ante los miembros del jurado:

Mg. Ernesto HUARINGA REVILLA
PRESIDENTE

Dr. José Luis YUPANQUI CORDOVA
MIEMBRO

Mg. Eleazar MEJIA OLIVAS
MIEMBRO

DEDICATORIA

La presente Tesis está dedicado a Dios todo poderoso, a mis padres María Cristina Acevedo Chávez y Oliver Oscar Rivera Ramón, a mi hermana Amy Valery Rivera Acevedo y a todos aquellos profesionales del Derecho, quienes inspirados en los valores axiológicos de esta hermosa ciencia, dignifican la carrera actuando con justicia, honradez, ética y esfuerzo por superarse día a día.

RECONOCIMIENTO

A Dios, por darme la vida y haberme permitido llegar a este momento, a mis padres y hermana, por el amor incondicional, a mis tíos y tías por todo el apoyo brindado a mi persona y, a mi asesor por haberme guiado a lo largo de esta investigación.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se desarrolla en torno a los derechos humanos y las limitaciones para su protección en el derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido es inevitable no referirnos a la concepción misma de los derechos humanos, a su desarrollo histórico y, a los hechos que conllevaron a su reconocimiento y positivización a lo largo de la historia.

Así, a través de la adopción de diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que hoy conforman el corpus del DIDH, la Comunidad Internacional ha ido dotando de valor jurídico, moral y político a los derechos humanos, cuya promoción y protección en el ámbito internacional, son fines esenciales y comunes a todos los Estados, además de constituir hoy en día, obligaciones que éstos deben asumir con tal.

Uno de los estos instrumentos y de hecho el más importante, es la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que ha generado un gran impacto en la historia de la humanidad y ha cambiado la vida de las personas alrededor de todo el mundo y, cuyo valor y contenido ha servido como fuente y base para el desarrollo de todos los tratados de derechos humanos.

Sin embargo, pese a todos estos esfuerzos de la Comunidad Internacional, las graves violaciones de derechos humanos cometidos por los Estados, aún perduran, muchos de los cuales incluso no han sido sancionados. Muchas veces por el aun desarrollo del DIDH o por la falta de voluntad de los Estados de exigir a otros, el cumplimiento de dichos derechos. Estos y otros factores limitan u obstaculizan la protección internacional de los derechos humanos alrededor de todo el mundo. Y es por esta razón, que es necesario el análisis y estudio de los mismos.

Este análisis debe comportar también a los hoy encargados de brindar dicha protección a nivel internacional, nos referimos a los Sistemas Internacionales de

Protección de Derechos Humanos, cuyos mecanismos de protección son necesarios para la exigencia a los Estados, del respeto y garantía de los derechos humanos.

Es así, que la presente investigación comprende la descripción problemática que obstaculiza la plena protección de los derechos humanos en el mundo, la cual será analizada a través de sus antecedentes históricos y en cinco grandes subtítulos de las Bases Teóricas, los cuales desarrollarán; i) los derechos humanos, ii) el DIDH, iii) la protección internacional de los derechos humanos (Sistemas y mecanismos de protección), iv) la costumbre internacional y el ius cogens y finalmente, v) las limitaciones en la protección de los derechos humanos a nivel internacional.

Así, luego de desarrollado el marco teórico y las bases teóricas - científicas; abordaremos lo relacionado a la parte metodológica y analizaremos los resultados y discusión sobre la presente investigación, contrastando las hipótesis planteadas.

Finalmente señalaremos la bibliografía utilizada, así como las conclusiones y recomendaciones, que esperamos contribuyan a la doctrina que se tiene hoy en día, sobre este tema.

Palabras clave: Derechos humanos, limitaciones para la protección internacional de los derechos humanos, sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, mecanismos de protección de los derechos humanos, derechos humanos e ius cogens.

ABSTRACT

This present thesis is developed around human rights and limitations for their protection in international human rights law. In that sense it is inevitable not to refer to the very conception of human rights, to their historical development and to the facts that led to their recognition and positivization throughout history.

So, through the adoption of various international human rights instruments that today make up the corpus of the international human right law, the International Community has endowed to human rights with a legal, moral and political value, whose promotion and protection in the international arena are aims essential and common to all the States, and whose fulfillment and respect of them, constitute today, obligations that these must assume.

One of these instruments and in fact the most important is the Universal Declaration of Human Rights, which has generated a great impact on the history of humanity and has changed the lives of people around the world and, whose value and content has served as a source and basis for the development of all human rights treaties.

However, despite all these efforts of the International Community, the serious human rights violations committed by States still persist, many of which have not even been sanctioned. This because of the yet development of the international human rights law or because of the lack of willingness of the States to demand from others the fulfillment of said rights. These and other factors limit or hinder the international protection of human rights around the world. And it is for this reason that it is necessary to analyze and study them.

This analysis must also involve those in charge of providing such protection at the international level, we refer to the International Systems for the Protection of Human Rights, whose protection mechanisms are necessary for the requirement to the States, the

respect and guarantee of human rights. This is because, many States, even to date, doesn't respect or guarantee the human rights, in fact, the human rights violations incurred by many of them, have often not been sanctioned, since the international human rights law being in full development, and still has large and coarse limitations for protection of human rights around the world.

So, the present investigation includes the problematic description that hinders the full protection of human rights in the world, which will be analyzed through its historical background and in five great subtitles of the Theoretical and Scientific Bases, which will be developed; i) human rights, ii) international human rights law, iii) international protection of human rights (Protection systems and mechanisms), iv) international custom and *ius cogens*, and finally, v) the limitations on the protection of human rights internationally.

Thus, after developing the theoretical framework and theoretical - scientific bases; we will address the part related to the methodological and analyze the results and discussion about of this thesis, contrasting the raised hypotheses.

Finally, we will point out the bibliography used, as well as the conclusions and recommendations, which we hope will contribute to the doctrine we have today.

Keywords: Human rights, limitations for the international protection of human rights, international systems for the protection of human rights, Human rights protection mechanisms, human rights and *ius cogens*.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, el hombre como ser histórico ha buscado su propia realización como persona, luchando permanentemente contra poderes negativos y barreras sociales, económicas, culturales y políticas que pretendían cosificarlo, de hecho, regímenes absolutistas y esclavistas, lo lograron en varios momentos de la historia (y aún en la actualidad), lo que lo ha obligado al uso de la violencia como camino hacia su liberación y el reconocimiento de sus derechos.

Esto ha dado lugar a múltiples estudios, acerca del proceso de reconocimiento de derechos humanos y, aún más, a los estudios sobre su aplicación y, verdadero grado de protección alrededor de todo el mundo, desde distintos enfoques y dogmas jurídicos, e incluso desde las concepciones más subjetivas a las más generalizadas.

Y es que la exigencia del reconocimiento de derechos humanos, ha sido común a todas las personas desde tiempos muy remotos. Los horrores de las Guerras Mundiales y los distintos conflictos armados que la humanidad ha tenido que superar a lo largo de su historia, nos recuerdan que ante todo, debemos mantener un cierto orden jurídico que garantice el mantenimiento de la paz y, el respeto, la promoción y protección de los derechos humanos.

Esto no sería posible, si se dejara de lado al fin supremo de toda sociedad, Estado y de la Comunidad Internacional, los seres humanos, reconocidos hoy como sujetos de derecho internacional. En ese sentido denota vital importancia la defensa de sus derechos humanos frente a Estados que, lejos de proteger y garantizar los mismos, violan y conculcan éstos.

Muchos de los distintos casos de violaciones de derechos humanos que se han suscitado a lo largo de la historia y que aun a la fecha continúan (cerca de 50 conflictos alrededor del mundo), han sido manejados de manera errada por países que lejos de tener

un interés por la defensa de derechos humanos, tienen un interés económico. Estos países en un “intento de solución”, sólo perpetraron mayores violaciones (caso de EE.UU y otros).

En ese entender, en las últimas décadas, el DIDH ha tomado una mayor fuerza jurídica y relevancia en la Comunidad Internacional, surgiendo como una nueva disciplina tendiente a hacerle frente a dichas violaciones. Las normas, principios e instituciones que comprenden esta rama del derecho, es aplicado hoy en día por las organizaciones internacionales, específicamente por órganos de control, que se encargan de velar por la promoción y protección de derechos humanos a nivel internacional.

Sin embargo, pese a todo lo avanzado y a los grandes esfuerzos realizados por la Comunidad Internacional, aún se evidencian limitaciones, falencias u obstáculos que afectan la protección de derechos humanos en el DIDH. Estas limitaciones deben ser analizadas y estudiadas a profundidad.

Por tanto, la presente investigación, desarrollará este tema de vital importancia, el cual hemos titulado “Los Derechos Humanos y las Limitaciones para su Protección en el Derecho Internacional”. Es importante precisar, que a fin de evitar redundancias en el título, solamente se señala “derecho internacional” el cual debe entenderse, como es lógico, al derecho internacional de los derechos humanos, como disciplina actual en desarrollo.

La autora.

ÍNDICE

DEDICATORIA	
RECONOCIMIENTO	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	
ÍNDICE	

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. Identificación y Determinación del Problema:.....	1
1.2. Delimitación de la Investigación:.....	3
1.3. Formulación del Problema:	4
1.3.1. Problema General:	4
1.3.2. Problemas Específicos:	4
1.4. Formulación de Objetivos:	5
1.4.1. Objetivo General:.....	5
1.4.2. Objetivos Específicos:	5
1.5. Justificación de la Investigación:	5
1.6. Limitaciones de la Investigación:.....	7

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de Estudio:	9
2.1.1. Antecedentes Internacionales:	9
2.1.2. Antecedentes Nacionales:	17
2.2. Bases Teóricas – Científicas:	22
2.2.1. Derechos Humanos:	23
2.2.1.1. Origen y Evolución Histórica a Nivel Internacional:	23
A. Antecedentes remotos y hechos primigenios:.....	23
B. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:	27
C. Reconocimiento y Protección Internacional de los DD.HH.	29
2.2.1.2. Origen y Evolución Histórica a Nivel Nacional:	37
A. Constituciones Políticas del Perú de 1823 a 1933:	37
B. Constitución Política del Perú de 1979:.....	39
C. Constitución Política del Perú de 1993:.....	41
2.2.1.3. Alcances Doctrinarios del Concepto de los Derechos Humanos: ...	46
A. Corrientes:.....	50
2.2.1.4. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales:	53
2.2.1.5. Definición Académica u Operativa:	54
2.2.1.6. Características y Principios:	56
A. Inherencia:.....	56
B. Universalidad:	57
C. Inalienabilidad e Irrenunciabilidad:	58
D. Imprescriptibilidad:.....	58
E. Inviolabilidad:	58
F. Indivisibilidad e Interdependencia:.....	58
2.2.1.7. Generaciones:	59

A. Derechos de Primera Generación:.....	60
B. Derechos de Segunda Generación:	61
C. Derechos de Tercera Generación:	64
2.2.1.8. Titularidad y Ejercicio:	66
2.2.2. Derecho Internacional de los Derechos Humanos:	67
2.2.2.1. Definición:	68
2.2.2.2. Delimitaciones con otras ramas:	70
2.2.2.3. Características:.....	73
A. Complementariedad:	73
B. Progresividad:	74
C. Derecho Ideológico:	74
D. Derecho Protector:	75
E. Garantista:	75
2.2.2.4. Principios:	75
A. Dignidad Humana:	76
B. Igualdad:	77
C. Libertad:	77
D. Solidaridad:	78
E. Universalidad:	78
F. Pro Homine:	79
G. Subsidiariedad o Complementariedad:	79
2.2.2.5. Fuentes:.....	79
A. Instrumentos Internacionales:	80
B. Costumbre Internacional:	81
C. Principios Generales del Derecho:	81
D. Decisiones judiciales o internacionales:	83
E. Doctrina:	83
2.2.2.6. Principales Instrumentos Internacionales:	84
A. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH):	84
B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) ...	86
C. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC):.....	87
D. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP):	88
E. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SPF-PIDCP):	88
F. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC):.....	89
G. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH):	89
H. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (CADH):.....	90
I. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador”: ...	91
J. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte:	91
K. Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y	

las Libertades Fundamentales:	91
L. Carta Social Europea (CSE):.....	92
M. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:.....	93
2.2.3. Protección Internacional de los Derechos Humanos (sistemas y mecanismos de protección):	95
2.2.3.1. Sistema Internacional de Protección de DD.HH. – Aspectos Generales:	96
A. Sistema Internacional de Protección de DD.HH.:	96
B. Elementos de los Sistemas Internacionales de Protección de DD.HH.:	97
C. Órganos de Control de los Sistemas de Protección:	97
D. Mecanismos de Protección Internacional de DD.HH.:	98
2.2.3.2. Sistema Universal o Mundial:	98
A. Principales Instrumentos:	99
B. Subsistema No Convencional o Extra-convencional:	101
C. Subsistema Convencional:	106
D. Corte Internacional de Justicia (CIJ):	119
2.2.3.3. Sistema Americano:	124
A. Órganos Principales:	124
B. Principales Instrumentos:	126
C. Subsistema General:	127
D. Subsistema Específico o Jurisdiccional:	129
2.2.3.4. Sistema Europeo:	133
A. Órganos Principales:	134
B. Principales Instrumentos:	138
C. Subsistema Jurisdiccional o Contencioso:	139
D. Subsistema Cuasi-contencioso:	146
2.2.3.5. Sistema Africano:	151
A. Órganos Principales:	152
B. Principales Instrumentos:	158
C. Mecanismos de Protección ante la CADHP:	159
D. Mecanismo de Protección ante la AfCHPR (jurisdiccional): ...	163
2.2.4. La Costumbre Internacional y las Normas del Ius Cogens:	166
2.2.4.1. Costumbre Internacional:	166
A. Definición:	167
B. Elemento Material:	168
C. Elemento Subjetivo o Psicológico:	168
2.2.4.2. Normas de Ius Cogens:	171
A. Definición:	171
B. Los Derechos Humanos y las normas del Ius Cogens:	173
2.2.5. Limitaciones en la Protección de los Derechos Humanos en el DIDH:	175
2.2.5.1. Limitaciones Jurídicas:	175
A. Falta del monopolio de la fuerza en el derecho internacional: .	176
B. Falta de fuerza vinculante de los instrumentos internacionales declarativos:	177
C. La violación de los DD.HH. pese a su universalidad:	181
D. Limitaciones en cuanto a las deficiencias o vacíos	

normativos:	185
2.2.5.2. Limitaciones de los Sistemas Internacionales de Protección:	186
A. Limitaciones en su Estructura y Funciones:	186
B. La no legitimación activa procesal de individuos ante la Corte Internacional de Justicia – Sistema Universal:	191
C. Limitaciones Económicas:	194
D. Ausencia del Sistema de Protección Asiático:	197
2.2.5.3. Limitaciones según la Generación:	198
A. De los Derechos Civiles y Políticos:	198
B. De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:	199
C. De los Derechos de Solidaridad o de los Pueblos:	201
2.2.5.4. Limitaciones u obstáculos Políticos, Ideológicos y Culturales:	203
A. Relacionados con la concepción misma de los derechos humanos:	203
B. Limitaciones ideológicas y culturales:	204
C. Limitaciones políticas:	206
2.2.5.5. Limitaciones Económicas y Sociales:	208
A. Limitaciones económicas y sociales de los Estados:	208
B. Limitaciones económicas de las personas:	209
2.3. Definición de términos básicos:	210
2.4. Formulación de Hipótesis:	213
2.4.1. Hipótesis General:	213
2.4.2. Hipótesis Específicas:	214
2.5. Identificación de Variables:	214
2.5.1. Variable Independiente:	214
2.5.2. Variable Dependiente:	215
2.5.3. Variable Interviniente:	215
2.6. Definición Operacional de Variables e Indicadores:	215
2.6.1. Variable Independiente:	216
2.6.2. Variable Dependiente:	216
2.6.3. Variable Interviniente:	216

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Tipo de Investigación:	218
3.2. Métodos de Investigación:	219
3.3. Diseño de Investigación:	219
3.4. Población y Muestra:	220
3.4.1. Población:	220
3.4.2. Muestra:	220
3.5. Técnicas e Instrumentos de recolección de datos:	220
3.5.1. Técnicas:	220
3.5.2. Instrumentos:	221
3.6. Técnicas de Procesamiento y Análisis de Datos:	221
3.6.1. Procesamiento manual:	221
3.6.2. Procesamiento electrónico:	222
3.6.3. Técnicas Estadísticas:	222
3.7. Tratamiento Estadístico:	222

3.8. Selección, Validación y Confiabilidad de los Instrumentos de Investigación:	222
3.9. Orientación Ética:.....	223

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Descripción del trabajo de campo:	224
4.2. Presentación, análisis e interpretación de resultados:	226
4.2.1. Resultados de las Situaciones que limitan la protección de derechos humanos:	227
4.2.2. Resultados de las Encuestas realizadas:.....	230
4.2.2.1. Encuestas a abogados especialistas:	230
4.3. Prueba de Hipótesis:.....	232
4.3.1. Hipótesis General:.....	232
4.3.2. Hipótesis Específicas:	234
4.4. Discusión de Resultados:	238

CONCLUSIONES

RECOMENDACIONES

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

1.1. IDENTIFICACIÓN Y DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA:

En las últimas décadas y especialmente desde la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha adquirido gran fuerza e importancia. Por supuesto que antes de dicho instrumento, hubo múltiples momentos en la historia que hicieron posible el desarrollo y reconocimiento de diversos derechos a ciertos grupos sociales, sin embargo, no es sino a partir de la proclamación de éste documento, que los DD.HH. en sí, cobran tal fuerza y magnitud, que se reconoce la universalidad de los mismos. Es por eso que, en estos ya 70 años de proclamación, éste instrumento ha tenido un gran impacto en la historia de la humanidad, impacto que, hasta el día de hoy perdura y perdurará en la vida de las personas alrededor de todo el mundo.

Es así que, para hablar de la protección de los DD.HH. en el ámbito del DIDH, es inevitable no referirnos al siglo pasado, pues éste ha sido relevante en la evolución, reconocimiento y positivización de los mismos, no sólo por la suscripción de importantes instrumentos internacionales, como el ya mencionado, sino porque el derecho internacional y la Comunidad Internacional consideran, como ya es sabido, a la propia persona humana como sujeto de derecho internacional. Como diría Rousseau, es el individuo, quien finalmente es destinatario real de toda norma jurídica siendo éste, titular efectivo de las competencias internacionales (1966).

Empero, como en todo lo que concierne a la indefectible naturaleza humana, los derechos humanos aún a la fecha siguen siendo vulnerados en gran medida e incidencia, habiendo numerosas situaciones incluso en las cuales, se ha tenido como responsable a los propios Estados. Ante esta situación, cabe preguntarse ¿por qué luego de tantos años y episodios históricos, aún los abusos ocurren con regularidad de manera alarmante y ante la vista y paciencia de la Comunidad Internacional?, ¿sólo los Estados que han suscrito tratados internacionales de DD.HH. están obligados a respetar los mismos?, ¿qué pasa con los que no?, pero, si es así ¿sólo basta con el simple hecho de firmar tratados y asumir compromisos?, y entonces, ¿por qué los Estados aun habiendo firmado y haberse comprometido a respetar y promover los DD.HH., vulneran o permiten la vulneración de éstos derechos?, y finalmente ¿qué clases de sanciones jurídicas o de otra índole se contemplan en el plano internacional?, ¿estas son cumplidas por los Estados?. Es en este punto, en el que se denota las limitaciones que tiene el DIDH, para la exigencia a los Estados, del cumplimiento, respeto y protección de los DD.HH., debido a que además se suma un factor importante, su ya sabida falta de coercitividad y coacción, en comparación con el derecho interno, el cual goza del monopolio de la fuerza del Estado.

Es así que se hace importante señalar hasta qué punto, el DIDH y propiamente la Comunidad Internacional pueden tener incidencia e intervención, ante las violaciones de derechos humanos cometidas por un Estado, así como determinar qué responsabilidad le asiste y cuáles son los mecanismos que se tiene para exigir a los Estados, a cumplir sus obligaciones internacionales.

En este contexto, resulta importante resaltar el rol que asume el DIDH y la Comunidad Internacional, para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en toda su dimensión real, sobre todo porque actualmente, el poder económico y político de los Estados, el principio de soberanía de éstos, los intereses particulares de éstos, la reticencia de los Estados y otros factores, tienden a hacer, en muchos casos, inviables la protección de dichos derechos, hasta el punto en que pareciera que el derecho interno, el capital y los intereses privados prevalecen sobre el derecho internacional, y hasta sobre la propia persona humana, contrariamente a lo que la Convención de Viena, la Declaración de Derechos y Deberes de los Estados y la doctrina postulan acerca de la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno en todo en cuanto se refiera a derechos humanos.

1.2.DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

La presente investigación se desarrolla en el ámbito de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en ese sentido es sumamente importante pues es un estudio dogmático de alta trascendencia, que ha sido contrastado con el análisis estadístico presentado. Todo ello teniendo en cuenta, que es necesario el estudio de nuestra realidad internacional y el rol que juegan los Estados y el Perú como integrantes de la Comunidad Internacional, específicamente en lo que se refiere a la protección internacional de DD.HH., más aun considerando los principios y postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho como lo es el nuestro,

resultando así el tema de especial relevancia.

Y es que como bien lo señala Emigdio Aquino Bolaños (2018), a casi 70 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de su aprobación en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, los pueblos del mundo enfrentan una ofensiva antidemocrática que conculca estos derechos, lo que hace actual la lucha por su vigencia. La transgresión sistemática de estos derechos y libertades en la mayoría de países miembros, como se da en América Latina, y de manera particular en México, obliga a conocer y debatir su esencia filosófica, su enfoque histórico y su trascendencia política en la construcción democrática¹ (p. 11).

En tal sentido, la presente investigación servirá para conocer cómo se desarrolla las relaciones internacionales entre los Estados y la Comunidad Internacional y las relaciones de estos para con la persona humana, su marco normativo, los mecanismos de protección internacional de derechos humanos y las sanciones a la conculcación de estos derechos; para así determinar las falencias que ostenta el DIDH para la protección de los DD.HH.

1.3.FORMULACIÓN DEL PROBLEMA:

1.3.1.PROBLEMA GENERAL:

¿Cuáles son los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos?

1.3.2.PROBLEMAS ESPECÍFICOS:

a. ¿Por qué los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos, violan o permiten la conculcación de dichos derechos

¹ Editor en: Los Derechos Humanos en la historia y la cultura de América Latina, Alberto Villegas, Maldonado. Lluvia Editores, Ciudad de México, 2018.

frente a la vista y paciencia de la Comunidad Internacional?

- b. ¿Bajo el argumento del ius cogens, se puede obligar a los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos?

1.4.FORMULACIÓN DE OBJETIVOS:

1.4.1.OBJETIVO GENERAL:

Determinar los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos.

1.4.2.OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a. Analizar la razón por la cual los Estados, aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos violan o permiten la conculcación de dichos derechos frente a la vista y paciencia de la Comunidad Internacional.
- b. Determinar si los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, están obligados a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos, bajo el argumento del ius cogens.

1.5.JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN:

La presente investigación tiene suma importancia, pues a través de este estudio se dilucidará las limitaciones u obstáculos que tiene el derecho internacional, propiamente el DIDH, para garantizar la debida protección de derechos humanos frente a Estados que los violan o permiten su conculcación, muchas veces por el propio accionar de sus autoridades, lo que ha hecho que casos escandalosos de violaciones de derechos humanos, hayan quedado muchas veces impune.

Es así que, siendo las disposiciones del derecho internacional de los derechos

humanos y la costumbre internacional reguladoras, ya sea de forma mediata o inmediata, de la conducta de los individuos, -aspecto que se desarrollara a detalle en la presente investigación-, se hace necesario estudiar factores importantes que limitan u obstaculizan dicha protección desde luego, en el plano internacional; tal como las limitaciones jurídicas, económicas, políticas y de diversa índole, el conflicto entre las diversas ideologías y culturas de Estados que niegan en alguna medida el respeto y garantía de los derechos humanos, las deficiencias en los sistemas internacionales de protección, entre otros.

Frente a este problema concreto y real, se hace necesario analizar hasta qué punto el DIDH puede tener incidencia en la exigencia al Estado de sus obligaciones internacionales, cuando es justamente éste quien vulnera derechos humanos, ya sea porque está sometido por un gobierno dictatorial (Venezuela) o simplemente porque las disposiciones de derechos humanos están en contra de sus intereses políticos, económicos o sociales (EE. UU.), haciendo caso omiso a las disposiciones de derechos humanos a los que se han comprometido o simplemente prefiriendo de forma estratégica no firmar tratados ni asumir compromisos en ciertos temas específicos, para así no tener responsabilidades internacionales, por citar algunos ejemplos.

Con tal fin, debe delimitarse en primer lugar, qué acciones concretas pueden realizar las personas, como sujetos de derecho internacional, qué acciones realizan los Estados, y que acciones realiza la Comunidad Internacional en el marco del DIDH ante violaciones de DD.HH., justificándose de esta manera la presente investigación, pues la necesidad de determinar la existencia de plenas y graves limitaciones para la defensa de los DD.HH. que se tienen en la actualidad, es un tema de vital importancia que concierne al interés de todo ser humano y Estado, pues esto

tiene base y fundamento en la dignidad que toda persona tiene por excelencia, fundamento que a la vez es el ángulo básico de nuestro ordenamiento peruano.

En esa línea de ideas, deberá analizarse también la capacidad coercitiva del DIDH y la forma en cómo la Comunidad Internacional a través de los distintos Sistemas Internacionales de Protección, exige el cumplimiento de la Carta Internacional de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales, los acuerdos internacionales adoptados, la costumbre internacional, y las normas del *ius cogens*, así como los fallos de las Cortes Internacionales competentes en derechos humanos que son de obligatorio cumplimiento para los Estados, las recomendaciones de las Comisiones o Comités Internacionales y demás acciones de los órganos competentes. Todo ello a fin de establecer mejoras en los mecanismos internacionales de protección y, hacerle frente a dicho problema.

1.6.LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN:

Entre las limitaciones que he encontrado para la elaboración y desarrollo de la presente tesis, en cuanto se refiere a las fuentes bibliográficas, indudablemente es la falta de una biblioteca especializada adecuada con ambientes a disposición del estudiante en la Facultad, y la falta de libros de esta rama del derecho en la propia Biblioteca Central de la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, lo que ha dificultado en gran medida este trabajo de investigación.

En tal sentido, he recurrido a las bibliotecas de otras universidades, del propio Congreso de la República y la Biblioteca Nacional del Perú para poder realizar el mismo. Así también, he adquirido libros, revistas y artículos, que se relacionan al tema a tratar, recuérdese que en nuestro país hay poca producción de estudios específicos sobre el problema de investigación.

Asimismo, se ha encontrado información relevante pero un tanto desactualizada

y hasta errada sobre algunos aspectos del DIDH, pues esta rama está en constante desarrollo.

Otra dificultad, es que la información actualizada, relevante y oficial de las organizaciones internacionales, así como la doctrina proveniente de universidades del extranjero y ONG's internacionales, en su gran mayoría se encuentran en inglés, por lo que se ha tenido que traducir a nuestro idioma.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE ESTUDIO:

Dentro de los antecedentes de la investigación, se ha considerado trabajos de investigación y de estudio, tanto a nivel internacional como nacional. Veamos éstos:

2.1.1. ANTECEDENTES INTERNACIONALES:

- Vidigal De Oliveira, A (2011). *Protección Internacional de los Derechos Humanos: justificaciones técnico-jurídicas para la creación de un Tribunal Mundial de Derechos Humanos* (Tesis doctoral). Universidad Carlos III de Madrid, 327 - 348, 443. Recuperado: <http://hdl.handle.net/10016/13300>

La tercera parte de su trabajo de investigación, la denomina: “Análisis Crítico del Régimen de Protección Internacional de los Derechos Humanos”, en el que señala: “*el sistema internacional de protección de los*

derechos humanos presenta algunas deficiencias, impidiendo el alcance de un adecuado cumplimiento de aquellos derechos. Algunos datos y registros comprueban esta premisa, y se traducen, específicamente, en mostrar que la estructura actual no se puede caracterizar como formadora de un sistema, más allá de encontrarse inconclusa, y que los procedimientos de control y garantía existentes se presentan insuficientes, aspectos que llevan a restringir el alcance de una máxima efectividad posible”.

Conclusiones: 3. (...) *una de las providencias reconocidas como más eficientes para reaccionar en contra a las violaciones de derechos humanos son las que resultan de los tribunales internacionales. Esta protección, todavía, aunque bastante actuante en el continente europeo, en el continente americano es limitada a América del Sur y Central, tiene su funcionamiento muy deficiente en África, [y] es inexistente en el continente asiático y Oceanía. Son más de ochenta por ciento de la población del mundo sin la protección por un sistema judicial internacional de derechos humanos, y, el que es más grave, en un [continente] en que una buena parte de las personas no dispone ni siquiera de una adecuada protección judicial nacional para dar respuesta a las graves violaciones de aquellos derechos, el que bien revela que, a lo mejor, la protección internacional no existe donde es la más necesaria. (...) 4. La constatación de deficiencias en el sistema internacional de protección a los derechos humanos es motivo suficiente para despertar en la conciencia colectiva la necesidad de aproximar cada vez más del problema, en un auténtico enfrentamiento que lleve a buscar la máxima efectividad posible en la protección internacional de los derechos humanos.*

Vidigal dedica una parte importante de su trabajo de investigación, a enfatizar las deficiencias existentes en los sistemas internacionales de protección, y como éstos repercuten o limitan la plena protección internacional de los DD.HH. Entre otras cosas, critica la estructura de estos sistemas; no sistematizados e inconclusos; sus deficiencias funcionales y su efectividad restringida. Es por ello, que concluye que la protección judicial de derechos humanos en algunos continentes es limitada, deficiente y hasta inexistente, y que ante la constatación de dichas deficiencias, éstas deben ser confrontadas a fin de buscar la máxima efectividad en la protección internacional de los DD.HH.

- **Cuzco Villagómez, C., & Mise Pilatasig, V (2011). *La Protección de los Derechos Humanos a través de los mecanismos regionales en América Latina. Posición del Ecuador* (Trabajo de grado). Universidad de Granma.**

Recuperado: <https://pdfs.semanticscholar.org/a7f2/5af8591b3af87d3e2e2ec27c5b64615741ec.pdf>.

Objetivo: “La presente investigación tiene como propósito analizar la importancia que poseen los mecanismos regionales de protección de los derechos humanos, y el papel que en su proceso de implementación y funcionamiento desempeña Ecuador (...)”

Conclusiones: (...) - El sistema interamericano de protección de derechos humanos se constituye sobre mecanismos convencionales e institucionales, que contribuyen a complementar la tutela de estos, no obstante resultar en ocasiones ineficaces por los procedimientos y requisitos establecidos; (...) – Entre las dificultades que se plantean para lograr una efectiva protección

de los derechos humanos desde los mecanismos regionales, se encuentran:

a. Falta de interés por parte de las personas afectadas de recurrir ante estos organismos regionales, una vez agotada la vía interna. b. Desconocimiento de la existencia de los mecanismos regionales de tutela, como vía complementaria para proteger sus derechos. c. Desgaste emocional y económico sufrido durante la sustanciación de procesos, por dificultades procedimentales en estos órganos.; - Siendo un mecanismo complementario, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos está llamado a perfeccionarse y adecuarse a las exigencias que impone la protección de los derechos humanos.

Cuzco y Mise, analizan en su trabajo de investigación, aspectos importantes de los mecanismos regionales de protección de derechos humanos en América. En ese entender, luego de su estudio y análisis, concluyen que en efecto, la protección de derechos humanos vista desde el sistema interamericano, ostenta dificultades para su efectividad, ya sea por la ineficacia de los procedimientos y requisitos establecidos en dicho sistema, o por las situaciones que aquejan a las víctimas (falta de interés, desconocimiento, desgaste emocional y económico), por lo que hacen advertir que el sistema interamericano debe perfeccionarse a fin de garantizar una plena protección de derechos humanos.

- **Prado D, Maximiliano² (2007). *Limitación de los Derechos Humanos: algunas consideraciones teóricas*. *Revista chilena de derecho*, 34(1), 61-90. Recuperado: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372007000100005>**

² Abogado. P. Universidad Católica de Chile. LL.M. McGill University, Canada.

Objeto de estudio: (...) muchas veces el término “límite” se ha utilizado para describir o caracterizar los derechos humanos como inviolabilidades o privilegios que protegen al individuo frente al poder político y le proporcionan una esfera de autonomía. En este trabajo, con un sentido distinto, nos referimos a los límites, condiciones o restricciones que determinan la configuración y extensión de los derechos humanos o afectan o restringen su ejercicio.

Contenido: b. *Limites materiales:* La inclusión bajo el alero de los derechos humanos de los derechos económicos y sociales, hace que la escasez de los recursos económicos y humanos pueda erigirse en un límite material a la satisfacción de tales derechos. Esto es una buena prueba de la relación de dependencia de los derechos humanos con un determinado contexto social y los juicios respecto de lo valioso de las actividades humanas, pues la satisfacción de los derechos económico-sociales no solo compite con los derechos de igual naturaleza de otros individuos, sino también con la satisfacción de necesidades colectivas que muchas veces no están amparadas por un derecho. Cualquier absolutización de los derechos económico-sociales, y en general de los derechos humanos, no resulta compatible con la diversidad de los bienes y de las experiencias humanas que una determinada sociedad persigue o valora. La conciencia de la relatividad e historicidad de los derechos humanos permite a sus titulares buscar la reconciliación de sus pretensiones en el contexto de la convivencia social.

El estudio que hace Prado, comprende aspectos teóricos sobre la limitación de los derechos humanos, fundado en las distintas concepciones que tienen

la sociedad y la autoridad política, sobre éstos. Dichos derechos, adquieren una influencia directa, tanto en su interpretación como en su aplicación en el derecho interno. Partiendo de esto, Prado revela los contenidos de su trabajo y conforme se desprende de la cita, éste dedica un punto importante a los límites materiales -entre otros límites que considera en su trabajo-, de los derechos humanos, específicamente los referidos a los DESC, de quienes refiere que son limitados en su aplicación por la escasez de recursos económicos y humanos en un determinado contexto social, por lo que su satisfacción no sólo compete en un ámbito individual, sino sobre todo en lo colectivo, teniéndose muchas veces que tales necesidades colectivas no están amparadas por un derecho. Es por esta razón que, cualquier absolutización de los derechos humanos, resulta incompatible con la diversidad de los bienes y las expectativas humanas que una sociedad persigue o valora.

- **Pastor Ridruejo, J³ (2007). *La Protección Jurisdiccional de los Derechos Humanos: una comparación entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*. Revista Electrónica Iberoamericana – ALCUE. Vol. 1 N° 1. Recuperado de: <https://eulacfoundation.org/es/content/la-protección-jurisdiccional-de-los-derechos-humanos-una-comparación-entre-el-tribunal>.**

Contenido: *La situación en el continente americano era y es distinta [a la de Europa], pues por causas de orden estructural que tienen mucho que ver con el menor grado de desarrollo institucional, político y económico, las*

³ Profesor Emérito de Derecho internacional en la Universidad Complutense. Recuperado:

vulneraciones de los derechos humanos llegan a constituir en muchos casos situaciones de violaciones graves, masivas y sistemáticas. No es preciso que cite países y épocas concretas, porque están en el ánimo de todos. Situaciones en todo caso para cuyo tratamiento y erradicación no es una corte o tribunal la sola institución adecuada. Estamos ante realidades que necesitan otro tipo de control, no jurisdiccional sino intergubernamental, y que mediante el despliegue de presión política y moral tiendan a la mejora o erradicación de esas situaciones.

Pastor Ridruejo por su parte, en su estudio sobre la protección jurisdiccional de los derechos humanos, hace una comparación entre el TEDH órgano jurisdiccional del sistema de protección europeo y, la Corte IDH, órgano jurisdiccional del sistema de protección interamericano. Señalando entre ambos, diferencias no sólo de carácter jurisdiccional sino social, y en cómo esto último, repercute en la protección de derechos humanos. En la cita previa, resalta dicha diferencia existente entre Europa y América, esto es, el orden estructural de sus sociedades, el cual tiene mucho que ver con el menor grado de desarrollo institucional social, económico y político que tiene América a diferencia de Europa, lo cual deviene en un sinnúmero de situaciones graves, masivas y sistemáticas de vulneración de derechos humanos. Para tal realidad social -refiere este autor y conforme estamos de acuerdo-, que la sola actuación del ente jurisdiccional (Corte IDH) no basta, se requiere además un tipo de control intergubernamental, presión política y moral para la mejora y erradicación de dichas situaciones.

Esta tesista comparte dicho punto de vista, sin embargo, hace énfasis en señalar que la erradicación de hechos que violan derechos humanos es

utópico por la propia naturaleza humana, sin embargo es posible el control sobre éstos, a través de mecanismos eficaces de protección internacional, y el cumplimiento de las decisiones jurisdiccionales que vinculen a los Estados, así como una eficaz prevención de estas violaciones, a través de su promoción.

- **Nash Rojas, C (2008). *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su Repercusión en los Órdenes Jurídicos Nacionales*. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y Corte IDH, 191-257.**

Recuperado: <https://latremendacorteddhh.files.wordpress.com/2012/05/libro.pdf>⁴

Contenido: *Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos han seguido dos vías: la responsabilidad del Estado y la responsabilidad individual. El primero de estos caminos ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos y el segundo, el derecho penal internacional. Estos dos sistemas normativos de derechos humanos tienen en común el objetivo final de dar efectividad a la protección 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 dado respuesta a las realidades de violaciones de*

⁴ Además también se encontró el estudio de manera específica en el repositorio académico de la Universidad de Chile. Recuperado: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1>

derechos humanos y, por tanto, son expresión de una mirada a la realidad desde la cual se construye el sistema (...) El establecimiento de un sistema internacional de derechos humanos busca la prevención de violaciones de derechos humanos. 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. Esta lógica preventiva es esencial tanto en el derecho internacional de los derechos humanos como en el derecho penal internacional.

Nash Rojas explica, -además de otros puntos-, que la protección internacional de los derechos humanos, derivada en los sistemas de protección, ha seguido dos vías, el DIDH y el derecho penal internacional, cuyo objetivo común es dar efectividad a la protección de dichos derechos frente a los Estados o los responsables de estas violaciones. Es aquí, en donde Nash nos ayuda a delimitar nuestra tesis, ya que ésta sólo abordará la primera. En ese sentido, el DIDH a través de distintos instrumentos, ha establecido no sólo catálogos de derechos sino mecanismos de protección, mediante los cuales se intenta hacerle frente a las violaciones de derechos humanos. Sin embargo, y conforme estamos de acuerdo con el autor, el sistema de protección internacional y en general, el derecho internacional, no pretende suplir al derecho interno, sino por el contrario busca prevenir dichas vulneraciones o complementar en su protección.

2.1.2. ANTECEDENTES NACIONALES:

En cuanto a los antecedentes nacionales, he recurrido al Repositorio Nacional Digital de Ciencia, Tecnología e Innovación, denominado ALICIA (Acceso

Libre a la Información Científica) plataforma del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología e Innovación - CONCYTEC, en el cual hallé los siguientes:

- **Rodríguez Rodríguez, J (2019). *Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre la Responsabilidad Internacional del Estado por hechos ilícitos cometidos por agentes no estatales en contextos de conflicto armado* (Tesis de grado), PUCP. Recuperado: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13925>**

Objeto del estudio: *El trabajo se circunscribe al estudio de la Responsabilidad Internacional del Estado en su condición de garante frente a las violaciones de derechos humanos cometidas por agentes no estatales en territorios bajo su jurisdicción en contra de otros particulares, y relacionadas a un contexto de conflicto armado no internacional.*

Conclusiones: (...) *El Estado podrá ser responsable por los hechos ilícitos cometidos por los agentes no estatales o particulares, no en base a la atribución del hecho específico, sino por no cumplir con su obligación internacional de garantizar que estos actos no ocurran, o dada la situación no investigó, sancionó o reparó respecto a violaciones de derechos humanos en territorios bajo su jurisdicción (...) y bajo su control territorial.*

Rodríguez desarrolla su trabajo de investigación en torno a la responsabilidad internacional de los Estados, ante casos de violaciones de derechos humanos, basados específicamente en aquellas acciones cometidas por particulares, ya sean hostiles o no hostiles al Estado, y de si

éstos hechos conllevan una responsabilidad internacional para el Estado, de acuerdo al desarrollo del DIDH específicamente. Concluyendo que en efecto, el Estado en su condición de garante, si bien no es responsable de estos actos específicos, si ostenta responsabilidad en tanto éste, tiene la obligación internacional de garantizar que tales actos no acontezcan o que habiendo acontecido, deben ser investigados, sancionados y reparadas dichas violaciones, en tanto estos se produzcan bajo su jurisdicción y control territorial.

Resulta relevante esta tesis para el presente trabajo de investigación, ya que desarrolla todos los aspectos de la violación de derechos humanos, no sólo reafirmando la responsabilidad internacional del Estado ante estos hechos perpetrados por autoridades o agentes estatales, sino por agentes no estatales, sea en caso de conflicto armado o en tiempos de paz, lo que permite la noción y delimitación sobre a que nos referimos en la presente tesis, cuando hablamos propiamente de “violaciones de derechos humanos”.

- **Portilla Odlianitskaya, E (2014). *Las medidas de reparación normativa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Tesis de grado), PUCP. Recuperado: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5280>**

Contenido: *La responsabilidad internacional constituye, (...) una pieza clave del derecho internacional, más aun, de su existencia y efectividad, y ha ido evolucionando a raíz de su desarrollo. Esto ha sucedido, por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el cual las medidas de reparación se han diversificado para otorgar una*

protección más íntegra a las víctimas. (...) ante la comisión de un hecho que viole una norma internacional de derechos humanos por parte de un Estado, incurre este en responsabilidad internacional y tiene la obligación de reparar a las víctimas por los daños causados. Este principio de derecho internacional público implica el cumplimiento de un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de las violaciones.

Conclusiones: (...) 3. En el DIDH reside la figura del lesionado por un hecho internacionalmente ilícito, (...) la relación jurídica se da (...) entre el Estado y una persona natural, donde ésta última es la lesionada. De este modo, víctima es aquella persona que ha sufrido una vulneración de alguno de los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos por una acción u omisión atribuible al Estado. 4. (...) toda acción y omisión que generen un hecho internacionalmente ilícito atribuible a un Estado genera la obligación de este último de reparar.

Portilla, dedica su trabajo a establecer cómo las medidas de reparación normativa ordenadas por la Corte IDH, conlleva a una protección más íntegra de los derechos humanos. En ese sentido, desarrolla la responsabilidad internacional de los Estados, como una pieza clave en el DIDH, para establecer la obligación de reparar a las víctimas de violaciones de derechos humanos ante una acción u omisión cometida atribuidos a los Estados. Dicha reparación conllevará a un conjunto de medidas orientadas a restitución y mejora de los derechos de las víctimas así como la promoción de reformas que impidan que los actos vuelvan a cometerse. De esta

manera, se garantiza también una protección real y efectiva de los derechos humanos, lo cual ha sido promovido por la propia Corte IDH.

- **Ugaz Sánchez-Moreno, J (2018). *Gran Corrupción y Derechos Humanos* (Tesis de maestría), PUCP. Recuperado: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/13363>**

Conclusiones: (...) 8. *Los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y satisfacer los derechos fundamentales. La implementación de medidas contra la corrupción constituye una forma de satisfacer los derechos fundamentales. Cuando los Estados incumplen, por acción u omisión, su obligación de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, incurrir en responsabilidad exigible legalmente.*

El autor de este trabajo de investigación, centra su trabajo en determinar como la corrupción, permite la violación de derechos humanos, y que ante estos casos, los Estados ostentan una responsabilidad legal por permitir la violación de dichos derechos incumpliendo sus obligaciones internacionales de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

- **Mejía Verástegui, I (2010). *La Globalización en el desarrollo de una cultura de protección de los derechos humanos y su influencia en el Perú* (Tesis de maestría). UNMSM. Recuperado: https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UNMS_c3a9a9d9723f3aba6858ff1d6c0d2acd**

Conclusiones: (...) 6. *A pesar del desarrollo de una cultura de protección de los derechos humanos, éstos se siguen violando y aún este flagelo de la humanidad aún no ha sido erradicado. 7. Como consecuencia del*

desarrollo de una cultura de protección de los derechos humanos, se puede notar que existen más denuncias de violaciones de los derechos humanos.

El autor de esta investigación, realiza un estudio acerca de cómo la globalización puede tener incidencia directa en el desarrollo de una cultura de protección de los derechos humanos. Sin embargo, concluye que aun a la fecha se siguen violando derechos humanos. Incluso la globalización en muchos casos ha permitido detectar y constatar estas violaciones y en consecuencia advertirse mayores denuncias.

Como podemos apreciar, estos autores nacionales han tratado temas relacionados a nuestro trabajo de investigación, específicamente sobre protección internacional de derechos humanos en cuanto a la responsabilidad internacional de los Estados y en cuanto a las violaciones de derechos humanos, sin embargo, no hemos encontrado -al menos a nivel nacional -, ninguna que trate específicamente, acerca de las limitaciones u obstáculos que se tienen en el ámbito del DIDH, para la efectiva protección de derechos humanos. Por supuesto que hay muchísimas investigaciones y sobre todo libros referentes al tema de derechos humanos, pero no específicamente sobre lo señalado. Referimos además, que los libros que se han encontrado de corte internacional y nacional, han servido para el análisis dogmático el cual está ampliamente desarrollado en las Bases Teóricas.

2.2.BASES TEÓRICAS – CIENTÍFICAS:

En este apartado se desarrollará una breve evolución histórica de los derechos humanos, la implicancia dogmática, axiológica y doctrinaria de éstos, el DIDH, principios y características de éste, el respeto, la promoción, protección y garantía

de los DD.HH. a través de los distintos Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos y sus mecanismos de protección, las normas del ius cogens, el análisis de las implicancias para los Estados de las violaciones de DD.HH., y finalmente las limitaciones para la protección de estos derechos en el DIDH.

2.2.1. DERECHOS HUMANOS:

2.2.1.1. Origen y Evolución Histórica a Nivel Internacional:

A. Antecedentes remotos y hechos primigenios:

Los derechos humanos, acorde a la corriente iusnaturalista, han existido desde la propia concepción del hombre, al ser éstos inherentes al ser humano, el hombre nacía con estos derechos. Sin embargo, la historia nos muestra que antes de la Segunda Guerra Mundial, éstos no eran reconocidos en forma generalizada, mucho menos eran respetados, así como tampoco tenían carácter universal como en la actualidad.

A pesar de esto, es posible referirse a algunos hechos primigenios, que dieron pequeños pasos para el reconocimiento de derechos humanos en el mundo. Veamos, de forma muy breve el surgimiento y desarrollo de éstos:

a. Edad Antigua:

Uno de los antecedentes históricos más remotos, lo encontramos en Sumeria, Mesopotamia, en el siglo XXV a.C., con el poema denominado “Ennecar y el señor Aratta”, en donde se hace un reconocimiento a los derechos humanos de acuerdo al pensamiento de esa sociedad (Valle-Riestra 2016, 367).

Asimismo, otros antecedentes son: el Código de Manú de la Cultura Hindú, que reconoce el respeto frente al herido de guerra (p. 368); y el Código de Hammurabi en el siglo XV a.C. que evidencia la preocupación a ciertos aspectos inherentes a la dignidad humana y establece límites a la imposición de esclavitud por deuda (Calderón Sumarriva 2012, 20).

En Babilonia, en el año 537 a.C., Ciro II, conocido como Ciro El Grande, gobernador del Imperio Aqueménida de Persa, tras la conquista de Babilonia, proclamó la liberación de esclavos, repatrió a los exiliados y restauró lugares de culto en favor de la libertad de religión. Esto se encuentra descrito en el Cilindro de Ciro, calificado incluso como el primer documento sobre derechos humanos en el mundo, lo cual es aceptado por las Naciones Unidas.

En occidente, específicamente en Grecia, “desde el periodo homérico, se manifestó entre los hombres una aspiración a la idea de igualdad vinculada a la justicia para proteger al hombre contra toda violación a sus derechos” (Valle-Riestra 2016). En Roma se regula la libertad a favor de los individuos, siendo la Ley de las Doce Tablas un texto que aseguró la libertad, la propiedad y la protección de los derechos humanos. Para los romanos, el derecho natural representaba las normas de mayor prevalencia (Calderón Sumarriva 2012).

Valle-Riestra (2016) afirma: Los derechos humanos son tan antiguos como la historia de la cultura occidental, deviniendo su

origen primigeniamente en la concepción política de Alejandro Magno (356-332 d.C.) y de la concepción filosófica o existencial del hombre sostenida por el filósofo Zenón de Sitio (335-266 d.C.), quien sentó las bases para el nacimiento del Iusnaturalismo.

b. Edad Media:

En la edad media “el cristianismo jugó un papel importante en el origen y formación de los Derechos Humanos porque fue en la Biblia en donde se acuñó por primera vez la idea de dignidad en el hombre”. (Valle-Riestra 2016, 368).

Más tarde San Agustín y Santo Tomás de Aquino, construyeron una doctrina sobre los derechos humanos, considerando al ser humano libre y sujeto de derechos.

Alzamora Valdéz (1977) afirma: El reconocimiento jurídico de los derechos humanos se inició en la edad Media. Pero no como derechos subjetivos pertenecientes a todos los hombres cuya igualdad proclamó el cristianismo, sino a modo de privilegios inherentes a determinados grupos sociales. (p.35)

Es así que, frente a los privilegios otorgados a determinadas clases sociales o la burguesía, el constitucionalismo medieval puso fin a los límites y frenos del poder político, lo que se plasmó en textos como la Carta Magna Leonesa, otorgada por el Rey Alfonso IX a las Cortes de León en 1188 o la Carta Magna inglesa en 1212 que junto con un modelo parlamentario constitucional inglés, buscó evitar conflictos y atropellos, y

proteger al máximo posible los derechos históricamente adquiridos por cada uno⁵.

La Carta Magna, es considerada por la mayoría de los tratadistas, como el documento constitucional más importante de la Edad Media, firmada por Juan Sin Tierra, cuyo contenido expresa el reconocimiento de la igualdad y la libertad individual de determinados estamentos y grupos.

Siendo por tanto, la edad media el periodo en el cual, se inicia el reconocimiento positivo (constitucional) de derechos humanos y la garantía de su protección al pueblo español e inglés.

c. Edad Moderna:

Jhon Locke (1623-1704), padre del iusnaturalismo, concibió al hombre como ser libre e igual (estado natural), siendo el estado civil una creación artificial que no tiene más objeto que permitir el más amplio desenvolvimiento de la libertad y la igualdad, proponiendo además la suscripción del contrato social para asegurar los derechos fundamentales del ser humano. Esta concepción filosófica, fue desarrollada más tarde por Voltaire, Montesquieu y Rousseau, cuyos pensamientos alimentaron la independencia de América (1766) y la Revolución Francesa (1789) (Valle-Riestra 2016).

Tras la conquista de América, se dieron dos documentos

⁵ Cfr. (Aguilera Portales 2011) Págs. 117-119.

importantes, la Bula “*Sublimis Deus*”, expedida por el Papa Paulo III en 1537, proclamaba la igualdad de todos los hombres, y la garantía de no ser privados de su libertad ni de sus bienes y, la Bill of Rights (Carta de Derechos), carta que reafirmaba derechos y libertades, y estableció que nadie podía ser detenido sin mandato judicial.

Más tarde, se darían las primeras declaraciones modernas sobre derechos humanos en América, como la Declaración de Derechos del Congreso de Filadelfia, la Declaración de Derechos de Virginia y finalmente la Carta de la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América, este último reconoce derechos esenciales del hombre “cuyo amparo y protección constituyen la finalidad del Estado”. Este documento inspirado en el Derecho Natural influenciaría en aspectos teóricos y prácticos a la famosa Revolución Francesa (Calderón Sumarriva 2012).

B. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano:

La Revolución Francesa, fue un hito en la historia de la humanidad, marcó un antes y un después, tanto, que dio por concluida la edad Moderna, y abrió paso a la actual edad Contemporánea. Esta revolución, es de suma importancia para la teoría de los derechos humanos, ya que fruto de ésta, fue la denominada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano adoptado por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia, el 26 de agosto de 1789.

Esta declaración es uno de las más importantes, pues, como bien lo señala el maestro Alzamora Valdez, nació con proyección universal, siendo su carácter universal –al menos en teoría-, justamente la que la distingue de las declaraciones americanas. Esto significa que, “los derechos conceptuados, los preceptos y las garantías inmersas en el mismo, son reconocidos para todos los seres humanos” (p.26).

Cabe advertir, sin embargo, que los derechos reconocidos eran a hombres considerados “ciudadanos”, y que tanto ésta, así como las declaraciones americanas, no incluían a un ser humano importante para ser considerado reconocidos “para todos”, la mujer. De ahí que no se puede hablar de la universalidad de esta declaración⁶.

En su preámbulo refiere, que los derechos del hombre eran naturales, inalienables y sagrados. Alzamora Valdez (1977) señala a este respecto, que esta declaración “constituyó el dogma de la revolución y de la libertad y, como dijo Michelet, fue también el credo de la nueva época y la base de todas las constituciones francesas, así como de la mayor parte de las constituciones mundiales hasta nuestros días” (p.53).

Contiene 17 artículos, los cuales proclaman; que los hombres nacen libres e iguales; la imprescriptibilidad de los derechos de libertad,

⁶ Por esta razón en 1791, la feminista francesa, Marie Gouze más conocida como Olympe De Gouges, publicó el documento “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”, en contraposición a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Esta declaración, aunque simbólica y no adoptada por los franceses de esa época, proclamaba que las mujeres tenían iguales derechos como los varones, constituyendo así, una verdadera proclama universal de los derechos humanos, que nunca llegó a aplicarse, pues las mujeres eran consideradas ciudadanas pasivas, es decir, sin actuación en la vida civil.

propiedad, seguridad y resistencia a la opresión; la libertad de expresión, entre otros. En pocas palabras, “concibe los derechos del hombre como cualidades esenciales inherentes a su naturaleza y los separa de la organización política” (p.56), plasmándose así los denominados derechos civiles y políticos, que se irradió a Constituciones de todo el mundo.

C. Reconocimiento y Protección Internacional de los Derechos Humanos:

Luego de lo sucedido en Francia, el reconocimiento de los DD.HH. se irradió a todo el mundo, los movimientos en pro de dicho reconocimiento y la protección de los DD.HH. se hacían cada vez más fuertes.

a. Durante las Guerras Mundiales:

A partir del siglo XX, luego del devastador escenario de la Primera Guerra Mundial (1914-1918), se evidenció la necesidad de contar con documentos o instrumentos que garantizaran derechos humanos.

Es así que, 42 países⁷ originariamente, firman el Tratado de Versalles, el cual crea la Sociedad de las Naciones o Liga de las Naciones (1919), la primera organización internacional cuyos fines era preservar la paz y prevenir la guerra entre los países por medio de la cooperación internacional y el arbitraje de conflictos. Dicha organización redacta:

⁷ Dentro de los cuales, Perú fue miembro fundador.

- **El Pacto de la Sociedad de las Naciones**, firmado el 28 de junio de 1919, cuyo texto contiene los 26 primeros artículos del Tratado de Versalles. Dicho pacto, conforme lo señala Ana Calderón (2017) “reconoce los derechos de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas y el derecho de petición ante ese organismo” (p.28).

Sin embargo, una Segunda Guerra Mundial (1939-1945), aconteció. Como consecuencia de este conflicto, la Sociedad de Naciones, fue un completo fracaso, no sólo por el incumplimiento de su objetivo principal “alcanzar la paz evitando otro conflicto”, sino por una serie de problemas políticos traducidos en la exclusión de grandes potencias entre sus miembros. En este escenario, se dan:

- **La Carta del Atlántico de 1941**, suscrita por Franklin Delano Roosevelt y Winston Churchill, que prometía a todos los hombres del mundo todas las garantías necesarias para una existencia libre de temor y privaciones.
- **La Declaración de las Naciones Unidas de 1942**, fue suscrito por 47 países, en apoyo a la Carta del Atlántico. Los Estados mostraron así la aprobación a los propósitos y principios enunciados en dicha declaración. “En este trascendental documento, los signatarios se comprometían a poner su máximo empeño en la guerra y a no firmar una paz

por separado”⁸.

Es justamente cuando firmaban esta Declaración, que el presidente Franklin Delano Roosevelt acuñó el término “Naciones Unidas”, para referir colectivamente a las naciones que se unían a la lucha contra las potencias del Eje Roma-Berlín-Tokio.

b. Nivel Mundial:

A finales de la Segunda Guerra Mundial, la humanidad buscaba desesperadamente la reivindicación de la dignidad del hombre, con un grito desesperado de clamor por el reconocimiento de sus derechos, más elementales, universales e inherentes.

- **La Carta de las Naciones Unidas**, firmada en San Francisco el 26 de julio de 1945, la cual a su vez, da nacimiento a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o simplemente las Naciones Unidas (NN.UU.), con la ratificación de 51 Estados, luego de arduos esfuerzos y conferencias internacionales. La ONU empezó a existir oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás signatarios.

Alzamora (1977) resalta respecto a esto, la declaración hecha por el presidente de Truman en la ceremonia de la firma de la Carta de las Naciones Unidas: “Con este documento –dijo-

⁸ Recuperado: <https://www.un.org/es/sections/history-united-nations-charter/1942-declaration-united-nations/index.html>

tenemos razones para creer que una declaración internacional de derechos resultará aceptable para todos los países involucrados. Tal Declaración de Derechos formará parte de la vida internacional en la misma medida en que nuestra propia Declaración de Derechos forma parte de nuestra Constitución. La Carta está dedicada a la obtención del respeto a las libertades fundamentales. A menos que podamos alcanzar estos objetivos para todos los hombres y mujeres del mundo –independientemente de la raza, el idioma o la religión- no podemos tener paz y seguridad permanente en el mundo”.

Acorde al artículo 68° de la referida Carta, el Consejo Económico y Social crea en 1946, la Comisión de Derechos Humanos, integrada por 18 miembros, cuyas atribuciones consistían en la preparación de una Carta Internacional de Derechos Humanos, declaraciones y convenciones internacionales sobre libertades civiles, condición de la mujer, prevención de la discriminación, entre otros.

Se estableció además una sub-comisión denominada la Comisión del Estatuto de la Mujer, encargada de atender problemas respecto a la prevención de discriminaciones y protección de las minorías (p.64).

- **Carta Internacional de Derechos Humanos:** La Comisión de Derechos Humanos, luego de largas y acalorados debates filosóficos, ideológicos, políticos y jurídicos sobre los

alcances, naturaleza y composición de este conjunto de instrumentos, decidió que la Carta, debería estar compuesta por tres partes: una declaración, uno o más pactos y medidas de ejecución. Es en este contexto en el cual, se proclama:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos:

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, mediante la Resolución 217A (III), con 48 votos, 0 en contra y 8 abstenciones. Siendo éste el primer documento de su clase, con un reconocimiento de DD.HH. de alcance mundial y atribuible los derechos consignados en este, a todos los seres humanos y, el primer documento integrante de la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Posteriormente, en 1966, las NN.UU. se preparaba para emitir los demás instrumentos internacionales integrantes de la Carta Internacional de los Derechos Humanos, luego de años de debates;

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

(PIDCP): Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución 2200A (XXI) y vigente desde el 23 de marzo de 1976.

- El Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (PIDESC): Aprobado por la

Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución 2200A (XXI) y vigente desde el 03 de enero de 1976.

- **El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución 2200A (XXI) y vigente desde el 23 de marzo de 1976.
- **El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989, mediante Resolución 44/128 y vigente desde el 11 de julio de 1991.
- **El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** Aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 mediante la resolución A/ RES/63/117 y vigente desde el 5 de mayo de 2013.

Es así que, el proceso de internacionalización de la protección de los derechos fundamentales de la persona humana se tradujo en la consagración de catálogos de DD.HH. y mecanismos de promoción y protección internacionales de los derechos incluidos en los catálogos. La idea detrás de este proyecto fue evitar las situaciones de violaciones masivas de los DD.HH. 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 preventivo. Este propósito general de construir un sistema de control internacional de la actividad de los Estados en materia de DD.HH. se refleja en forma muy clara en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 28 (Nash Rojas 2008, 200, 201)⁹.

c. Niveles Regionales:

Adelantada a la Declaración Universal de Derechos Humanos, América, proclamó:

- **La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, como resultado de la IX Conferencia Internacional Americana, en abril de 1948, la misma que dispuso la creación de la OEA. Dicha Declaración se convirtió históricamente en el primer instrumento internacional sobre derechos humanos. Su valor, es histórico y básico más que jurídico, debido a que no forma parte de la Carta de la OEA, tampoco es un tratado, es un documento general y de directriz que se llega a aplicar de esta forma. Aunque, cabe resaltar que es aplicado en el subsistema general de la OEA, aplicación no vinculante.

⁹ Citando a (Medina y Nash 2003)

Años más tarde, Europa hizo lo suyo, proclamando:

- **La Convención Europea para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales**, adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, y vigente en 1953. Este documento inspirado en la DUDH, fue el primer instrumento de su tipo (convenio), pues no sólo reconocía los derechos humanos, sino los protegía a través de un control judicial (creación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) estableciendo por primera vez, un sistema de protección de derechos humanos a nivel regional.

América, por su parte, a pesar de tener la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adolecía de un sistema de protección de derechos humanos regional vinculante, pues éste sólo declaraba dichos derechos, no gozaba de fuerza para que obligara a los Estados a la protección de los mismos, es entonces que adopta:

- **La Convención Americana de Derechos Humanos:** Conocida también como Pacto de San José de Costa Rica. Fue suscrita el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia el 18 de julio de 1978.

Por su parte en África, la entonces Organización para la Unidad Africana, adoptó:

- **La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos:** Aprobada por Asamblea del 27 de julio de 1981 y vigente desde el 21 de octubre de 1986.

2.2.1.2. Origen y Evolución Histórica a Nivel Nacional:

El origen de los DD.HH. en el Perú, deviene de un profundo proceso de constitucionalización, que se irradió desde la Revolución Francesa y los textos constitucionales surgidos en esas épocas.

Desde el inicio de la republicana (1821), podíamos ver ya el reconocimiento de ciertos derechos que eran tratados como garantías individuales, los que desde luego, sólo eran aplicables a ciudadanos¹⁰, y sólo eran unos pocos, tal como; *el derecho a conservar y defender el honor, su seguridad, su propiedad y su existencia, sin poder ser privados de ninguno de estos derechos sino por autoridad competente y conforme a las leyes* (Chanamé Orbé 2007, 22). Estos si bien, no eran aplicado a todas las personas (mucho menos a las mujeres), permitía tácitamente la protección de los mismos.

Tal como refiere Ortecho Villena (2008), “en la historia constitucional del Perú, representada esencialmente por sus doce constituciones, aparte de otros documentos similares, se puede advertir que tales derechos se han ido precisando” (p.17).

Analicemos muy brevemente el reconocimiento de derechos que se ha desarrollado en nuestra historia constitucional:

A. Constituciones Políticas del Perú de 1823 a 1933:

Desde la primera Constitución peruana, promulgada el 12 de noviembre de 1823, hasta la Constitución de 1839, se reconocía la

¹⁰ En 1821 sólo eran considerados ciudadanos todos los hombres libres nacidos en el país que hubiesen cumplido la edad de 21 años, con tal que ejerciesen alguna profesión o industria útil. A los naturalizados se les exigía la edad de 25 años. La cualidad de ciudadano del Perú era indispensable para poder obtener un empleo público (Chanamé Orbé 2007, 22).

protección de algunos “derechos humanos”, pero de forma limitada. Así por ejemplo, en la primera se reconocía el derecho a la nacionalidad al señalar que, *son peruanos todos los hombres libres*¹¹ *nacidos en el territorio*. Este término de “hombres libres”, fue eliminado con la Constitución de 1856, sin embargo siguió excluyendo a la mujer de forma expresa respecto de su ciudadanía, y con el ello, su derecho al voto y a ser elegida, derecho que estaba sólo reservado para los varones mayores de 21 años y los casados aunque no hayan llegado a dicha edad. Con la Constitución de 1860, se elimina el término “varón”, pero se sigue condicionando al estado civil de casados, para aquellos que no habían cumplido los 21 años. Esta situación si bien mejoró con la Constitución de 1867, retrocedió con la Constitución de 1920, el cual volvía a exigir el estado civil de casado para el ejercicio del derecho al sufragio. Sin embargo, no todo fue retroceso en esta, pues es la primera en incluir el hábeas corpus como recurso para la defensa de una indebida prisión, además que contenía derechos sociales y de organización o interés general.

Posteriormente, es promulgada la Constitución de 1933, la misma que instaura una palabra fundamental para la forma de gobierno que tenemos hasta nuestros días, “democracia”, además de contener un listado más amplio de derechos humanos, la misma que a través de sus modificatorias, reconoce expresamente la ciudadanía a las mujeres y permite por primera vez, el voto

¹¹ Lo que excluía a la población esclava

femenino (art.86), aunque sólo para elecciones municipales.

B. Constitución Política del Perú de 1979:

Esta Constitución promulgada el 12 de julio de 1979 y vigente desde el 28 de julio de 1980, conforme lo expresa Chanamé (2007), hizo grandes aportes sobre derechos humanos, esto se expresaba con la primacía del título que los contenía, por sobre otros. En términos generales, se buscó poner énfasis a la persona humana, en algunos casos influido por el espíritu del iusnaturalismo de algunos constituyentes, así se elaboró un título sobre la persona (p. 76 y 77).

El artículo 1° de esta constitución, le dio forma y base al actual artículo de la Constitución del 1993, refiriendo que; la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla.

Asimismo, reconoce por primera vez, la libertad de religión sin restringirla (art.2 inc.3), elimina las llamadas listas de derechos denominadas “garantías individuales, sociales o electorales” (dependiendo de la constitución y momento histórico), y pasa a incluir un capítulo de la persona, en el cual se plasman “derechos fundamentales” (art. 2 y 3), término expreso que se utilizó para señalar que toda “persona” tenía derecho a la vida, al nombre, a la integridad física, al libre desarrollo, a la igualdad ante la ley, a las libertades de información, opinión, expresión, al honor y la buena reputación, etc.

De estos términos, además de señalar expresamente que; “El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley

reconoce a la mujer derechos no menores que al varón” (art.2, inc.2), se evidencia un verdadero reconocimiento de igualdad de derechos entre las mujeres y varones, lo que se traduce en verdaderos derechos humanos - tardando tal reconocimiento más de 30 años desde la adopción de la DUDH y más de 32 años desde la creación de la Comisión del Estatuto de la Mujer, hoy Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer-.

Al reconocimiento de derechos civiles, se le suma, el hecho de ser, la primera en señalar una enumeración *numerus apertus* de los derechos fundamentales (art. 4). Así también, reconoce DESC, desarrollándolos ampliamente en capítulos separados¹².

Otro aspecto relevante, es que dedica un capítulo completo a los tratados internacionales (capítulo V – arts. 101° al 109°) reconociendo que éstos forman parte del derecho nacional y que, en caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero. Es así, que esta Constitución, por toda su estructura y por el gran avance en el reconocimiento de los derechos humanos (derechos fundamentales), generó muy buenas críticas, -a diferencia de todas sus antecesoras-, al punto de referir un sector de la doctrina que la Constitución de 1979:

“Ha sido una de las más logradas, la que propiamente ha configurado los derechos fundamentales, con precisión” (Ortecho

¹² Capítulo II De la Familia - arts. 5° al 11°; capítulo III De la Seguridad Social, Salud y Bienestar - arts. 12° al 20°; capítulo IV De la Educación, La Ciencia y La Cultura - arts. 21° al 41°; capítulo V Del Trabajo – arts. 42° al 57°; Capítulo VII De los Derechos Políticos – arts. 64° al 71°.

Villena 2008, 18)

“La Carta de 1979 comprendía dentro del primer Título denominado “de los Derechos y Deberes Fundamentales”, a los Derechos Civiles, Políticos, Sociales, Económicos y Culturales. Esto resultaba un importante avance y facilitaba su defensa en caso de conculcación” (Valle-Riestra 2016, 315).

C. Constitución Política del Perú de 1993:

La actual Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993 y vigente desde el 01 de enero de 1994, es la que termina de dar forma a uno de los valores axiológicos más importantes de los Derechos Humanos, la dignidad humana. Y es que su artículo 1, reconoce; “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*”. De esta manera, vemos que la persona humana y el respeto por su dignidad, pasan a ser el centro y pilar fundamental en la protección de los derechos humanos a nivel interno – derechos fundamentales-.

Como bien señala Valle – Riestra, en las últimas décadas se ha ido fortaleciendo a nivel mundial, la revalorización jurídica del ser humano y la tendencia de considerarlo como bien supremo que la sociedad y el Estado debe proteger. (...) La Constitución de 1993, reproduce con ligeras variantes, todos los derechos ya incluidos en la carta de 1979, agrupándolos de manera diferente (p. 314).

Esta diferente forma de agrupamiento ha recibido críticas en doctrina, como la del maestro Raúl Ferrero Costa, quien ha

señalado que, la Constitución de 1993, buscó supuestamente, mejorar en algunos aspectos a la Carta 1979. Este objetivo, sin embargo, no se ha logrado, pues en realidad la nueva Carta debilita la posición del ciudadano frente al gobierno, reduciendo el ámbito de sus derechos (...). En el marco de los derechos fundamentales, lo primero que notamos es que se ha reducido esta categoría a los derechos civiles contemplados en el primer capítulo de la Constitución.¹³

Cabe advertir, que la Constitución de 1979, señalaba expresamente que el Título I consagraba “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”, el cual estaba comprendido por los capítulos de la Persona; de la Familia; de la Seguridad Social, Salud y Bienestar; de la Educación, la Ciencia y la Cultura; del Trabajo; de la Función Pública; de los Derechos Políticos y; de los Deberes, todos los cuales conformaban una gran gama de derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales, conocidos como derechos humanos (a nivel internacional), y que estaban señalados expresamente como “derechos fundamentales”, comprendidos todos en un solo título con diferentes capítulos. Con la diferencia en la estructura de la Constitución de 1993, se suprime el título general y se señala sólo el capítulo I como “derechos fundamentales de la persona”, dejando de lado a los demás capítulos los cuales consignan derechos políticos y DESC.

A este respecto, Valle- Riestra se refiere; lo que es más grave aún

¹³ Citado por (Valle-Riestra 2016, 314)

es que reconoce la categoría de derechos fundamentales solamente a los derechos civiles y no así a los derechos políticos, sociales, económicos y culturales; los que se ven desmejorados para su defensa en caso de violación y conculcación toda vez que el nuevo código político no le reconoce la connotación de derechos fundamentales. Esta modificación resulta del todo inexplicable porque nos perjudica como personas, como ciudadanos, y es un retroceso en el campo de los derechos humanos que nos debe llamar a reflexión a fin de plantear en una próxima asamblea constituyente su revisión y modificación (p. 315).

Dejando de lado estas críticas, la actual Carta Magna, al igual que su antecesora más próxima, expresa la convicción de la primacía del ser humano tanto en su aspecto único e individual como en su dimensión social, ambas constituciones dedican el Título Primero a precisar el conjunto de libertades, atributos y facultades propios de la naturaleza del hombre que el Estado tiene la obligación de respetar y defender (p. 314).

Por otro lado, los méritos de la actual Constitución, van desde una mejor organización del estado, un régimen económico adecuado, así como la creación de instituciones jurídicas como el Referéndum¹⁴, la creación de la Defensoría del Pueblo y lo más importante en materia de DD.HH., la creación del Tribunal Constitucional, supremo interprete de la Constitución y defensor

¹⁴ Aparece el Referéndum como consulta popular para la reforma de la constitución, ordenanzas municipales y actos vinculados a la descentralización (Chanamé Orbé 2007, 79)

ferviente de los derechos fundamentales.

En cuanto a su estructura, como bien adelantamos, la actual Carta Magna declara en su capítulo I, “los derechos fundamentales de la persona”, los mismos que están consagrados en el artículo 2 y sus 24 incisos, estando el último de ellos dividido a su vez, en 8 acápite. Estos derechos civiles, tales como el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad moral, psíquica y física (el cual se amplió con esta Constitución), al libre desarrollo y bienestar, a la igualdad ante la ley, entre otros, no están contemplados como un listado *numerus clausus*, sino por el contrario, el artículo 3, contempla una enumeración *numerus apertus*, al referir: *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.* De lo que se puede entender, y de hecho en la práctica así es, que los derechos políticos, económicos, sociales y culturales comprendidos en los demás capítulos subsiguientes (capítulo II de los Derechos Sociales y Económicos y, capítulo III de los Derechos Políticos y de los Deberes), tienen también calidad de derechos fundamentales. Esto no sólo por su propia naturaleza (derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales), sino porque la Constitución garantiza éstos, en su calidad de naturaleza análoga que son fundados en la dignidad de la persona humana, muy aparte de los

que ha declarado el TC en los últimos años.

Como bien refiere Chanamé (2007), todos los textos constitucionales tienen excesos y vacíos, no obstante, se legitiman por su ejercicio –rectificándose y enmendándose- como es el caso norteamericano, por ello Thomas Jefferson proclamaba: “La ejecución de las leyes es más importante que su elaboración”.

Un punto importante a acotar además es, que en cuanto a los llamados derechos culturales, si bien la Constitución no se refiere taxativamente en el capítulo II como tal o inclusive en el capítulo I, lo cierto es que encontramos los artículos referentes al arte y la cultura desde el artículo 2, inciso 8, *el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*, inciso 19, *El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación*; hasta los artículos 17, 18, 19 y subsiguientes; *El Estado preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país*.

De lo que se colige, que a pesar de haber eliminado el término Cultural de la Constitución de 1979, dichos derechos hoy en día, siguen más vigentes que nunca, y que el Perú garantiza la protección, no solo de éstos sino de todos los derechos en general, a través de sus mecanismos internos.

En cuanto a la libertad religiosa, la vigente Constitución, en un texto similar al de 1979, reconoce, en su art. 2, inc. 3, el derecho fundamental de libertad religiosa en estos términos: (Toda persona tiene derecho) a la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o

creencias (...) El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público (Centro de Estudios Constitucionales 2017, 303).

2.2.1.3. Alcances Doctrinarios del Concepto de los Derechos Humanos:

El concepto de derechos humanos, ha sido largamente discutido a través de la historia, por grandes doctrinarios y filósofos e, incluso desde distintos enfoques como el iusnaturalismo y el positivismo, no existiendo aún en la actualidad una definición concreta e inmutable. Ello a razón de su propia naturaleza, ya que la amplitud de su contenido, las dimensiones que abarca y, la universalidad y demás características, a menudo se enfrentan con distintas ideologías, culturas, políticas y hasta emociones propias del ser humano. Y es que su uso frecuente y diario, hacen de difícil consenso su definición exacta y perfecta.

A esto se suma, que la expresión “derechos humanos”, ha sido concebido de acuerdo al momento histórico por el que pasaban sus titulares, las personas. En ese sentido, Pérez Luño (2003), citando una frase de Wolfgang Goethe hace referencia a los sentimientos, anhelos y logros que la expresión «derechos humanos» suscitó en las conciencias de los contemporáneos del clima cultural inmediato a la promulgación de las declaraciones de derechos humanos promulgados en la época de la Revolución Francesa y, resaltando su valor pragmático, explica cómo en un determinado momento histórico, el valor de los derechos humanos ha ido tornándose en un nuevo criterio de legitimación política, como freno a la autoridad arbitraria y

dogmática (el poder). Así también, para evidenciar su función política, hace referencia a lo vertido en la Declaración de Independencia Americana, *los hombres son iguales por naturaleza, han sido dotados por su Creador, de derechos inalienables y, precisamente para asegurar el goce de esos derechos, los hombres establecen gobiernos.* A partir de estas precisiones, define a los derechos humanos, en términos explicativos, como: *un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional* (Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 2003, pág. 48-49).

De esta definición, desprende el propio autor, tres consideraciones:

- a.** La referencia inmediata a los valores de los que tales facultades constituyen una concreción y, la insistencia en el carácter histórico que contribuye a una determinación del significado de esos derechos. Recalca el sentido histórico ya que la propia experiencia humana, nos ha demostrado que a lo largo de la historia, muchas concepciones de derechos se han desvanecido e incluso otras que no eran consideradas como tales (derechos económicos y sociales), lo son hoy en día.
- b.** Al apelar a los valores de la dignidad, la libertad y la igualdad, se está centrando en los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se ha buscado siempre la reivindicación de los derechos humanos, revistiendo en determinado momento histórico, un contenido

diverso y, el conjunto de facultades e instituciones, destinadas a explicitarlos. Siendo *la dignidad humana*, el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y afirmación de la dimensión moral de la persona¹⁵, su importancia es innegable en el origen y desarrollo de los DD.HH. La *libertad*, el principio aglutinante de la lucha por los DD.HH., considerado el derecho natural por excelencia e inmerso en la propia noción de derechos humanos. Y la *igualdad*, el derecho humano más importante de nuestro tiempo, al ser el postulado fundamentador de toda la moderna construcción teórica y jurídico-positiva de los derechos sociales.¹⁶

- c. El reconocimiento positivo de los derechos humanos debe entenderse en un sentido más amplio que el formalista, no solo los instrumentos normativos, sino las técnicas de protección y garantía, vale decir, los mecanismos y sistemas de protección (2003).¹⁷

Esta definición por tanto, conjuga y compenetra, el enfoque iusnaturalista, respecto a su fundamentación, con el enfoque positivista, que encierra el reconocimiento positivo en instrumentos normativos y la regularización para su ejercicio a través de mecanismos de protección.

Otro aporte doctrinario bastante relevante, es el de Nikken (1994)

¹⁵ Pérez Luño (2003), citando a Rudolf von Ihering (1904, p. 332).

¹⁶ Pérez Luño (2003), citando a L'égalité, vol. I, a cargo de H. Buch, P. Foirers, Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1971; y vol. IV a cargo de R. Dekkers, P. Foirers, Ch. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1975.

¹⁷ Cfr. Pérez Luño (2003)

quien a través de todo un estudio sobre el concepto de los derechos humanos, postula la dignidad de la persona como pilar fundamental frente al Estado, así el poder público debe respetar y garantizar los atributos inherentes a la persona, siendo esto consustancial a la dignidad humana. Afirma: *La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer, son los que hoy conocemos como derechos humanos* (pág. 15).

De esta definición, se desprende por un lado, que los derechos son inherentes a la persona, y por el otro, la afirmación de estos derechos frente al poder público. La primera, basada en la inherencia, nos lleva a señalar el reconocimiento de todo ser humano como titular de derechos humanos, por el sólo hecho de serlo y que al ser universales, corresponden a toda persona, por su propia naturaleza. Siendo por tanto, los derechos humanos, atributos inherentes a la persona que, - como refiere Nikken-, no son una concesión de la sociedad ni dependen del reconocimiento de un gobierno, sino por el contrario, éstos son inviolables y por fuerza de la dignidad humana, deben ser objeto de protección y garantía por parte del Estado. Lo segundo nos lleva a señalar, que los derechos humanos implican obligaciones a cargo del Estado, siendo éste el responsable de respetarlos,

garantizarlos o satisfacerlos y desde luego, no violentarlos. Esta obligación de no violar derechos humanos, implica límites al ejercicio del poder público, basado en el imperativo de la dignidad humana.¹⁸ Esta no sólo lo circunscribe a su no arbitrariedad, sino que la obliga a su respeto, garantía y satisfacción y hasta la regularización de su restricción en determinadas situaciones excepcionales, como casos de emergencia o el peligro de la seguridad del Estado, lo que en ningún momento afectará su contenido esencial.

A. Corrientes:

a. *Iusnaturalista*¹⁹:

La Escuela filosófica del iusnaturalismo, sostiene que los derechos humanos (antes derecho natural) surge de la naturaleza humana, de la que se extraen derechos que corresponden a todos los seres humanos por el sólo hecho de serlos.

Se fundan en un orden natural preexistente al Estado y la ley y es superior a ellos. Así, los derechos vienen a ser el conjunto de atributos, valores y libertades que la persona posee por su propia naturaleza humana, siendo éstos anteriores y superiores al

¹⁸ Cfr. (Nikken, El Concepto de los Derechos Humanos 1994, 15-27): “Durante la mayor parte de la historia el poder podía ejercerse con escasos límites frente a los gobernados y prácticas como la esclavitud y la tortura eran admitidas y hasta fundamentadas en ideas religiosas. La lucha por lo que hoy llamamos derechos humanos ha sido, precisamente, la de circunscribir el ejercicio del poder a los imperativos que emanan de la dignidad humana”.

¹⁹ Tuvo como sus máximos exponentes a Hugo Grocio, Francisco de Vitoria, John Locke, Montesquieu y Rousseau, quienes elaboraron los principios doctrinarios de [las entonces] futuras declaraciones de derechos del Hombre (Calderón Sumarriva 2012, 27).

Esta corriente histórica de fundamentación filosófica de los derechos humanos, aunque al principio fue una corriente muy plural y heterogénea (multiplicidad de corrientes doctrinales), que tenía el común denominador de su afirmación por el derecho natural, han ido surgiendo nuevas concepciones como el iusnaturalismo deontológico (Aguilera Portales 2011, 51).

Estado (Valle-Riestra 2016, 301, 361).

Estos postulados de juridicidad son incluso anteriores y justificadores del derecho positivo, de ahí que las exigencias previas de facultades que les corresponde a las personas por propia naturaleza devienen en derechos naturales que son originarios e inalienables al individuo, en cuyo disfrute surge el Estado (A. E. Perez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución 2003)²⁰. Así, sostienen la creencia en un orden objetivo suprapositivo jurídico de carácter universal, permanente e inviolable que contiene los valores últimos de todo ordenamiento humano (Aguilera Portales 2011, 51).

De esta forma, se postula la inherencia de tales derechos, a la naturaleza humana, es decir, son ontológicos. Dicha inherencia conlleva a la universalidad de tales derechos, la cual para dicho enfoque iusnaturalista no es una característica propia de los derechos humanos, sino una mera comprobación histórica de su teoría.

b. Positivista²¹:

La corriente filosófica del positivismo jurídico, pretende fundamentar los DD.HH. desde su positivización, validez y efectividad jurídica.

²⁰ Cfr. (A. E. Perez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución 2003, 54,55).

²¹ Tuvo como sus máximos representantes a Anzilotti (positivismo clásico), “Kelsen (iuspositivismo normatista), Norberto Bobbio (iuspositivo metodológico), Hart, Austin y Ross (positivismo analítico inclusivo)” (Aguilera Portales 2011, 45).

Rechaza y se contrapone a la concepción iusnaturalista, para esta corriente, lo que no aparece establecido en la norma jurídica, simplemente no es un derecho, en todo caso es una aspiración o un ideal²². Es decir, no acepta la idea de que éstos puedan preexistir al derecho positivo, sostiene que las personas, no se pueden adjudicar derechos que no están explícitamente previstos por el conjunto de normas jurídicas positivas que componen cualquier legislación²³. Estas exigencias que afirman determinadas libertades del individuo frente al poder estatal, deben ser reconocidas primero en un ordenamiento, para que sean válidas y dotadas de eficacia jurídica.

Algunos autores, al referirse a estos derechos, los califican o se refieren a ellos, como derechos fundamentales (claro, siguiendo la concepción y perspectiva positivista), así por ejemplo Valle-Riestra (2016), refiere que los derechos humanos, desde el punto de vista positivo son: el conjunto de libertades, facultades, atributos reconocidos por la Constitución a los habitantes de un país en su condición de persona humana (pág. 301).

Así, Ernst Forsthoff, los denomina “derechos fundamentales”, refiriendo que son; categorías de la autonomía individual, garantías jurídicas, y categorías independientes.²⁴

Sin embargo, haciendo una sana crítica respecto a esto, debemos señalar que si siguiéramos la doctrina positivista, los derechos

²² (Valle-Riestra 2016, 361)

²³ Cfr. (Aguilera Portales 2011, 45,46).

²⁴ Cfr. (A. E. Perez Luño, Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución 2003, 297,298).

humanos no sólo estarían circunscritos al ámbito del derecho interno, sino que al estar éstos actualmente positivizados en el derecho internacional, en distintos instrumentos internacionales vinculantes y obligatorios e, incluso habiéndose previsto una serie de mecanismos de protección destinados a su cumplimiento, no sería adecuado el uso del término “derechos fundamentales”, puesto que su exigencia y protección sobrepasa el derecho interno, y alcanza el ámbito internacional.

c. Historicista:

Esta corriente sostiene que los DD.HH., han ido surgiendo en el transcurso de la historia y que, dependiendo al tiempo o a la época, se han reconocidos los mismos en situaciones concretas, en otras palabras, no han sido ni son inherentes a las personas, éstas sólo tuvieron y tienen derechos que la sociedad les ha reconocido, concedido y dotado de eficacia jurídica en una determinada época histórica (determinado contexto de espacio y tiempo).

No acepta que los derechos humanos son universales y aplicables a cualquier cultura (Valle-Riestra 2016, 361, 362).

2.2.1.4. Derechos Humanos y Derechos Fundamentales:

El término “derechos humanos”, a menudo es utilizado como sinónimo del término “derechos fundamentales” y, aunque para fines prácticos no hemos diferenciado éstos en los antecedentes nacionales de este trabajo de investigación, lo cierto es que existen diferencias doctrinarias y de alcance, entre ambos.

Pérez Luño (1988), nos explica con claridad magistral, las diferencias entre éstos. Señala: se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término «derechos fundamentales» para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto la fórmula «derechos humanos» sería la más usual para denominar los derechos naturales positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como a aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo (p. 44).

Es así que, mientras los derechos fundamentales, son facultades reconocidas a todas las personas en el ordenamiento jurídico de un Estado (derecho interno), cuya vigencia, garantía y satisfacción es responsabilidad de éste, por estar positivizado generalmente en su máxima norma jurídica, la Constitución; los derechos humanos son las facultades atribuidas a todas las personas alrededor del mundo, por el solo hecho de serlas (derechos naturales), las cuales están positivados en las Declaraciones y Convenios Internacionales (significación descriptiva). A estos derechos y libertades reconocidos, se suman aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas que aún no son objeto de positivización (significación prescriptiva o deontológica), pero que conforme al avance del DIDH, estos están siendo regulados, reconocidos y abarcados en su aplicación en distintos instrumentos internacionales.

2.2.1.5. Definición Académica u Operativa:

Como bien hemos señalado precedentemente, no existe a la fecha una

definición perfecta e inmutable del término “derechos humanos”, sin embargo, es posible delimitar su definición académica u operativa.

Así, la ONU a través de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, define a los derechos humanos como:

Derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles (OACDH 2018).

Por otro lado, Calderon Sumarriva (2012) plantea que los derechos humanos son facultades que se nos reconocen a todos por nuestra condición de seres humanos, con independencia y circunstancias de cualquier índole. Y, que a partir de la definición dada por el maestro Pérez Luño – la misma que ha sido señalada líneas arriba-, tienen la siguiente definición tridimensional:

- a.** Dimensión axiológica: Está referida a valores inherentes a todo ser humano, como la dignidad, la libertad e igualdad, los mismos que son interdependientes.
- b.** Dimensión fáctica: Alude a la evolución histórica y cultural de la noción de derechos humanos.
- c.** Dimensión normativa: Expresa la necesidad de que los rasgos inherentes a la persona humana sean concretados en normas jurídicas que no sólo prescriban conductas socialmente deseables, sino que también atribuyan responsabilidades e institucionalicen

mecanismos de sanción para los transgresores (págs. 7, 8).

Por nuestra parte, proponemos una posible definición académica u operativa, señalando que; *los derechos humanos son facultades inherentes a toda persona²⁵, por su sola naturaleza humana, sin discriminación ni distinción de ninguna índole e independiente de su reconocimiento en el derecho interno²⁶, pues éstos son reconocidos, protegidos y garantizados por el derecho internacional de los derechos humanos; siendo universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, inviolables, indivisibles e interdependientes y encontrando su fundamento axiológico supremo en la dignidad humana, la cual es base fundamental de todos los demás derechos; la igualdad, siendo todos los seres humanos iguales en derechos y dignidad y; la libertad, fundamentador esencial del ser humano como ser libre y titular de dichos derechos.*

2.2.1.6. Características y Principios:

Son características y principios propios de los DD.HH., los siguientes:

A. Inherencia:

La inherencia es una característica fundamental y base de las demás características, está referida a que los derechos humanos son innatos, propios de la naturaleza humana, es decir, forman parte de

²⁵ Utilizamos el término “persona”, ya que como término técnico-jurídico, avanza en el desarrollo doctrinal de concebir a todo ser humano como persona. Esto ha sido ratificado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo a ello, *“la personalidad jurídica, es decir, el reconocimiento como sujeto de derechos es inherente a la calidad de ser humano”* (Valle-Riestra, 2016, pág. 348). Es en este sentido, en el cual debe ser entendida esta propuesta de definición.

²⁶ Está referido de acuerdo con el principio de universalidad, desde la concepción teórica. Tendrá los mismos derechos la persona que nazca en Palestina, Perú o en cualquier parte del mundo. Que se garantice o se necesite reconocimiento interno para mayor o menor nivel de protección es una situación diferente.

la propia esencia humana. El ser humano, nace con éstos derechos por su propia condición humana. En palabras de Valle-Riestra, éstos derechos son congénitos, ya que son derechos personales que radican en cada persona, estando el Estado y la sociedad obligados a reconocerlos y garantizarlos.²⁷

B. Universalidad:

La universalidad es una de las características y principios más importantes de los derechos humanos y está referida a que éstos derechos tienen alcance a nivel mundial, es decir, trascienden fronteras y ordenamientos jurídicos internos. Ello se basa en que la dignidad humana no se circunscribe a un espacio territorial determinado o a un grupo social preferente, sino por el contrario, todos los seres humanos, gozan de estos derechos en igualdad de condiciones, de ahí la famosa frase de las NN.UU. “todos somos iguales en derechos y dignidad”. Esto, resalta, por un lado, la igualdad de que todos los hombres gozan de sus derechos, sin discriminación alguna, y por el otro, la transcendencia a la norma positiva del derecho interno, no siendo requerido que un determinado Estado reconozca éstos en su legislación interna, o que éste sea parte de pactos o declaraciones, pues la comunidad internacional señala que su práctica y respeto son necesarias, al margen de su positivización.²⁸

²⁷ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 305).

²⁸ Cfr. el último párrafo en (Calderón Sumarriva 2012, 9)

C. Inalienabilidad e Irrenunciabilidad:

No se pueden disponer de los derechos humanos, enajenar, transferir ni renunciar a su titularidad, ya que son inherentes al ser humano. Esto implica que nadie puede desprenderse o prescindir de éstos, ni aún si esto se diera voluntariamente. El Estado, ni la sociedad, puede negar que el ser humano es titular de estos derechos, por el sólo hecho de serlo.

D. Imprescriptibilidad:

Los derechos humanos al ser inherentes al ser humano, no prescriben nunca, el transcurso del tiempo no los extingue, sólo cuando el titular de éstos derechos muere, se extinguen sus derechos. No cabe la posibilidad, que alguna ley o norma jurídica, prescriba los mismos.

E. Inviolabilidad:

Esta característica -en teoría-, hace referencia a que los derechos humanos deben ser protegidos y garantizados por el DIDH, en todo momento y sin estar sujeto a subordinación o condición alguna, esto se sustenta en el respeto irrestricto a la dignidad humana. Sin embargo, en la práctica, vemos que esta característica es la que menos se cumple, por el contrario, los derechos humanos son violados en la actualidad por el Estado, de ahí el problema que concierne la presente tesis.

F. Indivisibilidad e Interdependencia:

El principio de indivisibilidad determina que los DD.HH. son

indivisibles porque en su conjunto forman un solo sistema, un solo cuerpo de derechos y principios, que están unidos y conectados en un mismo nivel, es decir, no hay derechos más importantes que otros, de manera que no existe jerarquía entre éstos, sino por el contrario, todos están sujetos a la misma protección y respeto. Asimismo, son interdependientes justamente porque estos derechos se encuentran conectados entre sí, interrelacionados, de manera que cada derecho es conexo al otro, es más encuentran su esencia y fundamento en uno y otro. Un gran ejemplo es el de la dignidad, que es base y fundamento para todos los demás. Ello deviene de una concepción integral de los DD.HH.

2.2.1.7. Generaciones:

Hablar de “generaciones de derechos humanos”²⁹, explica Valle-Riestra que responde a dos criterios, tanto histórico, como temático, combinados de manera inexplicable³⁰. Mediante esto, se intenta explicar la aparición y el reconocimiento de un grupo o clase de derechos de la misma naturaleza (temático), a lo largo de los distintos momentos y etapas de nuestra historia (histórico).

Es importante señalar, que el orden cronológico en el que se hayan reconocidos los derechos civiles y políticos y, los derechos económicos, sociales y culturales, no supone una superioridad o prioridad entre éstos y aquellos, sino por el contrario, se encuentran relacionados entre sí, formando una sola unidad, conforme a la

²⁹ Término propuesto por el jurista francés Karel Vasack (consejero de la UNESCO), propuso esta denominación en el año 1979.

³⁰ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 477).

indivisibilidad de los derechos humanos. Por lo que, se desarrollará este punto sólo con fines teóricos y explicativos.

A. Derechos de Primera Generación:

Conocidos también como los “derechos civiles y políticos”, comprenden una serie de derechos, como; el derecho a la libertad, a la vida, a la igualdad, a la dignidad, a la integridad física y moral de la persona, a la privacidad, a la seguridad, al sufragio, a la participación política, entre otros. Siendo su objeto, la tutela de derechos y libertades de carácter individual (derechos civiles), así como el velar por los derechos que garantizan la participación en la vida pública y política (derechos políticos).

La alegación “derechos de primera generación”, se debe a haber sido tales derechos, los primeros en ser reconocidos en la historia. La Revolución Francesa, la Independencia Europea y Americana, sucedidos entre los siglos VII, VIII y IX, dieron origen a Declaraciones y Cartas que proclamaban por primera vez estos derechos humanos.

Muchos doctrinarios, como Nikken (1994), consideran que éstos derechos pertenecen a una esfera individual o íntima de protección del ser humano, señala; *en su conjunto, tales derechos expresan una dimensión más bien individualista, cuyo propósito es evitar que el Estado invada y agreda ciertos atributos del ser humano* (pág. 29).

Por ello se considera que atañen tres ámbitos: las relaciones particulares (de personas a personas), las libertades públicas y la

participación en el gobierno mediante el acceso a las funciones públicas³¹.

Estos derechos suponen en la práctica un dejar hacer del Estado, es decir, permitir y garantizar a las personas, sus derechos y libertades³², ya que ellos se oponen a que el Estado invada o agreda ciertos atributos de la persona, relativos a su integridad, libertad y seguridad. Así, se trata fundamentalmente de derechos que se ejercen frente – y aún contra- al Estado y proveen a su titular de medios para defenderse frente al ejercicio abusivo del poder público³³.

En la actualidad, se encuentran reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sus dos protocolos facultativos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea de Derechos Humanos, entre otros.

B. Derechos de Segunda Generación:

Son conocidos también como los “derechos económicos, sociales y culturales”. Comprenden una serie de derechos, tales como: el derecho al trabajo, la seguridad social (derechos económicos), la alimentación, la vivienda, la educación, la salud (derechos sociales), la participación en la vida cultural (derechos culturales), entre otros. Siendo su objeto, -según la concepción de René Cassin-

³¹ Cfr. (Calderón Sumarriva 2012, 32).

³² Cfr. (Valle-Riestra 2016, 477).

³³ Cfr. (Nikken, El Concepto de los Derechos Humanos 1994, 29).

, la tutela, no de “derechos-facultades” (derechos de primera generación), sino “derechos de prestación”, esto se traduce, en que el Estado y la sociedad están en la obligación de hacer, es decir, proveer los medios necesarios para la satisfacción de estos derechos.

La alegación “derechos de segunda generación”, no sólo se debe desde luego, a haber sido desarrollados y reconocidos posterior a los de primera generación, sino a ser una segunda serie de derechos asociados más que a lo individual, a lo colectivo. Son reconocidos como fruto de las revoluciones nacionalistas y socialistas³⁴ de principios del siglo XX, que dieron origen a las Constituciones como las de: Querétaro, la de Weimar, la de Irlanda, entre otros; que reconocían por primera vez estos DD.HH.

Estos derechos, fueron diseñados según las necesidades de grupos específicos tales como las mujeres, los niños, las personas discapacitadas y los pueblos indígenas. Estos grupos o son objetivamente vulnerables (personas discapacitadas o niños) o han sido hechos vulnerables a lo largo de una historia de discriminación y exclusión (mujeres y pueblos indígenas)³⁵.

Nikken (1994), por su parte, consideran que éstos derechos están referidos; a la existencia de condiciones de vida, y de acceso a los bienes materiales y culturales en términos adecuados a la dignidad

³⁴ Revolución Mexicana en 1910, Soviética en 1917, Alemana en 1919, Española en 1927, la quiebra del capitalismo americano, etc.

³⁵ Cfr. (MOOC CHILE 2014, 4).

inherente a la familia humana (pág. 19).

Por ello se considera que son el producto de las exigencias económicas, sociales y culturales del pueblo, para alcanzar un mejor nivel de vida³⁶, exigencias que el Estado debe satisfacer y garantizar a través de políticas tendientes al bienestar de la población. Esto denota su carácter colectivo, lo que si bien se entienden como prestacional, no dejan de ser básicos fundamentales para que satisfagan los derechos de primera generación, así por ejemplo, carecería de sentido garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio a quienes no tienen un hogar, el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y secreto de las comunicaciones a quienes no saben leer ni escribir.³⁷

Siguiendo esa línea, Pérez Luño, sostiene que hay una distinción entre estos dos, sin que sean necesariamente opuestos, señala; en los derechos de primera generación tenemos a los derechos de defensa de libertades del individuo, que exigen la autoeliminación y la no interferencia de los poderes públicos de la esfera privada, se tutela por su mera actitud pasiva y vigilancia en términos ejecutivos y administrativos, mientras que los derechos de segunda generación, requieren de una política activa de los poderes públicos encaminada a garantizar su ejercicio, las que se realizan a través de técnicas jurídicas de prestación de servicios.³⁸

En la actualidad, se encuentran reconocidos por la Declaración

³⁶ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 480).

³⁷ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 482).

³⁸ Cfr. (A. Perez Luño 2007, 67).

Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su protocolo facultativo, el Protocolo de San Salvador, documento adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Social Europea.

C. Derechos de Tercera Generación:

Son conocidos también como “derechos de solidaridad”, “derechos de pueblos” e, incluso “derechos colectivos” o “derechos síntesis”. Comprenden una serie de derechos como; el derecho a la paz, al desarrollo, al medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, a la solidaridad de todos los pueblos o sociedades del mundo, entre otros. Su objeto de tutela, son las libertades comunitarias o de la solidaridad que pretenden la protección de bienes comunes, los cuales a veces trascienden las fronteras nacionales y exigen del Estado, el cumplimiento de ciertas prestaciones. Dichos derechos, se conciben como los derechos de la familia humana, dirigida a obtener y consolidar la paz, el desarrollo y la solidaridad de todos los pueblos del mundo.³⁹

La alegación “derechos de tercera generación”, hace referencia a una tercera oleada de derechos surgidos a partir de la segunda mitad del siglo XX, característicos de un constitucionalismo pluralista y solidario. Se trata de reivindicaciones remontadas a la época de la guerra fría y la descolonización africana, pues es a consecuencia de

³⁹ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 523-524).

las aberraciones y crímenes que lesionaron la dignidad de toda la humanidad en la segunda guerra mundial, que surgen estos derechos.⁴⁰

Sin embargo, a diferencia de sus antecesores, no han alcanzado un nivel de promoción y protección como aquellos, así como tampoco un reconocimiento positivo de fácil exigibilidad y garantía de protección jurídica.

Doctrinarios como Valencia Corominas indican que son derechos que comprenden simultáneamente derechos individuales y colectivos, cuyo titular es la persona humana y la colectividad. Los derechos de solidaridad, se entrelazan tanto con los derechos civiles y políticos, como con los derechos económicos, sociales y culturales⁴¹. Así por ejemplo, el derecho a la vida -un derecho de primera generación- necesita de la protección adecuada del derecho a la salud -un derecho de segunda generación- y del derecho a un medio ambiente sano -un derecho de tercera generación-, para ser realmente satisfecho (MOOC CHILE 2014, 6).

En la actualidad, se encuentran reconocidos implícitamente por la DUDH, el PIDCP, el PIDES, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo (1969), la Declaración Universal para la Eliminación Definitiva del Hambre y la Malnutrición; la Declaración Mundial sobre la Nutrición (1992), la Carta Social Europea y el Protocolo de San Salvador, entre otros.

⁴⁰ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 523).

⁴¹ Citado por (Calderón Sumarriva 2012, 36).

2.2.1.8. Titularidad y Ejercicio:

El ser humano es titular de sus derechos humanos, por el sólo hecho de serlo. De acuerdo a una interpretación que hace Calderón sobre el artículo 4, numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, la titularidad de estos derechos comienzan desde la concepción, aunque dicha Convención en realidad hace referencia al derecho a la vida, esta autora lo extiende a los todos los demás. Posición que en nuestro ordenamiento interno es compartido, pues no olvidemos que es la propia Constitución Política la que considera al concebido como sujeto de derechos en todo cuanto le favorece.

Es importante señalar que la titularidad aunque en principio es atribuido a todo ser humano, ésta y su el ejercicio dependerá del tipo de derecho humano, así por ejemplo, si nos situamos ante derechos civiles y políticos, podemos referir que su titularidad y su ejercicio suelen ser individuales; si en cambio nos basamos a los derechos económicos, sociales y culturales, su ejercicio es en último término individual, pero su titularidad oscila entre lo individual y lo colectivo y; en cuanto a los derechos de tercera generación o los de solidaridad, se tiene que tanto su titularidad y su ejercicio son colectivos.⁴²

En cuanto a esto último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, confirma la titularidad y ejercicio de los derechos humanos a entes colectivos o personas jurídicas, al incluir dentro del término “persona” contenida en diversos artículos de la Convención Americana y como víctimas de violaciones a derechos consagrados

⁴² Cfr. (Valle-Riestra 2016, 478, 481, 523).

por la misma, no solo a los miembros, individualmente considerados, de los pueblos indígenas, sino también a estos últimos en tanto se considera derechos a los pueblos indígenas⁴³.

2.2.2. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS:

Si bien el reconocimiento internacional de los DD.HH. se gestó en el siglo XVIII, no es sino hasta el siglo XIX, que el derecho internacional público, elaboró una doctrina en virtud de la cual la “intervención humanitaria”, se consideraba legítima, en los casos en que un Estado cometía contra sus propios súbditos, atrocidades que “espantaban a la conciencia de la humanidad”⁴⁴, doctrina que a pesar de haberse gestado luego de la primera guerra mundial, es iniciada concretamente después de la segunda guerra mundial, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Así, el DIDH nace a partir de esta creación, pues es con la Carta de la ONU que comienza un reconocimiento formal, es decir, la internacionalización de los DD.HH. y las libertades fundamentales, comenzando a partir de allí, todo un desarrollo para fomentar y promover el respeto de tales derechos, basado en su pilar fundamental, la dignidad humana.

Pero no es sino, con la adopción de la Carta Internacional de Derechos Humanos, que se concreta y alcanza un impulso mayor. Recordemos que este importante conjunto de instrumentos, generó grandes debates filosóficos para su adopción y conformación, ya que los Estados debían determinar cómo iba a estar integrada, sus alcances y la obligatoriedad o no de sus instrumentos y, en consecuencia, los alcances y contenido de esta disciplina. Así por ejemplo,

⁴³ Cfr. Caso Comunidad Indígena Xakmok Kasek vs. Paraguay, Sentencia del 24 de agosto de 2010, f. 27.

⁴⁴ Cfr. (Llatas Ramirez 2011, 66,67).

en los debates se produjo divergencia de opiniones entre los partidarios de una “declaración” y los de una “convención” o “pacto”. Se convino en la elaboración de dos documentos: a) una declaración amplia y general que serviría de directriz, guía e inspiración y b) una “convención en lo tocante a aquellas materias que pudieran pactarse como normas obligatorias”. Sin embargo, la entonces Comisión de Derechos Humanos –hoy Consejo-, luego de largos y acalorados debates decidió que debía componerse en tres partes: una declaración; un pacto o pactos, y medidas de ejecución.⁴⁵

Es así que desde la adopción de la Carta de la ONU y la DUDH (primer instrumento conformante de dicha Carta), el DIDH surgió y se desarrolló como una disciplina novísima, que no sólo se basa en el reconocimiento internacional de tales derechos, sino que enmarcado en su fundamento axiológico de la dignidad humana, comienza a idear y establecer una serie de mecanismos procesales tendientes a la protección internacional de DD.HH.

Cabe mencionar, que el estudio y desarrollo de esta disciplina jurídica aún en la actualidad sigue desarrollándose en contenido y alcance.

2.2.2.1. Definición:

Muchos organismos y estudiosos han brindado diversas definiciones acerca de esta disciplina jurídica, veamos algunas:

Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2011), el DIDH es un sistema de normas internacionales destinadas a proteger y promover los derechos humanos de todas las personas.

Dichas normas, establecen las obligaciones que los Estados deben

⁴⁵ Cfr. Doc. N.U. E/CN. 4/21/1.7.47. citado por (Alzamora Valdez 1977, 64).

respetar (pág. 5).

Para la Entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer – ONU MUJER, es; un conjunto de normas internacionales que reafirman los derechos y la dignidad de todos los seres humanos —mujeres, hombres y niños— sin discriminación. Fue desarrollado tras la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y se apoya actualmente en una serie de instrumentos universales y regionales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros tratados especializados.⁴⁶

Aunque para una amplia mayoría de la doctrina, el DIDH es una rama del derecho internacional público, no han faltado quienes han afirmado que es una disciplina autónoma e independiente de éste.

Así se tiene que para Llatas (2011), el DIDH, es una disciplina autónoma que contiene un conjunto de normas internacionales que protegen los DD.HH. de las personas en el mundo, sin excepción. Cuando se alude a “normas internacionales” se está refiriendo al conjunto de tratados de DD.HH., decisiones internacionales, principios generales del derecho y la costumbre (pág.73).

Por nuestra parte, coincidimos con lo referido por la mayoría de la doctrina respecto a que el DIDH es en efecto una rama del derecho internacional público, sin dejar de advertir que en el futuro, pueda ser

⁴⁶ Recuperado: <http://www.endvawnow.org/es/articles/1485-derecho-internacional-de-los-derechos-humanos.html>

una disciplina autónoma con características propias de toda ciencia jurídica autónoma. Así, planteamos la siguiente definición: *Disciplina jurídica, rama del derecho internacional público, constituido por el conjunto de normas jurídicas internacionales, principios e instituciones, destinadas a garantizar la promoción y protección de derechos humanos, desde su configuración, interpretación y aplicación a nivel internacional, regional y nacional, a través de organizaciones internacionales, así como cortes internacionales y comisiones integrantes de los sistemas de protección internacional. Establece además, las obligaciones que tienen los Estados y la Comunidad Internacional de acción u omisión de determinados actos a fin de garantizar dichos derechos.*

Es menester señalar, que cuando se habla de normas internacionales, se hace referencia no solo a los distintos instrumentos internacionales, sino también a la costumbre internacional, jurisprudencia internacional, decisiones internacionales de los Estados y de las organizaciones internacionales o entes que los conforman.

2.2.2.2. Delimitaciones con otras ramas:

A. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario:

Si bien el DIDH y el derecho internacional humanitario⁴⁷

comparten el objetivo común de respetar la dignidad y humanidad

⁴⁷ El tratadista suizo, Jean Pictet refiere: “El derecho humanitario es una rama de derecho internacional público que se inspira en el sentimiento humanitario y que se centra en la protección de la persona (...) su finalidad es aliviar los sufrimientos de todas las víctimas de los conflictos armados en poder del enemigo, sean heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra o personas civiles”. Citado por (Solari Tudela 2011, 277)

de todas las personas, y ofrecen varias formas de protección a las personas, son de diferente alcance y fundamento.

Así, como ya hemos referido, mientras el DIDH tiene alcance general en la protección y promoción de los derechos humanos, estableciendo obligaciones a los Estados de actuar de determinada manera o abstenerse de determinados actos, con el fin de garantizar tales derechos; el derecho internacional humanitario es el conjunto de normas que, por razones humanitarias, aspiran a limitar los efectos del conflicto armado, es decir, protege a las personas que no participan o han dejado de participar en dichas situaciones, restringiendo los medios y métodos de combate. Su alcance es, por lo tanto, limitado *ratione materiae* a las situaciones de conflicto armado.⁴⁸

Lo cual no quiere decir, que el primero sea aplicado en tiempos de paz y el segundo en casos de conflicto armado, muy por el contrario, la comunidad internacional, las Naciones Unidas a través del Comité de Derechos Humanos y siguiendo esa línea, la Oficina del Alto Comisionado, sostienen que; (...) dado que las obligaciones de derechos humanos se derivan del reconocimiento de los derechos inherentes de todos los seres humanos y que estos derechos podrían verse afectados tanto en tiempo de paz como en estado de guerra, el derecho internacional de los derechos humanos se sigue aplicando en las situaciones de conflicto armado. Por otra parte, nada en los tratados de derechos humanos indica que no sean

⁴⁸ Cfr. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas 2011, 5,6).

aplicables en tiempos de conflicto armado (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas 2011).

En consecuencia, ambas ramas, son complementarias y se refuerzan mutuamente y por tanto establecen obligaciones a los Estados, en situaciones de conflicto armado.

B. Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Interno:

La estrecha relación que existe entre el DIDH y el derecho interno, en materia de derechos humanos, es innegable, pues de esta relación dependerá la efectiva protección de tales derechos. Y es que ambos, como bien señala Llantas (2011); son ordenamientos que interactúan para beneficio de la persona, expresándose en el principio de prevalencia de la norma más favorable a la protección de la persona⁴⁹, independientemente de que provenga del derecho interno o del derecho internacional (pág. 77).

Siguiendo esa línea, Nikken señala que el DIDH, en su ejecución surte efectos hacia el derecho interno, puesto que la vocación de las obligaciones internacionales sobre DD.HH. es la de cobrar vida y ejecutarse o violarse en el ámbito doméstico u interno. Esto importa dos vertientes; la primera, el cumplimiento de las obligaciones legislativas emanadas y contraídas en un tratado, consistentes en la adecuación del orden jurídico, político y administrativo interno para que se hagan efectivos, dentro de su respectiva jurisdicción,

⁴⁹ Principio expresado en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 29; y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos artículo 5.2.

los derechos humanos internacionalmente protegidos, así como las decisiones de los órganos internacionales de protección y, en segundo lugar, más allá de las convenciones internacionales específicas sobre DD.HH., la obligación de los Estados de adoptar las providencias apropiadas para que sus autoridades administrativas y judiciales den cumplimiento, cuando sea menester, a toda obligación internacional del Estado relativa a los derechos humanos.⁵⁰

Cabe resaltar que si bien tienen íntima relación, también tienen notorias diferencias, en materia de DD.HH., siendo la principal, que el derecho interno goza del monopolio de la fuerza del Estado, para hacer cumplir sus mandatos, a diferencia del DIDH, que si bien cuenta con normas vinculantes, sistemas de protección y cortes internacionales, lo cierto es que al carecer de tal fuerza, recurre además a mecanismos diplomáticos, presión política, sanciones económicas u otros medios que disponga el Consejo de Seguridad de la ONU, del cual hablaremos más adelante, para hacer efectiva la promoción y protección de DD.HH., teniendo sin embargo falencias que se estudiarán en la presente investigación.

2.2.2.3. Características:

A. Complementariedad:

Como ya se ha referido anteriormente, el DIDH es complementario al derecho interno. Es aplicado en general, cuando ante la

⁵⁰ Cfr. (Nikken, El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno 2013, 18).

arbitrariedad del ejercicio del poder o la permisión del Estado de graves vulneraciones de DD.HH., el derecho interno ha sido insuficiente y limitado para remediar dichas situaciones. Cabe mencionarse, que debe agotarse los recursos internos, antes de acogerse al DIDH. Esta característica, proviene del principio de subsidiariedad.

B. Progresividad:

Es una característica defendida por Nikken, quien alude una extensión de modo irreversible del alcance de la protección a los derechos humanos, así como del aumento progresivo tanto en contenido (nuevas conceptualizaciones), como en número de los derechos humanos, así tenemos; el derecho al medio ambiente y el derecho a la paz como nuevos derechos humanos. Esta progresividad además, se refiere a la eficacia y el vigor de la actuación de las instituciones internacionales de protección, lo que no quiere decir, contrario sensu, que ante la restricción de derechos, esto puede significar regresividad, pues el carácter absoluto de un derecho queda descartado cuando existe la necesidad de resguardar un interés de carácter general.⁵¹

C. Derecho Ideológico:

Basado en su fundamento axiológico superior, la dignidad humana, es su punto de partida y base fundamentadora para la exigencia a los Estados de la promoción y protección de derechos humanos.

⁵¹ Cfr. (Calderón Sumarriva 2012, 31).

D. Derecho Protector:

Tiene como objeto y fin la protección internacional integral de los derechos humanos a favor de toda persona vulnerada sometida a la jurisdicción de los Estados partes.⁵²

E. Garantista:

Se debe recordar, que lo establecido por el DIDH, a través de los distintos instrumentos, son garantías mínimas de protección de DD.HH., por ende, al ser el primer escalón de la progresiva protección de DD.HH., cualquier acción u omisión sobre las bases establecidas representa una grave amenaza a tales derechos. Los Estados están por tanto, en la obligación de tomar acciones jurídicas, políticas, económicas y administrativas, tendientes a cumplir dichos niveles mínimos.

2.2.2.4. Principios:

Alexy, señala que los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes.⁵³

Así, son categorías que pertenecen a la lógica jurídica y son de una mayor amplitud que la ley, por lo que sirven de lineamientos por donde deben desarrollarse los derechos humanos⁵⁴ y el DIDH en sí.

Así también hay principios que guían propiamente al DIDH para que éste de cumplimiento a la protección de derechos humanos.

⁵² Cfr. (Calderón Sumarriva 2012, 31).

⁵³ (Robert Alexy 2007, 118, 67)

⁵⁴ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 306).

A. Dignidad Humana:

La dignidad humana además de ser un valor axiológico y un derecho humano, es un principio rector que sirve de base axiológica y jurídica de los derechos humanos y del DIDH.

Este principio con fuerza normativa de alcance universal, se funda en que el ser humano es único en relación con los otros seres vivos, y en tal condición, su objeto fundamental es la protección del individuo como fin en sí mismo.⁵⁵ Así, fundamenta y reafirma el respeto irrestricto de la dignidad humana y la inviolabilidad de esta, bajo cualquier circunstancia y en cualquier parte del mundo, dado su carácter universal y su fuerza vinculante.

En ese sentido, la dignidad se funda e inserta en la esfera de lo jurídico-político y se convierte en un principio portador de los valores sociales y de los derechos de defensa de los hombres, que prohíbe consiguientemente, que la persona sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento peligroso a la cuestión principal de su cualidad subjetiva, que afirma las relaciones y las obligaciones sociales de los hombres, así como también su autonomía. Por ello, sirve tanto de parámetro fundamental de la actividad de los Estados⁵⁶, y en general de la comunidad internacional, que guía al DIDH en la protección, interpretación y aplicación de los derechos humanos.

⁵⁵ Cfr. Yolanda Velasco Gutiérrez, pág. 23. Recuperado: <http://www.revistas.usb.edu.co/index.php/criterios/article/download/2006/1747/> "(...) El principio de la dignidad humana protege -como diría Kant- al individuo autolegisador en un reino de fines (...)".

⁵⁶ Cfr. (Landa Arroyo 2000, 11).

B. Igualdad:

También conocido como “Principio de No Discriminación”, está basado en dos aspectos: 1) supone una igualdad de todos los derechos y la ausencia de prevalencias entre ellos (no discriminación), es decir, que ninguno es más importante que otro (ligado a la característica de indivisibilidad de los derechos humanos) y, 2) importa la igualdad de derechos que todas las personas tenemos sin discriminación “*todos somos iguales en dignidad y derechos*” ONU.

Como bien refiere Valle-Riestra (2016), la igualdad es un principio y un derecho fundamental dinámico, que hace posible el ejercicio de los demás derechos porque determina la ausencia de privilegios, favores o preferencias para unos en perjuicio de otros. La igualdad ante la ley es un principio universalmente reconocido, es decir, es un axioma jurídico. Las únicas diferencias que son aceptadas, se establecen por las propias capacidades o incapacidades personales (discriminación positiva o diferenciación), pero jamás se puede aceptar distinciones por razón de nacionalidad, sexo, cultura, religión, raza⁵⁷, etc.⁵⁸

C. Libertad:

Este principio y derecho humano, tiene su fundamento en la propia naturaleza humana y en el postulado “*el hombre es un ser libre*”.

⁵⁷ La Corte Internacional de Justicia inclusive ha sugerido que el principio de no discriminación se ha convertido en una norma del derecho internacional consuetudinario, al menos en el contexto de las distinciones hechas sobre la base de raza. Recuperado: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

⁵⁸ Cfr. (Valle-Riestra 2016, 306).

Este principio, constituye un soporte jurídico para la protección de los derechos humanos, pues promueve la libertad (en general) del ser humano frente a los abusos del poder, siendo de alcance tan amplio que no se limita a las libertades sino a todos los derechos humanos.

Para Kant, este principio es el único derecho innato y natural del hombre a la vez que un derecho fundamental que se caracteriza por sus diferentes manifestaciones tanto subjetivas como objetivas y que permite el ejercicio de los distintos derechos de libertad (Valle-Riestra 2016, 306).

Se desprende de este principio, *el principio de favor libertatis*, según el cual, la interpretación de las normas sobre derechos humanos debe realizarse siempre favoreciendo la libertad de la persona (Calderón Sumarriva 2012, 11).

D. Solidaridad:

Este principio postula la cooperación y el auxilio o la ayuda que debe haber entre los Estados, como parte de la comunidad internacional, así como las personas entre sí, con el fin y respeto a los DD.HH. Es un principio propio del DIDH.

E. Universalidad:

El principio de la universalidad de los derechos humanos es la piedra angular del DIDH. Sostiene, que todos los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y

las libertades fundamentales (OACDH 2018).

F. Pro Homine:

Este principio es el más importante en cuanto se refiere a la interpretación y aplicación de derechos humanos, y comporta que todo órgano competente que realice una interpretación de los derechos humanos contenidos en instrumentos internacionales o nacionales, debe aplicar la más favorable a la persona o a la comunidad.

G. Subsidiariedad o Complementariedad:

La subsidiariedad o complementariedad además de ser una característica del DIDH, es también un principio propio de esta rama, que rige la protección de los derechos humanos a nivel internacional. Establece que *los sistemas internacionales de protección de DD.HH., sólo obran ante la ineficacia de los sistemas nacionales de justicia.*⁵⁹

2.2.2.5. Fuentes:

Las fuentes del DIDH brindan soporte jurídico a esta disciplina. El artículo 38, inciso 1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, prevé como fuentes del derecho internacional; 1) a las convenciones internacionales, sean generales o particulares; 2) la costumbre internacional; 3) los principios generales de derecho y, como fuentes

⁵⁹ (Arias Ospina y Galindo Villareal 2013, 140) citando a Uprimny Yepes, R. Una introducción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su sistema de fuentes, además añade: “Se da primero la oportunidad al Estado de hacer justicia y sólo se puede acudir a las instancias internacionales si se demuestra que el proceso interno no fue instruido de manera independiente e imparcial de conformidad con las garantías del derecho internacional”.

secundarias o auxiliares, 4) las decisiones judiciales y 5) las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones. Así tenemos:

A. Instrumentos Internacionales:

Esta fuente es conocida también como convenciones internacionales o tratados, ambos como términos genéricos. La Corte Internacional de Justicia, conforme hemos visto, considera que las “convenciones internacionales generales” engloba a todos los instrumentos internacionales y, los llamados “particulares” a las convenciones propiamente dichas, de ahí que es conocido también, como fuente convencional.

Esta fuente abarca por tanto; a las declaraciones, convenciones (en sentido específico), pactos, tratados (en sentido específico), cartas, protocolos, convenios y en general todo acuerdo internacional, indistintamente de su nomenclatura.

En particular, hablando ya de instrumentos internacionales específicamente de derechos humanos, es menester señalar que debido a su naturaleza especial, comprende derechos universales (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y principios que han sido recogidos en un documento internacional. Estas normas expresamente reconocidas por los Estados parte, tienen como fin último, lograr el bienestar común y la convivencia pacífica guiado fundamentalmente por el respeto a la dignidad humana. Brinda por tanto, soporte jurídico al DIDH, para la exigencia a los diferentes Estados miembros de la Comunidad

Internacional, al respeto, protección y garantía del ejercicio y goce de derechos humanos, promoviendo así un solo orden jurídico internacional común (corpus iuris de los derechos humanos).

Este conjunto de instrumentos, esboza así, políticas y metas a nivel mundial que los Estados han aceptado cumplir (adecuación a su derecho interno) de común acuerdo en favor de los derechos humanos. A esto se suma, los compromisos y obligaciones, que éstos han asumido al ser parte de tratados de derechos humanos, los cuales producen efectos jurídicos vinculantes.⁶⁰

B. Costumbre Internacional:

La costumbre internacional es una fuente del derecho internacional y también del DIDH. Ésta fuente será estudiada a mayor detalle en el subtítulo 2.2.4. de la presente tesis, por ser de especial relevancia para uno de los problemas específicos de la investigación.

C. Principios Generales del Derecho:

Estos principios se derivan del derecho como ciencia general, el derecho internacional, DIDH y el desarrollo de los ordenamientos jurídicos internos que aceptan, adecuan y delimitan los principios generales del derecho. Sirven de lineamientos y entes rectores que guían la actuación y aplicación del DIDH. Muchos de ellos no se encuentran reconocidos expresamente en los instrumentos internacionales, pero si se derivan de sus normas o son

⁶⁰ Cfr. (Llatas Ramirez 2011, 79) “(...) estas normas internacionales son expresión de un consenso logrado con mucho esfuerzo por la comunidad internacional. Los instrumentos internacionales de derechos humanos, establecen normas mínimas que comprenden derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (...)”

internacionalmente aceptados, tanto así que la jurisprudencia se sirve de ellos y a la vez desarrolla y delimita sus alcances.

Mediante esta fuente se garantiza que, en los casos en que los tratados internacionales y el derecho consuetudinario puedan proporcionar una base insuficiente al DIDH, se pueda recurrir a otros recursos, como la presente los principios generales del derecho. Y es que como bien señala la OACDH (2003); un principio general del derecho, es una propuesta legal tan fundamental que se puede encontrar en todos los sistemas legales más importantes del mundo. Si existe evidencia de que un principio legal particular que establece un derecho humano o que es esencial para su protección, es aceptado frecuentemente por los Estados, se ha convertido en un principio general del derecho internacional y por tanto es un principio legalmente vinculante según el DIDH.⁶¹

Entre tales principios, tenemos por ejemplo, el principio de la Buena Fe (derecho general), el principio de *Pacta Sunt Servanda* (derecho internacional), el principio a la no discriminación y el respeto a la dignidad humana, los mismos que subyacen a todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente (DIDH), el debido proceso (recogido del derecho y reconocido taxativamente por nuestra Constitución y por las de todo el mundo), por citar algunos ejemplos.

⁶¹ Cfr. (OHCHR 2003, 11).

D. Decisiones judiciales o internacionales:

Es el conjunto de decisiones (sentencias, resoluciones, recomendaciones) emitidas por las cortes y tribunales internacionales y, los órganos cuasi-jurisdiccionales (Comités de la ONU). Así, una decisión internacional, será el *conjunto o sumatoria de un juicio reflexivo- valorativo de una determinada situación y/o circunstancia de que trate una instancia internacional, llámese órgano supranacional u organismos internacionales* (Llatas Ramirez 2011, 75).

Dependiendo de la jerarquía de la instancia u órgano, estas decisiones tendrán mayor peso y acatamiento, pudiendo ser de naturaleza sancionatoria, -en caso de sentencias-, o de naturaleza consultiva o de recomendación, en caso de las demás.

E. Doctrina:

Esta fuente auxiliar del DIDH, está referida a aquellos pronunciamientos relevantes de gran aceptación en la comunidad jurídica, que son adoptados por un determinado órgano internacional competente (Consejo de Derechos Humanos y otros), con el fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional. Así, dichos pronunciamientos que pueden estar contenidos en informes u otros documentos producidos por expertos, representan una síntesis de experiencia en el análisis de la información proporcionada, tanto por los propios Estados en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos

humanos, como por las personas y la sociedad civil.⁶²

Adicionalmente a las fuentes descritas, en doctrina se considera que los Actos Unilaterales de los Estados y los Actos de las Organizaciones Internacionales (contenido normativo adoptado), son procesos de creación de normas jurídicas internacionales, que expresan el consentimiento de los Estados y son susceptibles de producir obligaciones vinculantes y convertirse así en modos de creación del derecho internacional, tal como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional.⁶³

2.2.2.6. Principales Instrumentos Internacionales:

A. Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)⁶⁴:

Es considerado el más importante instrumento en materia de derechos humanos, ya que es el primer instrumento con alcance universal y el que ha sentado las bases fundamentales para el desarrollo de los demás instrumentos de derechos humanos. Por esta razón, su adopción marcó un hito en la historia de la humanidad. Su elaboración fue encargada a la Comisión de Derechos Humanos, la cual creó un Comité de Redacción de la DUDH presidido por Eleanor Roosevelt e integrado por un total de 18 miembros representantes de todas regiones del mundo.

Este instrumento no es un tratado, sino más bien un documento

⁶² Cfr. (Color Vargas, y otros 2013, 38).

⁶³ Cfr. (Novak Talavera y García-Corrochano Moyano 2016, 74).

⁶⁴ - Aprobada en París por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, mediante Resolución 217 A (III), con 48 votos.

- Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 3282 del 5 de diciembre de 1959.

- En la actualidad es reconocida por 195 países, dos de los cuales no son miembros de la ONU, sino observadores, la Ciudad del Vaticano y Palestina.

declarativo que ha servido como muchos refieren, de inspiración y guía para toda la humanidad por los ideales comunes que presenta. Sin embargo, aunque no fue elaborado ni sometido a votación como un instrumento vinculante, hoy con más de 70 años de vigencia, es considerada como una norma general, universal y básica en materia de derechos humanos⁶⁵, dado que con el transcurso del tiempo ha ido imponiéndose la fuerza vinculante de sus normas para todos los Estados de la Comunidad Internacional.

Bien lo dice Sergio Viera de Mello, ex Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que la Declaración es un documento intemporal y poderoso que recoge las profundas aspiraciones de la humanidad para vivir en condiciones de dignidad, igualdad y seguridad. Proporciona normas mínimas y ha ayudado a convertir asuntos de orden moral en un marco jurídicamente obligatorio⁶⁶.

Contiene un total de 30 artículos en los que se reconocen derechos humanos y libertades fundamentales universales que tiene todo ser humano en la faz de la tierra, sin discriminación de ninguna índole, y sientan las bases de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos tanto los derechos civiles y políticos, los DESC y algunos de tercera generación, que además han sido desarrollados a partir de los primeros y de una interpretación actual. Siendo por tanto, innegable la influencia que ha ejercido este

⁶⁵ Cfr. (Llatas Ramirez 2011, 67).

⁶⁶ Mensaje por el 54° aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 2002.

poderoso instrumento para el DIDH y para la humanidad misma.

B. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁶⁷:

Este Pacto, consagró un régimen internacional universal obligatorio⁶⁸, que vinculó a los Estados que lo ratificaron, al cumplimiento de sus normas mínimas, esto es, respetar y garantizar a los individuos de su jurisdicción, los derechos humanos que se establecieron en dicho instrumento, a través de medidas legislativas y otros mecanismos necesarios para su promoción y protección.

Con un total de 53 artículos, este Pacto desarrolla y precisa los derechos civiles y políticos y las libertades recogidas en la DUDH, además de añadir algunos otros que no se habían contemplado como la prohibición de prisión por deudas, el derecho de las personas privadas de su libertad a ser tratadas humanamente y con respeto a su dignidad, entre otros.

Crea el Comité de Derechos Humano, uno de los más importantes organismos especializados de control que vela por el cumplimiento de las normas contenidas en el Tratado.

⁶⁷ - Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 con 74 signatarios, mediante Resolución 2200A (XXI) y vigente desde el 23 de marzo de 1976.

- En la actualidad, han ratificado y se han adherido a este Pacto, un total de 173 Estados. 6 Estados permanecen como signatarios y 18 Estados se encuentran sin acción.

- Aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13282 del 5 de diciembre de 1959.

⁶⁸ Dicha obligatoriedad, se basó en la decisión antes adoptada por los Estados y la entonces Comisión de Derechos Humanos, acerca de contener la Carta Internacional de Derechos Humanos, uno o más instrumentos obligatorios, conforme ya se ha referido anteriormente.

C. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁶⁹:

Este Pacto, significó un gran avance para la comunidad internacional, pues positivizaba estos derechos tan reclamados por aquella época, obligando a los Estados a cumplir sus preceptos.

Con un total de 31 artículos, el PIDESC constituye el principal instrumento de carácter universal que recoge y desarrolla detalladamente los DESC contenidas en la DUDH, además de incluir otros derechos e incluso establecer un régimen de realización y cumplimiento progresivo de los mismos, considerando la disponibilidad de los recursos existentes en cada Estado. Imponiendo así una obligación de adoptar medidas apropiadas y realizar esfuerzos constantes para mejorar el disfrute de los derechos en un período razonable de tiempo, evitando medidas regresivas, salvo que mediare una justificación razonable y plena⁷⁰.

Para esto, al igual que el PIDCP, estableció un órgano de supervisión de cumplimiento del Pacto, denominado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Aunque con ciertas limitaciones hasta hace poco, a la fecha vela por el cumplimiento

⁶⁹ - Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución 2200A (XXI), con 71 signatarios, y vigente desde el 03 de enero de 1976, luego de tres meses que se depositaran las 35 ratificaciones requeridas.

- En la actualidad, han ratificado y se han adherido a este Pacto, un total de 170 países. 4 Estados permanecen como signatarios y 23 se encuentran sin acción.

- Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129 del 28 de marzo 1978 y ratificado por la XVI Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

⁷⁰ Recuperado: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/carta-PF-PIDESC-FINAL.pdf>

de estos derechos no sólo emitiendo informes sino recibiendo denuncias por violaciones de los DESC de parte de los Estados partes.

D. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PF-PIDCP)⁷¹:

Este protocolo, es el primer instrumento adicional al PIDCP, que busca asegurar la aplicación de los derechos humanos contenidos en dicho pacto. Para ello, faculta al Comité de Derechos Humanos (órgano del PIDCP), para recibir peticiones y denuncias de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de tales derechos.

E. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (SPF-PIDCP)⁷²:

Este segundo busca la abolición de la pena de muerte dentro de las fronteras de los Estados miembros.

Los Estados que ratificaron este Protocolo se comprometen a no aplicar la pena de muerte. La única reserva que se puede admitir es la posibilidad de aplicar la pena capital en tiempos de guerra, a causa de una sentencia condenatoria por algún crimen grave, de

⁷¹ - Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, mediante Resolución 2200A (XXI), con 35 signatarios y vigente desde el 23 de marzo de 1976.

- En la actualidad, han ratificado y se han adherido a este Protocolo, un total de 116 Estados. 6 Estados permanecen como signatarios y 78 Estados se encuentran sin acción.

- Aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22129, de fecha 28 de marzo de 1978, y ratificado constitucionalmente por la XVI Disposición General y Transitoria de la Constitución de 1979.

⁷²- Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989, mediante Resolución 44/128, con 38 signatarios y vigente desde el 11 de julio de 1991.

- En la actualidad, han ratificado y se han adherido a este Protocolo, un total de 87 Estados. 1 Estado permanece como signatario y 109 Estados están sin acción.

naturaleza militar (Calderón Sumarriva 2012, 45).

Un dato importante, es que Perú no ha suscrito, menos ha ratificado, así como tampoco se adherido a este protocolo.

F. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC)⁷³:

Este protocolo crea un mecanismo que permite que personas o grupos presenten quejas ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, respecto de violaciones de los derechos contenidos en el PIDESC cometidas por un Estado Parte. Por ejemplo, interferir indebidamente en el goce de un derecho, no adoptar medidas dirigidas a su realización, denegar derechos de manera discriminatoria o adoptar medidas deliberadamente regresivas sin justificación adecuada. Asimismo permite una comunicación directa individual, interestatal y hasta prevé un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los DESC.⁷⁴

Cabe advertir que el Perú, al igual que el SPF-PIDCP, el Perú no ha suscrito ni se adherido a este protocolo.

G. Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH)⁷⁵:

⁷³- Aprobado por la Asamblea General el 10 de diciembre de 2008 mediante la resolución A/ RES/63/117 con 45 signatarios y vigente desde el 5 de mayo de 2013.

- En la actualidad, han ratificado y se han adherido a este Protocolo, un total de 24 Estados. 25 Estados permanecen como signatarios, y 149 sin acción.

⁷⁴ Cfr. ONU: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2010/12/carta-PF-PIDESC-FINAL.pdf>

⁷⁵ Este instrumento destaca por su valor histórico, como bien sabemos, es el primer instrumento contemporáneo sobre derechos humanos. Fue proclamado el 2 de mayo de 1948, meses antes de la DUDH.

Este instrumento internacional consta de 27 derechos y 10 deberes enumerados en 18 artículos referidos tanto a derechos civiles y políticos, como algunos de contenido social.

Si bien es un instrumento no vinculante, su valor jurídico y con ello su carácter obligatorio, ha sido reconocido por la Corte IDH, en tanto sus disposiciones estén relacionadas a la CADH, además en doctrina también se acepta dicho valor por considerarse de derecho consuetudinario.

H. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José” (CADH)⁷⁶:

Este instrumento internacional obliga jurídicamente a los Estados americanos que la hayan ratificado o adherido, a cumplir con los preceptos de derechos humanos⁷⁷ y a adoptar las medidas legislativas o de otra índole, necesarias para la efectiva protección de los derechos y libertades, así como la progresividad de los DESC.

Funda las bases del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, ya que establece dos órganos competentes para conocer de las violaciones a estos derechos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁷⁶ - Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos B-32, el 22 de noviembre de 1969 y vigente desde el 18 de julio de 1978.

- Firmada por el Perú, el día 27 de julio de 1977 y ratificada el 12 de julio de 1978.

⁷⁷Cfr. (Calderón Sumarriva 2012, 49).

I. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador”⁷⁸:

Este protocolo, refuerza y completa la CADH relativo a derechos económicos, sociales y culturales, reafirmando, desarrollando y perfeccionando su protección. Reconoce la unidad indisoluble que existe entre éstos y los derechos civiles y políticos, al establecer las denuncias individuales por vulneración de los derechos de sindicalización y educación (pág. 50).

J. Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte⁷⁹:

Este protocolo también completa la CADH. Su objetivo es abolir la pena de muerte a toda persona que se encuentre dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, que haya aceptado y ratificado, o se haya adherido al mismo.

Resaltamos que el Perú, no ha aceptado ni se ha adherido a la misma.

K. Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales⁸⁰:

Conocido también como Convenio Europeo de Derechos Humanos

⁷⁸ - Suscrita en la Asamblea General – Décimo Octavo Periodo Ordinario de Sesiones, el 17 de noviembre de 1988 y vigente desde el 16 de noviembre de 1999.

- Firmada por el Perú, el día 17 de noviembre de 1988 y ratificada el 17 de mayo de 1995.

⁷⁹ Suscrita en la Asamblea General – Vigésimo Periodo Ordinario de Sesiones, el 08 de julio de 1990 y entrada en vigencia para los Estados que lo ratifiquen o se adhieran a él, a partir del depósito del instrumento de ratificación o adhesión, de conformidad con el artículo 4.

⁸⁰ Adoptada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, y vigente desde el 03 de setiembre de 1953. Concebido para proteger los DD.HH., la democracia y el Estado de derecho (Council of Europe).

(CEDH), es un tratado regional que instaura un sistema de control, vigilancia y protección jurisdiccional esencialmente de derechos civiles y políticos⁸¹ en Europa, el cual tiene como órgano judicial al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el mismo que es competente para condenar a los Estados que no respeten el cumplimiento de tales derechos asumidos con su ratificación. Este instrumento ha sido complementado⁸² y modificado⁸³ a través de diversos protocolos, siendo los más relevantes, los Protocolos 11 y 14, los que han dado un giro en esa forma de protección, modificando el acceso al sistema, convirtiéndolo en un procedimiento más riguroso pero con interposición directa ante el Tribunal, de demandas individuales o estatales que aleguen violaciones de derechos humanos en Europa.

Además que es conocido por su notable evolución, pues con el tiempo se han ido añadiendo derechos no previstos en el momento de su adopción, como el Protocolo 12 y 13, relativos a la no discriminación y, a la abolición de la pena de muerte en cualquier circunstancia, respectivamente.

L. Carta Social Europea (CSE)⁸⁴:

Por su parte, la Carta Social Europea de 1961, y sus Protocolos

⁸¹ Con excepción del derecho a la educación (art. 2 del Protocolo adicional) y el derecho de sindicación (art. 11 del Convenio). El TEDH declaró en el caso Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979, que el Convenio enuncia esencialmente derechos civiles y políticos, puntualizando sin embargo que un buen número de ellos posee implicaciones o prolongaciones de orden económico y social.

⁸² Protocolo Adicional o 1, Protocolos Nros. 4, 6, 7, 12, 13 y 16.

⁸³ Protocolos 11 y 14.

⁸⁴ Suscrita en Turín en 1961, vigente todavía para 9 Estados miembros del Consejo de Europa, y revisada, reformulada y sustituida en 1996 para otros, con entrada en vigor el 01 de julio 1999, vigente hasta la

Adicionales⁸⁵ han sido sustituidos y reformados por la Carta Social Europea revisada de 1996. Esta última recoge en un único documento, todos los derechos garantizados por su antecesora y los añadidos por su Protocolo Adicional de 1988, además de añadir nuevos derechos⁸⁶ y ampliar el alcance de los ya contemplados⁸⁷. Así, en la actualidad, es el instrumento más amplio en toda Europa, en garantizar una gran gama de derechos económicos, sociales y culturales, tales como derechos laborales, de salud, educación, vivienda, los tendientes a la protección de niños, familias y migrantes, entre otros. Instaure un sistema de control, con fuerza vinculante pero con cierta flexibilidad, ya que no obliga a los Estados a aceptar todos los derechos de la Carta, sino un mínimo de éstos⁸⁸. Siendo la protección que brinda para tales derechos, uno de naturaleza cuasi-jurisdiccional, ya que prevé un mecanismo de control basado en la presentación de informes y un sistema de reclamaciones colectivas.

M. Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos⁸⁹:

Conocida también como Carta de Banjul, es un tratado regional

fecha y con proyección a derogar la anterior cuando todos los Estados del Consejo de Europa, la ratifiquen. Actualmente han ratificado 34 la Carta revisada, haciendo un total de 43 miembros que reconocen la CSE.

⁸⁵ Protocolo Adicional de 1988, Protocolo modificativo de 1991 y Protocolo Adicional de 1995.

⁸⁶ La protección contra la pobreza y la exclusión social, el derecho a la vivienda, la protección frente al acoso laboral o cualquier trato hostil (artículos 24 al 31)

⁸⁷ Las vacaciones laborales pasaron de un mínimo de 2 a 4 semanas, el permiso por maternidad se amplió de 12 a 14 semanas, etc.

⁸⁸ Los Estados están obligados a cumplir al menos seis de los nueve artículos de la Parte II de la Carta, señalados en el artículo A de la Parte III de la Carta, entre otros que se detallaran en sistema correspondiente.

⁸⁹ Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la antigua Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya, y vigente desde el 21 de octubre de 1986.

cuyo objetivo es la promoción y protección de derechos humanos y las libertades básicas en África. Tiene la característica principal y singular, de no sólo reconocer a los derechos humanos como un atributo de los seres humanos y proclamar su necesaria protección internacional, sino que además pone énfasis en que éstos deben garantizar también los derechos de los pueblos, siendo el primordial de ellos, el derecho de los pueblos al desarrollo⁹⁰. Así, integra y reconoce expresamente derechos de tercera generación⁹¹, concepción que, como lo refiere Benedek, “es parte constitutiva importante del concepto universal de derechos humanos” (1983, pág. 150). Otra característica principal, es que reconoce derechos civiles y políticos y, derechos económicos, sociales y culturales en un solo documento, expresando⁹² que éstos últimos no pueden ser disociados en su concepción y en su universalidad, y que la satisfacción de los mismos –DESC-, constituye una garantía del disfrute de aquellos - *derechos civiles y políticos*-. Convirtiéndose así, en el primer tratado vinculante innovador de estas características que contempla derechos de las tres generaciones, algo jamás antes visto en ningún otro sistema de protección, lo que la diferencia de tratados tradicionales de DD.HH.

⁹⁰ “Artículo 22.- 1. Todos los pueblos tendrán derecho a su desarrollo económico, social y cultural, con la debida consideración. (...)”. Siendo así, el primero en consagrar expresamente este tipo de derechos a su libertad e identidad y disfrutando por igual de la herencia común de la humanidad

⁹¹ En África se produce lo que Bello ha calificado como un "enfoque global y comunitario a los derechos humanos", donde los derechos son inseparables de la idea de deberes respecto a la comunidad en la que uno está inserto (BELLO, E.G.: p. 33). Es por ello que los derechos colectivos o derechos de los pueblos ocupan un lugar que no ocupan en ningún otro documento internacional de derechos humanos.

Recuperado: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33357.pdf>)

⁹² Preámbulo de la Carta, párrafo 7mo.

Además de ello, al mismo tiempo que proclama derechos, señala también deberes del individuo, los que cada persona debe cumplir a fin de garantizar el disfrute de los derechos humanos, concibiendo a los derechos y los deberes concomitantes entre sí, introduciendo obligaciones horizontales y ya no sólo verticales, tal es así que ofrece una gama amplia de deberes en todo su Capítulo II⁹³.

Así, para cumplir tales fines, la Carta y su protocolo de 1998⁹⁴, establecen un sistema de promoción y protección cuasi-jurisdiccional y jurisdiccional de derechos humanos y de los pueblos en África, para lo cual crea y encarga dichas funciones a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2.2.3. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS **(SISTEMAS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN):**

Finalizada la Segunda Guerra Mundial, y una vez creada las Naciones Unidas, los Estados que habían quedado horrorizados con los actos crueles e inhumanos de la Alemania nazi y el fascismo, alcanzaron un grado de madurez tal, que comenzaron a aceptar la idea de que debían guiar sus acciones en pro de la defensa y la protección internacional de los derechos humanos, esto denotó, no sólo la exigencia a los Estados de cumplir con su obligación

⁹³ Esta importancia atribuida a los deberes del individuo es criticada por muchos autores, pues muchos de los deberes contenidos en la Carta, representan riesgos, dado que “pone al individuo al servicio de la comunidad y permite justificar todas las opresiones” (Madiot 1998, 126). Por su parte, Mahmud ha referido; “la defensa vigorosa por parte de los líderes políticos africanos de los derechos de los pueblos y, en especial, del derecho al desarrollo, ha sido utilizada, en ocasiones, como un instrumento para legitimar las violaciones más flagrantes de los derechos humanos individuales por parte de esos mismos líderes” (1993, pág. 488).

⁹⁴ El protocolo entró en vigor el 25 de enero de 2004.

primordial y principal de garantizar la protección interna de los derechos humanos, sino también la creación de una serie de sistemas de protección internacional de derechos humanos y sus respectivos mecanismos, basados fundamentalmente, en la dignidad humana.

Se establece así, dos vías de protección internacional, por un lado, el derecho internacional de los derechos humanos tendiente a determinar la responsabilidad internacional del Estado y por el otro, el derecho penal internacional tendiente a determinar la responsabilidad individual penal en la comisión de crímenes internacionales. Ambos con el objetivo de dar efectiva protección a los DD.HH. Siendo objeto de evaluación en la presente tesis, sólo la responsabilidad internacional del Estado frente a violaciones de DD.HH.

Debe señalarse que la protección internacional, sin embargo, no reemplaza a la protección interna, sino más bien -cómo bien lo señala Fix-Zamudio (2008)-, es subsidiaria y complementaria a ésta, y es dada en -caso del DIDH-, a través del Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos, conformado por el Sistema Universal y los sistemas regionales, los cuales son; el Sistema Europeo, el Interamericano y el Africano. Asimismo, el régimen internacional, se divide en dos aspectos, el sustantivo, los derechos internacionales que se tratan de proteger y, el instrumental, que son los mecanismos y organismos que tienen a su cargo esa protección desde el ángulo internacional⁹⁵.

2.2.3.1. Sistema Internacional de Protección de DD.HH. – Aspectos

Generales:

A. Sistema Internacional de Protección de DD.HH.:

⁹⁵ Cfr. (Fix-Zamudio 2008, 28, 29).

El Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos es el conjunto de normas jurídicas internacionales y órganos internacionales que tienen como objeto y fin el desarrollo, interpretación, aplicación, promoción y protección de los derechos humanos, a través de mecanismos jurídico-procesales, que se desarrollan en el DIDH.

Los sistemas de protección son: el sistema universal y los sistemas regionales (americano, europeo y africano). En cada sistema, existen mecanismos internacionales de protección de DD.HH.

B. Elementos de los Sistemas Internacionales de Protección de DD.HH.:

Solo hay cuatro sistemas internacionales de protección de derechos humanos, que cumplen con los cinco elementos fundamentales, para ser considerados un sistema internacional, estos elementos son: 1) tener un instrumento internacional que lo forma; contener 2) una relación de los derechos fundamentales que tutela; 3) la obligación de los Estados; 4) las facultades de los órganos defensores; y 5) un mecanismo de protección⁹⁶.

C. Órganos de Control de los Sistemas de Protección:

Podemos definir como órgano a aquel que forma parte de la estructura de la organización con labores y competencias específicas (cortes, comités, comisiones, consejos, procedimientos especiales, etc.), cuya actuación impulsa y garantiza la promoción

⁹⁶Jesús Rodríguez y Rodríguez, Los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos; en: (Carvajal Contreras 2016, 395, 396).

y protección de DD.HH.

D. Mecanismos de Protección Internacional de DD.HH.⁹⁷:

Es aquel procedimiento de control, ya sea contencioso o no (jurisdiccional o cuasijurisdiccional), que lleva a cabo un determinado órgano de control, para velar por el cumplimiento y respeto de los DD.HH. Éstos pueden ser los procedimientos de informes, reclamaciones, quejas, denuncias, comunicaciones, etc.

2.2.3.2. Sistema Universal o Mundial:

El Sistema Universal de Protección de DD.HH. está integrada por las normas, órganos y mecanismos de protección que emanan de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos (las cuales dan lugar a la Comisión de Derechos Humanos - hoy Consejo- y otros órganos generales) y, todos los demás pactos y tratados de derechos humanos (los cuales dan lugar a órganos específicos o especializados como el Comité de Derechos Humanos y otros), que están bajo la competencia de las Naciones Unidas⁹⁸.

Esta organización, estableció en la Carta de la ONU (artículos 1 y 55),

⁹⁷A menudo en doctrina y hasta en comunicaciones oficiales de las organizaciones, suele usarse el término “mecanismo” (sentido amplio), para hacer referencia tanto al órgano como al procedimiento que éste realiza y por el cual ha sido exclusivamente creado –esto sobre todo sucede en el sistema universal-. Sin embargo, conforme lo ya advertido, éstos dos términos son distintos, siendo los propios doctrinarios y las organizaciones, los que en otras ocasiones las diferencian, principalmente cuando se trata de un órgano que lleva a cabo varios mecanismos (sentido estricto), distinguiéndose así perfectamente el procedimiento del órgano. Particularmente, ésta distinción es la que debe tenerse en cuenta para la presente tesis, pues consideramos correcta.

⁹⁸ Las Naciones Unidas es la única organización internacional mundial constituida por casi todos los Estados del mundo. En la actualidad son 193 Estados miembros, que están representados en el órgano deliberante, la Asamblea General. Nació oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la mayoría de los 51 Estados miembros signatarios del documento fundacional de la Organización, la Carta de la ONU, la ratificaran. Sus órganos principales son: La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, la Secretaría, el Consejo de Administración Fiduciaria (con labores suspendidas) y la Corte Internacional de Justicia. Los cuatro primeros órganos tienen su sede en New York y la Corte en La Haya.

como propósitos y fines fundamentales, -además de otros-; el respeto al principio de igualdad de derechos y, el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales. Razón por la cual se establecieron instrumentos jurídicos internacionales de carácter vinculante y no vinculante, así como se crearon órganos y se diseñaron mecanismos jurídico-procesales, para garantizar la efectividad de tales derechos.

Así, existen tres líneas de acción o desarrollo que realiza la ONU, dentro de este sistema, en pro de los DD.HH.:

- 1) Elaboración y aprobación de normas uniformes internacionales (declaraciones, convenciones, tratados, acuerdos y otros documentos);
- 2) Promoción de derechos, para lo cual envía relatores especiales y expertos, además de grupos de trabajo, comités o instituciones especializadas, con la finalidad de brindar asesoría, estudios, informes iniciales, así como asistencia técnica⁹⁹ y;
- 3) Protección de DD.HH., para lo cual establece procedimientos para la recepción de comunicaciones, quejas o denuncias individuales e interestatales que alegan posibles violaciones de derechos humanos, que los órganos de vigilancia y control, están facultados a atender, junto con comités expertos y otros.

A. Principales Instrumentos:

Este sistema integra una serie de instrumentos internacionales, los

⁹⁹ Fondo de Contribuciones Voluntarias para la Cooperación Técnica en materia de Derechos Humanos.

cuales son base legal para su desarrollo. Siendo los principales, los siguientes:

- Carta de las Naciones Unidas¹⁰⁰ (1945).
- Carta Internacional de Derechos Humanos, la cual está conformada por la DUDH, el PIDCP y sus dos Protocolos Facultativos, y el PIDESC y su Protocolo Facultativo.
- Convención relativa a la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1962).
- Convención de Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes (1984).
- Convención sobre los Derechos de los Niños (1989).
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)
- Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006).
- Otros tratados sobre Derechos Humanos.

Así, con el fin de velar por el respeto, protección y garantía de los

¹⁰⁰ La Carta se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

DD.HH. por parte de los Estados, quienes los han reconocidos jurídicamente mediante dichos instrumentos, y al amparo de éstos y los creados por la ONU en el marco de sus competencias, se han establecidos mecanismos internacionales de protección (sentido amplio), los cuales se desarrollan dentro de este sistema como “mecanismos no convencionales” y “mecanismos convencionales”. En el caso de la primera clase de mecanismos, el encargado principal de llevar adelante los mismos, es el Consejo de Derechos Humanos. Y en el caso de los segundos, se tienen los Comités especializados creados por cada tratado. Esto hace que hablemos de dos subsistemas (forma académica u operativa), que se desarrollan dentro del Sistema Universal. Los cuales son:

B. Subsistema No Convencional o Extra-convencional:

Este subsistema general, emana principalmente de la Carta de la ONU y de la DUDH, y está conformado por órganos y mecanismos de protección, los cuales no han sido creados por tratados o convenciones (de ahí su nombre), sino por la propia ONU en el marco de sus competencias, con el fin de hacer efectiva la promoción y protección de DD.HH. en todos sus Estados miembros. Tiene como órgano principal al Consejo de Derechos Humanos, el cual monitorea los más importantes mecanismos de protección. Dichos mecanismos están destinados a examinar posibles situaciones de violaciones de DD.HH., teniendo éstos carácter de queja o comunicación, más no de denuncia.

a. Consejo de Derechos Humanos¹⁰¹:

Este organismo intergubernamental de la ONU, compuesto por 47 miembros¹⁰² elegidos por la Asamblea General, es responsable de fortalecer la promoción y protección de DD.HH. en todo el mundo, abordar las situaciones de violaciones de DD.HH. donde quiera que se den los mismos y formular recomendaciones al respecto. Con tal fin lleva y conduce el Examen Periódico Universal y el Procedimiento de Quejas.

Además tiene capacidad para discutir todas las cuestiones temáticas relativas a DD.HH. y examinar permanentemente los avances y problemas en temas de DD.HH en cada país del mundo.

Se reúne en la Oficina de las NN.UU. en Ginebra 10 semanas al año y cuenta con el asesoramiento de un Comité Asesor que opera como un grupo de reflexión el cual está compuesto por 18 expertos (OHCHR 2019).

- **Examen Periódico Universal (EPU):**

El Consejo de Derechos Humanos destaca este examen, como uno de sus principales mecanismos, para evaluar -en un periodo de 4 años y medio- la situación de los derechos

¹⁰¹Organismo subsidiario de la Asamblea General, creado el 15 de marzo de 2006. Reemplazó a la Comisión de Derechos Humanos, una de las seis comisiones funcionales creadas por el Consejo Económico y Social, en febrero de 1946, en virtud de lo dispuesto por la Carta de la Naciones Unidas, la cual confería la facultad de establecer comisiones entre otras, para la promoción de los derechos humanos (art. 68).

¹⁰²Elegidos por un periodo inicial de 3 años, no pueden ser reelegidos por más de dos mandatos consecutivos.

humanos en todos y en cada uno de los Estados miembros de las NN.UU. Es considerado una herramienta importantísima, dado su carácter universal, y sobre todo por examinar el cumplimiento no solamente de tratados de DD.HH. vinculantes para el Estado miembro, sino también el de la Carta de la ONU y la DUDH, así como las promesas y compromisos que hayan sido asumidos por los Estados en forma voluntaria. En ese sentido, recuerda a éstos, las obligaciones que tienen de respeto, promoción y protección de DD.HH., brindándoles la oportunidad de declarar qué medidas han adoptado para mejorar la situación de tales derechos, en sus respectivas jurisdicciones.

Este mecanismo es bastante criticado, por la brevedad de tiempo en que son evaluados los Estados, pues considerando que el Grupo de Trabajo se reúne dos o tres semanas de sesiones por año, o 14 sesiones a lo largo de un ciclo completo, es decir, son un aproximado de 48 Estados que se evalúan por año, lo que ha conllevado a criticar la falta de profundidad en los estudios realizados y cierta trivialidad en sus recomendaciones.

- **Procedimiento de Quejas¹⁰³:**

Es un procedimiento de quejas confidencial¹⁰⁴ del Consejo de

¹⁰³ Establecido el 18 de junio de 2007, por el Consejo de Derechos Humanos quien adoptó la resolución 5/1 titulada "Creación de instituciones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas"

¹⁰⁴ Se mantuvo el carácter confidencial, con el fin de mejorar la cooperación con el Estado en cuestión. Todos los documentos y materiales proporcionados por el denunciante y el Estado en cuestión, así como

Derechos Humanos, que aborda patrones coherentes de violaciones graves y comprobadas de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales que ocurren en cualquier parte del mundo y bajo cualquier circunstancia. Analiza comunicaciones enviadas por individuos, grupos u organizaciones no gubernamentales (ONG) que afirman ser víctimas de violaciones de DD.HH. o que tienen conocimiento directo y confiable de tales violaciones (OHCHR 2019).

Está basado en el antiguo Procedimiento 1503¹⁰⁵, al cual lo ha mejorado y reformulado para garantizar que el procedimiento sea imparcial, objetivo, orientado a las víctimas y conducido de forma más rápida, a través del Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones y el Grupo de Trabajo sobre Situaciones. El Consejo puede decidir interrumpir la revisión de un asunto bajo el procedimiento confidencial y tomarlo en consideración pública (2017).

b. Procedimientos especiales¹⁰⁶:

Son relatores especiales, representantes especiales, expertos independientes y grupos de trabajo que a consideración pública;

los procedimientos en las distintas etapas permanecen confidenciales y, por lo tanto, no se hacen públicos, a menos que el Consejo decida lo contrario.

¹⁰⁵ Establecido en 1970 por la Resolución 1503 del Consejo Económico y Social, que encargaba su realización o trámite a la antigua Comisión de Derechos Humanos.

¹⁰⁶ Los procedimientos especiales son un individuo (llamado "Relator Especial" o "Experto Independiente") o un grupo de trabajo compuesto por cinco miembros, uno de cada uno de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas: África, Asia, América Latina y el Caribe, Europa del Este y el grupo occidental.

monitorean, examinan, asesoran e informan públicamente sobre cuestiones temáticas o situaciones de derechos humanos en países específicos¹⁰⁷. Realizan visitas a los países, envían comunicaciones a los Estados, y otros en los que informan las violaciones de derechos humanos, realizan estudios temáticos contribuyendo a las normas internacionales de DD.HH. y reportan anualmente al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General (OHCHR 2019).

c. Instituciones especializadas:

Las instituciones especializadas son órganos subsidiarios que brindan su apoyo en la promoción y protección de los DD.HH., a los mecanismos no convencionales, así como a los convencionales. Entre ellos tenemos al: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) organismo permanente en la asistencia y protección de los derechos del niño; la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que dirige acciones internacionales de protección a los refugiados; la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) o (OHCHR), organismo principal de las NN.UU. en el ámbito de DD.HH, que brinda asistencia técnica y apoyo a los órganos de protección, así como a gobiernos para que cumplan su responsabilidad primordial de promoción y protección de los DD.HH. de los individuos, con el fin de reivindicación de sus derechos. Además

¹⁰⁷ A partir del 1 de agosto de 2017, existen 44 mandatos temáticos y 12 mandatos por país.

denuncia de manera objetiva las violaciones de DD.HH.

C. Subsistema Convencional:

Este subsistema emana de los diversos tratados o convenciones internacionales de DD.HH. de carácter vinculante, -entre ellos, los que conforman la Carta Internacional de los Derechos Humanos-, los cuales crean un órgano específico (Comité) con el propósito de supervisar el cumplimiento del tratado que lo creó, así como interpretar los DD.HH. contenidos en él. Para tal fin, cada tratado establece los mecanismos de protección o de control que realizará cada órgano determinado.

Para acceder a estos Comités, el Estado debe haber ratificado o haberse adherido a dicho tratado, además de cumplir con los requisitos y las formalidades para tramitar una denuncia (denominada por los tratados “comunicación”) por violación de los derechos humanos consagrados en cada tratado o protocolo adicional a éste. Así tenemos:

a. Órganos (Comités):

Las numerosas convenciones han creado para ser exactos, 9 Órganos denominados “Comités” y un “Subcomité”. Estos son:

- **Comité de Derechos Humanos (CDH):**

Conformado por 18 expertos independientes¹⁰⁸, supervisa la aplicación del PIDCP por los Estados partes. Está facultado

¹⁰⁸ Son elegidos por un período de cuatro años por los Estados partes de conformidad con los artículos 28 a 39 del Pacto. Los miembros sirven en su capacidad personal y pueden ser reelectos si son nominados.

para examinar: 1) Informes que todos los Estados partes están obligados a remitir en forma periódica, -inicialmente después de un año de haberse adherido al Pacto, y luego cada vez que se le solicite¹⁰⁹-, luego analiza el Informe, dialoga con el Estado en cuestión para identificar los logros y fallas en dichas medidas y, emite sus preocupaciones y recomendaciones a éste, a través de sus “observaciones finales”; 2) denuncias estatales y 3) denuncias (comunicaciones) individuales con respecto a presuntas violaciones del Pacto por parte de los Estados partes. Se extiende su competencia respecto a la abolición de la pena de muerte sólo a los Estados que hayan aceptado el Segundo Protocolo Facultativo. 4) Realiza investigaciones de oficio. Por último, el Comité publica su 5) “interpretación del contenido de las disposiciones de derechos humanos, conocido como “comentarios generales” sobre cuestiones temáticas o sus métodos de trabajo” (OHCHR 2019).

- **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC):**

Conformado por 18 expertos independientes¹¹⁰, supervisa la implementación y aplicación progresiva del PIDESC en los Estados partes. En la actualidad, está facultado para

¹⁰⁹ Generalmente cada 4 años.

¹¹⁰ Los miembros son elegidos por un período de cuatro años por los Estados partes, de conformidad con la Resolución 1985/17 del ECOSOC, de 28 de mayo de 1985. Los miembros sirven a título personal y pueden ser reelegidos si son nominados.

examinar: Informes de los Estados de las cuales emite sus “observaciones finales” y comunicaciones interestatales e individuales que se tramitan a través de un procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas de los DESC, éstos al amparo de su reciente Protocolo Facultativo.

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD):**

Conformado por 18 expertos independientes¹¹¹, supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre, en los Estados partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados, denuncias estatales, denuncias de los particulares, procedimientos de alerta temprana y medidas urgentes. El Comité examina los Informes que los Estados están obligados a presentar un año después de la adición de la Convención, y expresa sus preocupaciones y recomendaciones en sus “observaciones finales”.

- **Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW):**

Conformado por 23 expertos independientes¹¹², supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre, en los Estados partes. Está facultado para examinar:

¹¹¹ Son elegidos por un período de 4 años por los Estados partes de acuerdo al art. 8 de la Convención. Se considera la distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como de los principales sistemas legales. Las elecciones para 9 de los 18 miembros se celebran cada 2 años, asegurando un equilibrio entre la continuidad y el cambio en la composición del Comité.

¹¹² La Mesa del Comité está compuesta por un Presidente, tres Vicepresidentes y un Relator. Los titulares de cargos sirven por períodos de dos años y son elegibles para la reelección "siempre que se respete el principio de rotación".

Informes de los Estados, quienes están obligados a presentar un año después de la adición de la Convención; denuncias estatales; denuncias de los individuos o grupos de personas que aleguen violaciones de los derechos protegidos por la Convención e iniciar el procedimiento opcional de investigación sobre situaciones graves o violaciones sistemáticas de los derechos de las mujeres. El Comité formula recomendaciones generales y sugerencias.

- **Comité contra la Tortura (CAT):**

Conformado por 10 expertos independientes¹¹³, supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre, en los Estados partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados, quienes están obligados a presentar un año después de la adición de la Convención; denuncias estatales; denuncias de particulares, emprenden consultas y realiza investigación e inspección in situ. El Comité presenta sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en sus “observaciones finales”.

- **Subcomité de Prevención de la Tortura (SPT):**

Es un nuevo tipo de órgano de tratados en el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas. Tiene un mandato preventivo centrado en un enfoque innovador,

¹¹³ Son elegidos por un período de cuatro años por los Estados partes de conformidad con el artículo 17 de la Convención contra la Tortura y sirven a título personal y pueden ser reelegidos si son nominados.

sostenido y proactivo para la prevención de la tortura y los malos tratos. Está compuesto por 25 expertos independientes¹¹⁴ e imparciales de diferentes orígenes y de diversas regiones del mundo. Tiene dos funciones operativas principales; realiza visitas y, brinda asesoría y asistencia a los Estados Parte, para el establecimiento de Mecanismos Nacionales de Prevención (MNP). Presenta un informe anual al CAT y a la Asamblea General (OHCHR 2019).

- **Comité de los Derechos del Niño (CRC):**

Conformado por 18 expertos independientes¹¹⁵, supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre así como sus tres protocolos facultativos, en los Estados Partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados, denuncias individuales de los niños que presentan quejas sobre violaciones específicas de sus derechos en virtud de la Convención y sus dos primeros protocolos opcionales e; investigación e inspección in situ.

- **Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (CMW):**

¹¹⁴ Los miembros son elegidos por los Estados Partes en el OPCAT para un mandato de cuatro años y pueden ser reelegidos una vez.

¹¹⁵ Los miembros son elegidos por un período de cuatro años por los Estados partes de conformidad con el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Los miembros sirven a título personal y pueden ser reelegidos si son nominados.

Conformado por 14 expertos independientes¹¹⁶, supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre, en los Estados Partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados Partes obligados a presentarlos de forma periódica cada 5 años y un año después de haberse adherido de las cuales realiza sugerencias y recomendaciones generales en sus “observaciones finales”; denuncias individuales y denuncias estatales.

- **Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD):**

Conformado por 18 expertos independientes¹¹⁷, supervisa la implementación y aplicación de la Convención¹¹⁸ del mismo nombre, en los Estados Partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados Partes obligados a presentarlos de forma periódica inicialmente cada 4 años y dentro de los 2 años después de la ratificación, de los cuales realiza sugerencias y recomendaciones generales en sus “observaciones finales”; denuncias estatales, individuales; e investigaciones en el caso de evidencia confiable de violaciones graves y sistemáticas de la Convención.

- **Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED):**

¹¹⁶ Son elegidos por un período de cuatro años por los Estados partes de conformidad con el artículo 72 de la Convención. Los miembros sirven a título personal y pueden ser reelegidos si son nominados.

¹¹⁷ Son elegidos de una lista de personas nominadas por los Estados en la Conferencia de los Estados Parte por un período de cuatro años con la posibilidad de ser reelegidos una vez de acuerdo al Artículo 34 de la Convención.

¹¹⁸ Ratificado por primera vez por una organización de integración regional, la Unión Europea.

Conformado por 10 expertos independientes, supervisa la implementación y aplicación de la Convención del mismo nombre, en los Estados Partes. Está facultado para examinar: Informes de los Estados Partes obligados a presentarlos después de los 2 años de su ratificación, de los cuales realiza sugerencias y recomendaciones generales en sus “observaciones finales”; recibe denuncias estatales e individuales y realiza investigación e inspección in situ.

Así, luego de revisar brevemente los órganos y los mecanismos de control que llevan a cabo, se advierte que tales mecanismos son de dos tipos, mecanismos no contenciosos y los mecanismos cuasicontenciosos.

a. Mecanismos No Contenciosos¹¹⁹:

Podría decirse que estos son de carácter preventivo –*ex ante*– pues lejos de establecer alguna responsabilidad internacional de los Estados, se basan solamente en el análisis de la situación de los derechos humanos en los Estados, y en la emisión de recomendaciones a éstos. A esto se suma, que si bien su exigencia es obligatoria a los Estados (al menos la realización de los Informes periódicos), ciertamente las recomendaciones carecen de fuerza vinculante. Lo que desde el punto de vista de

¹¹⁹ Los mecanismos no contenciosos son los más antiguos del sistema convencional de control, y se corresponden con el respeto absoluto del principio de la soberanía estatal que imperaba en el Derecho internacional clásico. Con este planteamiento solo se aceptaban los procedimientos que no implicasen ningún tipo de condena o sanción a los Estados responsables de violaciones a los derechos humanos, porque ésta era una materia que pertenecía exclusivamente al ámbito interno de los Estados (Villán Durán, Curso de Derecho internacional de los derechos humanos 2002, 379).

la protección de derechos humanos, hace bastante débiles a éstos. Estos mecanismos son¹²⁰:

- **Informes Periódicos a los Comités¹²¹:**

Versan sobre las medidas (administrativas, legislativas, judiciales) que los Estados han adoptado para la correcta implementación del tratado en cuestión, el cumplimiento de sus obligaciones y los progresos hechos en cuanto al respeto de estos derechos en su jurisdicción.

- **Adopción de observaciones y recomendaciones generales:**

Las observaciones generales son adoptadas luego del mecanismo de informes. Están facultadas a emitirlas todos los Comités. Estas observaciones se caracterizan por interpretar disposiciones de los tratados y aclarar el alcance de las obligaciones de los Estados parte en virtud de éstos. Además se complementan entre todas las expedidas por los diversos Comités, contribuyendo así a la formación de una doctrina homogénea sobre derechos humanos.

- **Investigaciones de oficio a Estados (investigación de iniciativa propia):**

¹²⁰ Cfr. (Bregaglio 2013, 95 - 103). Mecanismos no contenciosos: Informes periódicos; adopción de observaciones generales por los comités y las investigaciones de oficio.

¹²¹ El procedimiento para la realización de Informes periódicos es básicamente el mismo para todos los comités (se diferencian por el periodo). Así, conforme lo señalado para el CDH, el Estado se obliga a la presentación del Informe periódico (Informe inicial y periódico), el comité luego de examinar éste, dialogará con el Estado en cuestión, con el objeto de determinar los logros y las fallas a las prácticas legislativas, administrativas (ordenamientos internos) y prácticas judiciales del Estado con respecto al respeto y la efectiva garantía de los DD.HH. consagrados en el tratado. Finalmente emitirá sus “observaciones finales”, recomendando la adopción de medidas concretas que sean idóneas para garantizar tal práctica a las exigencias mínimas de los convenios.

Estas se realizan cuando se recibe información fiable que a juicio del Comité parezcan indicar que un Estado viene vulnerando grave y sistemáticamente los derechos consagrados en los convenios. No busca investigar violaciones individuales, sino determinar la amplitud de esas prácticas violatorias, para -de llegar el caso-, formular recomendaciones al Estado en cuestión, con miras a prevenir futuras violaciones de los convenios. Estas investigaciones requieren además la cooperación de los Estados.

- **Conciliación:**

Algunos autores consideran a la conciliación como un cuarto mecanismo, la cual consiste en utilizar los buenos oficios (carácter político) y los contactos directos (carácter técnico), como formas de solución

- **Visitas Periódicas¹²²:**

Conforme lo señalado, este mecanismo prevé la realización de visitas periódicas a los centros de detención por el SPT y por mecanismos nacionales de prevención (MNP), con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Esto finaliza con la formulación del SPT de recomendaciones y transmisión de estas a los Estados, los cuales son confidenciales, mientras que de los

¹²² Este mecanismo está solamente previsto para el SPT en su convenio respectivo. Si bien es confidencial, el SPT puede solicitar al Comité contra la Tortura que haga una declaración pública o que publique el informe del SPT si un Estado se niega a cooperar o no adopta medidas para mejorar la situación en vista de las recomendaciones del SPT. (ACNUDH y Unión Interparlamentaria 2016, 65).

MNP pueden ser publicadas en sus informes anuales.

b. Mecanismos cuasicontenciosos:

Se caracterizan por operar *–ex post–* luego de producida la violación de derechos humanos. Los comités se pronuncian acerca de si hubo o no tal violación por parte del Estado en cuestión y de ser afirmativa, en una decisión sobre el fondo, impondrá medidas de reparación y resarcimiento a las víctimas (indemnización, satisfacción, restitución al estado anterior de las cosas, etc.), es decir, establece cierta responsabilidad internacional de los Estados. Por tanto son procedimientos contradictorios, sancionatorios y condenatorios¹²³.

Son llamados “cuasicontenciosos”, porque los comités no emiten una sentencia en sentido estricto y no son tribunales. Sin embargo, sus dictámenes¹²⁴ tienen la apariencia formal de una sentencia. Así, para que estos mecanismos operen, los Estados deben haber reconocido la competencia del comité respectivo, ya sea mediante declaración expresa u omisión de reserva a la sección de éstos en los convenios o protocolos a éstos. Dichos mecanismos son¹²⁵:

- **Denuncias individuales “Comunicaciones”:**

Son presentadas por un individuo o grupo de personas, que alegue la violación de derechos humanos consagrados en un

¹²³ Cfr. (Bregaglio 2013, 99, 100). Mecanismos cuasicontenciosos: Denuncias individuales y estatales.

¹²⁴ Resoluciones que ponen fin al procedimiento.

¹²⁵ Cfr. (Bregaglio 2013, 100).

determinado convenio, por parte de un Estado parte. Este procedimiento es de carácter confidencial y aunque cada comité tiene su propio procedimiento, lo cierto es que todos tienen requisitos de admisibilidad comunes para acceder a los comités. Estos son; los requisitos de competencia (*ratione materiae*¹²⁶, *personae*¹²⁷, *loci*¹²⁸, *temporis*¹²⁹), y los requisitos formales¹³⁰. Cabe resaltar que estos mecanismos son subsidiarios de los procesos judiciales internos.

Los comités luego de recibir y examinar la denuncia, pondrán a conocimiento del Estado en cuestión, dicha comunicación, quien deberá en un plazo determinado por cada tratado, presentar al comité por escrito, las explicaciones o declaraciones del asunto, señalando las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto. El comité examinará éstas y considerando toda la información

¹²⁶ La competencia material se refiere a que la denuncia debe ser compatible con las disposiciones del tratado, esto implica además que las violaciones referidas deben ser alegadas a derechos humanos contenidos en el mismo. Así como tal denuncia no debe constituir un abuso de derecho.

¹²⁷ La competencia personal está referida a la legitimación para acceder a estos comités, y recae en la víctima o su representante (se podrá aceptar la denuncia de terceras personas si la víctima se encuentra imposibilitada de hacerlo). Asimismo, el individuo denunciante debe ser una persona natural.

¹²⁸ Esta competencia “de lugar”, es establecido y exigido en todos los sistemas internacionales de protección, y se refiere a que la víctima (denunciante) debe estar o haber estado al momento en el que se produjo la violación, bajo la jurisdicción del Estado al que denuncia.

¹²⁹ Esta competencia de tiempo, exige que la violación debe producirse luego de la entrada en vigor del convenio para el Estado parte denunciado. Sólo cuando el Estado la ratifique y haya entrado en vigor para éste, se puede exigir las obligaciones de su cumplimiento y por tanto, atribuirle incumplimiento.

¹³⁰ Entre estos requisitos tenemos que; el Estado en cuestión debe ser parte del tratado; el individuo debe haber agotado todos los recursos internos (salvo que su tramitación sea cuestionada por el prolongado tiempo injustificado, o que la afectación sea tal que no haya posibilidad de repararlo internamente); la comunicación no debe ser anónima, constituir un abuso de derecho o ser incompatible con las disposiciones del tratado en cuestión; debe ser presentada por escrito y que el mismo asunto no haya sido sometido o esté siéndolo, a otro procedimiento internacional de protección de DD.HH. u otro arreglo internacional.

proporcionada adoptará una decisión sobre el fondo¹³¹. De establecer la existencia de una violación, requerirá al Estado a remediarla.

- **Denuncias interestatales (Quejas):**

Los Estados pueden interponer quejas entre ellos, ante el comité respectivo, alegando el incumplimiento de las obligaciones contenidas en un tratado del que son parte (violación de los derechos humanos consagrados en el mismo) y siempre que ambos Estados hayan reconocido la competencia de tal comité (ya sea expresa o tácitamente¹³²). Además antes de remitirse la queja, debe intentarse previamente, una solución amistosa por parte de los Estados¹³³, así como, agotado los recursos internos, -salvo prolongación injustificada o improbable mejora de la afectación grave a la víctima en instancia interna-.

Así, de no haberse solucionado el asunto de forma satisfactoria entre los Estados¹³⁴, cualquiera de ellos podrá

¹³¹ Dicha decisión podrá contener tanto la admisibilidad como el pronunciamiento de fondo, o podrá pronunciarse por separado cuando se haya solicitado separar ambos exámenes.

¹³² Para la competencia de algunos comités se requiere declaración expresa, en cambio para otros tiene carácter obligatorio (todos los estados partes aceptan poder ser denunciados ante el comité). Ej. Mientras que para el CDH y CAT se requiere lo primero, para CERD su competencia es de obligatorio reconocimiento.

¹³³ El Estado parte que alega el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado, es decir, que incurra en violaciones de DD.HH. consagrados, deberá indicar el asunto a la atención del otro Estado parte, dándole el plazo de 3 meses para que remita una explicación o declaración que aclare la situación, en el cual de ser posible, se hará referencia de las medidas internas adoptadas, procedimientos o recursos en trámite o los que se adoptarán.

¹³⁴ Si el asunto no es resuelto en el plazo de seis meses después de recepcionada la primera comunicación por el Estado parte en cuestión, cualquiera de los Estados, podrá someter el asunto ante el comité respectivo.

someter el asunto ante el Comité respectivo. Dicho Comité pondrá a disposición de los Estados, sus “buenos oficios” para llegar a una solución amistosa, designando incluso comisiones de conciliación *ad hoc*¹³⁵. La misma que luego de examinar el asunto, presentará al Comité, un informe con las conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho y las recomendaciones que a su criterio, son adecuadas para la solución amistosa de la controversia. El Comité lo transmitirá a los Estados parte, quienes dentro de los 3 meses, notificarán a éste si aceptan o no tales recomendaciones.

Este procedimiento se sustenta, en el interés legal que tienen todos los Estados parte de un tratado de derechos humanos, del cumplimiento de las obligaciones por parte de todos los demás Estados¹³⁶. A pesar de esto, hasta la fecha no se ha presentado ninguna denuncia de este tipo.

Emitidas las recomendaciones, ya sea de una denuncia individual o estatal, algunos órganos, con el fin de ayudar a los Estados a aplicar sus recomendaciones, han introducido procedimientos que garanticen el seguimiento de tales

¹³⁵ Comisión integrada por 5 personas, quienes podrán ser o no miembros del comité. El Presidente de la comité, nombrará a la Comisión, cuyos miembros serán designados con el consentimiento pleno y unánime

¹³⁶ Este interés colectivo se ve reflejado, por ejemplo, en la Observación general N° 31 del Comité de Derechos Humanos sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el PIDCP. El Comité encomienda a los Estados Partes que las violaciones de los derechos garantizados en virtud del PIDCP merecen la atención de todos los Estados Partes. Indica que “señalar las posibles violaciones de las obligaciones del Pacto por parte de los Estados Partes y pedirles que cumplan sus obligaciones de conformidad con el Pacto debe ser considerado, lejos de como un acto poco amistoso, como un reflejo del interés legítimo de la comunidad” (ACNUDH y Unión Interparlamentaria 2016).

recomendaciones.

Así, algunos solicitan, en sus observaciones finales, que los Estados informen al relator de país o al relator de seguimiento en el plazo de un año (o dos en ocasiones) acerca de las medidas adoptadas en respuesta a las recomendaciones específicas o las “cuestiones prioritarias” que se pueden implementar rápidamente. A continuación, el relator deberá informar al Comité. Igualmente, todos los órganos de tratados con mandato para recibir comunicaciones individuales solicitan información de seguimiento, en un periodo concreto, del Estado parte afectado en todos los casos en que se detecta una violación del tratado respectivo (ACNUDH y Unión Interparlamentaria 2016, 65, 66).

D. Corte Internacional de Justicia (CIJ)¹³⁷:

Dada la importancia de la Corte Internacional de Justicia como órgano judicial principal de la ONU, es menester señalar muy brevemente su desempeño, tanto contencioso como consultivo¹³⁸, en lo que respecta específicamente a derechos humanos.

Antes de continuar sin embargo, debo advertir que la Corte no es un tribunal de derechos humanos como tal. Esto lo ha reconocido

¹³⁷ Órgano judicial principal de las Naciones Unidas, creada en junio de 1945 por la Carta de las ONU y puesta a funcionamiento desde abril de 1946. Su Estatuto forma parte integral de la Carta de las ONU. Su sede se ubica en el Palacio de la Paz en la Haya, Países Bajos y está compuesto por 15 jueces, elegidos para un mandato de 9 años por la Asamblea General de la ONU y el Consejo de Seguridad. Cuenta con una Secretaría, órgano administrativo permanente de la Corte, encabezada por el Secretario. (Naciones Unidas 2012).

¹³⁸ Estas son las dos funciones o misiones que tiene la Corte Internacional de Justicia. Capítulos II y IV de su Estatuto.

la misma ONU, al referir que; *en la actualidad no existe ningún tribunal internacional de derechos humanos per se*¹³⁹ y la propia Corte quien lo ha hecho de manera expresa¹⁴⁰. Y es que ésta, nunca fue establecida con la intención de funcionar como tal¹⁴¹, sino más bien, de decidir conforme al derecho internacional, sobre las controversias que le sean sometidas¹⁴², para lo cual, aplica las fuentes del derecho internacional ya estudiadas.

Esto no significa sin embargo, que no pueda pronunciarse acerca de controversias (función contenciosa) sobre DD.HH. Como bien lo señala Gross, si bien la Corte no tiene competencia propia y determinante para la protección internacional de los derechos humanos, por vía de su competencia o de las opiniones consultivas, puede llegar a decidir casos o a emitir pareceres en que la cuestión de los derechos humanos debe ser encarada. Así, si la función de la Corte es dirimir las controversias surgidas entre los Estados, es evidente que algunas de dichas controversias pueden versar sobre la violación de las obligaciones que tienen los Estados en cuanto a los derechos humanos que resulten de las convenciones internacionales, la costumbre o los principios generales del derecho¹⁴³.

¹³⁹Esto refiriéndose a un tribunal mundial y diferenciándolo de un tribunal regional de derechos humanos, a quien si hace referencia (Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Cfr. (ACNUDH y Unión Interparlamentaria 2016, 39).

¹⁴⁰ (CIJ, 1970, Reports, Barcelona Traction, párrafo 91).

¹⁴¹De hecho desde 1946 hasta antes de los años 50, el tema de los DD.HH. fue prácticamente ignorado. En las décadas siguientes, apenas si se notó una contribución sobre la promoción y protección de los derechos humanos.

¹⁴²Artículo 38.1 del Estatuto de la Corte.

¹⁴³ Cfr. (Gross Espiell, La Corte Internacional de Justicia y Los Derechos Humanos s.f., 1).

Ello a raíz de lo que establece su propio Estatuto en su artículo 36, respecto a la jurisdicción de la Corte en todas las controversias de orden jurídico que versan, entre otros, sobre la interpretación de un tratado; cualquier cuestión de derecho internacional y la existencia de todo hecho que constituya violación de una obligación internacional.

En lo que respecta a su función consultiva, el artículo 65 de su Estatuto, establece que la Corte puede “emitir opiniones consultivas respecto de cualquier cuestión jurídica”, lo que da carta abierta para que puedan ser planteadas cuestiones jurídicas sobre derechos humanos.

Entonces, si esto es así, ¿por qué es una situación especial el de la Corte - y aún algo controvertida y limitante-, respecto a las cuestiones relativas al DIDH? Dos cuestiones sustentan ello; la primera, es el no acceso ni la legitimación procesal de individuos, grupos de personas u ONG's ante la Corte, para presentar denuncias de violaciones de derechos humanos, -recordemos que las controversias sólo pueden ser planteadas por los Estados¹⁴⁴- y,

¹⁴⁴ Para que la Corte pueda conocer de las controversias, los Estados implicados deben haber aceptado su competencia de alguna de las siguientes maneras:

- En virtud de un acuerdo especial -“compromiso”- concluido entre los Estados con el propósito de someter su controversia a la Corte.
- En virtud de una cláusula jurisdiccional (contenida en un tratado en el cual se reconoce cualquier controversia acerca de la interpretación o aplicación del mismo, y del cual los Estados deben ser Estado parte)
- En virtud del efecto recíproco de declaraciones hechas de acuerdo a los términos del Estatuto.
- En caso un Estado que no reconoce la competencia de la Corte en el momento en que otro Estado presenta una demanda contra él, tiene la posibilidad de aceptarla posteriormente -permitiendo así la competencia de la Corte — mediante la llamada regla del “fórum prorogatum” (Corte Internacional de Justicia 2019, 3).

que las opiniones consultivas sólo son solicitadas por los órganos u organismos especializados de la ONU¹⁴⁵; y, la segunda, es la no competencia específica de la Corte sobre la protección internacional de DD.HH., ya que su competencia es generalizada, y por su amplia jurisdicción puede examinar sólo controversias derivadas del incumplimiento de obligaciones por parte de los Estados, las cuales se registrarán según al derecho internacional general.

Pese a esto, la Corte; en consideración a lo mencionado en su Estatuto; los principales propósitos de la ONU comprendidos en los artículos 1.3, 55 y 56 de la Carta de la ONU¹⁴⁶ y, al desarrollo del DIDH; ha adoptado con una mayor disposición, decisiones en las que enfatiza y se pronuncia sobre los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, en controversias y opiniones consultivas que se le son sometidas.

Esta postura de la Corte, se ha dado recién a partir de estos últimos años, pues si bien desde su creación¹⁴⁷, se pronunció sobre algunos aspectos de derechos humanos¹⁴⁸, no es sino hasta el 2004¹⁴⁹, con

¹⁴⁵ Asamblea General, Consejo de Seguridad y organismos de temas de su competencia.

¹⁴⁶ La Carta obliga a los Estados a tomar medidas conjuntas y separadas en cooperación con la organización para promover los DD.HH. (Los artículos han sido referidos anteriormente).

¹⁴⁷ Desde su creación hasta antes de 2004, la contribución de la Corte ha sido muy escasa, en sus primeros años de funcionamiento, la Corte ignoró casi por completo el tema de la promoción y protección de DD.HH. Su reticencia se debió, entre otros factores, a la época de su creación, en el que el derecho internacional clásico imperaba y el respeto a la soberanía de los Estados y al principio de no intervención era casi absoluto, - con la sola excepción de las obligaciones derivadas de los tratados, la cual ameritaba su pronunciamiento-. Cfr. (The Hague Institute for Global Justice 2016).

¹⁴⁸ Caso de Barcelona Traction en 1970 (Bélgica contra España), Caso Namibia 1971

¹⁴⁹ Esto se demuestra con el fallo de 1966, sobre el caso del África Sudoccidental en el que no se pronunció sobre el abuso sistemático de los DD.HH. patrocinado por la política de apartheid de Sudáfrica; el caso de Nicaragua de 1986, en el que si bien dictaminó que EE.UU. había cometido violaciones respecto al

la adopción de la Opinión Consultiva del 9 de julio de ese año, que la Corte tuvo una posición más activa sobre los DD.HH. En dicha opinión que versaba sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro por el ejército de Israel en territorio palestino, la Corte determinó que Israel violó disposiciones del Convenio de Ginebra, el PIDCP, el PIDESC y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. A esto le siguió, el caso Ahmedou Sadio Diallo de 2009, en el que la Corte recurrió a la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU para determinar violaciones del PIDCP, de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. De igual forma en el caso de Bélgica contra Senegal, en el que determinó que este último, había incumplido sus obligaciones en virtud de la Convención de la ONU sobre la Tortura al no garantizar el procesamiento de Hisséne Habré, ex presidente de Chad, presuntamente responsable de perpetrar violaciones graves de los derechos humanos de decenas de miles personas¹⁵⁰.

Este análisis era necesario, para enfatizar la enorme importancia de la Corte y las aún falencias desde el punto de vista estrictamente de la protección de derechos humanos que se tiene en la actualidad.

derecho humanitario, lo cierto es que ignoró las implicaciones más amplias sobre DD.HH. De la misma forma en el caso Timor Oriental de 1995, se negó a reconocer la capacidad legal de Portugal para reclamar sobre la violación de obligaciones erga omnes a Austria, en favor de Timor Oriental, porque no estuvo directamente involucrado en el asunto. En 1996 rechazó el argumento de que las armas nucleares violaban el derecho a la vida garantizado por el PIDCP, entre otros casos. Cfr. (The Hague Institute for Global Justice 2016).

¹⁵⁰ Cfr. (The Hague Institute for Global Justice 2016).

2.2.3.3. Sistema Americano:

El Sistema Interamericano de Protección de DD.HH. es un sistema regional integrado por el conjunto de normas jurídicas regionales, organismos y mecanismos de protección que se desarrollan bajo el marco de la OEA¹⁵¹, destinado a promover y proteger los DD.HH. en América. La Carta de fundación de esta organización regional, la DADH, así como la CADH y demás tratados regionales de derechos humanos, sustentan este sistema.

A. Órganos Principales:

Los órganos principales de este sistema regional, son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes son los encargados de la promoción, defensa y protección de los DD.HH., sin embargo, no son los únicos, ayudan a su labor, otros órganos como la Asamblea General, el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, el Consejo Jurídico Interamericano, y los Institutos Interamericanos Indigenista y del Niño.

a. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)¹⁵²:

Es un órgano principal y autónomo de la OEA integrada por 7

¹⁵¹ La Organización de los Estados Americanos, es un organismo internacional regional de la ONU.

¹⁵² Creada por la OEA en 1959. Reunida por primera vez en 1960, y a partir de 1961, realiza visitas in loco. Desde 1965 es autorizada a recibir y procesar denuncias individuales en los que se alegan violaciones de DD.HH.

miembros independientes¹⁵³, cuya función principal es promover la observancia y la defensa de los derechos humanos en América¹⁵⁴. En cumplimiento a sus mandatos, recibe, analiza e investiga las denuncias individuales¹⁵⁵ de violaciones de DD.HH. cometidas por algún Estado miembro, haya ratificado o no la CADH, así como las denuncias interestatales¹⁵⁶ presentadas por los Estados parte de la CADH. Asimismo, monitorea la situación de los DD.HH. en los Estados y publica sus observaciones en informes especiales, además realiza visitas in loco y trabaja líneas de acción temáticas prioritarias. Formula recomendaciones a los Estados miembros, para que adopten medidas progresivas en favor de los DD.HH. y, somete casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en determinadas circunstancias.

Una Secretaría Ejecutiva permanente le brinda apoyo profesional, técnico y administrativo. De igual forma las Relatorías, coadyuvan a su labor en dar atención a grupos de especial vulnerabilidad.

b. Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹⁵⁷:

¹⁵³ Expertos en derechos humanos, que realizan sus funciones en forma independiente y personal, y no representan al Estado al que pertenecen.

¹⁵⁴ Artículo 106 de la Carta de la OEA.

¹⁵⁵ Las peticiones individuales que examina la Comisión pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u ONG'S legalmente reconocidas, que alegan violaciones de los derechos humanos garantizados en la DADH, la CADH y otros tratados interamericanos de DD.HH. Art. 44 de la CADH y art. 23 del Reglamento de la CIDH.

¹⁵⁶ Comunicaciones interestatales. Art. 45 de la CADH y art. 50 del Reglamento de la CIDH.

¹⁵⁷ Creado por la CADH. El 22 de mayo de 1979, se elige a los jueces integrantes, y el 29 y 30 de junio de 1979 celebra su primera reunión en la sede de la OEA en Washington. En 1980 se aprueba su Estatuto y Reglamento. En 2009 entra en vigor el nuevo Reglamento de la Corte.

Es un órgano judicial autónomo de la OEA, integrado por 7 jueces elegidos a título personal, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la CADH y otros tratados e instrumentos de DD.HH. pertenecientes al presente Sistema.

Ejerce función jurisdiccional y consultiva. La primera cuando un caso es sometido por un Estado miembro o por la CIDH contra otro Estado miembro, por violaciones de DD.HH., ya sea derechos consagrados en la CADH (para lo cual el Estado atribuido de responsabilidad ha ratificado la misma y ha reconocido la competencia de la Corte), o los consagrados en DADH (para lo cual el Estado atribuido de responsabilidad, a pesar de no haber ratificado la CADH, reconoce expresamente la competencia de la Corte para el caso específico). La segunda, cuando los Estados miembros, la CIDH u otros órganos de la OEA consultan acerca de la interpretación de la CADH u otros tratados de DD.HH., incluyendo aquellos pertenecientes al Sistema Universal (Pactos).

Así también, cuando un Estado miembro lo solicite, puede emitir opiniones acerca de la compatibilidad entre sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.¹⁵⁸

B. Principales Instrumentos:

- Carta de la OEA¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Artículo 64 de la CADH.

¹⁵⁹ Carta Fundacional de la OEA, aprobada en 1948, reformada por el Protocolo de Buenos Aires el 27 de febrero de 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias el 5 de diciembre de 1985, por el Protocolo de Washington el 14 de diciembre de 1992 y por el Protocolo de Managua el 10 de junio de 1993.

- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de DESC “Protocolo de San Salvador”.
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.
- Convenciones Americanas: para Prevenir y Sancionar la Tortura; sobre la Desaparición Forzada de Personas; para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Desde una perspectiva normativa, este Sistema está integrado por dos subsistemas, el subsistema general y el subsistema específico¹⁶⁰. Veamos cada uno de ellos:

C. Subsistema General:

Emanado de la Carta de la OEA y la DADH, comprende las competencias que en el ámbito de los derechos humanos, posee la Organización de Estados Americanos respecto de todos los Estados miembros. Tiene como órgano de supervisión y control a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el cual a través

¹⁶⁰ Aunque en ambos casos encontramos la presencia -como órgano común- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y aunque en varios aspectos sus procedimientos son coincidentes, estos dos procedimientos han sido claramente diferenciados por el propio Reglamento de la Comisión. Esta diferencia no solo se basa en la aplicación de diferentes normas pilares, sino en su naturaleza, pues mientras que el subsistema general es de naturaleza cuasijurisdiccional el subsistema específico es jurisdiccional.

Cfr. (Faúndez Ledesma 2004, 28). Ref. Título II, capítulos II y III del Reglamento de la Comisión.

de procedimientos cuasi-jurisdiccionales, políticos y diplomáticos, busca la promoción y protección de DD.HH. respecto a Estados que son miembros pero que no han ratificado la CADH.

Es importante señalar que en este subsistema, la Comisión sólo tramita¹⁶¹ las denuncias individuales de violaciones de DD.HH., bajo el marco normativo de la DADH y la Carta de la OEA, es decir, aquellas peticiones sobre derechos reconocidos en la DADH y bajo la tutela de la Carta.

El Reglamento de la Comisión, prevé para este tipo de casos, que ante la determinación de existencia de violaciones de DD.HH., la CIDH, emitirá un primer informe denominado “Informe Preliminar” mediante el cual establecerá responsabilidad internacional del Estado en cuestión, le formulará proposiciones y recomendaciones, y le otorgará un plazo determinado, para que informe sobre las medidas adoptadas para su cumplimiento. De no haberse solucionado el conflicto, luego de tres meses de notificado

¹⁶¹ El Sistema de Petición Individual, es el procedimiento que sigue la Comisión para tramitar denuncias individuales que aleguen violaciones de DD.HH. Las peticiones tienen una revisión inicial a cargo de la Secretaría Ejecutiva, consistente en una tramitación inicial de recepción y estudio, una verificación de los requisitos de admisibilidad y de plazo (6 meses). Luego, en el procedimiento de admisibilidad, se corre traslado al Estado en cuestión, quien debe absolver en el plazo de 3 meses. En caso de gravedad o urgencia, o ante peligro real e inminente de la vida o integridad de una persona, la CIDH solicita su más pronta respuesta. Las partes pueden presentar observaciones adicionales, y las consideraciones y cuestionamientos sobre dicha admisibilidad, antes del pronunciamiento de la misma. Una vez consideradas las posiciones de las partes, la CIDH se pronuncia sobre la admisibilidad o no de dichas peticiones, en un informe público que se incluye en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA. En casos excepcionales, puede diferirse el tratamiento de la admisibilidad hasta el debate y decisión sobre el fondo. Con la adopción de dicho informe, se registra el caso y se inicia el procedimiento sobre el fondo. Las partes tienen 4 meses para presentar sus observaciones adicionales a su turno, salvo el caso de gravedad descrito antes, en la cual la CIDH fijará un plazo razonable, pudiendo realizar además visitas *in loco*, según lo amerite la situación. Establecerá de igual manera un plazo para que las partes se pronuncien si desean iniciar el procedimiento de solución amistosa. De no darse ésta ni haber archivo o desistimiento, se procederá a la decisión sobre el fondo, emitiéndose un “informe sobre el fondo” (en el que puede establecer que no hubo violación de DD.HH. o puede emitirse un el informe preliminar, en caso si lo haya habido). Reglamento de la CIDH, Título II, Capítulos II y III.

el Estado en cuestión, la CIDH emitirá un “Informe Definitivo” que contenga su opinión y, sus conclusiones finales y recomendaciones. Luego evaluará su cumplimiento, y con la información que se tenga, publicará dicho informe y lo incluirá en el Informe Anual a la Asamblea General.

Una vez publicado, podrá adoptar medidas de seguimiento, solicitar información a las partes, celebrar audiencias e informar sobre los avances en el cumplimiento de dichos acuerdos y recomendaciones, o en caso contrario, informar a la Asamblea sobre la renuencia del Estado.

D. Subsistema Específico o Jurisdiccional:

Emanado de la Convención Americana de Derechos Humanos, este subsistema es de naturaleza jurisdiccional, y está constituido por las instituciones, proceso y procedimientos previstos en ésta, los Protocolos y demás instrumentos conexos a ella. Tiene como órganos encargados de la protección de derechos humanos, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, éste último con fuerza vinculante en sus decisiones (sentencias).

Cabe mencionar que el proceso y procedimiento previstos en éste subsistema sólo es aplicable a los Estados partes que han ratificado la Convención y los tratados que la complementan.

Así, de acuerdo al Reglamento de la Comisión y de la propia Corte,

las denuncias individuales¹⁶² así como las denuncias interestatales¹⁶³ que aleguen violaciones de derechos humanos, si bien en un inicio siguen el mismo procedimiento previsto para los casos del subsistema general¹⁶⁴, difiere el procedimiento radicalmente luego de notificado el Informe Preliminar, pues la Comisión brinda la oportunidad al peticionario para que presente su posición respecto a someter el caso ante la Corte IDH. Para ello es necesario además que el Estado en cuestión haya reconocido previamente la jurisdicción contenciosa de la Corte¹⁶⁵.

Así, la CIDH luego de evaluar la posición del peticionario, y considerar el no cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe Preliminar por el Estado en cuestión, someterá el caso a la Corte, salvo decisión en contrario¹⁶⁶.

El sometimiento convierte al procedimiento en un proceso de carácter jurisdiccional o contencioso, el cual consta de tres etapas:

1) la escrita, la cual se inicia con la interposición de la demanda¹⁶⁷

¹⁶² Para las denuncias individuales no es necesario que el Estado aludido haya reconocido expresamente la competencia de la Comisión, pues con la sola ratificación de la CADH acepta dicha competencia, pero si será necesario lo referido en la nota de pie 165.

¹⁶³ Respecto a las comunicaciones interestatales, si bien la CADH en su art. 45 exige que sólo sean admitidas en condiciones de reciprocidad, es decir, que tanto el Estado afectado como el Estado en cuestión hayan reconocido la competencia de la CIDH; el Reglamento de la CIDH en su art. 50, hace referencia en cuanto al Estado en cuestión, que todos los Estados partes de la CADH son susceptibles de ser denunciados, hayan o no reconocido tal competencia, en cuyo caso la CIDH les brindará la oportunidad para reconocer dicha competencia para el caso específico.

¹⁶⁴ Véase nota de pie 159.

¹⁶⁵ Art. 62 de la CADH y art. 45 del Reglamento de la CIDH. De no haber declaración de reconocimiento previo, puede inclusive reconocer la competencia de la Corte para el caso específico.

¹⁶⁶ Decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

¹⁶⁷ En caso de la CIDH, el sometimiento al caso será con la presentación del Informe Preliminar, la cual deberá señalar los nombres de los delegados, los datos de las víctimas, los motivos de sometimiento del caso, las pruebas, etc. En caso de un Estado, la demanda debe cumplir con todos los requisitos formales y materiales, debiéndose señalar, los datos del funcionario del Estado en cuestión, los datos de las

ya sea por la Comisión o un Estado parte¹⁶⁸ -en caso de comunicaciones interestatales-; la notificación del caso; la presentación del escrito de solicitudes, argumentos y pruebas de la presunta víctima; la contestación¹⁶⁹; las excepciones preliminares¹⁷⁰, y la resolución de éstos¹⁷¹; 2) la etapa oral, la cual consta de audiencias orales y públicas, en las que participan activamente las partes (la CIDH como parte actora, el peticionario -afectados y abogados¹⁷²- y, el Estado demandado), así como los testigos y peritos, quienes adecuan su accionar procesal dentro de un sistema adversarial o contradictorio, en el que prima, el principio de oralidad e inmediatez. En la audiencia de fondo, una vez realizado los argumentos de las partes, las declaraciones de los testigos y peritos, los jueces interrogan a las partes para las aclaraciones pertinentes, y concluyen la audiencia con los alegatos orales y las conclusiones finales de los justiciables y observaciones finales de la CIDH; y 3) etapa final escrita; las víctimas, Estados demandante y demandado presentaran alegatos finales escritos, la

víctimas, los motivos para someter el caso ante la Corte, los hechos, los fundamentos o razonamientos y las pruebas que acrediten las pretensiones.

¹⁶⁸ Legitimación activa prevista en el art. 61 de la CADH.

¹⁶⁹ Debe presentarse por escrito, y dentro del plazo de 2 meses después de la notificación. Debe contener los hechos, los fundamentos o razonamientos y las pruebas en que funda su defensa. Además debe considerar las pretensiones que presentan de manera independiente las víctimas y los fundamentos y pruebas de éstos.

¹⁷⁰ Cuestiones preliminares relativas a defectos o vicios de carácter formal o los relativos a los presupuestos procesales que deben resolverse antes de continuar con el proceso, y que pueden producir el sobreseimiento en caso de estimarse.

¹⁷¹ Las excepciones dilatorias (formal) se resuelven de inmediato y las excepciones perentorias (procesal), se deciden de inmediato o pueden acumularse al fondo. De ser necesario, se convocará a una audiencia para escuchar a las partes y resolver las mismas.

¹⁷² Actualmente cuentan con legitimación activa para participar en el proceso, lo que significa, que pueden presentar sus defensas con autonomía de la Comisión, quien sigue siendo la parte principal activa.

CIDH podrá presentar observaciones finales escritas.

En la consecución del proceso, puede darse el desistimiento, reconocimiento y allanamiento o incluso una solución amistosa, sin embargo la Corte puede decidir que prosiga el examen del caso tomando en cuenta su responsabilidad de proteger DD.HH.

Finalmente, la Corte delibera en privado y aprueba la sentencia el cual tiene carácter inapelable¹⁷³ y es ampliamente difundida e imperativa para el Estado al cual se le atribuye responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos, debiendo éste cumplir con las reparaciones, el cual implica tanto la restitución de la situación¹⁷⁴, así como, el pago de una indemnización por los daños causados a las víctimas.

Cabe resaltar que ante casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando sea necesario, la Corte en cualquier etapa del proceso puede adoptar medidas precautorias o cautelares para evitar daños irreparables a las víctimas, ya sea a solicitud de la CIDH o de oficio, gracias a las amplias facultades¹⁷⁵ que le otorga la CADH y su Reglamento.

En conclusión, podemos referir que dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, existen dos mecanismos para la promoción y protección de DD.HH, estos son la CIDH y la Corte IDH, a las cuales

¹⁷³ Los Jueces se reúnen en privado, para deliberar sobre el fallo de fondo. Se realiza una ponencia redactada por uno o más jueces, que es sometida al pleno y después de amplios debates, se aprueba por mayoría o por unanimidad el fallo definitivo.

¹⁷⁴ Implica el restablecimiento de los derechos infringidos y cuando lo amerite la modificación de las políticas de gobierno o normas internas.

¹⁷⁵ Estas facultades que le otorga la legislación, también son de instrucción procesal y de valoración de las pruebas, tanto para actuar a petición de parte como de oficio.

pueden dirigirse cualquier ciudadano cuando considere que uno de sus derechos ha sido violado o la jurisdicción no lo ha acogido (Calderón Sumarriva 2012, 74). De igual forma harán los Estados parte de la CADH. El Sistema Americano como es lógico, sólo se dará en el marco de Estados que pertenecen a la OEA.

2.2.3.4. Sistema Europeo¹⁷⁶:

El Sistema Europeo de Protección de DD.HH. es un sistema regional integrado por el conjunto de principios, normas jurídicas regionales, organismos y mecanismos de protección que se desarrollan bajo la competencia principal del Consejo de Europa¹⁷⁷. Aunque no es la única organización en Europa que vela, en la actualidad, por los derechos humanos, la Unión Europea por su parte ha desplegado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa –OSCE, fomenta el respeto de los mismos como parte del concepto de seguridad integral en la región. Cabe resaltar, sin embargo, que éstos dos últimos, se desarrollan dentro de un marco de integración económica, social y *actualmente política*, es decir, como parte del derecho comunitario, no desarrollándose sus organismos estrictamente en el derecho internacional¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Fue el primer sistema regional en fundarse y sirvió de modelo para los otros dos sistemas regionales.

¹⁷⁷ Organización internacional regional, creada por el Tratado de Londres el 5 de mayo de 1949. Es la principal organización política de Europa, dedicada a la defensa de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Tiene 47 Estados miembros, 28 de los cuales son miembros de la Unión Europea. Todos los Estados miembros, han suscrito y ratificado el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁸ Estos no serán materia de esta tesis, por ser de carácter comunitario, siendo el ámbito de estudio de la presente, estrictamente de derecho internacional. Para este sustento, citamos a Fix-Zamudio: “Las normas que aplican dichos organismos jurisdiccionales no son las del derecho internacional, sino las de

Lo cual en realidad no entra en conflicto con el sistema (como un todo regional, incluso forman parte de ella¹⁷⁹), pues éste está destinado a la defensa y protección los DD.HH. en Europa. Sin embargo, basándonos en el marco estrictamente del DIDH, dicha protección traducida en el Sistema Regional Europeo, está dirigida por excelencia por el Consejo de Europa, organismo político y emblemático creado exclusivamente para dicho fin, y sustentado en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea y otros tratados regionales de derechos humanos.

A. Órganos Principales:

Aunque el Convenio mencionado, creó inicialmente tres organismos, dos esenciales (la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁸⁰ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y un organismo político (el Comité de Ministros del Consejo de Europa), actualmente, sólo el Tribunal y el Comité son los dos órganos de este sistema que velan por el cumplimiento del Convenio, el cual consagra esencialmente derechos civiles y

integración que se encuentran en un grado intermedio entre las normas nacionales y las normas del derecho internacional (...) La Comunidad Europea ha intensificado su integración y se han hecho varios proyectos de una Constitución Comunitaria, la que ha sufrido algunos tropiezos, pero no se ha abandonado esta idea, asimismo dichos tribunales de la Unión Europea han creado una jurisprudencia sobre derechos humanos que se han planteado en los conflictos comunitarios y por ello la Comunidad ha aprobado en la ciudad de Niza, Francia, La Carta Europea de los Derechos Humanos, cuyos principios deben seguir los jueces comunitarios (...)" (págs. 35,36).

Cfr. para mayor información: (Fix-Zamudio 2008).

¹⁷⁹ Los tres organismos, desarrollan su accionar bajo la misma ideología de respeto, promoción y en cada caso, protección de los derechos humanos, lo que compatibiliza sus labores con relación al sistema internacional de derechos humanos (Sistema Universal).

¹⁸⁰ La Comisión fue suprimida como tal y concluyó sus actividades en 1990.

políticos.

Así también, en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales garantizados por la Carta Social Europea, se prevé como órgano principal de vigilancia al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

a. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁸¹:

El Tribunal como órgano judicial encargado de velar por el respeto y la protección de los derechos civiles y políticos consagrados en el Convenio Europeo, conoce, tramita y resuelve las demandas interestatales¹⁸² e individuales¹⁸³ que aleguen violaciones de tales derechos por parte de los Estados miembros. Sus sentencias son obligatorias para los Estados concernidos, y han conllevado muchas veces a la modificación de sus legislaciones y sus prácticas administrativas para el efectivo cumplimiento de dichos derechos. Asimismo, puede adoptar medidas provisionales con carácter vinculante para los Estados, con el fin de asegurar la efectividad de sus sentencias en casos de urgente tutela y revisión de daños irreparables.

Cuenta con una Secretaría que le brinda apoyo jurídico y

¹⁸¹ También conocido como Tribunal de Estrasburgo o Corte Europea de Derechos Humanos. Constituido en 1959, con sede en Estrasburgo. Es un Tribunal permanente, integrado en la actualidad por 47 jueces. Estos jueces son propuestos por los Estados y son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, quienes ejercen sus funciones a título personal. De ahí que el número de jueces siempre es igual al número de Estados miembros.

¹⁸² Denuncia de uno o varios Estados miembros contra otro por incumplimiento del Convenio. (art.33 del CEDH).

¹⁸³ Denuncia interpuesta por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se consideren víctimas de violaciones de los derechos protegidos por el Convenio. (art.34 del CEDH)

administrativo, en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Cabe resaltar, que las diferencias de este Tribunal, son notorias en cuanto a su par Americana, no sólo por las funciones adicionales y las características del proceso en sí -lo que analizaremos más adelante-, sino por su estructura, ya que al ser más amplia la cantidad de jueces integrantes (47 jueces), hace posible su composición en juez único, Comités de 3 jueces, Salas¹⁸⁴ de 7 jueces y la Gran Sala compuesto por 17 jueces, la que sólo actúa en casos de reenvío o inhibición. Asimismo su carácter permanente (trabajo a tiempo completo de jueces) y sólido presupuesto financiero, lo diferencian de la Corte IDH.

Además de esta función contenciosa, también cumple una función consultiva, relativa a todos los asuntos de interpretación y aplicación del Convenio, que le sean sometidos, ya sea por el Comité de Ministros (Convenio) o por los Altos Órganos Judiciales de los Estados con ocasión de litigios planteados ante éstos (Protocolo 16).

b. Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁸⁵:

El Comité como órgano político o ejecutivo, asegura la efectividad del Convenio, pues es el encomendado de velar por el cumplimiento y la ejecución de las sentencias del TEDH. Esto constituye un elemento decisivo, fundamental e importantísimo,

¹⁸⁴ Las Salas además constituyen Secciones dentro del TEDH. El Tribunal tiene 5 Secciones.

¹⁸⁵ Órgano integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de todos los Estados miembros, o sus representantes diplomáticos, con sede en Estrasburgo. Es el órgano competente para actuar a nombre del Consejo de Europa.

ya que al establecerse un mecanismo que asegure su ejecución, las sentencias dejan de ser meramente declarativas. Así, la ejecución si bien corresponde a los Estados, no se producirá según la voluntad de éstos, sino sometida a la supervisión y el control del Comité.¹⁸⁶

Asimismo, también emite resoluciones conteniendo recomendaciones y otorgando fuerza vinculante a las decisiones del CEDS.

c. Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)¹⁸⁷:

Este órgano responsable de supervisar el cumplimiento de los Estados partes, de la Carta Social Europea, ejerce un mecanismo de control cuasijurisdiccional, “basado en la presentación de informes nacionales por parte de los Estados (Protocolo de 1991), así como un sistema de denuncias colectivas (Protocolo de 1995) que permite, entre otras cosas, que los sindicatos y organizaciones no gubernamentales, presenten reclamos colectivos” (Council of Europe s.f.).

Los órganos mencionados, reciben apoyo además de órganos que coadyuvan a sus labores, tales como el Secretario General del Consejo de Europa, quien actúa como órgano auxiliar y mecanismo de control del CEDH¹⁸⁸, además de recepcionar reclamaciones en

¹⁸⁶ Cfr. (Lopez Guerra 2013, 167).

¹⁸⁷ Órgano de control de la Carta Social Europea, conformado por 15 miembros independientes e imparciales elegidos hasta la fecha por el Comité de Ministros del Consejo de Europa por un período de seis años, renovable una vez. Esto contrario a lo dispuesto por la Carta, la cual establece que la Asamblea Parlamentaria deberá elegir a los miembros del CEDS.

¹⁸⁸ A requerimiento del Secretario todo Estado debe remitir informes sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva del Convenio (art. 52 del CEDH).

el marco de la CSE; la Asamblea Parlamentaria; el Comisario de Derechos Humanos, quien se encarga de una labor de promoción y sensibilización de DD.HH, además de identificar posibles violaciones de esos derechos a través de un trabajo independiente; el Comité gubernamental, así como Comités Consultivos especializados de Convenios Específicos.

B. Principales Instrumentos:

- Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH).
- Carta Social Europea.
- Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias¹⁸⁹.
- Convención para la Acción contra la Trata de Seres Humanos¹⁹⁰.
- Carta del Consejo de Europa para la ciudadanía democrática y la Educación en los Derechos Humanos¹⁹¹.

Otros relativos a derechos de última generación, tales como:

- Convención sobre Protección de Datos Personales¹⁹² y su Protocolo Adicional¹⁹³.
- Convención Marco para la Protección de las Minorías

¹⁸⁹ Acuerdo ratificado en Estrasburgo, el 5 de noviembre de 1992.

¹⁹⁰ Abierto a firma en Varsovia el 16 de mayo de 2005 y vigente desde el 1 de febrero de 2008.

¹⁹¹ Recomendación CM/Rec (2010) adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 11 de mayo de 2010.

¹⁹² Convenio N° 108 del Consejo de Europa, adoptado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981.

¹⁹³ Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, a las Autoridades de Control y a los Flujos Transfronterizos de Datos, adoptado en Estrasburgo, el 8 de noviembre de 2001.

Nacionales¹⁹⁴.

- Convención sobre Derechos Humanos y Biomedicina¹⁹⁵.

Para desarrollar este Sistema, lo he dividido con fines académicos y operativos, en los siguientes subsistemas:

C. Subsistema Jurisdiccional o Contencioso¹⁹⁶:

Derivado del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es un subsistema de control, vigilancia y protección jurisdiccional de derechos civiles y políticos en toda Europa. Está constituido por los órganos de control, y los mecanismos de protección, previstos en el Convenio, así como por los Protocolos adicionales a ella. Tales órganos encargados de velar por el cumplimiento de dicho Convenio, son el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Este subsistema, es el corazón del Sistema Europeo, pues no sólo lo dota de elementos básicos¹⁹⁷, sino que además es aplicable a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, ya que todos éstos, han suscrito y ratificado dicho Convenio¹⁹⁸.

Cabe resaltar además, su carácter jurisdiccional y con ello, la fuerza vinculante que posee, pues el Convenio obliga a los Estados a

¹⁹⁴ Resolución N° 157 del Consejo de Europa. Estrasburgo, 1 de febrero de 1995.

¹⁹⁵ El Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997 y en vigor desde el 1 de diciembre de 1999.

¹⁹⁶ Lo he denominado así, debido a las notas características que presenta.

¹⁹⁷ La garantía de la defensa de derechos humanos por iniciativa de sujetos individuales, la protección de personas sujetas a la jurisdicción de los Estados, así no sean nacionales, un sistema de control, etc.

¹⁹⁸ La ratificación del Convenio es obligatoria para todo Estado que quiera ser miembro del Consejo de Europa.

acatar las sentencias definitivas del TEDH (art. 46.1), siendo evidente así, que la protección de los derechos civiles y políticos, es eminentemente jurisdiccional pues además, las demandas interestatales e individuales se interponen directamente ante el TEDH, y no siguen como antes, una etapa previa (cuasijurisdiccional).

Respecto a esto, es preciso señalar, que la Comisión Europea de Derechos Humanos, antes de ser suprimida, actuaba en forma similar a la CIDH, ejerciendo una especie de filtro sobre la admisibilidad de las demandas, emitiendo recomendaciones y buscando soluciones amistosas (procedimiento cuasijurisdiccional)¹⁹⁹, para luego en caso de fracaso de estas dos últimas, pasar recién a un procedimiento jurisdiccional.

Esta situación cambió con el Protocolo 11²⁰⁰, que dispuso la fusión de la Comisión y el Tribunal, con la desaparición de la primera y sustitución de ambos por el segundo (integración de los funcionarios a este último), creando así un nuevo Tribunal permanente. Ello, bajo el argumento de reconocer la legitimación activa directa de las víctimas de violaciones de derechos humanos,

¹⁹⁹ Recibía y evaluaba la admisibilidad de las reclamaciones individuales de violaciones de derechos humanos, las tramitaba, y solo en el caso de no lograrse una solución amistosa luego de haber formulado recomendaciones al Estado responsable, presentaba la demanda ante el TEDH respecto de las recomendaciones más importantes, las demás, se encargaba de negociarlas el Comité de Ministros. Además, tenía facultades de recibir pruebas adelantadas en forma contradictoria y oral, aceptadas por el Tribunal, de manera que parte importante de la instrucción, la realizaba la Comisión.

²⁰⁰ Entró en vigor el 1 de noviembre de 1998. Preámbulo: “*Considerando que procede modificar, en consecuencia, ciertas disposiciones del Convenio con objeto, en especial, de sustituir la Comisión y el Tribunal europeos de Derechos Humanos actuales por un nuevo Tribunal permanente*”.

lo cual concede como dijimos, el acceso directo al TEDH y legitimación procesal de intervención²⁰¹ en todas las fases del proceso, brindando así una mayor agilidad a éste.

Ello causó sin embargo, una cuantiosa cantidad de nuevas demandas y un rezago impresionante²⁰², que rebasó al Tribunal, situación que conllevó al Consejo de Europa a adoptar nuevas medidas con el Protocolo 14²⁰³, el cual añadió un requisito más riguroso de inadmisibilidad (pese a que ya lo habían²⁰⁴), una ampliación al tiempo de mandato de los jueces (9 años, no renovable), la posibilidad de menor número de miembros de las Salas²⁰⁵ y la atribución de calificar la admisibilidad de la demanda o rechazarla al juez único. Así también, se impulsó con mayor fuerza las llamadas sentencias piloto²⁰⁶.

²⁰¹ Con anterioridad, los individuos sólo tenían esta legitimación en el plazo de tres meses desde que la Comisión emitía el informe sobre el fondo del asunto. Asimismo, otras de las razones fue que la Comisión se pronunciaba sobre la inadmisibilidad de las demandas en cerca de un 90%, lo que causaba que el TEDH se pronunciaba sobre el fondo en muy pocas ocasiones, pese a esto comenzó a tener un atraso importante, pues recordemos que su carácter no era permanente. Por otro lado, habían cuestionamientos de que personas que no fuesen jueces resolvieran asuntos de tanta relevancia como la admisibilidad de las demandas planteadas ante la Comisión.

²⁰² En 2011, el número de reclamaciones era de 64,900 al año y un rezago de 151, 600 casos. Estadística del TEDH.

²⁰³ Entró en vigor el 1 de junio de 2010.

²⁰⁴ 1) El anonimato de la víctima; 2) La demanda haya sido examinada previamente ante otra instancia internacional; 3) La demanda sea incompatible con las disposiciones aplicables o manifiestamente infundada o abusiva, 4) El no agotamiento de los recursos internos efectivos y no ilusorios, (criterio sujeto a ciertas excepciones), 5) Se exceda del plazo de seis meses desde la fecha de notificación de la resolución interna definitiva; 6) La legitimación activa directa sólo a la víctima de la violación (en sentido restringido y excluyendo a entidades infraestatales.

²⁰⁵ Reducción de 7 miembros a 5, por un periodo determinado, a fin de aumentar la productividad.

²⁰⁶ En los supuestos de acumulación ante el Tribunal de un gran número de asuntos, que revelan la existencia de una deficiencia estructural y permanente en el ordenamiento jurídico del país en cuestión, deficiencia que el TEDH estima que está en el origen de la presentación de numerosas demandas, el TEDH ha preferido, en lugar de proceder a resolver éstas una por una, adoptar una técnica que pretende una resolución global de los casos. Tal técnica consistiría en la emisión de una sentencia en un caso concreto, sentencia en la que, aparte de apreciarse una vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio (sobre todo, y hasta el momento, el de propiedad) se indica (en forma forzosamente genérica)

Cabe advertir sin embargo, que pese a los esfuerzos evidentes del Tribunal por hacerle frente a esta sobrecarga de demandas, a la fecha (2019), se tiene la previsión que se recibirá cerca de 45,000 demandas al año, y el número de casos pendientes será -y es hasta la fecha- cerca de 56,800²⁰⁷, datos en comparación con el 2018. Lo cual evidencia, que si bien se aminoró de sobremanera la cantidad de casos pendientes en comparación con años anteriores, aun aquella cantidad es considerable, ello sin considerar además que más del 90% de las demandas son declaradas inadmisibles, lo que evidencia que pese a su gran labor, en comparación con las cifras recibidas por año y las decisiones importantes y emblemáticas, los casos en los que el Tribunal se pronuncia siguen siendo bajas.²⁰⁸

A esto hay que sumar el análisis sobre otras cuestiones que han recibido críticas. Conforme se advierte la gran cantidad de inadmisibilidades han sido declaradas por un juez único, las que no siempre han sido bien motivadas²⁰⁹, esto en gran parte por la aplicación del nuevo requisito de inadmisibilidad añadido por el

con invocación del artículo 46 del Convenio, la conveniencia de adoptar medidas generales que evitaren la repetición de esa vulneración; en tanto se adoptan esas medidas, el Tribunal deja en suspenso el examen de los casos acumulados (Lopez Guerra 2013, 177).

²⁰⁷ Información brindada por el propio TEDH. Recuperado:

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_month_2019_ENG.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2018_ENG.pdf

²⁰⁸ De las 22,300 demandas ingresadas en lo que va del año, sólo 1,368 sentencias han sido deliberadas y se han pronunciado sobre el fondo. 20,243 decisiones son declaradas inadmisibles o tachadas o archivadas. Información obtenida de las estadísticas del TEDH, cuyo enlace se encuentra en la anterior nota de pie.

²⁰⁹ “Deja mucho que desear en términos de motivación, al utilizarse una frase del tipo “a la luz del conjunto de elementos en su posesión y en la medida en que es competente para decidir sobre las quejas formuladas, el Tribunal ha considerado que su demanda no cumple con los requisitos de admisibilidad establecidos en los artículos 34 y 35 del Convenio”; (...) “ninguna apariencia de violación de los derechos y libertades garantizados” (Jimena Quesada 2017, 21).

Protocolo 14, esto es, cuando “el demandante no hubiera sufrido un perjuicio importante” (artículo 35, 3.b) introduciéndose así el principio “de minimis non curat praetor”²¹⁰, salvo que el respeto de los DD.HH. garantizados por el Convenio y por sus Protocolos exija un examen del fondo de la demanda, y con la condición de que no podrá rechazarse por este motivo ningún asunto que no haya sido debidamente examinado por un Tribunal nacional. Esta especie de discrecionalidad, ha conllevado críticas, pues conforme se colige, la demanda puede ser rechazada pese a existir violación de los derechos fundamentales, salvo lo mencionado.

Ahora bien, hablando ya del actual procedimiento²¹¹, éste consta de tres fases claras, la primera se inicia con la presentación de la demanda, el emplazamiento y las alegaciones de las partes y, la calificación de admisibilidad; la segunda consta de un posible arreglo amistoso o una conciliación entre las partes y la última versa sobre la resolución del fondo del asunto. Así puntualizando, podemos referir que el mecanismo ante el TEDH se desarrolla de la siguiente manera: **1)** en cuanto a las demandas individuales; a) el juez único se limita a declarar su admisibilidad o rechazarla sólo cuando la decisión no requiera examen complementario, de lo contrario lo transmitirá a un Comité o a una Sala, b) corresponderá al Comité examinar en igual forma la demanda *–cuando no requiera examen complementario–*, y de ser admitida, dictará al

²¹⁰ De los asuntos intrascendentes no se ocupa el magistrado.

²¹¹ Arts. del 26 al 46 de la CEDH y Capítulo II del Reglamento de Procedimientos del TEDH.

mismo tiempo, Sentencia sobre el fondo si la cuestión es relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, y ha dado lugar a jurisprudencia consolidada del Tribunal, de no ser así, c) corresponderá a la Sala pronunciarse sobre la admisibilidad y el fondo de las demandas individuales, en cuyo caso podrá adoptar dicha admisibilidad por separado; **2)** en el caso de las demandas interestatales, la Sala se pronunciará sobre la admisibilidad y el fondo de éstas, salvo decisión en contrario del Tribunal, en casos excepcionales, la decisión se tomará por separado, **3)** en cuanto a la Gran Sala, ésta solo se pronunciará tanto por demandas individuales o interestatales, sólo cuando: a) la Sala se inhiba antes de dictar sentencia, pues se plantea una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, o si la solución dada a una cuestión pudiera ser contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal, en cuyo caso puede darse un cambio de jurisprudencia; o b) una de las partes solicite una remisión²¹² del caso, admitiendo la Gran Sala sólo cuando se plantee una cuestión grave relativa a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos, en cuyo caso corresponderá un reexamen de la Sentencia de la Sala.

Como vemos, en caso de esta última, el TEDH prevé una especie de recurso de apelación, en cuyo caso la Gran Sala tendrá la última decisión dictando “Sentencia Definitiva”. Asimismo, esta tiene la

²¹² En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar la remisión sólo en casos excepcionales.

facultad consultiva ya referida.

Es así que, las decisiones de inadmisibilidad y las sentencias de cada formación del TEDH son definitivas e irrecurribles, salvo la excepción señalada, recursos especiales (aclaración, rectificación que no modifican la esencia de la sentencia), o el recurso de revisión²¹³ ante nuevo hecho desconocido que pudo haber tenido influencia decisiva sobre el resultado del litigio.

Un aspecto importante que no se puede dejar de mencionar, es lo concerniente a las medidas provisionales o cautelares, las que se pueden plantear con anterioridad a la demanda o en desde la introducción de ésta, las mismas que sólo serán adoptadas con el fin de evitar daños irreparables para la presunta víctima. Dichas medidas por jurisprudencia asentada, son de carácter vinculante para el Estado en cuestión.

Una vez emitida la Sentencia definitiva, esta será transmitida al Comité de Ministros, quien velara por su ejecución. Cuando éste considere que la supervisión de dicha ejecución resulta obstaculizada por problemas de interpretación de la misma, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema. Este aspecto dota de una especie de judicialización del TEDH, creándose así incidente de ejecución.

Cabe destacar este aspecto relevante del Comité de Ministros, pues

²¹³ Debe ser planteado en plazo de 6 meses desde que se tenga conocimiento de nuevo hecho, que por su naturaleza no se pudo haber conocido al momento de dictar Sentencia, y que pudo ser determinante para variar el resultado del proceso. Caso McGinley y Egan contra Reino Unido.

ante la negativa de acatar una sentencia definitiva, éste puede plantear el incumplimiento del Convenio (art. 46.1), y en cuyo caso el TEDH verifique tal violación, remitirá al Comité para que examine las medidas que sea preciso adoptar contra dicho Estado. Ello dota de eficacia la sentencia y al sistema mismo.

D. Subsistema Cuasi-contencioso²¹⁴:

Derivado de la Carta Social Europea, es un subsistema de control, vigilancia y protección cuasi-contencioso de derechos sociales, económicos y culturales en toda Europa. Está constituido básicamente por dicha norma, por los principios en ella consagrados, por su órgano o mecanismo de control y vigilancia (Comité Europeo de Derechos Sociales), y por los procedimientos previstos en dicha Carta, siendo éstos, el sistema de informes que los Estados están obligados a remitir, y el sistema de denuncias colectivas -en el que se evidencia su principal característica cuasi-contencioso y su fuerza vinculante-.

Cabe mencionar que la Carta de 1961 y sus protocolos, previeron inicialmente como sistema de control, el sistema de informes, posteriormente mediante el protocolo de 1995, se instauró el procedimiento de reclamaciones colectivas. Ya con la Carta revisada de 1996, conforme se detalló antes, se consolidó en un solo documento, a su antecesora y su protocolo adicional, además de añadir nuevos derechos y enmiendas. La misma que está

²¹⁴ Lo he denominado así, debido a las notas características que presenta.

reemplazando gradualmente a la originaria de 1961.

Este subsistema tiene como punto fuerte, la amplia protección que brinda de DESC, con especial énfasis de protección a personas vulnerables como, personas mayores, niños, personas con discapacidad y migrantes. Para quienes exigen además el disfrute de sus derechos sin ningún tipo de discriminación.

Sin embargo, a pesar de la enorme importancia que revisten los derechos contenidos en la Carta, la adhesión y ratificación de ésta, no es obligatorio para formar parte del Consejo de Europa, a diferencia de lo que sucede con el CEDH, es más el Convenio es de aplicación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado, en cambio la Carta, en principio y para algunos derechos, sólo es aplicado a los nacionales de los Estados parte²¹⁵. Lo que evidencia un desentendimiento del principio de indivisibilidad respecto a estos derechos.

Así, de los 47 miembros del Consejo de Europa, 43 han ratificado la Carta, 34 la Carta revisada y 9 todavía siguen vinculados a la de 1961, además sólo 15 Estados han reconocido y aceptado el procedimiento de reclamaciones colectivas (Protocolo adicional de 1995).

²¹⁵ Anexo a la Carta Social Europea (revisada):

Ámbito de aplicación (...) en lo que se refiere a las personas protegidas:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19.

Asimismo, la Carta tiene una especial peculiaridad, pues es de obligatorio cumplimiento a todos los Estados que la hayan ratificado, sin embargo establece una cierta flexibilidad²¹⁶, consistente en que se no se les obliga a reconocer todos los derechos consignados en ella, sino a un mínimo de seis de los nueve derechos reconocidos en los artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20²¹⁷ de la Parte II de la Carta, y no menos de 10 artículos o párrafos de dicha Parte que el Estado elija, siempre que del total resultase un número no inferior a 16 artículos o 63 párrafos numerados.

A esto se suma, que a diferencia del Convenio, la Carta no establece un sistema judicial, sino uno cuasi-contencioso, el cual es llevado adelante por el CEDS, como órgano de control tanto del sistema de presentación de informes, como del sistema de denuncias colectivas.

a. Sistema de Informes:

El CEDS exige a todos los Estados que hayan reconocido el sistema de informes, la remisión de informes sobre cuestiones controvertidas para el conjunto de Estados miembros y aspectos polémicos relacionados con cada Estado. A este respecto, el Comité ha referido que existen tres tipos de informes²¹⁸:

²¹⁶ La Carta se basa en un sistema de ratificación que permite a los Estados, bajo ciertas condiciones, elegir las disposiciones que están dispuestos a aceptar como obligaciones legales internacionales vinculantes (www.coe.int).

²¹⁷ Derechos a: el trabajo (art. 1), organizarse para la defensa de intereses económicos y sociales (art. 5), la negociación colectiva (art. 6), protección especial de los niños ante peligros físicos y morales (art. 7), la seguridad social (art. 12), la asistencia social y médica (art. 13), la protección social, jurídica y económica de la familia (art. 16), y la protección y asistencia por parte de los trabajadores migrantes y sus familias (art. 19), igualdad de oportunidades (art. 20).

²¹⁸ Cfr. (Jimena Quesada 2017, 27).

- **Informes ordinarios:** Relativos a grupos temáticos.
- **Informes simplificados:** Los que son respecto al cumplimiento de las decisiones del Comité de resolución de reclamaciones colectivas (solo para aquellos Estados que hayan reconocido este sistema).
- **Informes referentes a conclusiones de no conformidad** adoptadas por el Comité, ante audiencias de información brindadas por los Estados.

b. Sistema de Reclamaciones Colectivas:

Este sistema es la que denota la principal característica del mecanismo del CEDS, su carácter cuasijurisdiccional.

La legitimación para acceder a este sistema e interponer reclamaciones colectivas está reservado para²¹⁹: 1) organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores; 2) organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción del Estado contra quien dirige la reclamación; 3) las ONG's internacionales reconocidas como entidades consultivas del Consejo de Europa y que figuren inscritas en la lista establecida por el Comité Gubernamental y, 4) las ONG's nacionales representativas dentro de la jurisdicción de un Estado, que tenga especial competencia en las materias reguladas por la Carta²²⁰.

²¹⁹ Artículo D - artículo 1 y 2 del Protocolo de 1995.

²²⁰ Cfr. (Jimena Quesada 2017, 28). El último caso se da por competencia cualificada en el ámbito de la Carta y sólo cuando el Estado haya reconocido expresamente el derecho a presentar reclamaciones de las ONG's nacionales. El único país en aceptar ello, ha sido Finlandia.

Formuladas las reclamaciones por escrito dirigidas al Secretario General, éste acusará recibido de la misma, notificará al Estado en cuestión y remitirá inmediatamente al CEDS. Éste se pronunciará sobre su admisibilidad²²¹, la misma que será notificada a las partes para las aclaraciones, informaciones y observaciones pertinentes, y de ser posible celebrará una audiencia con las partes. Luego de ello, elaborará un informe conteniendo su decisión de fondo -las conclusiones sobre la violación o no de la Carta por parte del Estado en cuestión²²²-, para luego trasmitirlo al Comité de Ministros. En la etapa final, el Comité de Ministros, sobre la base de lo establecido por el CEDS, adoptará una resolución, y de ser el caso, una recomendación dirigida al Estado encausado.²²³

Como vemos, las decisiones del CEDS no son directamente ejecutivas, sin embargo no quiere decir que carezcan de fuerza vinculante, pues de hecho en la práctica, el Comité de Ministros les otorga tal fuerza. Así, dichas decisiones no quedan en mera voluntad política, sino que al ser emitidas por el máximo órgano, se impone su carácter vinculante tanto para los Estados, así como para las autoridades públicas (órganos legislativos, jurisdiccionales, etc.) y toda persona en general.

²²¹ Se pronunciará luego de recibir de las partes las informaciones u observaciones de la admisibilidad de la reclamación. Artículo D - artículo 6 del Protocolo adicional de 1995

No se exige el agotamiento de los recursos judiciales internos (Reclamación N° 31/2005, European Roma Rights Centre –ERRC contra Bulgaria).

²²² Es posible que el Comité adopte en una única decisión la admisibilidad y el pronunciamiento sobre el fondo.

²²³ Procedimiento previsto en el Artículo D - artículos del 1 al 12 del Protocolo adicional de 1995.

Así, la jurisprudencia del CEDS ha adquirido la forma de “conclusiones” en el caso de interpretación jurídica elaborada en el marco del sistema de informes y de “decisiones de fondo” en los supuestos de interpretación jurídica desarrollada en el procedimiento de reclamaciones colectivas (Jimena Quesada 2017, 28).

Dicha jurisprudencia²²⁴ de la CEDS (*de ambos sistemas*²²⁵ – *conclusiones y decisiones*), comporta su carácter vinculante debido al compromiso de los Estados por asumir las obligaciones contenidas en la Carta a la cual se han obligado, siendo tal vinculatoriedad trasladada a la jurisprudencia de CEDS, en la medida a que se refiere a disposiciones legales emanadas de un tratado vinculante, las cuales son adoptadas por su órgano máximo de supervisión. Esto último, si bien puede ser un factor positivo, no deja de evidenciarse la falta de facultades de la CEDS para emitir por sí misma, sus propias recomendaciones mediante resolución con fuerza vinculante.

2.2.3.5. Sistema Africano:

El Sistema Africano de Protección de Derechos Humanos es el sistema regional más reciente de todos y el que está aún en desarrollo y constante cambio. Está integrado por el conjunto de principios, normas jurídicas regionales, organismos, mecanismos u

²²⁴ Llamada así oficialmente por el Consejo de Europa y aceptada en doctrina como noción moderna.

²²⁵ Ambos sistemas se retroalimentan entre sí, ya que a menudo la CEDS utiliza los argumentos de uno para fundamentar el otro

procedimientos de protección que se desarrollan bajo la competencia de la Unión Africana (UA)²²⁶.

Este sistema tiene como principal objetivo, la promoción y protección de DD.HH. y de libertades básicas en África, y está basado fundamentalmente en la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, su Protocolo, y otros tratados regionales de derechos humanos.

A. Órganos Principales:

Los órganos principales de supervisión y control de este sistema, con mandato específico de promoción y protección de derechos humanos, son la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

a. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP)²²⁷:

La Comisión como órgano principal de este sistema, tiene atribuciones muy amplias, las cuales pueden ser sintetizadas en funciones de 1) promoción, 2) protección, 3) interpretativa y 4) otros que le encomiende la Asamblea de la UA.

En cuanto a las primeras, podemos referir, entre otras funciones,

²²⁶ Organización continental, creada el 26 de mayo de 2001, y puesta a funcionamiento oficial el 9 de julio de 2002, en Durban, Sudáfrica, en reemplazo de la antigua Organización para la Unidad Africana (1963-1999), por decisión de ésta misma, mediante el Acta Constitutiva de la Unión Africana. Está conformada por 55 Estados miembros que forman parte del continente Africano.

²²⁷ Creada por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, establecida formalmente el 21 de octubre de 1986 y con fecha de inicio de actividades en 1987. Su sede se encuentra en Banjul, Gambia. Está compuesta por 11 miembros elegidos a título personal por la Asamblea de la UA entre los expertos designados por los Estados Parte de la Carta, con consideración de la representación geográfica y de género equitativa, por un periodo de 6 años y con cargo a reelección.

las de acopiar documentos, realizar estudios e investigaciones sobre problemas de derechos humanos, organizar conferencias, foros y todo tipo de eventos académicos, difundir información y sensibilizar acerca de los derechos contenidos en la Carta, realizar visitas, establecer principios, lineamientos y normas de protección que sirva de base a las legislaciones de cada Estado y con el objetivo de resolver problemas jurídicos que se le presenten, etc. Además de ello, la jurisprudencia de este órgano también contribuye a sus funciones de promoción.

En cuanto a la protección de derechos humanos, tramita las comunicaciones ya sean interestatales o individuales en los que se aleguen violaciones de los derechos humanos y de los pueblos reconocidos en la Carta, emitiendo recomendaciones al Estado responsable. Además recepciona y analiza informes periódicos de cumplimiento de la Carta, que los Estados presentan cada dos años.

En cuanto a su labor interpretativa o consultiva, la Comisión ostenta facultades para interpretar las disposiciones de la Carta a solicitud de cualquier Estado parte, de algún órgano de la UA o de cualquier organización africana legalmente reconocida por ésta²²⁸. (Cabe resaltar que esta función fue dada a la Comisión, ya que al momento del establecimiento de la Carta no existía órgano judicial alguno).

²²⁸ Artículo 45 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Sobre lo último, no se encuentra especificado que otro tipo de funciones deba seguir. En la práctica se ha designado a los miembros de la Comisión, como observadores de elecciones nacionales en los Estados miembros.

Es importante añadir además, que no es un órgano de función permanente, sino que celebra 2 sesiones ordinarias al año de 10 a 15 días cada una, y puede también reunirse de manera extraordinaria.

b. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (AfCHPR)²²⁹:

También conocido como Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos, complementa y refuerza las funciones de la Comisión (CADHP), al cumplir tres funciones relevantes; una contenciosa o jurisdiccional, conciliatoria o arbitral y la otra consultiva.

Así, en cuanto a su función jurisdiccional, podemos referir que este organismo con fuerza vinculante en sus sentencias, vela por el cumplimiento de la Carta, su Protocolo y cualquier otro tratado de DD.HH.²³⁰; tramitando las quejas individuales e interestatales que le sean sometidos. De esta forma garantiza la promoción y protección de los derechos contenidos en dichos

²²⁹ Órgano jurisdiccional creada mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado el 10 de junio 1998 y vigente desde el 25 de enero de 2004. Está compuesto por 11 jueces, nacionales de los Estados miembros, elegidos entre juristas de elevada calidad moral y reconocidos por sus conocimientos y su experiencia en materia de derechos humanos.

²³⁰ Artículo 3.2 del Protocolo.

tratados, interpretando y aplicando los mismos.²³¹

En cuanto a la función conciliatoria, la Corte podrá tratar un acuerdo amistoso en un caso sometido a su jurisdicción, lo que quedará a su discrecionalidad y será de carácter confidencial. Esta función es criticada considerando que la Comisión también la tiene, por lo que autores como Mbondenyi, proponen que sea remitida a ésta a fin de que la Corte ahorre tiempo y recursos²³². Por otro lado, también cumple una función consultiva al emitir opiniones a solicitud de cualquier órgano de la UA, los Estados miembros o las organizaciones legalmente reconocidas por ésta, sobre cualquier asunto legal relacionado con la Carta o cualquier otro instrumento de derechos humanos, siempre que no esté siendo tramitado ante la CADHP²³³.

Es importante señalar, que además de la creación de esta Corte, también se estableció mediante el Protocolo de 2003²³⁴, el

²³¹ Debemos puntualizar sobre la jurisdicción tan amplia que se destaca, pues si la Corte puede resolver cualquier tratado de derechos humanos, debemos inferir que este será competente así haya sido o no adoptado en el ámbito de la UA, por supuesto, siempre que sea vinculante para el Estado respectivo. Esto es reafirmado por la misma UA en su web oficial. A saber:

“AfCHPR tiene jurisdicción sobre todos los casos y disputas que se le presenten con respecto a la interpretación y aplicación de: (...)

- Otros tratados o instrumentos de derechos humanos ratificados por el Estado parte interesado y
- Cualquier cuestión de derecho internacional”.

Recuperado: <https://au.int/en/legal-organs>

²³² Cfr. (Mbondenyi 2006, 376)

²³³ Artículo 4 del Protocolo. Este aspecto es bastante criticado ya que al tener la Corte una jurisdicción tan amplia, pues de forma muy controversial, lleva a interpretar que sería capaz de interpretar tratados que se establezcan fuera del marco de la UA y admitir controversias respecto a éstos -sólo exigiendo al Estado que haya ratificado tal tratado-, lo cual colisionaría con competencias de otras organizaciones internacionales y provocaría un caos jurisprudencial, además de no tenerse seguridad jurídica. Por lo que en doctrina se entiende que sólo sería un instrumento africano y bajo la jurisdicción de la UA, idea con la que estamos de acuerdo.

²³⁴ Protocolo del Tribunal de Justicia de la Unión Africana.

Tribunal de Justicia de la Unión Africana²³⁵, el que sin embargo nunca se ha encontrado operativo, pues mediante Protocolo aprobado en 2008²³⁶, la UA por razones presupuestales y de otra índole, decide fusionar estos dos tribunales, dando lugar a lo que ha denominado la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos. Este Protocolo, de ser ratificado y entrar en vigor, distribuirá en dos salas sus funciones, una para asuntos generales, y otra para DD.HH., previéndose que una de ellas sea la actual Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la que mantendrá su integridad al igual que el otro tribunal.

Este caos institucional no quedaría ahí, ya que en 2014, mediante un nuevo protocolo²³⁷ se pretende añadir además, competencias de derecho penal internacional, modificando su nombre nuevamente, a Tribunal Africano de Justicia y Derechos Humanos y de los Pueblos (TAJDHP).²³⁸

Por el momento, dado que no se encuentran ratificados los protocolos mencionados, se ha dispuesto que la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, continúe su labor conforme lo viene haciendo, habiendo emitido ya a la fecha

²³⁵ Concebido originalmente como órgano judicial principal por el Acta Constitutiva de la UA, y establecido por el protocolo para resolver asuntos generales de la UA y sobre disputas de interpretación sobre tratados de ésta, con jurisdicción internacional general.

²³⁶ Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

²³⁷ Protocolo sobre enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.

²³⁸ Este hecho ha causado muchísimas críticas, pues de entrar en vigor, creará el primer Tribunal competente, para resolver asuntos de derecho internacional, de DD.HH. y hasta para resolver casos de derecho penal internacional, lo cual al ser tan amplia su jurisdicción se teme que rebase su propia capacidad, sin contar que, otorga convenientemente inmunidad a los Jefes de los Estados africanos, y que no se ha pronunciado sobre la Corte Penal Internacional, competente para lo último, lo cual caería en un caos y conflictos de derecho internacional.

sentencias relevantes. Debe puntualizarse sin embargo, que su efectividad dependerá en gran medida de la voluntad política de los Estados africanos para acatar y cumplir sus sentencias.

c. Consejo Ejecutivo:

Antes denominado Consejo de Ministros, es un órgano similar al europeo, es decir, es un órgano político compuesto por Ministros de Asuntos Exteriores u otros Ministros o autoridades designadas por los gobiernos de los Estados miembros. La función que cumple dentro del Sistema Africano, es de supervisar el cumplimiento de las Sentencias dictadas por la AfCHPR, conforme lo establece el Protocolo de 1998, en su artículo 29.

Los órganos mencionados, reciben apoyo además de órganos que coadyuvan a sus labores, tales como el Secretario General, quien actúa órgano auxiliar especialmente de la Comisión, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno, a quien se le informan las decisiones y sentencias, además de supervisar el cumplimiento de éstas a través del Consejo Ejecutivo y tomar acciones políticas y de otra índole para garantizar su cumplimiento. Asimismo, existen órganos especializados en Tratados específicos, como el Comité Africano de Expertos en Derechos y Bienestar del Niño, el cual tiene la función de promoción y legitimidad activa en materia consultiva de *ratione materiae*, o encargados de una labor más administrativa y de promoción como el Consejo Económico, Social y Cultural o la Dirección de Mujeres, Género y Desarrollo.

B. Principales Instrumentos:

- Acta Constitutiva de la Unión Africana²³⁹.
- Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
- Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos para el Establecimiento de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁴⁰.
- Protocolo del Tribunal de Justicia de la Unión Africana²⁴¹.
- Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño²⁴².
- Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los derechos de la mujer en África²⁴³.
- Convención de la OUA sobre los Refugiados en África²⁴⁴.

Otros:

- En la actualidad el Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos²⁴⁵ y el Protocolo sobre enmiendas al Protocolo sobre el Estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos²⁴⁶, están a la espera de ser ratificados y entrar en vigor, lo cual modificaría institucional y administrativamente a la actual Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

²³⁹ Adoptada el 12 de julio de 2000 en Lome (Togo), por la 36ª Conferencia de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización de la Unidad Africana (OUA).

²⁴⁰ Adoptado el 10 de junio 1998 y vigente desde el 25 de enero de 2004.

²⁴¹ Adoptado el 01 de julio de 2003 y en vigor desde el 11 de febrero de 2009.

²⁴² Aprobado el 11 de Julio de 1990 y con entrada en vigor desde el 29 de noviembre de 1999.

²⁴³ Conocido también como Protocolo de Maputo, adoptado el 01 de julio de 2003 y en vigor desde el 25 de noviembre de 2005.

²⁴⁴ Adoptado el 10 de setiembre de 1969 y con entrada en vigor desde el 20 de enero de 1974.

²⁴⁵ Adoptada el 01 de julio de 2008.

²⁴⁶ Adoptada el 27 de junio de 2014.

***C. Mecanismos de Protección ante la CADHP
(cuasijurisdiccionales):***

La protección que brinda el sistema africano en cuanto específicamente a la Carta, goza de gran consenso pues de los 55 Estados miembros de la UA, 54 de ellos han ratificado la Carta (con excepcionalidad de Marruecos), lo cual significa que casi todos los Estados miembros están obligados a respetar y garantizar los derechos contenidos en ella.

Y es precisamente con el fin de supervisar el cumplimiento de dichas obligaciones, que la UA originalmente encarga esa misión en forma exclusiva a la CADHP y la dota de facultades de protección, entre otras, y establece tres mecanismos de protección: las comunicaciones interestatales, individuales e informes periódicos.

a. Comunicaciones interestatales:

En cuanto a las comunicaciones interestatales, el Reglamento de la Comisión y la Carta, identifican dos tipos de comunicaciones, la comunicación-negociación y la comunicación-queja.

La primera de ellas es distinguida por el artículo 47 de la Carta, el cual señala que si un Estado tiene “buenas razones” para considerar que otro Estado ha violado los derechos contenidos en la Carta, comunicará por escrito al Estado responsable, además de poder enviar al Secretario de la UA y el Presidente de la Comisión, copia de las comunicaciones sostenidas entre ambos. En esta primera etapa, se busca solucionar el conflicto

mediante el diálogo. Si luego de 3 meses no se ha resuelto satisfactoriamente el asunto, cualquiera de ellos puede remitir el caso a la Comisión, iniciando así una segunda etapa ante ésta.

Sin embargo, si un Estado considera que otro no ha cumplido con los principios y los derechos contenidos en la Carta, puede presentar directamente ante la Comisión, una comunicación-queja. Ésta utilizará sus buenos oficios para resolver la controversia de manera amistosa, de no lograrse ello, la Comisión elaborará un informe²⁴⁷, y lo transmitirá a los Estados inmersos y a la Asamblea de la UA, el cual será confidencial, a menos que la Asamblea decida lo contrario.

Cabe resaltar, que las recomendaciones y conclusiones que haga la Comisión no tienen carácter vinculante, pues ésta no puede imponer sus decisiones a los Estados. Por lo que dependerá de la Asamblea (voluntad política), respaldar tales decisiones e instar a los Estados a que cumplan las mismas. A esto se suma, que la Carta no señala expresamente en ninguna de sus disposiciones, sobre el seguimiento de las recomendaciones (se entendería que sería la propia Comisión), por lo que este mecanismo se debilita aún más, al caer a la deriva política, su cumplimiento.

b. Comunicaciones individuales:

Denominadas “otras” por la Carta, estas comunicaciones están

²⁴⁷ El informe contendrá los hechos, sus conclusiones y hasta información adicional no oficial de otras fuentes. También remitirá recomendaciones que considere útiles. Carta Africana Capítulo III.

referidas a las interpuestas por los individuos, grupo de personas u ONG's, las mismas que deberán cumplir con ciertos requisitos de admisibilidad²⁴⁸ y ser asignadas a un Comisionado -quien hará las veces de relator-, o a un grupo de trabajo de hasta 3 Comisionados²⁴⁹. El o éstos, podrán (discrecionalmente) solicitar información adicional al Estado en cuestión, antes de recomendar la admisibilidad de la comunicación. De declarar su admisibilidad directamente, se notificará al Estado para que en el plazo de 3 meses, presente su declaración sobre los hechos atribuidos y las medidas que pudiera haber tomado para remediar la situación. Luego de ello, el individuo podrá presentar observaciones.

Ya en el estudio sobre el fondo, la Comisión podrá procurar una solución amistosa, salvo (como se ha visto en la práctica) ante situaciones de urgencia o emergencia, en las que podrá realizar investigaciones in situ o recurrir a cualquier otro método de investigación apropiado. Asimismo, ante este tipo de situaciones podrá adoptar medidas provisionales que aseguren sus recomendaciones, a fin de evitar daños irreparables a la víctima.

Por otra parte, también en la práctica, la Comisión ha celebrado audiencias durante el estudio sobre el fondo, aunque esto no esté

²⁴⁸ Como: no ser anónimo, ser compatible con la Carta de la UA y la Carta Africana, no estar escrita en un lenguaje insultante en contra del Estado responsable, ni de la UA, no estar basadas únicamente en informaciones proporcionadas por medios de comunicación, haber agotado la vía interna y ser interpuesta dentro de un plazo razonable desde la resolución que agota ello, no haber sido decidido ni estar en trámite ante otra instancia internacional, etc.

²⁴⁹ Artículo 115 del Reglamento de la Comisión.

previsto expresamente en la Carta ni en el Reglamento.

Finalmente la Comisión emitirá su resolución conteniendo las recomendaciones al Estado responsable y las medidas a adoptar por éste, la misma que si bien no es obligatoria de por sí, al ser incluida en el informe anual remitido a la Asamblea General, y de ser aprobado el informe, éstas se vuelven obligatorias y dejan de ser confidenciales.

Es menester advertir, sin embargo, que mucho dependerá de la voluntad política y la buena disposición de los Estados por cumplir la resolución de la Comisión (más aún mientras no se remita el informe).

Cabe resaltar, que el hecho que las decisiones de la Comisión sean en su mayoría confidenciales, no ayuda en la protección de los derechos, pues conforme se advierte, a partir de la publicidad, la presión política y la presión moral de lo que la comunidad internacional considera “lo correcto”, juega un papel relevante, por lo que esperemos mejore con el tiempo este sistema.

c. Informes periódicos:

Son remitidos por los Estados a la Comisión, cada dos años. En estos informes se prevé qué medidas legislativas o de otro tipo, han adoptado los Estados para garantizar el cumplimiento de la Carta. La Comisión examina públicamente los informes y hasta puede realizar audiencias en las que los Comisionados pueden formular preguntas u observaciones al representante del Estado,

pudiendo inclusive los individuos u ONG's remitir información extraoficial, la cual será evaluada. Luego de ello, la Comisión remite sus observaciones finales al Estado, sugiriendo las mejoras necesarias para garantizar mejor los derechos humanos, las mismas que serán absueltas con información adicional y comentarios finales por parte del Estado. Toda esta documentación podrá ser remitida a la Asamblea.

Es importante señalar sin embargo, que este mecanismo carece de vinculatoriedad, pues no se prevén consecuencias jurídicas por su incumplimiento, es decir, no genera responsabilidad internacional. Recayendo esta situación también a la voluntad política de los Estados.

D. Mecanismo de Protección ante la AfCHPR (jurisdiccional):

Este mecanismo de protección jurisdiccional vinculante de los derechos humanos en África, fue instaurado por el Protocolo de 1998, el cual creó a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos como órgano protector. A la fecha, son 30 Estados que lo han ratificado, de los 49 que la firmaron, por lo que más de la mitad de los miembros de la UA, han reconocido la competencia de la Corte, sometiéndose así a sus decisiones vinculantes.

Este mecanismo pretende la plena exigibilidad de los derechos contenidos en la Carta, tomando algunas características relevantes de los otros sistemas regionales, claro está con una menor fuerza y solidez que éstos.

Regula el trámite de los casos presentados ante la Corte²⁵⁰ (quejas individuales e interestatales), hechas en virtud de la Carta, el Protocolo y demás instrumentos relevantes de derechos humanos. La legitimidad activa para interponer las mismas²⁵¹, recae principalmente en; a) la CADHP, es decir, que el individuo plantea primero su comunicación ante ésta, quien la tramitará y la derivará a la Corte sólo ante casos graves o masivos de violaciones de derechos humanos²⁵², b) los Estados parte²⁵³ y c) las organizaciones intergubernamentales africanas. Sin embargo, la Corte podrá autorizar a las ONG's relevantes con estatus de observador ante la Comisión, y a los individuos para que inicien casos directamente ante ella, sí el Estado presuntamente responsable ha declarado previa y expresamente tal competencia de la Corte.²⁵⁴

En caso de estos últimos, la Corte declarará la admisibilidad teniendo en cuenta los mismos requisitos señalados en la Carta para las comunicaciones ante la Comisión. Si considera no examinar el caso, lo remitirá directamente a la Comisión, o podrá solicitar un dictamen a ésta²⁵⁵. De declarar dicha admisibilidad, y en todos los

²⁵⁰ Cabe mencionar que el Protocolo refiere el término "casos", para señalar los seguidos ante la Corte, sin embargo no menciona de manera clara si tales casos son comunicaciones, quejas, denuncias o reclamaciones, aunque sí en vez de referirse a las "comunicaciones" seguidas ante la Corte, las señala con el término de "quejas". Algunos autores las denominan "comunicaciones" -haciendo alusión al término que también se utiliza para la Comisión-. Sin embargo, al ser el procedimiento de naturaleza muy distinta (jurisdiccional), estando por lo señalado por el Protocolo y siguiendo a Fix-Zamudio, nos parece más adecuado denominarlo quejas.

²⁵¹ Artículo 5 del Protocolo de 1998.

²⁵² Artículo 75 del Reglamento de la Comisión. Esto se ha visto en el Caso Comunidad Ogiek contra Kenia.

²⁵³ Estado Parte que ha presentado una denuncia ante la Comisión y el Estado parte contra el cual se ha presentado la denuncia en la Comisión.

²⁵⁴ Artículos 5.3 y 34.6 del Protocolo de 1998.

²⁵⁵ Artículo 6 del Protocolo de 1998.

demás casos, celebrará audiencias, escuchará los alegatos de todas las partes, ordenará la apertura de una investigación –de así considerarlo-, admitirá pruebas y adoptará su dictamen en base a ellas, pudiendo además en cualquier etapa, proponer una solución amistosa a las partes²⁵⁶.

El procedimiento será público, sin embargo excepcionalmente se pueden celebran audiencias en privado²⁵⁷. Durante éste, las partes tienen derecho a ser representadas y en los casos que “el interés de la justicia lo requiera”²⁵⁸, podrán contar con asistencia jurídica gratuita –*se entiende que ello fue añadido por las víctimas que presenten su caso a la Corte y cuyas posibilidades económicas sean limitadas*-. Esto último, representa un elemento único en el derecho internacional, pues no se ha visto en otros sistemas de protección tal asistencia a la víctima. De igual forma, la referida a la protección y las facilidades que brinda a las personas, testigos o representantes de las partes, que comparezca ante la Corte y que sean necesarias para el desempeño de ésta²⁵⁹. Asimismo, al igual que la Comisión y bajo las mismas condiciones, se podrán adoptar medidas provisionales.

Finalmente, luego de las deliberaciones finales, la Corte dictará dentro de los 90 días siguientes, Sentencia definitiva, la cual será

²⁵⁶ Artículo 9 del Protocolo de 1998.

²⁵⁷ El artículo 43 del Reglamento de la Corte, establece que ésta, puede, de oficio o a solicitud de una parte, celebrar sus audiencias a puerta cerrada si, en su opinión, es en interés de la moral pública, la seguridad o el orden público.

²⁵⁸ Término que se sujeta a la interpretación de la Corte en cada caso.

²⁵⁹ Artículo 10 del Protocolo de 1998.

de obligatorio cumplimiento, y no estará sujeta a apelación alguna²⁶⁰. La misma que de hallar al Estado responsable internacionalmente, ordenará reparaciones de diversa índole, entre ellas, indemnización económica a las víctimas.

La supervisión de dichas sentencias si bien está a cargo del Consejo Ejecutivo, la Corte al remitir sus informes anuales a la Asamblea General, informará a ésta, sobre los Estados que no han cumplido con sus sentencias dictadas²⁶¹.

Una diferencia importante con el sistema europeo, es que el Consejo Ejecutivo, ante el incumplimiento de las sentencias de la Corte, no tiene facultades para imponer sanciones (ya sean políticas o económicas), ésta corresponderá a la Asamblea General aunque sólo cuando se trate de genocidios, crímenes de guerra o lesa humanidad²⁶². Por lo que la posibilidad de imponer sanciones ante tal incumplimiento, se ve muy limitada, lo que a su vez repercute en la eficacia de las sentencias de la Corte. Por tanto, la presión social y condena pública juegan un papel importante para dicha exigencia.

2.2.4.LA COSTUMBRE INTERNACIONAL Y LAS NORMAS DEL IUS

COGENS:

2.2.4.1. Costumbre Internacional:

²⁶⁰ Aunque si cabe la posibilidad de que el caso sea revisado si salen a la luz nuevas pruebas que no se conocieron durante el proceso, y que hubieran sido determinantes para cambiar la decisión. Asimismo cabe recurso de aclaración.

²⁶¹ Artículos 29 y 31 del Protocolo de 1998.

²⁶² Artículo 4, inciso h del Acta Constitutiva de la UA.

Cronológicamente, fue la primera fuente del derecho internacional. De ahí que es conocida como “fuente tradicional del derecho internacional”, en atención “a la inexistencia en este sistema normativo de un legislador internacional y al hecho de que tradicionalmente las relaciones de los Estados entre sí, se regulaban por normas no escritas aceptadas por ellos”²⁶³.

Conocido como derecho consuetudinario internacional (enfoque de un proceso de largo tiempo), hay autores quienes además denominarlo así y separarlo del derecho espontáneo (proceso habitual de uso espontáneo), lo incluyen dentro del “derecho no escrito”, al cual consideran la fuente en sí.

A. Definición:

La costumbre internacional o derecho consuetudinario, es una fuente que puede ser definida como el conjunto de actos repetidos de manera constante en el tiempo y como práctica uniforme y generalizada por una gran mayoría de sujetos de derecho internacional, con la convicción de que dicha práctica es jurídicamente correcta (conforme a derecho) y de obligatorio cumplimiento.

El artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, define a la costumbre internacional como “la prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”.

Sin embargo contrario a esta definición y estando de acuerdo con

²⁶³ Cfr. (Ortiz Ahlf 2006, 24) y (O' Donnell 2004, 35) en (Color Vargas, y otros 2013, 35).

Novak Talavera y otros doctrinarios, referimos que esta fuente no es prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, sino por el contrario, dicha práctica es la prueba de la existencia de una costumbre internacional²⁶⁴ y, como tal, se constituye de dos elementos; 1) el elemento material (la práctica generalizada) y 2) el elemento subjetivo o psicológico (*opinio iuris*).

B. Elemento Material:

El elemento material de la costumbre internacional, es el *usus*, la práctica generalizada. Ésta requiere de 1) una continuidad en el tiempo - la repetición de la práctica en el tiempo que demuestra que ésta ha madurado con generalidad y uniformidad en los Estados, transformándola en costumbre-, y 2) la generalidad en el espacio – para que sea considerada general, no es necesario que en el proceso formativo hayan participado todos los Estados de la Comunidad Internacional, sino que bastará una amplia mayoría.

C. Elemento Subjetivo o Psicológico:

Conocido también como *opinio iuris*, es la convicción jurídica de que dicha práctica es conforme a derecho y obligatoria.

La Corte Internacional de Justicia, ha referido:

“Los actos considerados no solamente deben suponer una práctica constante, sino que también deben tener el carácter o realizarse de tal forma que demuestren la creencia de que dicha práctica se estima obligatoria en virtud de una norma jurídica que la prescribe.

²⁶⁴ Cfr. (Novak Talavera y García-Corrochano Moyano 2016, 82).

La necesidad de tal creencia, es decir, la existencia de un elemento subjetivo, está implícita en el propio concepto de *opinio iuris sive necessitatis*. Los Estados interesados, por lo tanto, deben tener el sentimiento de que cumplen lo que suponen una obligación jurídica. Ni la frecuencia ni el carácter habitual de los actos son en sí suficientes”²⁶⁵.

Al respecto de ambos elementos, Loretta Ortiz, refiere lo siguiente:

“La aceptación de una norma en la práctica de un Estado puede manifestarse expresa o implícitamente. Específicamente, en el ámbito de los derechos humanos, cada vez que un órgano internacional competente concluye que un país ha violado una determinada norma o invita a respetar una, y el gobierno no rechaza la obligatoriedad de ésta, está ratificando implícitamente su aceptación de la obligatoriedad de dicha norma. Asimismo, cada voto de un país a favor de una resolución o informe que establece una violación de una norma perpetrada por algún Estado, o que invita a un país a respetar una determinada norma, también constituye un reconocimiento de la obligatoriedad de la disposición en cuestión (...) [Además] para formar parte del derecho internacional consuetudinario, la norma debe ser acogida de manera favorable, sino de parte de todos los Estados, al menos de países de todos los sistemas jurídicos y regiones geopolíticas” (2006, pág. 25).²⁶⁶

²⁶⁵ Asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Corte Internacional de Justicia, Reports 1969, pág. 44 en (Novak Talavera y García-Corrochano Moyano 2016, 95)

²⁶⁶ Ortiz Ahlf, Loretta en (Color Vargas, y otros 2013, 35)

Conforme se colige de lo citado líneas arriba, en esta obligatoriedad, juega un papel relevante los órganos internacionales competentes, quienes a través de sus decisiones (ya sea recomendaciones, sentencias, entre otros), comprueban de primera mano, la realización de que una práctica es considerada conforme a derecho y obligatoria.

Pero no sólo éstas, sino que los Estados y la Comunidad Internacional en su actuar diario, van adoptando prácticas consideradas obligatorias por ser de acuerdo a derecho y conforme al orden público internacional, debiendo resaltarse que para tal efecto no es necesario que absolutamente todos los Estados adopten dicha norma considerada consuetudinaria, sino que bastará una amplia mayoría, para que ésta pase a ser considerada obligatoria para todos los Estados.

Así por ejemplo, “lo ha hecho el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos en relación con la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuya obligatoriedad ha sido reconocida en el Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos de Teherán de 1968” (O' Donnell 2004, 74).

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también ha reconocido a la DADH, en su Opinión consultiva OC-10/89, en tanto interpretación junto al artículo 64 de la CADH, que los Estados en la práctica han asumido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, por lo que para los Estados miembros de la OEA, la

Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales (f.43 y 45).

2.2.4.2. Normas de Ius Cogens:

El ius cogens es un concepto que pertenece al derecho internacional general, sin embargo desde el enfoque del DIDH, se tiene una visión más amplia, con vocación universal y de uso cada vez más habitual por las Cortes Internacionales, para atribuir responsabilidad internacional a un Estado a través de una de sus características principales (obligaciones *erga omnes*).

En ese sentido, a menudo suele ser relacionada con la costumbre internacional, pues una de las fuentes de las que deriva es justamente ésta. Y es que actualmente en el curso del desarrollo del DIDH, suele suceder que “las normas sean primero de derecho consuetudinario, después se vuelven derecho escrito o positivo (instrumentos jurídicos internacionales) y, posteriormente, algunas de estas pueden volverse, de nuevo, derecho consuetudinario como normas de ius cogens”²⁶⁷.

A. Definición:

Desde un concepto práctico, podemos referir que las normas de ius cogens son normas de derecho imperativo que son aceptadas y reconocidas por la Comunidad Internacional en su conjunto y que además al encerrar principios que protegen intereses superiores a ésta y valores éticos fundamentales para la humanidad, interesan y

²⁶⁷ Cfr. (Color Vargas, y otros 2013, 35).

vinculan a todos los Estados integrantes a ella, estableciendo así obligaciones *erga omnes*²⁶⁸. Derivan de una fuente (ya sea de la costumbre, tratados o principios generales del derecho), tienen la característica especial de ser imperativas (no admiten acuerdos en contrario ni excepción alguna), y perentorias, pudiendo ser modificadas sólo por otra norma de igual carácter. Además es nula toda disposición contraria a éstas.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 53, ha señalado respecto al *ius cogens*, lo siguiente: *“La norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la Comunidad Internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”*.

Esta definición, precisa Jimenez de Aréchaga, no aprehende la esencia misma del *ius cogens*, desde que está basada en los efectos jurídicos de la norma y no en su naturaleza intrínseca. No es que ciertas reglas sean de *ius cogens* porque no permiten acuerdo en contrario; más bien no se permiten acuerdo en contrario a ciertas normas, porque éstas poseen el carácter de reglas de *ius cogens*. La esencia del *ius cogens* radica en que la Comunidad Internacional

²⁶⁸ Respecto a las obligaciones *erga omnes*, la CIJ, ha señalado en el caso *Barcelona Traction*: “Una distinción fundamental debe hacerse entre las obligaciones de un Estado hacia la comunidad internacional en su totalidad, y las que derivan frente a otro Estado (...) Por su naturaleza, las primeras conciernen a todos los Estados. En atención a la importancia de los derechos que involucran, todos los Estados tienen un interés jurídico en que esos derechos sean protegidos; las obligaciones de que se trata son obligaciones *erga omnes*”.

reconoce que determinados principios salvaguardan valores de importancia vital para la humanidad y que éstos valores se traducen en reglas imperativas de derecho internacional.²⁶⁹

Por tanto, podemos afirmar que la importancia del *ius cogens* se encuentra en su contenido. Al ser sus normas protectoras de valores esenciales compartidos por la Comunidad Internacional, son consideradas la encarnación jurídica de la conciencia moral que tiene la humanidad.

B. Los Derechos Humanos y las normas del Ius Cogens:

Desde hace buen tiempo y como bien lo refiere Gros Espiell; “se ha llegado a afirmar que el deber de respetar los derechos humanos constituye una norma imperativa del derecho internacional, un caso de *ius cogens*, con todas las consecuencias que de ésta afirmación se derivan, cuyo respeto y vigencia se vinculan con la idea de orden público internacional”²⁷⁰.

Los derechos humanos, o mejor dicho, los derechos humanos esenciales e inderogables que deben mantenerse siempre en toda ocasión y ante cualquier circunstancia, constituyen hoy uno de los ejemplos más claros e indudables de principios que por constituir valores considerados esenciales de la humanidad en el grado actual de su desarrollo y evolución, han cristalizado en uno de los casos actuales de *ius cogens* (pág. 108).

²⁶⁹ (Gros Espiell 1991, 216) citando a Jiménez de Aréchaga, Eduardo. El derecho internacional contemporáneo. Madrid: Tecnos, 1980, págs. 78-82

²⁷⁰ Cfr. (Gros Espiell 1991, 107, 108).

Es preciso advertir, que al referirse a “derechos humanos esenciales”, Héctor Gros hace hincapié a que no todos los derechos humanos se constituyen como normas de ius cogens. Y es que, para una amplia mayoría en doctrina y para las Cortes Internacionales, el denominado núcleo duro²⁷¹ de los DD.HH. serían los que tienen esta categoría.

Siendo éstos, un grupo de derechos humanos que están presentes en todas las culturas y sistemas sociales, entre ellos: el derecho y principio de la dignidad, el derecho y principio de la igualdad y la no discriminación, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida ni de la libertad, la prohibición de desaparición forzada, la prohibición de la tortura, tratos crueles o penas inhumanas o degradantes, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de genocidio, el derecho al debido proceso, al acceso a la justicia, a la libre autodeterminación de los pueblos, el derecho y principio a la paz, entre otros.

Estos derechos considerados con carácter de ius cogens, han sido afirmados por la jurisprudencia tanto de la Corte Internacional de Justicia²⁷², así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁷³ y confirmados por la Comunidad Internacional, ya sea

²⁷¹ Los derechos humanos consagrados en el Art. 4 del PIDCP, “gozan de aceptación generalizada, por lo que son obligatorios para todos los Estados a título de principios generales del Derecho o de normas consuetudinarias internacionales”, (Villán Durán, La Obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal 2018, 122), siendo éstos denominados de “núcleo duro”, los cuales ostentan categoría de ius cogens.

²⁷² CIJ, Asunto de la validez de ciertas reservas, Dictamen del 28 de mayo de 1951, 23-24.

²⁷³ Corte IDH, Caso Alobotoe c. Surinam. Sentencia del 10 de septiembre de 1993. Párr. 57. Prohibición de esclavitud.

Corte IDH, Caso Gutiérrez Hernández y otros c. Guatemala. Sentencia del 24 de agosto de 2017, párr. 150. Igualdad y no discriminación.

por la aceptación implícita o explícita de los Estados conformantes, cuya creencia de obligatoriedad (opinio iuris) se ve reflejado en el actuar de éstos, manifestación que se plasma en nuevos instrumentos jurídicos, como por ejemplo, al reafirmar la DUDH en convenciones regionales (generalmente en los preámbulos). Por supuesto que no descartamos que en el futuro, muchos más derechos sean declarados como normas de ius cogens, puesto que el desarrollo progresivo del DIDH así lo avizora.

2.2.5. LIMITACIONES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS

HUMANOS EN EL DIDH:

Del estudio y análisis del amplio contenido en los subtítulos precedentes, se advierte la existencia de ciertas limitaciones u obstáculos que afectan la efectiva protección de los derechos humanos en el DIDH. Por lo que dedicaremos el presente subtítulo a puntualizar dichas limitaciones, las cuales además de ser extraídas de la presente investigación dogmática son reflejadas en la casuística.

Así, a este respecto, debemos señalar que tales limitaciones son diversas y de distintas clases (muchos de ellos por el desarrollo aún del DIDH como disciplina). Y que para fines académicos u operativos, las hemos clasificado de la siguiente manera:

2.2.5.1. Limitaciones Jurídicas:

Cuando hablamos de las limitaciones jurídicas, hacemos referencia a todas aquellas cuestiones del derecho internacional y específicamente del DIDH, que de forma directa o indirecta limitan u obstaculizan la

protección de los derechos humanos en el ámbito internacional.

A. Falta del monopolio de la fuerza en el derecho internacional:

Es ya sabido que el derecho internacional no goza del monopolio legítimo de la fuerza para hacer cumplir sus mandatos. A diferencia del derecho interno, el Estado goza de esta fuerza el cual le confiere a sus autoridades para hacer cumplir sus mandatos, de esta manera, toda norma legal es cumplida por el ciudadano sin que antes se le consulte sobre su voluntad o no de obligarse a determinada ley. Esto sin embargo, no ostenta el derecho internacional. La falta de un legislador y un poder judicial que haga valer todas y absolutamente todos los tratados internacionales, son perfectamente visibles.

Es por eso, que en el derecho internacional se hace necesario, la voluntad de los Estados, para poder ejercer algún tipo de obligatoriedad ante las decisiones de las organizaciones internacionales que puedan imponer a éstos. Sin embargo, aun así existen ciertas excepciones como la costumbre internacional o normas del ius cogens, para darle obligatoriedad a ciertas normas que ostentan esta característica. Aún más en el DIDH, cuyo objeto, “los derechos humanos” son de tutela relevante, los Estados en teoría, están obligados al respeto, garantía, promoción y protección de éstos, aún si no han manifestado su voluntad con respecto a los que ostentan la calidad de ius cogens. Sin embargo, en la práctica vemos que ello no necesariamente es así, del total de violaciones en las que incurren los propios Estados del mundo, son muy pocos

los que a través de un mecanismo, llegan a cumplir sus obligaciones a las cuales se han vinculado y menos aún son los que por normas del ius cogens se obligan a cumplir estas normas por disposición de la Comunidad Internacional. Si así fuera, no se tendrían casos como Venezuela, EE.UU., Irán, entre otros. Por tanto, la falta del monopolio de la fuerza se hace evidente en estos casos, representando así, un obstáculo para la protección de derechos humanos, que muy probablemente nunca llegue a superarse, por propia naturaleza del derecho internacional.

B. Falta de fuerza vinculante de los instrumentos internacionales declarativos²⁷⁴:

Como ya lo hemos visto, la falta de obligatoriedad de algunos instrumentos declarativos aún persiste en el catálogo de instrumentos del DIDH. La DUDH y la DADH son dos grandes ejemplos. Sin embargo, pese a que estos instrumentos han nacido en principio, no como documentos jurídicos obligatorios, sino meramente declarativos cuyos objetivos o ideales comunes son aspiraciones de todos los pueblos del mundo o de la región; lo cierto es que en la actualidad, la Comunidad Internacional ha reconocido su obligatoriedad, al menos en gran parte de sus normas integrantes.

²⁷⁴ Este término suele utilizarse para designar distintos instrumentos internacionales no vinculantes. Se da cuando las partes que las suscriben, no desean establecer obligaciones vinculantes sino simplemente dan a conocer determinadas aspiraciones. Sirven por tanto, de directriz, guía e inspiración a los individuos y sociedades de todo el mundo.

Cfr. recuperado: <https://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html>

Así, centrándonos en la DUDH, podemos referir que su obligatoriedad o fuerza vinculante ha sido objeto de constante discusión a nivel mundial, tanto en doctrina, como en la Comunidad Internacional²⁷⁵. Y es que la pregunta es válida cuando fuera de su reconocido valor moral, político e ideal, se discute en específico, su valor jurídico.

Mientras que para algunos autores, su vinculatoriedad como documento está dada gracias a que el respeto y la protección de los derechos humanos comportan uno de los principales pilares de la Carta de la ONU (documento que sí es vinculante); y para otros, no es posible su obligatoriedad por la forma en la que nació, por su propia naturaleza²⁷⁶, por no poder ser ratificada y por tanto no exigible a los Estados y, porque dada su condición no es necesaria tal obligatoriedad ya que los dos Pactos y sus protocolos facultativos cumplen tal característica.²⁷⁷ Existe una tercera postura con la que estamos de acuerdo y nos parece la más acertada.

Carlos Villán Durán, establece el valor jurídico de la DUDH desde dos ópticas, que creemos resumirlas mejor de la siguiente manera:

²⁷⁵ En la primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos (más de 120 Estados) denominada “Proclamación de Teherán”, en 1968 se afirmó, daba a entender su obligatoriedad “la DUDH enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables... y la declara obligatoria para la comunidad internacional”

Sin embargo, en la segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos (más de 170 Estados) en Viena el 1993, se retrocedió, y se declaró que la DUDH “constituía una meta común para todos los pueblos y todas las naciones como es fuente de inspiración y base en que se han fundado las Naciones Unidas para fijar las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”. Es decir, los Pactos.

²⁷⁶ Las resoluciones de la Asamblea General que no comporta obligatoriedad.

²⁷⁷ No obstante, debe considerarse también que el número de Estados que reconocen tales tratados, ya sean unos más que otros, pero en general es menor al comparado con la DUDH, por supuesto, su no obligatoriedad y su contenido general, han tenido mucho que ver.

La primera, que la DUDH reviste autoridad política, moral y jurídica para los organismos de la ONU, dado que es fuente de inspiración de todo proceso codificador del DIDH y consagra el reconocimiento internacional de todos los DD.HH. Por lo que, dada su reiterada práctica constante y consistentemente y, su desarrollo progresivo, además de ser aplicado en el sistema extra convencional, a todos los Estados miembros sin excepción; no cabe duda que la DUDH tiene un valor jurídico innegable *ad intra* que la práctica ha convertido en obligatoria en el actuar de los órganos legislativos y de ejecución del Sistema Universal.

La segunda, en cuanto a la obligatoriedad para los Estados desde un efecto jurídico *ad extra* de la ONU, se debe medir en función al comportamiento de los Estados. Perdura en la actualidad, el reflejo de la contradicción consistente en que, de una parte, la práctica unánime de los 193 Estados miembros de las ONU aceptan formalmente a la DUDH como aplicable a sus relaciones internacionales. Pero, de otra parte, más allá de la retórica, el hecho es que en el ámbito interno de muchos Estados, se continúan violando los derechos consagrados en la DUDH. Consecuentemente, debe confrontarse la práctica de las organizaciones internacionales con la de los Estados para determinar qué derechos consagrados forman hoy parte de los principios generales del Derecho y de las normas consuetudinarias internacionales, y con carácter de *ius cogens*, para que éstos sean obligatorios para todos los Estados de la Comunidad Internacional,

más allá de los tratados internacionales que hayan podido o no suscribir²⁷⁸.

Es así, que en la DUDH si bien no es vinculante (como documento integral), muchas de sus normas gozan de aceptación generalizada, por lo que han pasado a ser parte de los principios generales del Derecho y del derecho consuetudinario, con carácter de *ius cogens*, lo que determina la obligatoriedad de los Estados a cumplirlas. Algunos de estos son; la dignidad, el derecho a la vida, la integridad, la prohibición de tortura, de esclavitud y de la servidumbre, la irretroactividad de la ley penal y las libertades de pensamiento, conciencia y religión, así como el principio de no discriminación, los cuales son considerados “núcleo duro de los derechos humanos”²⁷⁹.

Con respecto a los demás derechos, muchos de ellos han sido reconocidos en los Pactos²⁸⁰ u otros tratados con los cuales pueden ser pasible de exigencia a los Estados parte, sin embargo con respecto a los restantes²⁸¹, y en general a aquellos por los cuales los Estados no hayan suscrito instrumentos vinculantes, aunque la indivisibilidad comporta que estos también tienen igual relevancia jurídica que todos los demás, y a pesar de ser reconocidas por la DUDH – y por las cuales pueden llevarse los procedimientos generales ante la ONU en el sistema extra-convencional-, lo cierto

²⁷⁸ Cfr. (Villán Durán, La Obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal 2018, 119-122).

²⁷⁹ Núcleo duro establecido en el Art. 4 del PIDCP.

²⁸⁰ Como los DESC.

²⁸¹ Como ejemplo podríamos mencionar el derecho al asilo.

es que al no tener vinculatoriedad propiamente de toda la Declaración en su conjunto, los mecanismos que se puedan seguir siempre terminarán con una recomendación. De lo cual se hace evidente, que en este aspecto al menos, la falta de vinculatoriedad de tales derechos representa una limitación para su protección en el ámbito internacional.

De igual forma sucede con la DADH, cuyas normas han sido reconocidas como obligatorias por la Corte IDH, sólo en cuanto respecta a las de la CADH.

De esta forma, mucho dependerá de los Estados quienes por propia voluntad se obliguen al cumplimiento de este tipo de instrumentos, como en el caso de Argentina, para quien la DADH es obligatoria, y de otra parte, de la práctica generalizada que desarrolle la Comunidad Internacional, para que en el futuro se pueda reconocer y establecer las mismas, con carácter vinculante en todos los derechos que consagran.

C. La violación de los DD.HH. pese a su universalidad:

En teoría, los derechos humanos son universales, esto deviene por supuesto de sus fundamentos básicos; la dignidad humana y la igualdad. El principio de universalidad y la inherencia a la dignidad, comporta que todas las personas sean iguales en derechos y en dignidad, y en principio así lo es y se ha reconocido por la Comunidad Internacional con la DUDH -conforme ya lo hemos visto- y otros tratados. Por tanto, el fundamento de la universalidad de los derechos humanos, basado en la inherencia de la dignidad

humana, comporta la exigencia a todos los Estados, de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, aun cuando no hayan sido expresamente aceptados, pues la inherencia se funda en que los derechos humanos son anteriores a todo poder, incluido el Estado, quien no puede suprimirlos, sino solamente reglamentarlos. Si esto es así, ¿por qué las violaciones de derechos humanos son constantes? Uno de los factores, entre otros, es justamente lo visto en el subtítulo anterior, la DUDH pese a su reconocimiento mundial, es a la vez mundialmente incumplida. Todos los Estados oficiales del mundo, reconocen la DUDH, pero no se obligan a respetarlo, no en su totalidad.

Entonces, si la DUDH no obliga a los Estados, al cumplimiento integral de sus preceptos, esto es al respeto, protección y cumplimiento de los DD.HH. consagrados en ella, a pesar de ser base de todo instrumento de derechos humanos, ¿qué instrumentos sí? Por supuesto los tratados internacionales cuya principal característica es su fuerza vinculante, así tenemos el caso del PIDCP y PIDESC, (éstos serán analizados ampliamente en el subtítulo 2.2.3), los cuales son los tratados con mayor alcance a nivel mundial, en establecer obligaciones de este tipo. Sin embargo, se mantiene la misma pregunta ¿por qué las violaciones de derechos humanos son constantes?, porque dichos tratados para que sean obligatorios para los Estados, es necesario que sean ratificados, además por sí solos si bien establecen dichas obligaciones y algunos mecanismos (en el caso del PIDCP) o sólo

obligaciones (en el caso del PIDESC), lo cierto es que para un control integral del cumplimiento de estos tratados, es necesario que además los Estados suscriban y ratifiquen sus Protocolos Facultativos, los cuales establecen mecanismos de protección adicionales como las denuncias individuales e interestatales²⁸². Así si un Estado incumple los mismos, el caso puede ser llevado ante los órganos especializados, y las cortes de los distintos sistemas internacionales de protección. Una situación similar sucede con todos los demás tratados de los sistemas de protección. Por lo que, prácticamente todos los Estados del mundo han reconocido la DUDH (por su valor y por su no obligatoriedad), pero muchos de ellos aún no han suscrito o habiéndolo hecho, no han ratificado tratados internacionales que los vinculen. En consecuencia, otro de los factores y probablemente el principal, es justamente este, la no suscripción y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades.

A esto se suma, las otras limitaciones estudiadas en el subtítulo presente que de alguna u otra forma intervienen para que los Estados, aun ratificando tratados internacionales de derechos humanos, no se sientan obligados a respetarlos, garantizarlos y mucho menos perseguir las violaciones de DD.HH., cuando sus autoridades a título del Estado, han cometido tales hechos pues; la

²⁸² En el caso del PIDCP se añaden las denuncias individuales y en el caso del PIDESC se añaden ambos, cada uno con sus respectivos Protocolos.

falta de obligatoriedad de los mecanismos de protección de los diversos sistemas (sobre todo del sistema universal) influyen de manera negativa. Así tenemos el caso de los mecanismos no contenciosos o los cuasicontenciosos mediante los cuales los órganos terminan adoptando meras recomendaciones, los mismos que si bien ejercen presión política, diplomática o pública, no tienen la fuerza vinculante para obligar a los Estados a cumplirlas y muchos de ellos ni siquiera establecen responsabilidad internacional.

Como ejemplo, señalaremos los mecanismos no contenciosos en el Sistema Universal, los mismos que pese a permitir un análisis de las situaciones de DD.HH. en los Estados y cumplir una función principalmente preventiva, tendiente a evitar futuras violaciones de DD.HH., son bastante criticados por su ineficiencia desde el punto de vista de la protección de derechos humanos. Son varios puntos negativos que afectan y limitan la efectividad de la protección de derechos humanos:

- No establecen responsabilidad internacional, solo se limitan a examinar las situaciones de violaciones de derechos humanos, y emitir recomendaciones a fin de prevenir futuras violaciones.
- Si bien su realización es exigido por los tratados, es decir, es obligatoria, las recomendaciones que emiten los Comités no lo son. Carecen de fuerza vinculante que sólo puede ejercerla un órgano jurisdiccional.
- Las acciones de prevención de violaciones de derechos humanos

son de muy largo plazo.

- Los mecanismos de investigaciones de oficio y las de conciliación son de carácter confidencial, por lo que ante la no publicidad, la presión pública no actúa, debilitando más aun éstos mecanismos.

D. Limitaciones en cuanto a las deficiencias o vacíos normativos:

Estas limitaciones han sido ampliamente desarrolladas a medida que se ha estudiado cada Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos en el subtítulo 2.2.3., por lo que nos limitaremos en señalar sólo algunas:

- En cuanto al Sistema Universal, se tiene que cada tratado establece su propio órgano de control “Comités”, los mismos que realizan distintos mecanismos de protección, sin embargo dichas competencias no son uniformes, no todos realizan todos los mecanismos de control, éstos de hecho se han ido incrementando poco a poco a cada comité, lo que produce un distinto nivel de protección para los derechos en cada materia, violándose así el principio de universalidad e indivisibilidad.
- En cuanto al Sistema Africano, tenemos por ejemplo, la falta de precisión o clarificación de sus procedimientos o enunciados (no se establece en qué casos la Comisión Africana remite los casos a la Corte²⁸³, enuncia “plazo razonable” para acceder a este sistema), además se tiene duplicidad de funciones en cuanto a la

²⁸³ Esto sólo se entiende ante casos graves, por la propia práctica.

Comisión y al Tribunal Africano, no se regula el seguimiento de las decisiones de la Comisión, entre otros.

- Por otro lado, en ninguno de los sistemas de protección está previsto expresamente la obligatoriedad de las medidas provisionales que los órganos establecen, este vacío en sus reglamentos o los propios tratados han sido entendidos en la práctica, como obligatorios por la propia iniciativa de los órganos quienes lo han plasmado en su jurisprudencia.

2.2.5.2. Limitaciones de los Sistemas Internacionales de Protección:

Conforme se ha detallado en el subtítulo 2.2.3. de la presente, los distintos Sistemas Internacionales de Protección, adolecen de determinadas falencias o limitaciones para la adecuada protección de DD.HH. Éstas se evidencian aún más, cuando son comparadas entre ellas. Veamos:

A. Limitaciones en su Estructura y Funciones:

De los 4 sistemas existentes en el mundo, y aunque algunos de ellos guarden ciertas similitudes, lo cierto es que todos se diferencian – en mayor o menor medida-, en estructura y/o en las funciones designadas a sus órganos.

Elementos o estructura que median en la protección de DD.HH.	Sistema Universal	Sistema Americano	Sistema Europeo	Sistema Africano
Sistema jurisdiccional <i>per se</i> ²⁸⁴	No	Sí	Sí	Sí
Corte o Tribunal de DD.HH.	No	Sí	Sí	Sí

²⁸⁴ Esto implica no sólo una Corte de DD.HH., sino una legitimidad activa procesal de las personas para acceder a tal Corte. En el caso del Sistema Universal, sólo la tienen los Estados ante la Corte Internacional de Justicia.

como tal				
Legitimación activa procesal para acceder a la Corte	No	Sí	Sí	Sí
Número importante de jueces integrantes	No	No	Sí	No
Órgano que supervisa la ejecución de sentencias	Sí	No ²⁸⁵	Sí	Sí
Órgano que sirve como filtro o actúa como especie de Ministerio Público	No	Sí	No	Sí
Mecanismos de protección con decisión vinculante	Sí ²⁸⁶	Sí	Sí	Sí
Sistema cuasi-contencioso	Sí	Sí	Sí	Sí
Mecanismos de protección con decisión de recomendación	Sí	Sí	Sí	Sí
Órgano principal cuasi contencioso general	Sí	Sí	No ²⁸⁷	Sí
Órganos especializados cuasi-contenciosos	Sí	No	Sí	Sí ²⁸⁸
Órganos de promoción	Sí	Sí	Sí	Sí
Medidas provisionales de protección	Sí	Sí	Sí	Sí
Peso y autoridad jurídica de las decisiones	Sí ²⁸⁹	Sí	Sí	No
Corte (Sistemas regionales) u órganos (Sistema Universal) con carácter permanente	No	No	Sí	No
Cumplimiento de las Sentencias u medidas provisionales	Sí	Sí	Sí	No ²⁹⁰
Número importante de casos llevados por la Corte	No ²⁹¹	Sí	Sí	No ²⁹²
Solidez del órgano de supervisión, bajo diferentes medidas	Sí	No	Sí	No

²⁸⁵ No cuenta con un órgano especial designado. Sin embargo, es la misma Corte la que supervisa la ejecución, a través de un procedimiento de supervisión. Esta no es inmediata, sino se da a través de audiencias públicas de supervisión, en el que participa la CIDH, y el propio Estado quien expone su cumplimiento. Luego de ello es la propia Corte quien a través de una resolución resuelve declarar que el Estado ha cumplido o no con el fallo.

²⁸⁶ Los fallos de la Corte Internacional de Justicia son vinculantes. Sin embargo este solo es para controversias entre Estados que pueden versar sobre incumplimiento de obligaciones sobre derechos humanos.

²⁸⁷ Supresión de la Comisión Europea de Derechos Humanos. En cuanto al Comité Europeo de Derechos Sociales es especializado y no general, justamente por prever el sistema uno estrictamente jurisdiccional en cuanto a los derechos civiles y políticos.

²⁸⁸ El Comité Africano de Expertos en Derechos y Bienestar del Niño, tramita comunicaciones.

²⁸⁹ La Corte Internacional de Justicia tiene una relevancia tal, que sus fallos son cumplidos casi en su totalidad.

²⁹⁰ Caso Comunidad Ogiek contra Kenia (incumplimiento de medidas provisionales y reticencia por la sentencia del AfCHPR. Así como reticencia del muchos otros Estados.

²⁹¹ Al no ser la Corte Internacional de Justicia un tribunal de derechos humanos, se ha pronunciado si en muchos casos pero en comparación con las otras Cortes, este número es mínimo.

²⁹² Además de ser el AfCHPR de reciente funcionamiento, el número de casos que ha llegado a la Corte es mínimo.

Como podemos observar, todos los sistemas tienen determinadas falencias en su estructura, que de forma directa o indirecta limitan la protección de los derechos humanos en mayor o menor medida. Como ejemplo – *pues todos los ítems se encuentran desarrollados en los subtítulos anteriores-*, sólo referiremos que mientras los sistemas regionales han dotado de máxima fuerza (obligatoriedad) a los mecanismos de protección, previstos a consecuencia de la existencia de Cortes de exclusiva competencia de derechos humanos (protección jurisdiccional), el Sistema Universal no lo ha hecho.

Por otro lado, en cuanto al Sistema Americano si bien prevé un mecanismo jurisdiccional, el cumplimiento de las sentencias no son supervisadas por un órgano que vele por éstas a través de distintas vías o medidas, como lo sería la presión política, social, económica o hasta decisiones radicales como el apartamiento de la OEA; por lo que al hacerla ella misma, se limita a una vía estrictamente judicial, a diferencia del Europeo.

Otro gran ejemplo, es el Sistema Africano, el cual si bien ha dotado de estructura organizativa al sistema, creando un Tribunal de exclusiva competencia en derechos humanos, además que su Carta prevé una gran gama de derechos humanos de todas las generaciones, lo cierto es, que el caos institucional visto por el constante cambio previsto para su estructura; la baja cantidad de casos llevados por el tribunal, en comparación con el europeo, por

su reciente funcionamiento y el todavía desarrollo de la cultura de los derechos humanos en los Estados que la integran; la falta de clarificación (plazo para acceder al sistema) y duplicidad de funciones; los conflictos sociales; entre otros factores, influyen para que este sistema no sea tan sólido como los demás, lo que a su vez origina que los fallos, no tengan en todos los casos, una verdadera autoridad jurídica para los Estados, provocándose así la reticencia de muchos de ellos por contravenir sus propios intereses. Esta no estandarización de los 4 sistemas de protección, no sólo en cuanto a estructura, sino en cuanto a la competencia de los órganos, al catálogo de derechos y al tipo de mecanismos de protección que brindan sus instrumentos internacionales (ya sea que prevén mecanismos cuyas decisiones son obligatorias o meras recomendaciones), al tipo de derechos (ya sea de primera, segunda o tercera generación), entre otros, y en general, la no estandarización de la protección de los derechos humanos, provoca diferentes niveles de protección en los diversos sistemas, lo que a su vez contraviene el principio de universalidad y el de indivisibilidad.

Lo que nos lleva a preguntarnos, si todos somos iguales en derechos y en dignidad –*como lo refiere la ONU*-, ¿por qué las personas dependiendo del ámbito geográfico en el que se encuentran y bajo una determinada jurisdicción pueden o no exigir la protección de sus derechos en el ámbito del DIDH?; sí todos los derechos tienen la misma jerarquía y pertenecen a una sola unidad, ¿por qué se

protegen con mayor fuerza y de manera más determinante a algunos y a otros no? Estas preguntas y demás análogas, se advierten en primer lugar, por la falta de compromiso de los Estados, de estandarizar la protección asumiendo obligaciones internacionales que emanen de instrumentos con carácter vinculante (tratados), que prevean un sistema internacional de protección jurisdiccional más uniforme, y ante cuyo incumplimiento de los derechos humanos de todas las generaciones, haya consecuencias jurídicas que declararen la responsabilidad internacional del Estado. Esto, actualmente se hace parcialmente, como bien referimos.

Por tanto, podemos referir que si bien la independencia, soberanía y la propia voluntad de los Estados por establecer sistemas regionales diferentes al universal, y diferentes entre sí, ha menoscabado ello, lo cierto es que los sistemas no han surgido aislados, ni hoy en día lo están, éstos han seguido y hasta se han retroalimentado unos con otros. Así por ejemplo, el Sistema Americano y Africano han seguido la estructura de lo que era en un principio el Sistema Europeo. Sin embargo en la propia práctica de los sistemas y de acuerdo a los criterios que han ido delineando, han ido tomando diferencias cada vez mayores, unos evolucionando más que otros (como el Europeo) y otros mejorando en otros aspectos y hasta revolucionando el DIDH (como el Africano con su Carta). Lo que nos lleva a plantear, la estandarización de los sistemas en cuanto a la protección de

derechos humanos, por supuesto, en aspectos principales de protección jurisdiccional y no administrativos, diplomáticos o de gestión. Esto con el fin de que las personas de todo el mundo, sin importar su ámbito geográfico, ostenten las mismas garantías y los similares niveles de protección ante vulneraciones de sus derechos. Sólo así, se cumplirían los principios y características fundamentales de universalidad, igualdad, inherencia, interdependencia, indivisibilidad, y de algún modo el respeto por su inviolabilidad.

B. La no legitimación activa procesal de individuos ante la Corte Internacional de Justicia – Sistema Universal:

Como bien ya lo referimos antes, la CIJ por su propia naturaleza, es un órgano llamado a dirimir las controversias de los diferentes tratados –entre ellos los de DD.HH-, surgidas entre Estados, mas no es competente para tramitar denuncias individuales, lo que se traduce en la no legitimación activa procesal de personas, grupo de personas, u ONG's, como sí lo reconocen otros organismos especializados del Sistema Universal. Esto limita la protección de DD.HH. pues; si bien se compensa ello de alguna forma con los órganos especializados que tramitan denuncias individuales, o con los mecanismos a cargo del Consejo de Derechos Humanos; lo cierto es que las recomendaciones derivadas no son vinculantes para los Estados en cuestión.

Así, al no ser una Corte de derechos humanos *per se*, no es posible establecer un sistema jurisdiccional – y meramente contencioso-,

de protección de DD.HH. dentro del Sistema Universal, al menos no uno en su totalidad y con todas las características vistas en los sistemas regionales, los cuales si tienen este carácter propiamente. En ese sentido, creemos necesario la ampliación de las facultades de la Corte, para conocer denuncias individuales de violaciones de derechos humanos. Esto no sólo implicaría un mayor presupuesto, sino una ampliación y un cambio a su naturaleza, lo que a su vez devendría en un cambio en su estructura. Para esto planteamos la inclusión de una Sala especializada dentro de la Corte, que tenga competencia exclusiva para la protección de derechos humanos. Esto por cuanto hay fundamentos para que la Corte emita sus fallos sobre la materia, – y de hecho ya lo ha venido haciendo pero no de forma específica-, y sobre todo porque sus características, son perfectamente compatibles con los de un tribunal de derechos humanos, pues; es un órgano judicial cuyas decisiones tienen fuerza vinculante, cuyo prestigio y relevancia es tal, que su jurisprudencia es tomada en cuenta por la Corte IDH, cuyos fallos son cumplidos por los Estados prácticamente en la totalidad de los casos²⁹³- pues la ONU cuenta con un órgano que supervisa éstos (Consejo de Seguridad)-, y sobre todo porque los fallos de la Corte, son definitivos e inapelables, además de tener éstos una gran autoridad jurídica, moral y diplomática. A esto se le suma, el hecho que su competencia está previsto en su Estatuto (el cual es parte integrante de la Carta de la ONU), la misma que recae sobre asuntos

²⁹³ Esto de acuerdo a información oficial brindada la Corte (Corte Internacional de Justicia 2012).

previstos en los tratados y convenciones vigentes, los cuales lógicamente, incluyen los de DD.HH. Es más, diversos tratados, reconocen su competencia para interpretar o aplicar sus disposiciones en caso de controversias entre Estados.

Por tanto, de ser así, a diferencia de las hoy tramitadas denuncias individuales en los organismos especializados, la Corte por todas las razones nombradas en el párrafo anterior, dotarían de fuerza vinculante a sus decisiones (fallos) sobre dichas denuncias, obteniendo así las víctimas una mayor protección de sus derechos humanos.

Y aun en una propuesta más radical, podríamos referir que los actuales Comités especializados además de seguir tramitando el sistema de informes y las investigaciones de oficio, podrían cumplir una función similar a la CIDH, actuando como filtro para tales denuncias (tanto individuales e interestatales), y como una especie de Ministerio Público ante la Corte, lógicamente cada una en su respectiva materia. En una humilde opinión, vemos esto viable solo si hay la buena voluntad de los Estados por la mejora en la protección internacional de DD.HH. que ofrece el Sistema Universal.

Además, proponemos que al igual que en el Sistema Americano, tenga la facultad de emitir opiniones consultivas no sólo de los organismos de la ONU, sino también de los máximos tribunales de los Estados miembros, que le sean sometidos para una correcta interpretación de los tratados internacionales de DD.HH.

C. Limitaciones Económicas:

De acuerdo a nuestro estudio realizado, podemos referir que esta clase de limitaciones afectan ya sea de manera directa o indirecta, a la protección de derechos humanos que brindan los distintos sistemas internacionales. Siendo éstas, más frecuentes en los sistemas regionales.

Así por ejemplo, ya en el 2006, Fix-Zamudio (quien fue miembro de la Comisión Permanente, Vicepresidente y Presidente de la Corte IDH), en una ponencia²⁹⁴ organizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y la Corte IDH, revelaba como las limitaciones económicas habían influido [y de hecho hasta hoy en día lo hacen], sobre la protección de los derechos humanos en el Sistema Americano. Respecto a la CIDH, refirió que *ésta se ha visto limitada en su labor, por el incremento insuficiente que realiza la OEA, al presupuesto para la Comisión, el cual cuenta con sólo 7 Comisionados, el mismo número con el que fue creado en 1960, y de hecho actualmente sigue siendo así. Además debe considerarse que dichos Comisionados no tienen carácter permanente, sino que se reúnen cuando es posible durante 4 períodos de 3 semanas, lo que de manera ostensible no es suficiente para realizar las numerosas tareas que se le han encomendado. Por estas razones de escaso personal, inclusive apoyo, y reducido*

²⁹⁴ Ponencia realizada el 24 de enero de 2006, denominada “Breve panorama de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, en el Seminario denominado “El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales. Transcrita y actualizada al 2008 en (Fix-Zamudio 2008)

presupuesto, sus actividades eran prácticamente honorarias”²⁹⁵.

En cuanto a la Corte IDH, refería: “*El tribunal ha desarrollado sus actividades con muchos obstáculos, que derivan (...) del número muy reducido de los jueces que lo integran, el presupuesto, además de no tener carácter permanente, es muy exiguo lo que proporciona la OEA y además con la integración de jueces ad hoc (...) sus viáticos y exiguos honorarios deben ser costeados por la Corte (...) la situación más apremiante ha sido [y lo sigue siendo aun cuando no actualmente en la misma proporción] de carácter financiero*”.

Refiere que esta grave crisis se alivió de manera importante con las donaciones anuales de la Unión Europea, sin embargo dicho financiamiento no podía (ni puede en la actualidad) aplicarse a actividades judiciales, pero sí para proyectos específicos, en cuanto a sistemas informáticos, adquisición y publicación de libros, etc. Por otro lado, resalta que gracias a su ahora independencia administrativa, a las donaciones voluntarias de los Estados, y a la ayuda recibida por Costa Rica, país sede, el Tribunal ha podido ejercer sus labores, “*a pesar de los obstáculos que ha tenido que vencer y que no se encuentran totalmente superados*”²⁹⁶

Lo referido por Fix-Zamudio se corrobora con la información oficial que brindó la propia OEA en su página web, el 2017: “En la actualidad la Comisión y la Corte dependen excesivamente de

²⁹⁵ No obstante que los propios Comisionados no viven en la ciudad de Washington, que es la ciudad de su residencia desde sus comienzos, sólo se les cubren viáticos y un *per diem* simbólico. Cfr. (Fix-Zamudio 2008, 41).

²⁹⁶ Cfr. (Fix-Zamudio 2008).

donaciones y contribuciones financieras voluntarias, que por su propia naturaleza son variables e impredecibles”²⁹⁷. Motivo por el cual, la Asamblea General de la OEA decidió duplicar progresivamente el presupuesto asignado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para el año 2018, el primer año de implementación del nuevo presupuesto, la CIDH y la Corte IDH lograron aumentar en forma significativa su eficacia y eficiencia en el cumplimiento de sus mandatos, tal como fue informado públicamente con los respectivos informes.

De lo expuesto, podemos advertir que las limitaciones económicas o financieras inciden principalmente en dos aspectos, la primera; y quizás la más relevante –además de confluir la voluntad de los Estados-, es que el órgano no sea de carácter permanente; lo que nos lleva al segundo aspecto, al celebrar éste, solamente periodos de reuniones (tal como la Corte IDH y la CIDH), las labores no tienen continuidad y frecuencia como los que sí tendría un órgano permanente, limitándose sus actividades de esta forma. Esto, conforme advertimos está tratando de ser subsanado por la OEA a través de un mayor presupuesto, lo que ha dado una mayor eficacia y eficiencia a sus labores.

Lo mismo, sin embargo no sucede con el Sistema Africano, el cual por conflictos sociales, políticos y el aún desarrollo económico y social de los Estados, entre otras razones, han devenido en su bajo presupuesto designado para sus dos órganos principales, la

²⁹⁷ Recuperado: <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/074.asp>

Comisión y la Corte Africana de DD.HH. Esto se ha visto claramente con la demora de años, para el funcionamiento de éste último, y el hecho de nunca haberse puesto en funcionamiento el Tribunal de Justicia de la Unión Africana.

Esperemos que muy pronto, estas limitaciones puedan ser superadas, y no sean un obstáculo para la protección de DD.HH., así como tampoco se usen como excusa para que los órganos -que hoy operan en los distintos sistemas internacionales con periodos de reuniones-, sigan sin ser órganos permanentes, debiendo por el contrario serlo, pues las funciones que cumplen son de vital importancia, y cuya eficacia y eficiencia asegurará una mayor celeridad y cobertura de casos.

D. Ausencia del Sistema de Protección Asiático:

Algunos autores, como Máximo Carvajal Contreras, se han pronunciado sobre la existencia o no de un quinto sistema internacional de derechos humanos, el Sistema Asiático. Sin embargo y todos son enfáticos en esto, dicho sistema se encuentra aún en vías de desarrollo, y técnicamente hablando, éste aún no existe como un sistema integral de derechos humanos²⁹⁸.

En efecto podemos referir que a la fecha, no existe un Sistema regional Asiático, los pueblos asiáticos y el que consideramos que se integraría -Oceanía-, no cuentan en la actualidad con un instrumento internacional común a éstos sobre derechos humanos.

²⁹⁸ Cfr. (Carvajal Contreras 2016, 397, 406).

A pesar de los varios esfuerzos de algunos países por establecer ello, lo cierto es que hasta la fecha solo se tienen instrumentos parciales que no tienen tal fuerza, pues éstos son meramente tratados entre instituciones intergubernamentales.

Esta ausencia del Sistema Asiático, por falta de voluntad política de los Estados de esta parte del mundo, la arraigada soberanía nacional y las diferencias económicas, sociales y hasta culturales enfatizados por los Estados autoritarios, entorpece todo intento de contar con un convenio único y un sistema regional, lo que a su vez agrava la situación de la protección internacional de DD.HH. de las personas que se encuentran en las jurisdicciones de éstos Estados. Dichas personas sólo pueden acudir al Sistema Universal, el cual no ostenta un mecanismo jurisdiccional y es además de difícil acceso, por el costo y la distancia. Esperamos que muy pronto, esta situación mejore, y el Asia y Oceanía o Asia-Pacífico pueda contar con un Sistema Regional de Protección de DD.HH. Para este establecimiento, la propia ONU a través de su Oficina Regional para el Sureste Asiático, se encuentra trabajando desde hace más de una década (2002).

2.2.5.3. Limitaciones según la Generación:

A. De los Derechos Civiles y Políticos:

Estos derechos son a la fecha los que menos limitaciones tienen a la hora de exigir su protección internacional en los diferentes sistemas de protección. Siendo de realización inmediata y generando un menor presupuesto de inversión, los Estados y las

propias organizaciones internacionales han llegado incluso en la práctica a darle mayor relevancia (como es el caso de Europa para el cual prevé un sistema judicial exclusivo, o de la propia ONU cuando primero adoptó el sistema de denuncias para este tipo de derechos a diferencia de los DESC).

De hecho el PIDCP es a la fecha, el tratado más reconocido al cual una mayor cantidad de Estados miembros de la ONU se han vinculado (cuenta a la fecha con 173 ratificaciones). Pese a esto, todavía hay Estados miembros que no han ratificado este Pacto (6 signatarios) y Estados sin acción alguna para su reconocimiento (18), motivo por el cual, no es posible aplicar los mecanismos previstos para estos derechos en el Sistema Universal, ni la exigencia de cumplimiento alguno para el caso específico de estos Estados²⁹⁹. Y ni que decir de aquellos territorios no considerados Estados oficiales, no reconocidos por la ONU o por alguno de sus miembros³⁰⁰, a los cuales no es posible obligarlos en la práctica al respeto y protección de dichos derechos (sólo podrá recomendarse, o exigirse de forma teórica, moral o bajo presión social, mas no jurídica), salvo los casos previstos anteriormente (ius cogens).

B. De los Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

En cuanto a este tipo de derechos, debemos detenernos un poco en los motivos por los cuales, durante muchos años han sido relegados

²⁹⁹ Este es el caso de Emiratos Árabes Unidos y otros.

³⁰⁰ Este es el caso de Kosovo (reconocido por 111 miembros de la ONU, pero que no es un Estado soberano plenamente), Transnistria (reconocido 3 Estados no miembros de la ONU), Somalilandia (país independiente de facto y territorio no reconocido como Estado) y otros.

y aun a la fecha, persisten obstáculos para su plena protección en el DIDH.

En primer lugar, si bien el PIDESC fue aprobado junto con el PIDCP, la protección que se le brindó a ambas generaciones no fue la misma. En un primer momento el desarrollo de los derechos civiles y políticos, y el establecimiento de mecanismos de control para su aplicación primó por encima de los DESC, a quienes solo se les había previsto un mecanismo de informes aduciendo la progresividad de su aplicación de acuerdo a la disponibilidad de recursos económicos de los Estados. Los DESC tuvieron que esperar años para el establecimiento de denuncias de violaciones de estos derechos, recién con la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo del PIDESC, en 2013.

Por esta razón tan arraigada de ser “derechos progresivos”, y dado su alto costo para los Estados, y aun inclusive en un sistema tan avanzado como el Europeo, estos derechos se encuentran un tanto disminuidos en su protección a diferencia de los derechos de primera generación, para los cuales por ejemplo en el Europeo, se prevé un mecanismo judicial de protección, mientras que para los DESC todavía se prevé un sistema cuasicontencioso llevado a cabo por el CEDS.

A esto por supuesto, se le suma lo ya referido para el PIDCP, siendo que en la actualidad el PIDESC está ratificado por 170 países, 4 signatarios y 23 Estados sin acción, a los cuales no es posible aplicarles el Pacto. Esto se agrava si consideramos que, el PF-

PIDESC sólo ha sido ratificado por 24 Estados, es decir, sólo a estos les es posible la aplicación del sistema de denuncias colectivas. Mientras que para los demás Estados parte del PIDESC, aún sólo es aplicable el sistema de informes. Lamentablemente entre estos Estados, está el Perú, quien es uno de los denominados “sin acción” en la lista oficial de la ONU.

Es así que, a pesar de lo ya avanzado y desarrollado por las Cortes Internacionales y el derecho interno, respecto a que estos derechos no constituyen meramente “programáticos”, sino que por el principio de indivisibilidad e interdependencia, los Estados tienen la obligación de garantizar su plena eficacia; aún conforme vemos, quedan rezagos de las limitaciones en su protección por la falta de voluntad política de los Estados. Por lo que esperamos que el Sistema Europeo, y en general todos los sistemas, equiparen en importancia y tratamiento a todos los derechos humanos. Después de todo, “no puede realizarse el ideal del ser humano libre (...), liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”³⁰¹.

C. De los Derechos de Solidaridad o de los Pueblos:

El caso de los derechos de tercera generación comporta una de las formas más difusas de protección. En principio, su principal

³⁰¹ Preámbulo del PIDESC

limitación es que éstos no están expresamente previstos como tales en instrumentos internacionales vinculantes de alcance importante para la Comunidad Internacional, ni para la ONU, a diferencia de sus otros pares. Si bien la DUDH, menciona en su preámbulo a los pueblos y el progreso social³⁰², y reconoce de manera implícita estos derechos como el derecho a la paz y otros, lo cierto es que gran parte de su desarrollo se ha dado a partir de la interpretación extendida de las otras dos generaciones de derechos humanos contenidas en la Declaración, así como de otros tratados.

Así, la Comunidad Internacional a pesar de haber reafirmado su categoría de indivisible junto con los otros derechos, y establecer distintas estrategias³⁰³, y hasta haber elaborado la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, lo cierto es que ésta declaración es como lo refiere la propia ONU, una proposición, un documento declarativo, por lo que aún no se ha dotado de protección internacional vinculante a nivel mundial, a este tipo de derechos, los cuales además merecen un tratamiento especial por la complejidad de su cumplimiento y el establecimiento de responsabilidades internacionales a los Estados responsables. Esta situación contrasta, con lo ya avanzado por los sistemas regionales, en especial con el Sistema Africano.

³⁰² “(...) los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado su fe en los derechos fundamentales del hombre (...) y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”

³⁰³ Los Jefes de Estado y de gobierno aprobaron en 2015 los 17 objetivos de desarrollo sostenible y 169 metas conexas, que se comprometieron a alcanzar en el horizonte del año 2030. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible promete no dejar a nadie atrás.

2.2.5.4. Limitaciones u obstáculos Políticos, Ideológicos y Culturales:

Las limitaciones a la protección de derechos humanos, de corte político, ideológico y culturales son visibles a los ojos de la humanidad y de la Comunidad Internacional. Este tipo de limitaciones siguen discutiéndose hoy en día, estando muchas veces relacionados con los económicos y sociales.

A. Relacionados con la concepción misma de los derechos humanos:

Conforme hemos visto en el ítem “alcances doctrinarios” del subtítulo 2.2.1.3., el propio concepto de derechos humanos, sus características y contenido, conflictúa muchas veces con las distintas visiones y perspectivas políticas, ideológicas, y culturales que se tienen en el mundo. Y es que los derechos humanos han sido cuestionados desde estos tres puntos de vista, a lo largo de su desarrollo, y aun en la actualidad perduran diferencias marcadas sobre éstos, en continentes como Asia o África.

Los Estados en vías de desarrollo de estas regiones, no participaron activamente en la redacción de la DUDH. Motivo por el cual, han cuestionado sus preceptos, bajo el argumento que al momento de su redacción y aun en la actualidad, los derechos humanos han sido y son fundados bajo tesis occidentales dominantes en contravención de estos Estados y de Estados de corte socialista. Los mismos que no han tomado en cuenta, la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como sus ideologías, religiones y prácticas culturales de muchos de estos Estados.

Por otro lado, la vida diaria de las personas, sumadas a las distintas posturas ideológicas y hasta las propias corrientes filosóficas, conflictúan a la hora de tratar de definir los DD.HH. Lo que en la práctica puede diferir en la firme convicción o no de las personas por denunciar violaciones de DD.HH., la concepción de su obligatoriedad o no a los Estados, y la propia relevancia o prevalencia de la protección a ciertos derechos más que a otros.

B. Limitaciones ideológicas y culturales:

Esta clase de limitaciones aún existe, en países cuyas ideologías religiosas están tan arraigadas que los Estados se niegan a aceptar todo precepto que conflictúe con las normas dictadas por su religión y su cultura. Este es el caso de aquellos Estados que profesan el Islam, cuyos 57 Estados en la Organización de la Conferencia Islámica, suscribieron la Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam³⁰⁴, de la cual muchas de sus disposiciones son de difícil compatibilidad con el DIDH. Así, debemos entender, que el Islam no es solo una religión sino que es referida como una forma de vida que se extiende sobre los asuntos del Estado, religión y comunidad. El ordenamiento legal en algunos países del Islam equivale a la *shari'a* o a la total ordenanza derivada del *Qur'an*, por tanto, todo derecho³⁰⁵ consagrado en la Declaración, está limitado a la *shari'a*, siendo ésta única fuente de

³⁰⁴ Adoptado el 5 de agosto de 1990.

³⁰⁵ Como ejemplo, podríamos citar al derecho a expresar las opiniones libremente, el cual solo está permitido en cuanto no sea contraria a los principios de la *shari'a*.

referencia para clarificar y explicar cualquier artículo del citado documento.³⁰⁶

Con respecto a esto, estamos de acuerdo con Carlos Villán, cuando dice: “Los particularismos culturales son bienvenidos, siempre que su aplicación suponga mejorar los estándares universales de protección. No es aceptable utilizar las diferencias culturales para justificar violaciones de normas imperativas del DIDH, que por definición son universales. Mientras algunos gobiernos enfatizan al máximo tales particularismos culturales, sus sociedades civiles reivindican la universalidad de los derechos humanos, incluidos los de las mujeres y los niños. Es el caso paradigmático de la República Islámica de Irán y Arabia Saudí, pues ambos utilizan la islamización de la cultura como cortina de humo tras la cual se ocultan serias violaciones de derechos humanos” (*La Obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal*, p. 114, 115). Por otro lado esta África, cuya cultura se ha puesto de relieve con la Carta Africana de Derechos Humanos, conforme ya lo hemos estudiado, y que para este efecto, solamente mencionaremos que los Estados Africanos, han puesto de relieve a los derechos de tercera generación por encima de los derechos civiles y políticos. Los derechos colectivos de los pueblos priman, para ellos, sobre los derechos individuales, lo cual si bien podría significar un impulso relevante al derecho de los pueblos, lo cierto es que en la práctica esto se ha visto, como una excusa de los Estados autoritarios para

³⁰⁶ Cfr. (Rocha Herrera 2018, 528).

extralimitarse y hasta violar DD.HH. de primera generación.

Por otro lado, también están aquellas ideologías radicales derivados de Estados de facto o autoritarios, quienes más que beneficiar a su pueblo, generan grandes obstáculos para la protección de derechos humanos. Estas limitaciones conflictúan directamente con el derecho a la paz, el cual “es objeto de violaciones sistemáticas producto de la violencia armada directa (persisten más de 50 conflictos armados en el mundo) y de la violencia estructural que generan extrema pobreza y hambruna³⁰⁷. Otras manifestaciones de violencia, como la de género, la laboral, la escolar y la familiar, completan el desolador panorama de nuestras sociedades, en las que paradójicamente impera una cultura de violencia sobre la cultura de paz” (pág. 115).

C. Limitaciones políticas:

Muchas de estas limitaciones surgen gracias a las limitaciones antes estudiadas en los subtítulos, y en el hecho de que los Estados materializan las mismas, entorpeciendo la labor de organismos internacionales.

Así por ejemplo, la alta politización y la mayoría absoluta que tienen los Estados africanos y asiáticos en el seno del Consejo DH (en total suman 26 votos de 47), hacen temer por el futuro del valioso sistema de procedimientos especiales. Así, el Consejo DH se manifiesta cada vez más hostil a los mandatos geográficos,

³⁰⁷ Lejos de reducirse, podrían afectar en 2020 a 1.200 millones de seres humanos, la mayoría de ellos mujeres y niños de los países del Sur.

habiendo reducido a 14 su número (en los últimos años han desaparecido los relativos a Cuba, Belarús, Haití y R.D. del Congo). En vez de confiar a un relator especial el estudio de la situación de los derechos humanos en un país en dificultades, los Estados interesados prefieren que ese estudio lo realice el Alto Comisionado precisamente porque no es un experto independiente, sino un alto funcionario de la Organización (pág. 115)

Por otra parte, el Sistema Africano adolece también de estos obstáculos, pues sus Estados miembros están inmersos en; “inestabilidad política permanente, con cuentas guerras civiles prolongadas, contiendas entre Gobiernos y la proliferación de regímenes autoritarios, varios de carácter castrense, lo cual dificulta de manera considerable la labor de protección de los derechos individuales y los colectivos de los pueblos” (Fix-Zamudio 2008, 56, 57).

Otro gran ejemplo y perfectamente visible, es la escasa y en algunos incluso nulo uso de las denuncias interestatales en los distintos sistemas internacionales de protección (Ej. Sistema Universal). Esto muestra “el desinterés de los Estados por denunciar violaciones de derechos humanos contra otros Estados, ya que ellos no lo consideran “políticamente correcto”, en el marco de sus relaciones diplomáticas tradicionales”³⁰⁸. Lo cual evidencia que la Comunidad Internacional debido a la “política de los

³⁰⁸ (Villán Durán, Curso de Derecho internacional de los derechos humanos 2002, 439) en (Bregaglio 2013, 102)

Estados”, no exige el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a los Estados, a menos que haya intereses económicos de por medio, conforme se ha apreciado en la realidad.

A esto se suma la aun arraigada idea de que la soberanía nacional se encuentra muy por encima de la universalidad de los derechos humanos, relativizando así los mismos. Muchos Estados utilizan esta idea como excusa política para no adherirse ni ratificar tratados (Ej. EE.UU), lo cual deviene en una falta de voluntad política y de gobierno, que merma la protección de derechos humanos.

2.2.5.5. Limitaciones Económicas y Sociales:

A. Limitaciones económicas y sociales de los Estados:

Las limitaciones económicas y sociales que existen en cuanto al tema de la protección de derechos humanos muy frecuentemente son por la también limitada economía y el aún desarrollo social del Estado en cuestión. Así, no será lo mismo la exigencia a un Estado Europeo del respeto y garantía plena de un derecho social, que a un Estado Africano. Las evidencias saltan a la vista.

Esto no quiere decir, que aquellos Estados que gocen de una mejor economía, no violen derechos humanos. Tenemos por ejemplo, el caso de EE.UU., país que a pesar de su enorme poderío económico, ha sido y es muchas veces causante de violaciones de derechos humanos, generalmente por contiendas militares en otros países cuyos intereses se dejan entre ver (Caso de Libia), por no respetar lo decidido o lo exhortado por organismos internacionales o

simplemente por no obligarse a respetar documentos vinculantes (CADH). Al no obligarse, cierra las puertas a aquellas denuncias que podrían serle atribuidas, evitándose así convenientemente obligaciones que se contraponen a sus intereses.

B. Limitaciones económicas de las personas:

Las limitaciones económicas se manifiestan en el difícil acceso a la justicia que tienen las personas víctimas de violaciones de derechos humanos. En la actualidad, llevar un procedimiento ante órganos internacionales, es de alto costo, lo cual muchas de ellas no pueden pagar. De no ser por las ONG's que muchas veces subvencionan dicho acceso, las víctimas no alcanzarían a interponer denuncias en contra de los Estados. Estos costos, no significan solo pasajes y bolsas de viaje a las sedes de los órganos (aunque en la actualidad puede hacerse por correo, el cual al menos en el caso de la ONU, no son eficientes ni rápidos), sino el asesoramiento legal de un abogado experto. El Sistema Africano ha sorprendido concediendo asesoría jurídica a las víctimas, siempre y cuando el caso sea de "relevancia jurídica" a criterio de su Corte.

Para finalizar, queremos referir que somos conscientes, de que las limitaciones, obstáculos y falencias que se tiene en la protección de derechos humanos en el ámbito del DIDH, son diversa índole y de distintas clases o características. No pretendemos enumerar todas y cada una de ellas, pues a medida que esta disciplina se vaya desarrollando, las Cortes internacionales vayan desarrollando mayor jurisprudencia y, en general siga siendo un "derecho vivo" de constante evolución, se irán dando nuevas y mayores

dificultades que la Comunidad Internacional y la humanidad tendrán que superar. Lo presentado en este subtítulo 2.2.5., pretende tan sólo mostrar algunas de las más relevantes limitaciones que se tienen hoy en día.

2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS:

Para los efectos de esta tesis, los términos siguientes deben ser entendidos como los que a continuación se describen. Cabe advertir que algunos de ellos están inmersos en continuos debates doctrinarios, por lo que planteamos nuestras propias definiciones o nos adherimos a una cierta línea jurisprudencial o posición doctrinal que creemos acertada y actual a nuestros tiempos.

- **Derechos Humanos:** Son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. (OACDH 2018)
- **Derecho Internacional de los Derechos Humanos:** Disciplina jurídica, rama del derecho internacional público, constituido por el conjunto de normas jurídicas internacionales, principios e instituciones destinadas a garantizar la promoción y protección de los DD.HH., desde su configuración, interpretación y aplicación a nivel internacional, regional y nacional. Estableciendo además, las obligaciones que tienen los Estados de acción u omisión de determinados actos, a fin de garantizar dichos derechos.
- **Comunidad Internacional:** Conjunto de sujetos de derecho internacional público, que persiguen determinados fines y objetivos en atención a los valores esenciales comunes que comparten, siendo su composición universal e

interdependiente. Sus miembros tienen igualdad jurídica de decisión y acción, regulado por normas y tratados internacionales.

- **Sujetos de derecho internacional:** Son considerados sujetos de Derecho Internacional no sólo los Estados, sino también las Organizaciones Internacionales, los individuos, los grupos beligerantes y los movimientos de liberación nacional, aunque no con capacidades idénticas (Novak Talavera y García-Corrochano Moyano 2016, 40).
- **Carta Internacional de Derechos Humanos:** Comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sus dos Protocolos Facultativos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo.
- **Tratado:** En términos genéricos, puede ser utilizado como, un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos y cualquiera que sea su denominación particular³⁰⁹. Como término específico sin embargo, se entiende como aquel instrumento internacional que vincula a los Estados parte u otros sujetos de derecho internacional, a cumplir los acuerdos adoptados a consecuencia de su manifestación expresa de sometimiento del mismo. Este último, es el que mayormente es entendido en la actualidad y el que debe entenderse en la presente tesis.
- **Violaciones de DD.HH.:** Para el DIDH -hablando exclusivamente desde un lenguaje técnico-jurídico-, no toda ofensa a la dignidad, abuso o violencia social configura violaciones de derechos humanos, la nota característica, es que ellas se

³⁰⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 2.1.

cometen desde el poder público o gracias a los medios que éste pone a disposición de quienes lo ejercen. Pueden ser crímenes, incluso gravísimos, pero si es mera obra de particulares, no será una violación de DD.HH.³¹⁰, salvo aquellas acciones que el Estado no prevenga ni persiga y que se configurarán no por ser atribuidas al Estado, sino porque su responsabilidad surge del incumplimiento de su obligación internacional de ejercer la debida diligencia para proteger los derechos de todas las personas en su jurisdicción³¹¹, sea en casos de conflicto armado o en tiempos de paz.

- **Obligaciones de los Estados en materia de DD.HH.:** Los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho consuetudinario imponen tres obligaciones a los Estados: 1) el respeto, que implica la abstención de interferir en el disfrute de los DD.HH.; 2) la protección, que implican no solo deberes de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de DD.HH. dentro de su jurisdicción, sino el restablecimiento, la reparación de los daños a las víctimas y; 3) el cumplimiento, que implica garantizar el ejercicio de los DD.HH. mediante la adopción de disposiciones de derecho interno que busquen hacer efectivos tales

³¹⁰ Cfr. (Nikken, El Concepto de los Derechos Humanos 1994, 27). El propio Nikken señala: “Existen, desde luego, situaciones límites, especialmente en el ejercicio de la violencia política. Los grupos insurgentes armados que controlan de una manera estable áreas territoriales o, en términos generales, ejercen de hecho autoridad sobre otras personas, poseen un germen de poder público que están obligados, lo mismo que el gobierno regular, a mantener dentro de los límites impuestos por los derechos humanos. De no hacerlo no solo estarían violando el orden jurídico del Estado contra el que surgen, sino también los derechos humanos. Puede incluso considerarse que quienes se afirman en posesión de tal control, aun si no lo tienen, se están autoimponiendo los mismos límites en su tratamiento a las personas sobre las que mantienen autoridad. Por lo demás, aplicando principios extraídos de la teoría de la responsabilidad internacional, si un grupo insurgente conquista el poder, son imputables al Estado las violaciones a obligaciones internacionales -incluidas las relativas a derechos humanos- cometidas por tales grupos antes de alcanzar el poder”.

³¹¹ Cfr. Consejo de Derechos Humanos (2013). Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo, fundamento 14.
Recuperado https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A_HRC_23_49_English.pdf

derechos³¹².

- **Responsabilidad Internacional de los Estados por violación de DD.HH.:** Esta responsabilidad es atribuida a los Estados por violaciones o vulneraciones de derechos humanos, la cual es declarada por un órgano internacional (generalmente una Corte Internacional), teniendo como fuente de tal responsabilidad, a los tratados de DD.HH. que los Estados han suscrito y ratificado, y por los cuales han asumido obligaciones, no para con otros Estados, sino para con los individuos de su jurisdicción. Y que, ante el incumplimiento de dichas obligaciones y la realización de una acción u omisión que genere la violación de una obligación internacional (hecho internacionalmente ilícito), generará de acuerdo a lo establecido por la ONU³¹³, una responsabilidad internacional³¹⁴ sancionable.
- **Limitaciones para la protección de DD.HH.:** Para los efectos de la presente tesis, debe entenderse el término “limitaciones”, como aquellos obstáculos, deficiencias jurídicas, falencias estructurales, situaciones o realidades que afectan, limitan o impiden la plena protección de derechos humanos en el DIDH. Éstas no deben confundirse con los límites legítimos a los derechos humanos, previstos por el Derecho, y que restringen su ejercicio o alcance ante determinadas circunstancias.

2.4.FORMULACIÓN DE HIPÓTESIS:

2.4.1.HIPÓTESIS GENERAL:

Los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos

³¹² Cfr. (ACNUDH y Unión Interparlamentaria 2016, 33-35).

³¹³ Cfr. Resolución 56/83 de las Naciones Unidas.

³¹⁴ Para mayor abundamiento sobre la responsabilidad internacional del Estado, revítese también, la Sentencia de la Corte IDH sobre el caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile, de fecha 5 de febrero de 2001.

humanos en el DIDH son principalmente; la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades.

2.4.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

- a. La no existencia de mecanismos jurisdiccionales eficaces e idóneos en todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es la principal razón por la cual, los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales violan o permiten la conculcación de dichos derechos.
- b. La Comunidad Internacional debe exigir a los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos, bajo el argumento del ius cogens.

2.5. IDENTIFICACIÓN DE VARIABLES:

2.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

Derechos Humanos

➤ **Dimensión:**

Ámbito nacional e internacional.

➤ **Indicadores:**

- Instrumentos Internacionales.
- Doctrina.
- Acepciones y referencias oficiales de las organizaciones internacionales.
- Recomendaciones y Sentencias de órganos internacionales (comisiones, comités, cortes internacionales) de los diferentes sistemas

de protección internacional de derechos humanos.

2.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

Las limitaciones para su protección.

➤ **Dimensión:**

Ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

➤ **Indicadores:**

- Deficiencias normativas.
- Estatutos y Reglamentos de los órganos internacionales.
- Comunicados oficiales.
- Recomendaciones y Sentencias de órganos internacionales (comisiones, comités, cortes internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

2.5.3. VARIABLE INTERVINIENTE:

Violación de Derechos Humanos

➤ **Dimensión:**

Ámbito nacional e internacional.

➤ **Indicadores:**

- Deficiencias normativas.
- Estatutos y Reglamentos de los órganos internacionales.
- Recomendaciones y Sentencias de órganos internacionales (Comisiones, Cortes, Comités Internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos.
- Comunicados oficiales y de medios de comunicación.

2.6. DEFINICIÓN OPERACIONAL DE VARIABLES E

INDICADORES:

2.6.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

Derechos Humanos

En este caso, esta variable como causa establecida tiene como finalidad generar plena concientización sobre la importancia de los derechos humanos, especialmente en cuanto se refiere a su respeto, plena protección y cumplimiento por parte de los Estados miembros de la Comunidad Internacional. Por tanto, y desde esta mirada y estando a su definición operacional, esta variable se constituye en la causa que precede a las limitaciones que encontramos en el derechos internacional de los derechos humanos para garantizar su pleno respeto, protección y cumplimiento.

2.6.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

Las limitaciones para su protección.

En este caso, esta variable como consecuencia de la variable independiente tiene como propósito garantizar el pleno cumplimiento de los derechos humanos, considerando y delimitando las limitaciones u obstáculos que se tiene en el DIDH y que dificultan su plena vigencia en favor de la persona humana, fin supremo de la sociedad, del Estado y de la Comunidad Internacional.

2.6.3. VARIABLE INTERVINIENTE:

Violaciones de Derechos Humanos.

Como variable interviniente, las violaciones de derechos humanos por parte de los Estados, permiten evidenciar las limitaciones en la protección de los derechos humanos (variable dependiente) y por tanto, afectan la plena vigencia

y garantía de los derechos humanos (variable independiente), es decir, su reconocimiento, respeto, protección y cumplimiento.

Variables	Dimensiones	Indicadores
<ul style="list-style-type: none"> • Independiente: Derecho Humanos 	<p>Ámbito nacional e internacional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Instrumentos Internacionales. • Doctrina. • Aceptaciones y referencias de organizaciones internacionales. • Recomendaciones y Sentencias de órganos internacionales (comisiones, cortes, comités internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos.
<ul style="list-style-type: none"> • Dependiente: Las limitaciones para su protección 	<p>Ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Deficiencias normativas. • Estatutos y Reglamentos de órganos internacionales. • Recomendaciones y Sentencias de órganos internacionales (comisiones, cortes, comités internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos.
<ul style="list-style-type: none"> • Interviniente: Violaciones de Derechos Humanos 	<p>Ámbito nacional e internacional</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Doctrina • Instrumentos internacionales. • Recomendaciones y Sentencias de los órganos (comisiones, comités cortes internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de derechos humanos. • Comunicados oficiales y de medios de comunicación.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN:

La presente tesis es una investigación científica, que mediante la aplicación del método científico, procura obtener información relevante y fidedigna, para entender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento³¹⁵. Es por tanto, un proceso reflexivo, sistemático, controlado y crítico que permite descubrir nuevos conocimientos³¹⁶.

En ese sentido, es de tipo descriptivo y explicativo, porque se sustenta en el acopio de la información que se ha obtenido a través de las distintas técnicas de recolección de datos y el análisis de doctrina y jurisprudencia, que nos ha permitido determinar las razones y causales de las limitaciones en la protección de DD.HH., y

³¹⁵ Cfr. Tamayo y Tamayo, Mario. *El proceso de la Investigación Científica*, 2003, p. 37.

³¹⁶ Cfr. Ander Egg, Ezequiel. *Técnicas de investigación social*, p.28.

con ello, validar nuestras hipótesis de investigación. Todo esto en función a la importancia de los DD.HH. para la Comunidad Internacional, especialmente en cuanto se refiere a garantizar su plena vigencia.

Además el nivel está comprendido en el marco teórico, el cual es descriptivo y explicativo.

3.2.MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

El método seguido en la presente investigación, conforme ya se ha referido, es el método científico que presupone hechos que tiene que comprobarse previa contrastación. En tal sentido se ha basado, en lo descriptivo y explicativo, con el fin de encontrar y señalar las razones y causales de las limitaciones que existen y han sido evidenciadas en el DIDH, para garantizar la plena vigencia y protección de los derechos humanos. Situaciones que deben solucionarse, pues en la actualidad se está mermando la misma institucionalidad democrática de todo Estado y de la Comunidad Internacional en general.

Para tales fines, se ha empleado además, el método hermenéutico-jurídico propio de la ciencia del Derecho, para la interpretación de los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, el método analítico-sintético para analizar y contrastar los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, y el método heurístico para la redacción de las conclusiones y recomendaciones.

3.3.DISEÑO DE INVESTIGACIÓN:

El diseño de la presente investigación es “no experimental” ya que los datos estadísticos provienen de nuestro propio país y de las organizaciones internacionales, esto con fines de acceder a la información requerida y ello para su selección, validación y procesamiento conforme corresponde a un trabajo de investigación. Es

decir, el presente trabajo de investigación tiene una connotación cuantitativa en razón de que determina un cierto número de hechos, situaciones y casos que se originan del análisis de los sistemas internacionales de protección de los DD.HH., los mismos que han conllevado a un tratamiento y posteriormente a un resultado estadístico.

3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA:

3.4.1. POBLACIÓN:

80 situaciones que limitan la protección de derechos humanos y tienen incidencia directa con las violaciones de derechos humanos en los 4 Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos.

Encuestas realizadas a 40 personas, entre abogados especialistas y público en general.

3.4.2. MUESTRA:

20 situaciones que limitan la protección de derechos humanos y tienen incidencia directa con las violaciones de derechos humanos en los 4 Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos y 20 encuestas realizadas, 10 a abogados y 10 a la población en general.

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE

DATOS:

3.5.1. TÉCNICAS:

Las técnicas utilizadas para la recolección de la información:

- **Observación e Investigación:** Dirigida a 20 situaciones que limitan la protección de derechos humanos y tienen incidencia directa con las violaciones de derechos humanos en los 4 Sistemas Internacionales de

Protección de Derechos Humanos y; 20 encuestas, 10 a abogados y 10 a la población en general.

- **Análisis de documentos:** Instrumentos Internacionales, Estatutos y Reglamentos, Sentencias de los casos jurisdiccionales, recomendaciones de los casos cuasi-contenciosos e informes de los no contenciosos y demás documentos emitidos por las Cortes, Comisiones y Comités Internacionales, así como, por las Organizaciones Internacionales en general.
- **Internet:** Se utiliza esta técnica para complementar la información requerida en la presente investigación, sobre todo en cuanto a las comunicaciones e información oficial de las organizaciones internacionales.
- **Encuestas:** Dirigidas a abogados y la población peruana, para saber su percepción sobre la protección de derechos humanos en el ámbito internacional.

3.5.2. INSTRUMENTOS:

- Observación objetiva e Investigación.
- Cuadros comparativos y de doble entrada.
- Fichas.
- Cuestionario.
- Lista de cotejo.

3.6. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS:

3.6.1. PROCESAMIENTO MANUAL:

En hojas sueltas.

3.6.2. PROCESAMIENTO ELECTRÓNICO:

Con datos alimentados a dos laptops y dos pantallas de apoyo.

3.6.3. TÉCNICAS ESTADÍSTICAS:

a. Descriptiva: El procesamiento de los datos se realizará a través de un sistema mecanizado apoyado por una laptop. Utilizando una hoja de cálculo se harán las tabulaciones, cuadros, tablas de frecuencias y gráficos.

b. Inferencial: Una vez obtenidos los cuadros y gráficos se procederán a realizar el análisis estadístico inferencial para concluir con la prueba de hipótesis, utilizando la prueba Chi-cuadrado.

3.7. TRATAMIENTO ESTADÍSTICO:

En cuanto se refiere al tratamiento estadístico de los instrumentos de recolección de datos, se ha procedido al análisis de situaciones que limitan y median en la protección de derechos humanos en el DIDH, en ese sentido se ha analizado instrumentos internacionales, estatutos y reglamentos, el análisis de doctrina y la utilización de encuestas y cuestionario, para complementar dicho estudio.

Los datos obtenidos a través de las técnicas de selección, validación y de procesamientos de los mismos han sido realizadas siguiendo las pautas y procedimientos de una investigación científica.

3.8. SELECCIÓN, VALIDACIÓN Y CONFIABILIDAD DE LOS INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN:

El análisis de la información dogmática que ha sido compilada y el acopio de los datos estadísticos se aplicaron previamente para determinar la viabilidad de mis hipótesis y lograr por tanto su validación. De la misma manera se tomó en cuenta diversas estadísticas sobre el tema materia de investigación.

En tal sentido en ambos casos, es decir la hipótesis general como las específicas, se ha tenido en cuenta datos objetivos que permitan su validación conforme corresponde a un trabajo de investigación, por lo que la presente investigación tiene un alto grado de verosimilitud y confiabilidad, pues estas además se confrontan con la realidad.

Por lo señalado se ha tenido sumo cuidado en la utilización de los instrumentos de investigación que nos permita llegar a datos estadísticos fidedignos y así validar nuestras hipótesis materia de la presente investigación.

3.9. ORIENTACIÓN ÉTICA:

La presente tesis está orientado a difundir la exigencia del respeto, protección y cumplimiento de los derechos humanos a los diferentes Estados y especialmente al Estado peruano.

Asimismo, hemos respetado lo vertido por distintos autores mencionados, realizando las citas correspondientes. Además seguimos las pautas que garantizan originalidad y autenticidad, considerando que como toda investigación, lo que se busca es crear nuevos conocimientos y aportar a las soluciones que permitan alcanzar la plena vigencia de los derechos humanos en el Perú y en el Mundo.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO DE CAMPO

Preocupada por la situación de los derechos humanos en el Perú y en la Comunidad Internacional, considerando las limitaciones que existen para su debida protección en el derecho internacional y buscando asimismo alcanzar los objetivos de mi investigación es que se ha realizado la presente tesis, que pone de relieve la importancia de la protección de los derechos humanos en el DIDH.

En tal sentido, desde su desarrollo histórico de los derechos humanos hasta la fecha, se han suscitado una serie de limitaciones para garantizar tal protección internacional, en muchos casos por responsabilidad de los propios Estados y en otros por los propios mecanismos de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos.

Por ello, y a fin de desarrollar el tratamiento estadístico en la presente investigación, es que he implementado diversas técnicas de recolección de datos, lo cual finalmente me han permitido validar mis hipótesis de investigación.

A continuación, se desarrollará los aspectos más importantes previstos en el desarrollo de las Bases Teóricas, sobre situaciones de estructura, funciones, de alcance jurídico o de diversa índole (situaciones limitantes) que presentan los distintos sistemas internacionales que limitan la protección de los DD.HH. Con tal fin, se ha elaborado la siguiente tabla con 20 ítems, que reflejan 20 situaciones que median en la protección de derechos humanos y que tienen incidencia directa con el tratamiento jurídico que se da en casos de violaciones de derechos humanos, otorgándole a cada ítem el valor de 1 o 0 según cumpla o no con dicho elemento, en donde 20 es el máximo puntaje y 0 el menor, del cual luego se tendrán los resultados que determinaran las falencias y el nivel de protección de cada sistema internacional, en relación a las situaciones limitantes y casos de violaciones de derechos humanos que puedan presentarse:

Tabla N° 01

N°	Ítems que median en la protección de DD.HH.	Sistema Universal	Sistema Americano	Sistema Europeo	Sistema Africano
01	Sistema jurisdiccional <i>per se</i>	0	1	1	1
02	Corte o Tribunal de DD.HH. como tal	0	1	1	1
03	Número importante de jueces integrantes	0	0	1	0
04	Órgano que supervisa la ejecución de sentencias	1	0	1	1
05	Órgano que sirve como filtro o actúa como especie de Ministerio Público	0	1	0	1
06	Mecanismos de protección con decisión vinculante	1	1	1	1
07	Sistema cuasi-contencioso	1	1	1	1
08	Mecanismos de protección con decisión de recomendación	1	1	1	1
09	Órgano principal cuasi contencioso general	1	1	0	1

10	Órganos especializados cuasi-contenciosos	1	0	1	1
11	Órganos de promoción	1	1	1	1
12	Medidas provisionales de protección	1	1	1	1
13	Peso y autoridad jurídica de las decisiones	1	1	1	0
14	Corte (Sistemas regionales) u órganos (Sistema Universal) con carácter permanente	0	0	1	0
15	Cumplimiento de las Sentencias u medidas provisionales	1	1	1	0
16	Número importante de casos llevados por la Corte	0	1	1	0
17	Solidez del órgano de supervisión, empleo de diferentes medidas.	1	0	1	0
18	Legitimación activa procesal de individuos para la protección jurisdiccional de los derechos civiles y políticos	0	1	1	1
19	Legitimación activa procesal de individuos para la protección jurisdiccional de los DESC	0	1	0	1
20	Legitimación activa procesal de individuos para la protección jurisdiccional de los derechos de tercera generación	0	0	0	1

Por otro lado, en cuanto a las encuestas, y luego de las explicaciones del caso a 10 abogados especialistas y 10 personas de la población en general, se ha realizado las siguientes preguntas:

A los señores abogados

- a. ¿Considera usted que el DIDH garantiza plenamente la protección de los derechos humanos, bajo mecanismos de protección eficaces e idóneos?
- b. ¿Considera usted que es de fácil acceso el Sistema Americano o Universal para casos de violaciones de derechos humanos?

A la población en general

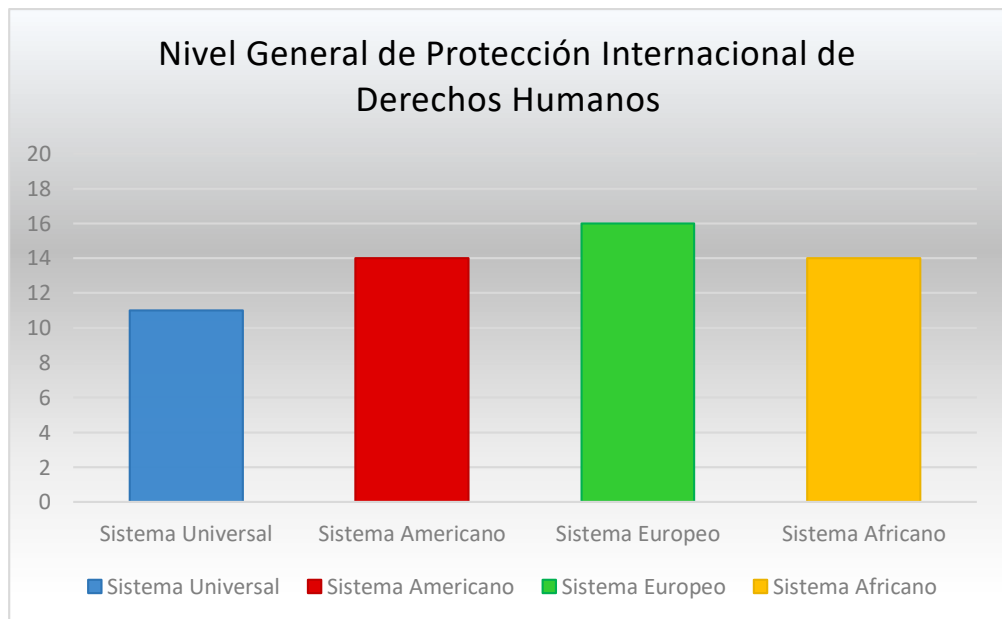
- a. ¿Considera usted que los derechos humanos están debidamente garantizados por diferentes organizaciones internacionales?

4.2. PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

4.2.1. RESULTADOS DE LAS SITUACIONES QUE LIMITAN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS:

Los aspectos más importantes sobre situaciones de estructura, funciones o alcance jurídico de los distintos sistemas internacionales que limitan la protección de los derechos humanos y tienen incidencia directa en casos de tratamiento jurídico de violaciones de derechos humanos, han sido analizados en cuanto al nivel de protección, teniendo los siguientes resultados obtenidos de la Tabla N° 01.

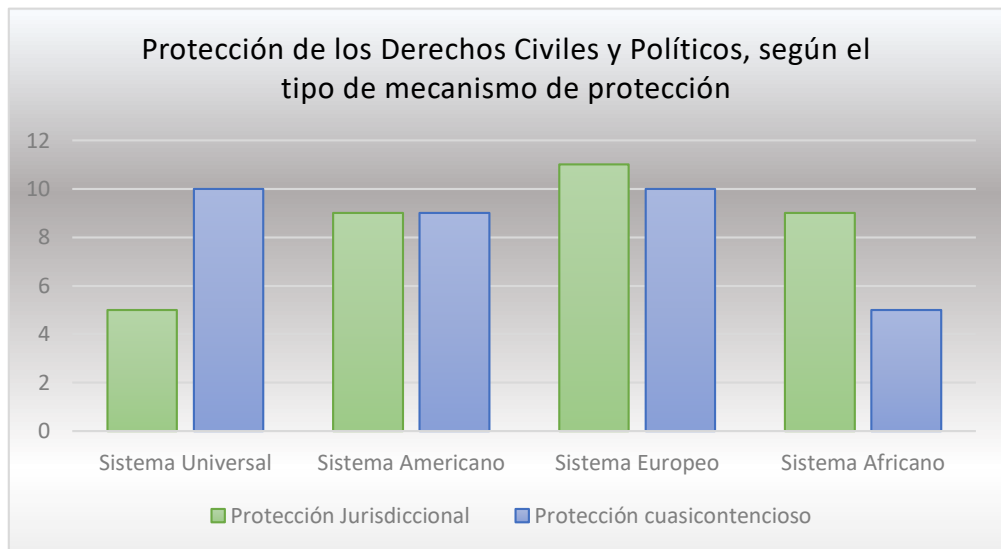
Grafico N° 01



En este primer gráfico, se observa que en líneas generales ninguno de los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos, llega al máximo nivel de protección (cumple con los 20 ítems). De acuerdo a las falencias o limitaciones que presenta cada sistema, se ha obtenido dichos resultados. Siendo y en la realidad se refleja, que el Sistema Europeo es el que más ha avanzado y evolucionado en el tema de la protección de los derechos humanos, mientras que el Sistema Universal a pesar de su gran estructura

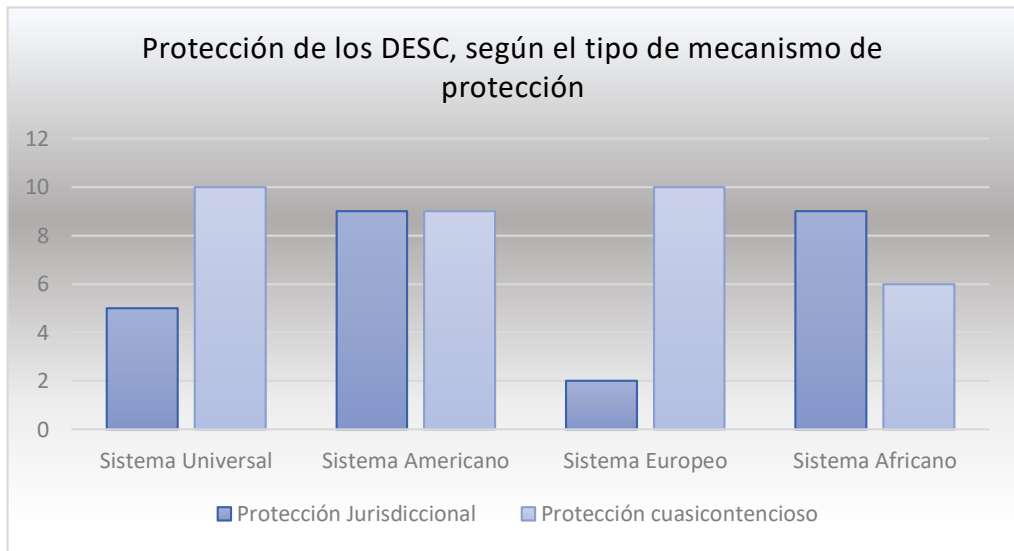
refleja una limitada protección en DD.HH. sobre todo por no contar con un mecanismo jurisdiccional propiamente para la protección de DD.HH., lo que se traduce en la no legitimación activa de los individuos ante la Corte Internacional de Justicia, aunque este número sería más bajo si no se considerara a tal Corte.

Grafico N° 02



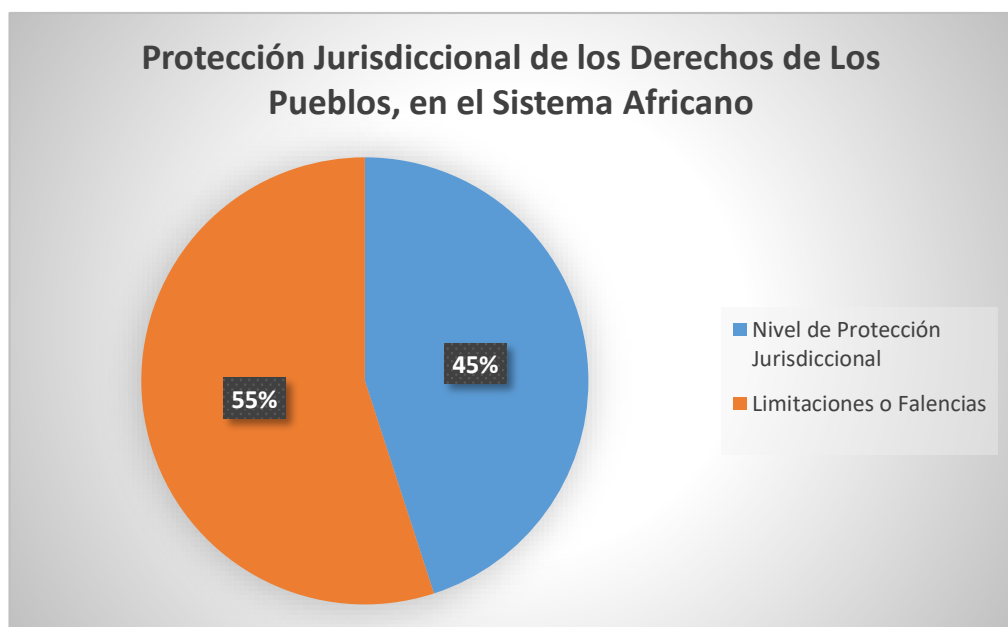
Los resultados se validan gracias a los ítems establecidos, y nuevamente reflejan la realidad, pues el Sistema Universal al no contar con un sistema jurisdiccional *per se*, solamente se ha tomado en cuenta las decisiones que la CIJ pueda emitir respecto a las controversias entre Estados, más no respecto a denuncias individuales. Sin embargo, refleja un puntaje más elevado en cuanto a sus mecanismos cuasicontenciosos, debido a su especialización. Por otro lado, el Sistema Africano presenta un bajo puntaje en cuanto a su sistema cuasicontencioso debido principalmente a su carácter no permanente de su Comisión, y por supuesto ante el poco peso de sus decisiones, entre otros.

Grafico N° 03



Respecto a este tipo de derechos, varía con el grafico N° 02, en cuanto al Sistema Europeo, pues este no prevé un sistema jurisdiccional para la protección de derechos económicos, sociales y culturales, salvo en caso que la Corte Europea se pronuncie sobre la educación o de forma extendida de alguno de los derechos civiles. Recayendo por tanto, tal protección en su sistema cuasicontencioso, el cual en este extremo si tiene relevancia y eficacia.

Grafico N° 04



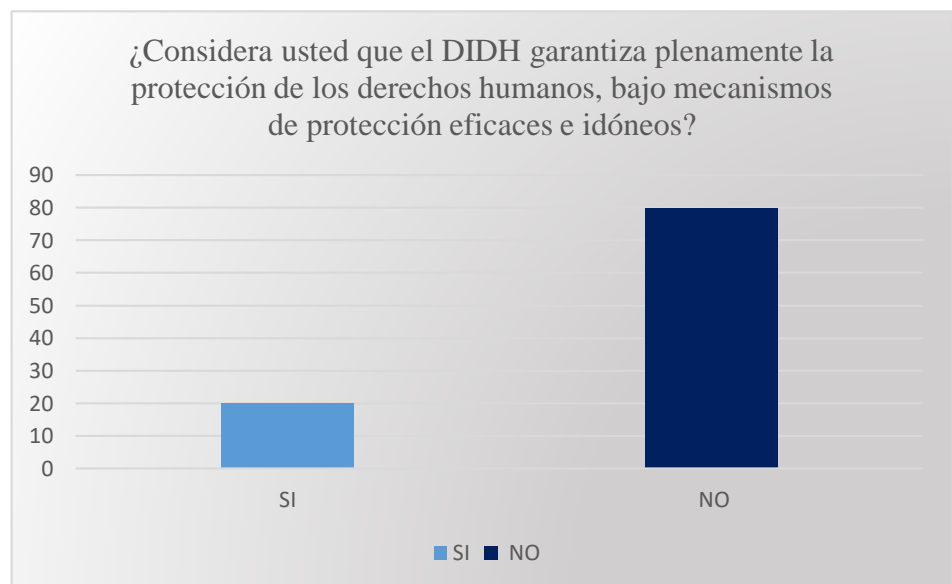
En este gráfico, solo se ha considerado al Sistema Africano, puesto que es el único que prevé expresamente un mecanismo de protección jurisdiccional para la protección de este tipo de derechos de tercera generación. Esto gracias a la Carta Africana y su Tribunal encargada de velar por su cumplimiento, de hecho ya lo ha venido haciendo como bien veíamos en el caso de la Comunidad Ogiek contra Kenia, sin embargo como vemos, aún tiene puntos esenciales por superar para que pueda brindar una protección más eficaz e idónea.

Este cuadro no quiere decir que los demás Sistemas Internacionales no protejan tales derechos, los Sistemas pueden protegerlos a través de la aplicación extendida de los otros derechos, e incluso mediante los mecanismos no contenciosos y los cuasicontenciosos. Sin embargo esto resulta muy difuso de calcular, puesto que dependerá de cada órgano competente en caso se le presente violaciones de este tipo de derechos.

4.2.2. RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS REALIZADAS:

4.2.2.1. Encuestas a abogados especialistas:

Gráfico N° 01



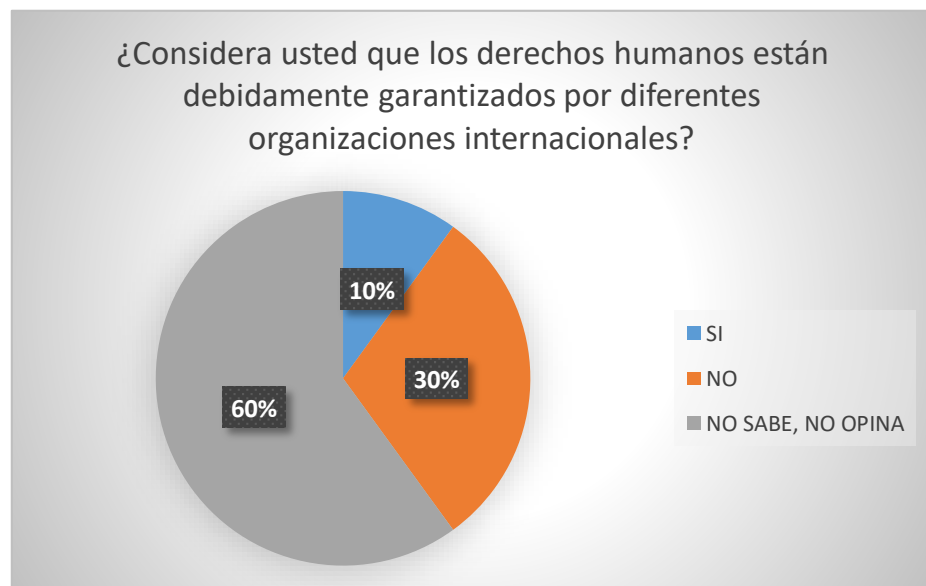
Interpretando, el gráfico N° 1 muestra el 80% de los abogados encuestados señalan que DIDH no garantiza plenamente la protección de los derechos humanos, pues consideran que los mecanismos de protección brindado no son eficaces ni idóneos.

Gráfico N° 02



Interpretando, el gráfico N° 2 muestra que, el 90% de los abogados encuestados son del parecer que el Sistema Americano ni Universal, no son de fácil acceso para casos de violaciones de derechos humanos.

Grafico N° 03



Por su parte, en cuanto a la opinión de la población en general, se tiene los resultados conforme se observa en el gráfico N° 03, que cerca del 60% no sabe si los Derechos Humanos están garantizados por las organizaciones internacionales, así también 30% cree que no, y solo un 10% cree que sí.

4.3.PRUEBA DE HIPÓTESIS:

En cuanto se refiere a la contratación de las hipótesis se ha procedido a lo siguiente:

4.3.1.HIPÓTESIS GENERAL:

Los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el DIDH son principalmente; la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades.

Respecto a esta hipótesis y considerando el estudio dogmático y de casuística sobre el tema materia de mi investigación, y las distintas técnicas e instrumentos de recolección de datos, como las encuestas y el cuestionario, se ha llegado a **VALIDAR** dicha hipótesis, considerando que en efecto, la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones internacionales contenidas en tales tratados y en todo caso, ante violaciones de derechos humanos, no asumir ni cumplir las responsabilidades internacionales respectivas, son las principales limitaciones que tiene el DIDH para la protección de derechos humanos.

Estas limitaciones son las principales, puesto que de éstas derivan muchas de las otras expuestas en el subtítulo 2.2.5. Y es que por ejemplo, limitaciones de índole jurídica, serían superadas si las declaraciones, serían de carácter

vinculante, mejor dicho tratados, sin embargo como la propia historia nos ha mostrado, el no compromiso de los Estados por otorgar dicho valor jurídico ha sido siempre evidente. Con la suscripción y ratificación de tratados además, ya sean de carácter modificativo, adicional o nuevas adopciones, podrían superarse las deficiencias normativas y de índole estructural ya vistas gracias a la práctica. Asimismo, no se ratifican tratados de derechos humanos, bajo excusas de índole ideológicas, políticas, culturales, y demás.

Todo ello se colige gracias a la observación de distintas situaciones y casos de violaciones de derechos humanos, en las que tal protección está condicionada a que los Estados hayan suscrito tratados internacionales sobre la materia, pues sólo estos instrumentos tienen el carácter vinculante y la fuerza de exigir a los Estados, no sólo el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos, sino que muchos de ellos, crean órganos de control que supervisen el cumplimiento de tales obligaciones a través de los distintos mecanismos de protección, resaltando entre ellos para el exclusivo fin de la protección con fuerza vinculante, los mecanismos contenciosos o jurisdiccionales, los cuales establecerán responsabilidad internacional de los Estados a fin de que dichas violaciones sean reparadas. Por supuesto, ante tales compromisos, no todos los Estados se vinculan a estos tratados³¹⁷, poniendo de manifiesto su falta de compromiso por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades, lo que evidentemente limita y condiciona la protección de derechos humanos en el DIDH. *[A mayor abundamiento véase Las Limitaciones Jurídicas (subtítulo 2.2.5.1) y específicamente el acápite C; de las Bases Teóricas].*

³¹⁷ Véase *Limitaciones según el tipo de derechos en el subtítulo 2.2.5.3.*

4.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:

- a. La no existencia de mecanismos jurisdiccionales eficaces e idóneos en todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es la principal razón por la cual, los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales violan o permiten la conculcación de dichos derechos.**

En cuanto se refiere a esta hipótesis específica, la misma también se **VALIDA**, gracias al estudio dogmático y de casuística sobre el tema materia de mi investigación, y las distintas técnicas e instrumentos de recolección de datos. Dicha validación se da considerando que; los mecanismos no contenciosos o cuasicontenciosos no tienen el mismo grado de protección que los mecanismos judiciales o jurisdiccionales, pues los primeros son meras recomendaciones, mientras que estos últimos ostentan vinculatoriedad en las decisiones (Sentencias). Esta situación de por sí, facilita las violaciones de derechos humanos en Estados que al no estar obligados a acatar recomendaciones, hagan caso omiso a ellas.

Sin embargo, yéndonos más allá, en el caso de los segundos, se determina que no existe a la fecha mecanismos eficaces e idóneos en todos los sistemas de protección internacional de derechos humanos. A saber:

En el sistema universal, esta falta de eficacia e idoneidad se da por la inexistencia de una Corte de Derechos Humanos *per se* y la no legitimación activa de las víctimas ante la CIJ, la que por su propia naturaleza, está limitada a dirimir solamente las controversias entre Estados, que si bien pueden tratar sobre violaciones de derechos humanos, el número de casos es ínfimo a diferencia de los que llegan a los sistemas regionales.

En cuanto a los demás mecanismos jurisdiccionales regionales, evidenciamos que mientras que el Sistema Americano ostenta una corte de derechos humanos y con ello un mecanismo jurisdiccional, el cumplimiento de las Sentencias no son supervisadas por un órgano que vele por los mismos a través de distintas vías, por lo que al hacerla ella misma se limita a una vía estrictamente judicial, a diferencia de la Europea. En cuanto a la Sistema Europeo si bien goza de un mecanismo jurisdiccional, creemos idóneo, lo cierto es que sólo es en cuanto a la protección de derechos civiles y políticos, más no en cuanto a DESC. Por último, en cuanto al mecanismo jurisdiccional africano, vemos que por los conflictos y falencias que conlleva el sistema, entre ellas la no solidez, la no clarificación y duplicidad de funciones, y la reticencia de los Estados por el cumplimiento de los fallos, hace que el mecanismo jurisdiccional previsto no sea el más idóneo y adecuado, produciendo su ineficacia. *[Para mayor abundamiento véase el subtítulo 2.2.5. de las Bases Teóricas].*

Por tanto, ante evidentes falencias, se comprueba en efecto, la no existencia de mecanismos jurisdiccionales eficaces e idóneos que garanticen de manera integral y uniforme la protección internacional de derechos humanos a nivel mundial, violándose así los principios de universalidad e indivisibilidad. Esta situación se presta para que los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos (y por los cuales se encuentran dentro de un sistema de protección), violan o permiten la conculcación de derechos humanos, pues tales mecanismos jurisdiccionales no son idóneos ni eficaces, y en el Sistema Universal, es inexistente. Es más, estos ni siquiera son aplicables a aquellos Estados que sólo

han suscrito meras declaraciones, no pudiéndose aplicar mecanismo jurisdiccional sobre éstos. Lo que a su vez se traduce en que las organizaciones internacionales, no declaren la responsabilidad internacional del Estado en todos los casos de violaciones de derechos humanos impidiéndose así que se establezcan sanciones concretas que impliquen reparaciones a las víctimas, percibiéndose por tanto que muchas violaciones de derechos humanos, se dan en un contexto en el que la Comunidad Internacional permite las mismas, de ahí que se piensa que las violaciones suceden ante la vista y paciencia de la Comunidad Internacional.

Por supuesto esto dependerá del sistema de protección al que pertenezcan los Estados, empeorando la situación de violaciones de derechos humanos, en Estados que no pertenezcan a un sistema regional de protección, pues recuérdese que en cuyo caso, se someterían al sistema universal, la cual no prevé un mecanismo de protección judicial *per se*.

b. La Comunidad Internacional debe exigir a los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos, bajo el argumento del ius cogens.

Esta hipótesis, de igual manera y gracias a las fuentes de información señaladas, se **VALIDA PARCIALMENTE**, pues debemos comprender dos cuestiones. La primera es que las normas del ius cogens son normas imperativas que no admiten acuerdo en contrario y son obligatorias a todo Estado de la Comunidad Internacional, pues salvaguardan principios y valores de tal relevancia para la humanidad, que son superiores a todo

Estado. Estas normas por su propia naturaleza, no requieren de la voluntad de los Estados para ser exigibles y producir obligaciones erga omnes. En ese sentido la Comunidad Internacional bajo este argumento, podría exigir a los Estados a respetar y garantizar la protección de derechos humanos, e inclusive accionar ante su incumplimiento bajo determinados mecanismos de control, pues son las propias Cortes las que han reconocido la existencia de este tipo de normas. Sin embargo, debemos entender que no todos los derechos humanos tienen esta categoría a pesar de su enorme importancia. Es aquí donde estudiamos una segunda cuestión, los Estados que no han suscrito o habiéndolo hecho, no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos específicos en los cuales se prevea un determinado mecanismo de control o al menos por su propia naturaleza, vincule a los Estados al respeto, protección y garantía de los derechos humanos; serán Estados a los cuales se les aplicará la DUDH por ser, conforme ya lo hemos estudiado, la máxima norma referente en esta materia, gozar del reconocimiento de todos los Estados Oficiales del mundo y ser un instrumento aplicable a todo sistema internacional.

Ahora bien, inclusive aplicando la DUDH a estos Estados, debemos referir que pese a ser de tan amplia aceptación y reconocimiento, no todas sus normas (derechos humanos) forman parte de las normas del ius cogens. La doctrina, las Cortes Internacionales e inclusive la Comunidad Internacional, han reconocido la característica de ius cogens sólo a los denominados derechos humanos de “núcleo duro”. Por lo que, es posible que la Comunidad Internacional exija a los Estados el respeto, protección y cumplimiento de derechos humanos, sólo respecto de estos derechos y no

de todos³¹⁸. Esto por supuesto basado en un fundamento jurídico (fundamento de ius cogens), validándose así parcialmente la hipótesis. Lo cual no merma en que la Comunidad Internacional pueda exigir a los Estados mediante otro tipo de vías, político, diplomático o bajo presión social. *[Para mayor abundamiento véase el subtítulo 2.2.4 y el subtítulo 2.2.5.1 de las Limitaciones Jurídicas de las Bases Teóricas].*

4.4.DISCUSIÓN DE RESULTADOS:

De los resultados del tratamiento estadístico sobre las situaciones que merman en la protección de los derechos humanos en el DIDH, se determinó que en efecto la protección de los derechos humanos se encuentra limitada por factores jurídicos, estructurales y demás que se presentan en los sistemas internacionales de protección de DD.HH. Esto se ha complementado y reforzado con los resultados de las encuestas realizadas, las mismas que muestran que la percepción de abogados especialistas sobre la materia, así como del público en general, es que el DIDH no garantiza la plena protección de DD.HH., ya que los mecanismos de protección no son eficaces ni idóneos, a lo que se suma que refieren que estos no son fácil acceso, así también se muestra el desconocimiento del público sobre la efectiva protección de los DD.HH., factor que también merma sobre la exigencia del respeto, protección y garantía de tales derechos a un Estado determinado. Esto ha sido confrontado con lo analizado en la parte teórica-dogmática de la presente tesis, lo que ha permitido evidenciar el reflejo de la realidad sobre la protección de los derechos humanos que

³¹⁸ Bután, es un gran ejemplo, ya que no ha suscrito ni ratificado el PIDCP. En este Estado, el derecho a la nacionalidad es reconocido solamente a los hijos nacidos de ciudadanos de Bután. Por lo que la Comunidad Internacional no podría exigir a Bután, la obligación de reconocer a aquellos niños cuyos padres son desconocidos o tienen solo un padre que no es ciudadano, y registrarlos en el padrón nacional. No bajo el argumento del ius cogens, pues el derecho a la nacionalidad no es parte de éste. En Bután, sin documentos de ciudadanía no es posible solicitar servicios del gobierno, tener propiedades u obtener un pasaporte para viajar al extranjero. Lo cual viola diversos derechos humanos.

se tiene hoy en día, lo que a su vez ha validado las hipótesis planteadas.

Por tanto, conforme a todo lo analizado en el presente trabajo de investigación, al tratamiento estadístico y a las validaciones de las hipótesis planteadas, reiteramos lo aseverado en la presente Tesis, en el sentido de que en efecto se tienen grandes y diversas limitaciones para la protección de derechos humanos en el DIDH. Estas limitaciones se ven reflejadas en los distintos Sistemas Internacionales de Protección de DD.HH., y que ante casos de violaciones de DD.HH., muchas veces debido a estas falencias, las víctimas o sus representantes, no pueden seguir un mecanismo jurisdiccional eficaz e idóneo en contra de aquellos Estados que las cometen.

Esto por supuesto, por la falta de voluntad de los Estados de vincularse a tratados específicos que establezcan determinados mecanismos de protección jurisdiccional que impliquen la obligación de su cumplimiento; y en general, por la falta de voluntad de la Comunidad Internacional por exigir el cumplimiento de los llamados derechos humanos que pertenezcan hoy en día, a las normas del *ius cogens*.

Dentro de estos Estados, como bien lo hemos visto, lamentablemente se ubica el Perú respecto a no reconocer las denuncias individuales que pueden seguirse ante la ONU, por violación de derechos económicos, sociales y culturales, esto gracias a que a la fecha, aún no ha firmado el Protocolo Facultativo del PIDESC.

Por tanto, siendo un tema de vital importancia para todo Estado de Derecho, y por supuesto para el nuestro, se requiere que los Estados apoyen y decidan contribuir a un desarrollo más consolidado del DIDH y a las labores ejercidas por la Comunidad Internacional, a través de las distintas organizaciones internacionales competentes de dirigir los actuales Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos. Esperamos que, los nuevos conocimientos aportados en la presente tesis permitan brindar soluciones para así alcanzar la plena vigencia de los DD.HH en el mundo.

CONCLUSIONES

1. El concepto mismo de derechos humanos se ha visto enfrentado a lo largo de la historia, a distintas ideologías, culturas y políticas, sin embargo, éstos no deben servir de excusa para cometer violaciones de derechos humanos y extralimitarse en el poder, tal y como hoy en día lo siguen haciendo ciertos Estados.
2. Los DD.HH. están fundados en sus máximos valores axiológicos; la dignidad, la libertad y la igualdad. Y en función de éstos devienen sus características propias, entre ellas, la universalidad y la inherencia, que implica que todas las personas gozan de derechos humanos sin excepción alguna, independientemente del ámbito geográfico en el que se encuentren, lamentablemente esto en la práctica, no se cumple.
3. La protección internacional de los derechos humanos no reemplaza a la protección interna, sino más bien es subsidiaria y complementaria a ésta, y es dada en -caso del DIDH-, a través de los Sistemas Internacionales de Protección de Derechos Humanos, los cuales tienen ostentadas limitaciones de diversa índole.
4. El DIDH ha alcanzado tal relevancia e importancia para los Estados y para la Comunidad Internacional, que la plena observancia de sus normas, principios e instituciones es necesario para garantizar la promoción y protección de derechos humanos a nivel internacional, así como para determinar las acciones que los Estados deben seguir, para cumplir con dichos fines comunes de toda la humanidad, o ante casos de violaciones de derechos humanos, los mecanismos de protección aplicables.
5. Los principales instrumentos que conforman el corpus del DIDH, sin duda es la Carta Internacional de Derechos Humanos a nivel mundial; la DADH y la CADH en el Sistema Americano; el CEDH y la CSE en el Sistema Europeo; y la Carta de Banjul en el Sistema Africano, los cuales son las máximas normas de DD.HH. en sus respectivos ámbitos, y a través de los cuales se vela por la protección de los DD.HH.

6. Pese al gran esfuerzo de la Comunidad Internacional por mejorar y evolucionar constantemente los Sistemas Internacionales de Protección de DD.HH., todavía se tienen serias falencias, obstáculos y limitaciones que interfieren de manera directa o indirecta en la protección de DD.HH. en el ámbito del DIDH., siendo éstas de diversa índole, entre ellas tenemos: las limitaciones de carácter jurídico, las limitaciones propiamente de los sistemas internacionales; las limitaciones según la generación de derechos humanos; las de carácter político, ideológico, cultural, social y económico.
7. Dichas limitaciones devienen principalmente de la no ratificación de tratados internacionales de DD.HH. y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades, las mismas que limitan y en algunos casos hasta impiden la protección internacional plena de los DD.HH. en el DIDH.
8. Los mecanismos no contenciosos y cuasicontenciosos no tienen el mismo grado de protección que los mecanismos jurisdiccionales, pues los primeros emiten meras recomendaciones, mientras que los segundos, ostentan vinculatoriedad en sus decisiones (Sentencias). Sin embargo, no existen mecanismos jurisdiccionales idóneos y eficaces en los distintos sistemas internacionales de protección, siendo esta la principal razón por la cual los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de protección de DD.HH., violan o permiten la conculcación de dichos derechos. Es más, estos mecanismos no son aplicables a todos los Estados.
9. Es posible que la Comunidad Internacional y en general cualquier Estado, exija a otro, el respeto y protección de derechos humanos de núcleo duro, bajo el argumento del ius cogens, aun si el Estado responsable no ha ratificado un determinado tratado de derechos humanos, ni ha asumido tales obligaciones. Sin embargo, en la práctica los Estados muestran un desdén por dichos hechos y un cierto miedo por estropear relaciones diplomáticas, pues lo consideran “diplomáticamente incorrecto”.

RECOMENDACIONES

1. Recomendamos que los Estados tomen conciencia de la importancia de suscribir y ratificar tratados de derechos humanos, y sobre todo de comprometerse a asumir y cumplir las obligaciones internacionales que de ellos deriven y que en todo caso, ante la violación de derechos humanos, asuman sus responsabilidades internacionales ante el incumplimiento de tales obligaciones.
2. El compromiso de los Estados también debe estar circunscrito a plantear la estandarización de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, por supuesto, en aspectos principales de protección jurisdiccional y no administrativos, diplomáticos o de gestión. Esto con el fin de que las personas de todo el mundo, sin importar su ámbito geográfico, ostenten las mismas garantías y similares niveles de protección ante vulneraciones de sus derechos. Sólo así, se cumplirían los principios y características fundamentales de los derechos humanos; la universalidad, igualdad, inherencia, interdependencia, indivisibilidad, inalienabilidad, imprescriptibilidad y de algún modo el respeto por su inviolabilidad.
3. Creemos necesario la ampliación de las facultades de la Corte Internacional de Justicia, para conocer denuncias individuales de violaciones de derechos humanos. Este cambio en estructura y naturaleza, implicaría la inclusión de una Sala especializada dentro de la Corte, que tenga competencia exclusiva para la protección de derechos humanos. Este planteamiento se detalla en las limitaciones de los sistemas de protección. Caso contrario, la creación de una Corte Internacional de Derechos Humanos, con alcance por supuesto, a nivel mundial.
4. Planteamos como solución para superar la deficiencia en Europa en cuanto a la protección de los DESC, que se instaure, ya sea mediante un protocolo modificativo a la CSE o uno adicional al CEDH, un sistema de protección jurisdiccional para estos

derechos, al igual como ocurre para los derechos civiles y políticos. Esto con el fin de dar mayor fuerza vinculante a las decisiones que se adopten, pues las violaciones de estos derechos llevados ante un proceso jurisdiccional y la posterior emisión de una sentencia garantizará una mayor protección. Esto bajo el argumento principal, que el TEDH ya a la fecha, se ha pronunciado sobre las implicaciones que tienen los derechos humanos bajo la característica de su indivisibilidad, no siendo un derecho más importante que el otro, incluso en muchos casos un determinado derecho en un caso específico se desarrolla en ambas esferas, lo que implica su protección integral.³¹⁹

5. En cuanto al Sistema Americano, creemos necesario la creación de un órgano político similar a la europea (Consejo de Ministros), para supervisar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH. La misma que deberá tener facultades en la toma de medidas de diversa índole, para así exigir dicho cumplimiento al Estado responsable.
6. Por otro lado, es necesario mayores recursos económicos y el compromiso de los Estados Africanos por fortalecer a los órganos de su sistema de protección internacional. Planteamos que éstos sean de carácter permanente y con una mayor solidez estructural, para así garantizar el efectivo cumplimiento de sus decisiones.
7. Por último, recomendamos que dada la importancia de la protección internacional de derechos humanos, todos los órganos competentes de los distintos sistemas de protección, sean de carácter permanente. Para ello es necesario un adecuado presupuesto económico asignado a éstos, a fin de que sus labores sean más eficaces y céleres.

³¹⁹ El Tribunal de Estrasburgo declaró ya en el caso Airey contra Irlanda de 9 de octubre de 1979 que el Convenio “enuncia esencialmente derechos civiles y políticos”, puntualizando al tiempo que un buen número de ellos posee “implicaciones” o “prolongaciones de orden económico y social”.

8. Todas las anteriores recomendaciones planteadas y las desarrolladas en la presente tesis, se realizan a fin de que las limitaciones más relevantes que se tienen hoy en día en el DIDH, puedan ser superadas y se tengan mecanismos jurisdiccionales de protección eficaces e idóneos, favoreciendo así la plena protección de los DD.HH.
9. La Comunidad Internacional debe exigir a los Estados que no han ratificado tratados de derechos humanos, a respetar y garantizar la protección de los derechos de núcleo duro bajo el argumento del *ius cogens*, conforme ha sido establecido por los órganos de control. Para ello debe tomar una actitud más activa y llevar los casos ante los órganos competentes, pues las violaciones de estos derechos humanos, interesan a toda la Comunidad Internacional en general.
10. Por otro lado, no queremos terminar esta sección sin dejar de mencionar que el Estado peruano como Estado Social y Democrático de Derecho, tiene el deber de garantizar la plena protección de los DD.HH., aun cuando sus autoridades cometan violaciones en nombre de éste. En ese sentido, es necesario que el Perú suscriba y ratifique el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fin de que sea posible interponer denuncias colectivas por violaciones de DESC ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al igual que las denuncias interestatales. Es importante además que ratifique los demás instrumentos mencionados en el desarrollo de la presente tesis.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUDH, y Unión Interparlamentaria. *Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios N° 26*. Ginebra: Courand et Associés, 2016.
- Aguilera Portales, Rafael Enrique. *Teoría de los Derechos Humanos*. Lima: Grijley, 2011.
- Alzamora Valdez, Mario. *Los Derechos Humanos y su protección*. Segunda. Lima, Perú: EDDILI, 1977.
- Arias Ospina, Felipe, y Juliana Galindo Villareal. «El Sistema Interamericano de Derechos Humanos.» En *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, de DHES - Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 131-163. Barcelona: Comisión Europea, Universitat Pompeu Fabra, 2013.
- Benedek, Wolfgang. «Human Rights in a Multi-cultural perspective: the African Charter and the Human Right to Development.» En *New perspectives and conceptions of International Law. An Afro-European dialogue*, de Konrad Ginther y Wolfgang Benedek, 147-161. Viena: Springer Velarg, 1983.
- Bregaglio, Renata. «Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos.» En *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, de DHES - Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 91-129. Barcelona: Comisión Europea, Universitat Pompeu Fabra, 2013.
- Calderón Sumarriva, Ana. *El ABC del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Segunda, 3era reimpr. Editado por Egacal 2017. Lima: San Marcos, 2012.
- Carvajal Contreras, Máximo. «Los Sistemas Internacionales de Protección a los Derechos Humanos.» *Revista de la Facultad de Derecho de México* Tomo LXVI, n° 265 (Enero-Junio 2016): 395-416.
- Centro de Estudios Constitucionales. *Revista Peruana de Derecho Constitucional Mujer y Constitución*. 10ma. Lima: Tribunal Constitucional del Perú, 2017.
- Chanamé Orbé, Raúl. *La Constitución Comentada*. Lima: Jurista Editores, 2007.
- Color Vargas, Marycarmen, SCJN, OACNUDH, y CDHDF. *Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editado por Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). México: ReformaDH, 2013.
- Corte Internacional de Justicia. «Breve reseña sobre la Corte (ficha técnica).» *Corte Internacional de Justicia - ONU*. 2019. <https://www.icj-cij.org/es>.
- —. *Corte Internacional de Justicia*. 2012. <https://www.icj-cij.org/es>.
- Council of Europe. *Council of Europe Portal*. s.f. <https://www.coe.int/es/web/compass/european-social-charter> (último acceso: 12 de 01 de 2019).
- Diccionario Jurídico Enciclopédico, . «Consultor Jurídico Digital de Honduras.» *Consultor Jurídico Digital de Honduras, Edición 2005*. 27 de Octubre de 2018. <http://tecnologicamerani.edu.co/web/wp-content/uploads/2017/06/42.-Diccionario-Enciclopedia-Juridico-Diccionario-1.pdf>.
- Faúndez Ledesma, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

- Fix-Zamudio, Héctor. «Breve Panorama de los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos.» En *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los Órdenes Jurídicos Nacionales*, de CIDH y Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 25-60. México: Dirección General de la Cordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- Gros Espiell, Hector. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1991.
- Gross Espiell, Héctor. «La Corte Internacional de Justicia y Los Derechos Humanos.» *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. s.f. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22709.pdf> (último acceso: 29 de julio de 2018).
- Gross Espiell, Héctor. *Los derechos humanos y la Corte Internacional de Justicia. Una visión latinoamericana*. Vol. 2, de *Anuario de Derechos Humanos*, de Instituto de Derechos Humanos y Universidad Complutense de Madrid, 411-434. Madrid: Instituto de Derechos Humanos; Universidad Complutense de Madrid, 2001.
- Jimena Quesada, Luis. *Sistema Europeo de Derechos Humanos*. La Plata: Universidad Nacional de La Plata, 2017.
- Landa Arroyo, Cesar. «Dignidad de la persona humana.» *Ius et veritas* 21 (2000): 10-25.
- Llatas Ramirez, Lesly. *Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Alas Peruanas, 2011.
- Lopez Guerra, Luis. «El Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos.» En *Protección Multinivel de Derechos Humanos*, de DHES - Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 472. Barcelona: Comisión Europea, Universitat Pompeu Favra, 2013.
- Lucas Verdú, Pablo, y Pablo Lucas Murillo De La Cueva. *Manual de Derecho Político*. Tercera. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2001.
- Madiot, Yves. *Considérations sur les droits et les devoirs de l'Homme*. Bruselas: Bruylant, 1998.
- Mahmud, S. «The State and Human Rights in Africa in the 1990s: perspectives and prospects.» *Human Rights Quarterly* (Human Rights Quarterly), 1993: vol. 15, n° 3.
- Mbondeniyi, Morris Kiwinda. *Investigating the Challenges in Enforcing International Human Rights Law in Africa: Towards an Effective Regional System*. Pretoria: University of South Africa, 2006.
- Medina, Cecilia, y Claudio Nash. «Manual de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para Defensores Penales Públicos.» En *Documentos Oficiales*, de Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 17-102. Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, 2003.
- Monaco, Ricardo. *Manuale di diritto internazionale pubblico*. Turin: Unione Tipografica- Editrice Torinese, 1982.
- MOOC CHILE. «Curso: Introducción a los Derechos Humanos.» *Evolución Histórica de los Derechos Humanos*. Chile: Universidad Diego Portal, 23 de Noviembre de 2014.
- Naciones Unidas. *Naciones Unidas*. 2012. www.un.org/es/; www.un.org/en/ (último acceso: junio de 2019).
- —. *Naciones Unidas en Español*. 14 de mayo de 2010. <https://www.un.org/spanish/documents/instruments/terminology.html> (último

acceso: 15 de mayo de 2019).

- Nash Rojas, Claudio. «La Protección Internacional de los Derechos Humanos.» En *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su Repercusión en los Órdenes Jurídicos Nacionales*, de Suprema Corte de Justicia de la Nación, 191-254. México: Comité Editorial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- Nikken, Pedro. «El Concepto de los Derechos Humanos.» En *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, de Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 15-38. San José: Prometeo S.A., 1994.
- Nikken, Pedro. «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Interno.» *Revista IIDH*, 2013: 11-68.
- Novak Talavera, Fabián, y Luis García-Corrochano Moyano. *Derecho Internacional Público*. Segunda. Editado por ECB Ediciones S.A.C. Vol. I. II vols. Lima: Thomson Reuters, 2016.
- Nuñez, Manuel Antonio. «Lecciones de Derechos Humanos.» En *Lecciones de Derechos Humanos*, de Joaquín García-Huidobro, José ignacio Martínez y Manuel Antonio Nuñez, 303-314. Valparaíso : EDEVAL, 1997.
- O' Donell, Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Bogotá: OACNUDH, 2004.
- OACDH. *Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos*. 24 de Octubre de 2018. <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatareHumanRights.aspx>.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. *Protección Jurídica Internacional de los Derechos Humanos durante los Conflictos Armados*. New York y Ginebra: Naciones Unidas, 2011.
- OHCHR. *Oficce of the High Commissioner for Human Rights United Nations*. 20 de abril de 2019. www.ohchr.org.
- —. *Professional Training Series No. 9, Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers*. New York and Geneva: United Nations, 2003.
- Ortecho Villena, Victor Julio. *Los Derechos Fundamentales en el Perú*. 1era. Lima: Rodhas, 2008.
- Ortiz Ahlf, Loretta. «"Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.» En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, de Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta, 2007.
- Perez Luño, Antonio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Octava. Madrid: Tecnos, 2003.
- —. *Los Derechos Fundamentales*. Tercera. Madrid: Tecnos S.A., 1988.
- Perez Luño, Antonio. *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y de la Teoría del Derecho*. Madrid: Tebar, 2007.
- Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- Rocha Herrera, Mónica. «Universalismo versus relativismo cultural.» En *70° Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, de Tirant Lo Blanch,

523-529. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.

- Rodríguez Fernández, José Julio. *Los Fundamentos del Derecho Constitucional - Derecho, Estado y Constitución*. Lima: Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú, 2008.
- Rosas Alcántara, José. *El Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus conceptos claves*. Primera. Editado por TC Gaceta Constitucional. Lima: Gaceta Jurídica, 2015.
- Rousseau, Charles. *Derecho Internacional Público*. Tercera. Barcelona: Ariel, 1966.
- Solari Tudela, Luis. *Derecho Internacional Público*. Lima: Bellido Ediciones EIRL, 2011.
- The Hague Institute for Global Justice. *The International Court of Justice's Growing Contribution to Human Rights and Humanitarian Law*. 18 de Abril de 2016. <https://www.thehagueinstituteforglobaljustice.org/latest-insights/latest-insights/commentary/the-international-court-of-justices-growing-contribution-to-human-rights-and-humanitarian-law/> (último acceso: julio de 2019).
- Valladolid Zeta, Víctor. *Introducción al Derecho Constitucional*. Lima: Grijley, 2007.
- Valle-Riestra, Javier. *Manual de los Derechos Humanos*. Primera. Lima: Ediciones Jurídicas, 2016.
- Villán Durán, Carlos. *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2002.
- Villán Durán, Carlos. «La Obligatoriedad Jurídica de la Declaración Universal.» En *70° Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, de Tirant Lo Blanch, 113-122. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2018.
- Villegas Maldonado, Abelardo. *Los Derechos Humanos en la historia y la cultura de América Latina*. Ciudad de México y Lima: Lluvia Editores, 2018.
- von Ihering, Rudolf. *Schmerz und Ernst in der Jurisprudenz Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*. Novena. Leipzig: Breitkopf & Härtel, 1904.

ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela de Formación Profesional de Derecho



Cuestionario dirigido a Abogados

Marque con un X la respuesta que considere conveniente:

- a. ¿Considera usted que el DIDH garantiza plenamente la protección de los derechos humanos, bajo mecanismos de protección eficaces e idóneos?

SI

NO

- b. ¿Considera usted que es de fácil acceso el Sistema Americano o Universal para casos de violaciones de derechos humanos?

SI

NO



UNIVERSIDAD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRIÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
Escuela de Formación Profesional de Derecho



Cuestionario dirigido al público

Marque con un X la respuesta que considere conveniente:

- a. ¿Considera usted que los derechos humanos están debidamente garantizados por diferentes organizaciones internacionales?

SI

NO

NO SABE, NO OPINA

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: “LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIMITACIONES PARA SU PROTECCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL”.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES	METODOLOGÍA
General	General	General	Independiente		<ul style="list-style-type: none"> Instrumentos Internacionales. Doctrina Acepciones y referencias de organizaciones internacionales. Recomendaciones y Sentencias de los órganos (comisiones, comités, cortes internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de DD.HH. 	Tipo: Descriptivo
¿Cuáles son los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos?	Determinar los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el derecho internacional de los derechos humanos.	Los motivos o factores que limitan u obstaculizan la protección de los derechos humanos en el DIDH son principalmente; la no ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, y el no compromiso de los Estados por asumir y cumplir dichas obligaciones y responsabilidades.	Los derechos humanos			Ámbito nacional e internacional.
Específicos	Específicos	Específicas	Dependiente		<ul style="list-style-type: none"> Deficiencias normativas. Estatutos y Reglamentos de organismos internacionales. Comunicados Oficiales. Recomendaciones y Sentencias de los órganos (comisiones, comités, cortes internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de DD.HH. 	Muestra:
a. ¿Por qué los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos, violan o permiten la conculcación de dichos derechos frente a la vista y paciencia de la Comunidad Internacional?	a. Analizar la razón por la cual los Estados, aun habiendo suscrito instrumentos internacionales de derechos humanos violan o permiten la conculcación de dichos derechos frente a la vista y paciencia de la Comunidad Internacional.	a. La no existencia de mecanismos jurisdiccionales eficaces e idóneos en todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, es la principal razón por la cual, los Estados aun habiendo suscrito instrumentos internacionales violan o permiten la conculcación de dichos derechos.	Limitaciones para su protección			Ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos.
b. ¿Bajo el argumento del ius cogens, se puede obligar a los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos?	b. Determinar si los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, están obligados a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos, bajo el argumento del ius cogens.	b. La Comunidad Internacional debe exigir a los Estados que no han ratificado tratados internacionales de derechos humanos, a respetar y garantizar la plena protección de derechos humanos, bajo el argumento del ius cogens.	Interviniente		<ul style="list-style-type: none"> Doctrina Instrumentos internacionales. Recomendaciones y Sentencias de los órganos (comisiones, comités cortes internacionales) de los diferentes sistemas internacionales de protección de DD.HH. Comunicados oficiales y de medios de comunicación. 	Técnicas:
			Violación de Derechos Humanos	Ámbito nacional e internacional.		<ul style="list-style-type: none"> • Observación e Investigación: dirigida a 20 situaciones que limitan la protección de DD.HH en los 4 sistemas de protección. • Análisis de documentos y encuestas. • Internet
						Instrumentos:
						<ul style="list-style-type: none"> • Observación objetiva e Investigación. • Cuadros de doble entrada. • Fichas. • Cuestionario. • Lista de cotejo.