

IV. SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

A. Generalidades

■ **Características** de este sistema en relación con el sistema de los derechos humanos: **(a)** El Derecho Internacional humanitario se puede considerar como un **derecho de excepción**, que se aplica en una situación, asimismo, de excepción, esto es la de guerra. En tal situación permanece aplicable el derecho general, de los Derechos Humanos (sin perjuicio de que la situación de guerra justifique, además, una declaración de estado de emergencia que acarree la suspensión de ciertos derechos). Por tanto, en lo que no se apliquen las reglas especiales del Derecho Humanitario, rigen las normas generales de los derechos humanos (además, por cierto, del derecho interno, en la medida en que no contradiga ni las normas de derechos humanos ni las de Derecho Humanitario). **(b)** El Derecho Internacional Humanitario es **más antiguo**, como parte del Derecho Internacional, que el de los Derechos Humanos, y sus **normas son más abundantes y detalladas**. **(c)** Los principales instrumentos de Derecho Humanitario cuentan con la **ratificación de un mayor número de Estados** que los de derechos humanos. **(d)** El Comité Internacional de la Cruz Roja (**CICR**) **ocupa un lugar central** en el sistema humanitario, que no tiene parangón en el sistema de los derechos humanos. El CICR ha sido la organización clave en el desarrollo mismo del Derecho Internacional Humanitario, la supervisión de su aplicación y la asistencia a las víctimas de los conflictos armados.

■ **Fuentes:** Hasta mediados del S. XIX, las normas internacionales sobre la guerra eran fundamentalmente de carácter consuetudinario. A partir del primer Convenio de Ginebra (1864) comienza un proceso de codificación. Hoy se puede decir que el Derecho Internacional Humanitario está virtualmente codificado por completo (sin perjuicio de la Cláusula de Martens, a que se alude más adelante).

■ **Diferentes ramas** dentro del Derecho Humanitario: Se acostumbraba a hacer la distinción, por una parte, entre un Derecho Internacional de la Guerra, o de los Conflictos Armados, llamado también "**Derecho de La Haya**" (por referencia a las convenciones de La Haya, de fines del siglo XIX y comienzos del

siglo XX) que regularía fundamentalmente la conducción de las hostilidades; y, por otra parte, de un "**Derecho de Ginebra**", o propiamente Derecho Humanitario, que estaría resumido en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949, los cuales codifican y amplían en gran medida anteriores convenciones de Ginebra, y se ocupan principalmente de la protección de las víctimas de los conflictos armados. Esta distinción (que nunca fue tan tajante porque ambos grupos de convenios contenían normas de ambos tipos) fue claramente dejada atrás con los **Protocolos I y II**, Adicionales a los Convenios de Ginebra, de 1977, en particular el Protocolo I, que amplía la normativa existente, tanto humanitaria como de conducción de hostilidades. Hoy se usan indistintamente las expresiones Derecho Internacional de la Guerra, Derecho Internacional de los Conflictos Armados o Derecho Internacional Humanitario, pero se emplea preferentemente esta última.

■ La distinción tradicional entre *jus ad bellum* y *jus in bello* mantiene vigencia teórica. La primera expresión se refiere al derecho a recurrir a la guerra, como medida de política de Estado; la segunda, a las normas que rigen la conducta de las partes envueltas en un conflicto armado. Con respecto al *jus ad bellum* el Derecho Internacional consuetudinario asumía, hasta la Primera Guerra Mundial, que era un privilegio de los poderes soberanos el declarar la guerra. El *jus ad bellum* había sido, hasta entonces, objeto de atención sobre todo para la filosofía moral (S. Agustín, Sto. Tomás de Aquino, Vitoria). Las primeras normas de Derecho Internacional escrito sobre esta materia, configuran más bien un *jus contra bellum*: Se pacta una prohibición de la guerra (pero no de todo recurso a la fuerza) en el período entre las dos guerras mundiales. Más tarde, la Carta de las Naciones Unidas y diversas resoluciones de la ONU prohíben todo recurso a la fuerza entre Estados, salvo en legítima defensa y en otras situaciones excepcionales contempladas en esa Carta.

B. La realidad y lógica de la guerra como base del Derecho Humanitario.

■ La Segunda Guerra Mundial y el período de la Guerra Fría introdujeron grandes cambios en la realidad de la guerra. El Derecho Internacional Humanitario ha ido respondiendo en alguna medida a estos desarrollos. **Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial**, los tipos de conflictos armados conceptualizados en

Derecho Internacional o por tratadistas de Derecho Internacional eran los siguientes: **(a)** guerra convencional entre Estados; **(b)** hostilidades o uso de la fuerza entre Estados (represalias, acciones para proteger a nacionales, etc.) que no constituyen guerra, porque falta la intención de pasar a un tipo de enfrentamiento generalizado propio de la guerra; **(c)** el espontáneo alzamiento en masa de la población de un Estado ante la aproximación de un enemigo, sin haber tenido tiempo para organizarse militarmente; **(d)** la guerra civil, si el Estado que enfrenta la insurgencia armada reconoce a los alzados como beligerantes, o en la medida que terceros Estados los reconozcan.

■ La Segunda Guerra Mundial cambió fundamentalmente la concepción de la guerra, sobre todo por la radical eliminación, en la práctica, de la distinción entre civiles y combatientes y entre blancos militares y no militares (bombardeos masivos, ataque nuclear, genocidio). Durante el período de la Guerra Fría se asistió al desarrollo de nuevas formas de insurgencia o guerras de guerrillas, de nuevas formas de contra insurgencia o "guerra sucia", y de nuevas formas de terrorismo. (Con posterioridad a los ataques terroristas en contra de edificios en Nueva York y Washington, el 11 de septiembre de 2001, se habla de un nuevo tipo de guerra, aunque todavía es demasiado pronto para que se produzca una conceptualización normativa de tal tipo de conflicto que pueda conducir a nuevas convenciones internacionales).

■ **La lógica de la guerra** (aplicable fundamentalmente a las guerras convencionales entre Estados, pero aplicable por extensión a otras formas de conflicto armado, con la excepción de la posibilidad de enfrentamiento estratégico de carácter nuclear) es la siguiente:

- La guerra es un enfrentamiento entre entes o fuerzas capaces de ejercer, *de jure* o *de facto*, los poderes propios del soberano sobre un determinado territorio o población.

- La guerra tiende a los extremos. Para Carl von Clausewitz ("*Vom Kriege*", 1832) la guerra es un acto de violencia que tiene por fin compeler al oponente a someterse a nuestra voluntad. En este proceso tienen lugar una acción y expectativa recíprocas que lógicamente tienden hacia el extremo. Los recursos que se movilizan son la suma de todos los medios disponibles más la fuerza de la voluntad. Como el adversario hace lo mismo, se da

una dinámica hacia los extremos.

- Sin embargo, la guerra es susceptible de regulación porque el objeto no es absoluto. La tendencia natural a los extremos es equilibrada por "las probabilidades de la vida real", en particular: que el resultado en guerra no es nunca absoluto; por el hecho que buscar eliminar enteramente al adversario es imposible (hecha excepción de la posibilidad de guerra nuclear); que intentar infligirle daño más allá de haberse alcanzado el objetivo de someterlo, entraña sólo costos, sin más objetivos racionales alcanzables; que los cambios políticos pueden con el tiempo favorecer al Estado derrotado, que tendrá entonces motivos para tomar venganza, infligiendo también daños excesivos, más allá de la derrota militar. Esta racionalidad hace posible la restricción en la guerra, en el sentido de concentrar el uso de la fuerza en lo que tenga relación con el objetivo militar-político de anular la capacidad combativa del adversario. La Declaración de San Petersburgo, de 1868, dice que "el único objetivo legítimo que los Estados deben procurar alcanzar en el curso de la guerra es debilitar las fuerzas militares del enemigo".

■ Los últimos dos principios del párrafo anterior, reflejan exigencias contrapuestas, en estado de constante tensión: las de la **necesidad militar** y las de las **consideraciones humanitarias**. Las normas de *jus in bello* están marcadas por esta tensión. En efecto, por una parte, se aceptan las operaciones racionalmente necesarias para fines militares (**principio de necesidad**); por otra parte, se rechazan las operaciones que no son necesarias, así como el empleo de fuerza - en aquéllas que sí lo son - de un modo que no guarde proporción con el fin militar que se persigue (**principio de proporcionalidad**).

■ La referida tensión ha ido marcando el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. Por una parte hay un impulso a avanzar hacia mayores formas de protección humanitaria: la Cláusula de Martens, que prevé una aplicación "progresista" del Derecho Humanitario, y que ya estaba presente en las Convenciones de La Haya, se repite en los Protocolos de 1977 (ver su contenido en el art. 1 núm. 2 del Protocolo I, cuyo texto forma parte del material del curso). Por otra parte, el CICR ha concluido que en los esfuerzos por desarrollar el Derecho Humanitario no se puede olvidar la realidad de la guerra; de lo contrario, las partes tenderían a desoír las normas poco realistas y quizás a desoír

también, por extensión, otras normas de Derecho Humanitario.

C. *Jus in bello*: Criterios normativos y normas específicas que derivan de la lógica de la guerra

■ De la lógica antes descrita derivan ciertos **criterios normativos** básicos que dan lugar a las principales normas substantivas de Derecho Humanitario sobre la conducción de la guerra y protección de las víctimas. Estos criterios apuntan a:

- Determinar **quiénes pueden ser legítimos actores** en una guerra y distinguir claramente, por tanto, entre combatientes y civiles;

- Determinar **contra quiénes y contra qué** se pueden dirigir los **ataques militares** y en qué circunstancias;

- Determinar los **medios y métodos** de combate.

- Determinar qué conductas deben ser consideradas **infracciones graves** y, por tanto crímenes de guerra.

- Determinar las **reglas sobre aplicabilidad** de distintas normas de Derecho Humanitario a distintos tipos de conflicto armado.

■ **Los actores del conflicto:**

- **Miembros de fuerzas armadas y combatientes.** Son miembros de las FF.AA. las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo mando responsable por la conducta de sus subordinados y sometidas a un régimen de disciplina que haga posible cumplir las normas internacionales de los conflictos armados.

- Todos los miembros de estas fuerzas, salvo el personal religioso y sanitario son combatientes, es decir tienen derecho a participar directamente en las hostilidades. (Art. 43 del Prot.I).

- Los combatientes tienen derecho a ser considerados **prisioneros de guerra**, si caen en poder del enemigo. Esto significa que: no pueden ser castigados ni sometidos a proceso por haber tomado las armas o por actos de combate que se ajusten a las reglas de conducción de las hostilidades; tienen derecho a condiciones de privación de libertad y de trato que encuentran

detalladamente reglamentados. El combatiente que no está en posición de combatir (por ser prisionero, por estar fuera de combate debido a rendición, inconsciencia o incapacitación, o por heridas u otra causa que le imposibiliten defenderse, siempre que se abstenga de actos hostiles y no intente evadirse) goza de la inviolabilidad de su vida, integridad física e incluso de ámbitos de privacidad (efectos personales). La lógica de esta protección es que en tales casos vuelve a aplicarse el principio general de inviolabilidad, la excepción a este principio, esto es el derecho de matar al enemigo, que tiene su fundamento en la legítima defensa y la necesidad militar, no rige si el enemigo no puede ya constituir un peligro. Tampoco se aplica en tales casos la lógica de proporcionalidad, porque matar al combatiente en tales circunstancias va más allá de la necesidad militar de anular la capacidad combativa del oponente (ya vencido).

- El Derecho Humanitario provee una serie de **normas auxiliares**, para poder aplicar debidamente las que se refieren a los combatientes. Estas buscan distinguir a los combatientes de los civiles, exigiendo que los combatientes se organicen bajo mando responsable, lleven sus armas abiertamente y porten distintivos fijos reconocibles a distancia. En casos de conflicto armado de los contemplados en el Protocolo I, la obligación de los combatientes de distinguirse de la población civil consiste en que al menos el combatiente debe llevar sus armas abiertamente durante todo el enfrentamiento militar y durante el tiempo en que sea visible para el enemigo, mientras esté tomando parte en un despliegue militar previo al lanzamiento de un ataque en que va a participar.

- Ni espías ni mercenarios tienen derecho al estatuto de prisionero de guerra.

- La población civil se define por exclusión. En caso de duda, la persona se estima civil y no combatiente.

■ **Los blancos legítimos de ataques militares** son los combatientes adversarios, mientras tengan la capacidad de combatir y los objetivos militares. Una regla fundamental de Derecho humanitario es que las partes en conflicto deben hacer en todo momento esa distinción. Existen numerosas reglas de detalle sobre tales distinciones.

■ Respecto de métodos y medios de Guerra permisibles.

- La regla fundamental es que **los medios de ataque no son ilimitados** (Art. 35. núm. 1 del Protocolo I. Ver también las normas de los núm. 2 y 3). Se prohíbe, asimismo, todo ataque dirigido directamente contra personas o bienes que no pueden ser objeto de ataque (indicados en el párrafo anterior). Se prohíben también los **ataques indiscriminados**, porque violan la regla fundamental, basada en los principios de necesidad y proporcionalidad, de hacer siempre distinciones entre combatientes y civiles, así como entre objetivos militares y bienes civiles. Son ataques indiscriminados, entre otros: los que no están dirigidos contra objetivo militar concreto; los que emplean medios o métodos de combate que no pueden dirigirse a objetivo militar concreto, o cuyos efectos no sea posible limitar; los bombardeos que tratan como un objetivo militar único varios objetivos precisos y claramente separados situados en zona de concentración de civiles o bienes civiles; los **ataques desproporcionados**, que es de prever que causarán daños o víctimas civiles excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.

- Se prohíben también ataques de **represalia** contra la población civil y los castigos colectivos.

- Igualmente, se prohíbe hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra o destruir bienes indispensables para su supervivencia; los actos de terrorismo; la toma de rehenes (que otros tratados internacionales definen como actos de terrorismo); el pillaje; declarar que no se dará cuartel; la perfidia (Ver Art. 37 del Protocolo I).

■ Reglas sobre aplicabilidad de distintos Convenios, Protocolos o de normas específicas de los mismos, a distintos tipos de conflictos armados. Para estos efectos, las siguientes distinciones son relevantes:

- **Conflictos armados internacionales:** El Art. 2 Común de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, hace aplicables estos convenios a los conflictos armados de carácter internacional.

- **Guerras de "liberación".** El Protocolo I de 1977 asimila ciertos conflictos internos a los de carácter internacional: aquéllos conflictos en que los pueblos libran luchas de liberación

en contra de **poderes coloniales, ocupación extranjera o un régimen racista**. Los combatientes, si hechos prisioneros, tienen la calidad de prisioneros de guerra.

- **Conflictos internos del tipo Protocolo II.** Este Protocolo se aplica a determinados conflictos armados internos (Ver Art. 1 del Prot. II). Los combatientes no gozan de la inmunidad penal propia del prisionero de guerra.

- **Art. 3 común de los Convenios de 1949** (ver texto). Se aplica a todo conflicto armado interno. Para estos efectos es necesario definir qué es, en sentido genérico, un conflicto armado. Los siguientes elementos son generalmente considerados como definitorios: que las partes que se enfrentan tengan una organización bajo mando responsable y una capacidad de emprender acciones militares sostenidas y concertadas. Otros definen conflicto armado sobre la base del tipo de alzamiento o enfrentamiento, que debe ser tal, que requiera más que la capacidad normal de una policía para hacerles frente. El Art. 3 Común contiene en realidad normas básicas de derechos humanos. Su efecto es que permite intervención del CICR y somete la conducta de las parte no gubernamentales a los principios de humanidad.

- **Tensiones internas y disturbios interiores:** están por debajo de las situaciones del Art. 3 pues ni siquiera son conflictos armados (ver definición en Prot. II, Art. 1.2.). Se aplican a tal situación exclusivamente las normas de derecho interno y de derechos humanos, incluyendo entre ellas posibles normas sobre estados de excepción.

■ **Infracciones graves a las normas de Derecho Humanitario** (Ver los textos distribuidos). Tales infracciones pueden ser caracterizadas como crímenes de guerra, con las consecuencias legales que ello acarrea, entre ellas, el que no se aplica a tales crímenes la prescripción ni otras limitaciones para su punición.

D. Jus ad bellum: El Debate sobre persimibilidad del uso de la fuerza en relaciones internacionales, por razones humanitarias.

¿Existe o debiera existir un derecho a la Intervención Humanitaria? Esto es, ¿existe un derecho al uso de la fuerza en relaciones internacionales por razones imperativas de orden

humanitario?. En caso afirmativo, ¿cómo se formularía o justificaría tal derecho?.

Sobre este punto los alumnos deben remitirse al artículo: "Legitimidad de la Intervención Humanitaria Armada: Conceptos Básicos", de José Zalaquett, incluido en la segunda parte del material del curso, junto con esta Ayuda Memoria)

Una materia para debatir en clases: Si los requisitos que podrían justificar el recurso a la guerra enumerados en el artículo recién mencionado (autoridad legítima, justa causa, recta intención, necesidad y proporcionalidad), pueden ser aplicables, por extensión o analogía, para justificar el empleo de la fuerza del Estado contra los individuos, en ciertas situaciones, o el recurso a las armas de los ciudadanos que se rebelan contra la autoridad.

E. La superposición de los sistemas normativos de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario.

A partir de fines de los años 70, las organizaciones internacionales de derechos humanos se enfrentaron con un creciente número de países envueltos en conflictos armados internos en los cuales las acciones bélicas no sólo implicaban violaciones a las normas de Derecho Internacional Humanitario, por ambos bandos, sino que además corrían en forma paralela o superpuesta con violaciones de los derechos humanos. Se hacía muy difícil, normativa y prácticamente, tratar estas situaciones de modo separado. (Cabe esperar que en la situación internacional que ha surgido con posterioridad a los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, este tipo de superposiciones se torne más complejo, involucrando simultáneamente los conceptos de guerra, lucha contra el terrorismo y violaciones de los derechos humanos).

En esta sección se analizan algunos puntos relativos a esta materia.

1. Dificultades de carácter general que pueden presentarse a las organizaciones de derechos humanos y humanitarias al asociar ambos sistemas normativos

- **Caracterizar o no el conflicto y, en caso afirmativo, cómo**

caracterizarlo.- Esto tiene importancia para la aplicación de distintas normas. (Recordar lo que se dijo más arriba sobre las distinciones entre conflicto armado de carácter internacional, conflictos cubiertos por el Protocolo I, conflictos cubiertos por el Protocolo II, conflictos cubiertos por el Art. 3 Común de los Convenios de Ginebra y situaciones que no alcanzan a caracterizarse como conflicto armado). Sin embargo, tal caracterización suele ser conceptualmente difícil y, además, puede presentar problemas diplomáticos o políticos, en la medida que las distintas partes involucradas objetan la caracterización que se haga.

■ **El llamado problema de "asimetría" en conflictos de carácter interno** (del tipo Protocolo II o del tipo Art. 3 Común) o en situaciones de violencia política que no alcanzan a constituir conflictos: Tal asimetría consistiría en que algunas organizaciones de derechos humanos prefieren no tomar posición respecto de las actuaciones de carácter bélico de los insurgentes, en tanto no violen principios humanitarios básicos; en cambio, exigen de las fuerzas gubernamentales que actúen no con arreglo a las normas de la guerra, sino de acuerdo a las normas que rigen la actuación de las policías para la ejecución de las leyes o la imposición del orden público. El argumento contrario sería que existe una "asimetría" compensatoria que favorece a los gobiernos, en el sentido de que en tales situaciones los insurgentes no disfrutan de la inmunidad de que gozan los prisioneros de guerra por el hecho de haberse alzado en armas o por los actos de combate.

■ Las organizaciones de derechos humanos pueden contribuir a llenar un vacío en la acción humanitaria, ya que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) no puede actuar libremente (debido a su propia reglamentación interna) para denunciar atrocidades o emprender campañas. Sin embargo, las organizaciones de derechos humanos deben cuidarse ampliar y complementar, pero no socavar, el papel de CICR. En relación con este punto, cabe recordar la **Cláusula de Martens**; en el espíritu de esta cláusula, las organizaciones de derechos humanos pueden interpretar progresivamente el Derecho Humanitario (demandar, por ejemplo, que en ciertas circunstancias en que es posible detener a combatientes enemigos, sin peligro para las propias fuerzas armadas o para las operaciones militares, se deba preferir esta opción antes que un ataque letal). Sin embargo, cabe también a este respecto recordar lo explicado anteriormente respecto de la tensión entre las

necesidades militares y el humanitarismo: si las normas humanitarias que se proponen carecen de realismo de cara a las necesidades militares, se puede provocar una actitud de desapego respecto de esas normas y del Derecho Humanitario en su conjunto.

2. Dificultades específicas de carácter conceptual y normativo:

■ Determinar **quiénes y qué puede ser blanco legítimo de ataque** en ciertas situaciones de conflictos internos.- ¿Exactamente quién y bajo qué condiciones puede ser blanco legítimo de ataque? Por ejemplo, cuál sería la situación de personal armado policial o personal militar no adscrito a combate; de autoridades o funcionarios civiles, tengan o no responsabilidades en materias de defensa o seguridad; de autoridades políticas locales, tales como alcaldes o gobernadores; de personal armado para la protección de civiles o instalaciones civiles, pero que no tiene funciones militares; de personas armadas para labores de autodefensa, pero en lugares que pueden ser utilizados por militares o tener relevancia para el esfuerzo de guerra; de civiles que colaboran con fuerzas de ocupación; de civiles que actúan regularmente en apoyo de la insurgencia en calidad de correos, de proveedores o en otra capacidad logística, etc. ¿Qué fuentes de financiamiento, unidades productivas u otros bienes o instalaciones civiles pueden considerarse asociadas al esfuerzo de guerra? (Todas estas preguntas y muchas otras están siendo examinadas también en relación a la "guerra contra el terrorismo" post 11 de septiembre de 2002).

■ **Métodos de combate.** Si se condenan como "pérfidos" ataques en los que los combatientes se confunden con los civiles y no cumplen al menos con el deber portar las armas abiertamente durante un ataque y en los desplazamientos preparatorios al mismo, ¿se estaría, para efectos prácticos, negando la legitimidad de toda insurgencia armada urbana?

3. Posibles superposiciones o confusiones conceptuales respecto de ciertos derechos o grupos de derechos específicos.-

Determinadas situaciones pueden ser caracterizadas diferentemente y los efectos ser distintos, dependiendo de si se las mira desde la lógica de los derechos humanos (sea de tiempos de normalidad o de emergencia), desde la lógica del Derecho Humanitario, o incluso

desde otras lógicas normativas (derecho de refugiados, normas sobre terrorismo). Los siguientes son algunos ejemplos:

■ **Libertad personal.**

- Aparte de las situaciones de derecho penal y procesal penal comunes, existen situaciones propias de estados de excepción, como el llamado arresto o detención administrativa. Pueden existir también formas de detención administrativa en el caso de quienes solicitan el status de refugiado, mientras se decide la petición.

- La ley internacional y la práctica de las organizaciones de derechos humanos han tipificado ciertas formas frecuentes de privación arbitraria de libertad (asociada o no con ataques a otros bienes jurídicos) perpetradas por gobiernos o por fuerzas no gubernamentales: (a) secuestros; (b) toma de rehenes; (c) desapariciones forzadas ; (d) detención y/o condena de prisioneros de conciencia (siempre son arbitrarias); (e) detención o condena arbitrarias (en violación de normas sobre juicio justo) de prisioneros políticos que no reúnen las características de prisioneros de conciencia.

- El Derecho Humanitario contempla otras figuras y posibilidades: (a) prisionero de guerra, quien no puede ser sometido a proceso por el solo hecho de combatir; (b) enjuiciamiento/condena de un prisionero de las fuerzas armadas enemigas a quien se acusa de crímenes de guerra; (c) detención/enjuiciamiento/condena de un miembro de las fuerzas armadas del bando propio, acusado de faltas o delitos militares, incluyendo crímenes de guerra; (d) enjuiciamiento/condena de un insurgente que participa en un conflicto interno que no tiene las características del Protocolo I y que, dado que no goza de la inmunidad de los prisionero de guerra, puede ser procesado por el acto mismo de tomar/emplear las armas; (e) civiles internados por fuerzas armadas de ocupación.

- Aparte de las formas de privación de libertad anteriormente señaladas, que pueden estar en conformidad con el Derecho Internacional Humanitario, existen variadas formas de privación arbitraria de la libertad durante situaciones de conflicto armado: (a) La negación arbitraria de status de prisionero de guerra; (b) el uso arbitrario de internación de

civiles; (c) las ya señaladas figuras de toma de rehenes o desapariciones, que se cometen tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra; (d) la restricción del movimiento físico de personas, manteniéndolas cerca de los combatientes para utilizarlas como escudos humanos; (e) la detención de civiles como mera represalia; (f) el reclutamiento forzoso arbitrario, para servir en funciones militares; (g) el reclutamiento forzoso de mujeres para servicio sexual de las tropas.

■ **Libertad de movimiento y residencia.**

El Sistema de Protección de los Refugiados (ver capítulo V, a continuación, en el que se detallan distintas prácticas arbitrarias) el de los Derechos Humanos y el del Derecho Internacional Humanitario, contienen, todos ellos, normas sobre residencia o libertad de movimiento que puede resultar difícil armonizar. Cabe recordar que en situación de guerra puede existir una obligación de evacuar poblaciones civiles, bajo ciertas circunstancias. Por otra parte, el Derecho Internacional (Derecho Internacional Humanitario, Estatuto de la Corte Penal Internacional) tipifica distintas conductas delictuosas que afectan los derechos de residencia o la libertad de movimiento. Entre las principales se encuentran: (a) la deportación de nacionales, por parte de fuerzas ocupantes; (b) la expulsión masiva de poblaciones o grupos determinados; (c) la reubicación forzosa de poblaciones por motivos arbitrarios (de control político, racial, religioso), que a veces adopta la forma de "limpieza étnica".

■ **Derecho a un juicio justo.**

Los tribunales militares y la justicia de tiempos de guerra, en general, presentan graves dificultades para la realización de juicios justos. Por otra parte, fuerzas insurgentes no estatales pueden llevar adelante procesos judiciales, cuasi judiciales o pseudo judiciales. Aparte de los principios generales de derecho penal y procesal penal, uno de los elementos que debe analizarse en estos casos es la capacidad de esas entidades de ejercer soberanía de facto y hasta qué punto dicha soberanía de facto es de un carácter tal que permita el funcionamiento de una judicatura adecuada.

V. SISTEMA DE PROTECCION DE LOS REFUGIADOS

A. Generalidades

■ Este sistema normativo internacional se desarrolla con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Los principales instrumentos internacionales son el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (aprobado por una Resolución de la Asamblea General de la ONU, en 1950), la Convención sobre el Estatuto de Refugiados, de las Naciones Unidas, de 1951, y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1967. Sin embargo, en América, el tema del asilo político, relacionado con el de los refugiados, había sido materia de tratados regionales desde antes de la Segunda Guerra.

■ Los conceptos de asilo y refugio son diferentes, pero relacionados. La **noción de asilo** sólo conlleva la admisión física de un solicitante al territorio de un Estado que no es el suyo, en virtud de ser perseguido por delitos políticos. El Estado asilante se compromete a no devolverlo ni extraditarlo. Se lo llama asilo diplomático cuando se concede en legaciones, navíos de guerra, y campamentos o aeronaves militares. Por su parte, el **concepto de refugiado** está vinculado a una decisión formal de los Estados que son parte de la Convención de las Naciones Unidas de 1951 y su Protocolo de 1967. Tal decisión es adoptada por esos Estados respecto de quienes, hallándose fuera del país de su nacionalidad, tienen fundados temores de ser víctimas de persecución por motivos de "raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o uniones políticas".

■ El nacimiento del sistema de refugiados de las Naciones Unidas y su desarrollo han estado íntimamente vinculados a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

■ La esencia del sistema normativo de los refugiados es brindar ciertos **efectos propios de la protección del Estado a quienes no pueden beneficiarse de ella**. La pérdida de dicha protección puede afectar diversos derechos pero, por su propia naturaleza, siempre afecta al menos dos tipos de derechos: la libertad de movimiento, incluyendo la de entrar al territorio del propio Estado y salir de

él, y la de fijar residencia en cualquier punto del mismo (libertad que no puede ser ejercida en los hechos por un temor fundado a una persecución dentro del propio país); y el ejercicio de los demás derechos que la pertenencia a un determinado Estado conlleva.

■ Recuérdesse que dentro de los derechos de status o pertenencia están principalmente el derecho a ser reconocido como persona ante la ley, y los derechos de nacionalidad y ciudadanía. El Derecho de ser reconocido como persona ante la ley puede estimarse como susceptible de ser ejercido en cualquier parte, pero algunas de las facetas de su ejercicio necesitan, por lo común, de un vínculo más o menos estable con un Estado determinado. En cambio, los derechos de nacionalidad y ciudadanía son, por definición, derechos de pertenencia a un Estado determinado. No existe un derecho general a ser reconocido como nacional o ciudadano de cualquier país. Ello supondría, obviamente, que se han abolido las barreras entre Estados. Hay pasos en tal dirección (sobre todo en la Comunidad Europea, pero que benefician sólo a los nacionales de los países miembros).

■ El derecho de nacionalidad lleva consigo el derecho de libre residencia dentro del territorio del respectivo Estado. Pero, por lo general, no existe un derecho de los extranjeros a la residencia. Este es un status que otorgan los estados, no uno al cual todo extranjero tenga derecho. Sí existen, una vez otorgado este status, derechos del residente extranjero, incluidos los de libre circulación y residencia.

■ Los residentes no nacionales a veces carecen de ciertos derechos de pertenencia, típicamente los derechos políticos, pero hecha esa salvedad, están bajo la protección del respectivo Estado, tal como los nacionales.

■ Las normas internacionales establecen ciertos principios en favor de quienes, habiendo perdido la protección del propio Estado, o temiendo fundadamente acogerse a ella, solicitan el status de refugiado o asilo territorial. Las principales son: (a) el llamado principio de ***non refoulement*** o no expulsión o devolución obligatoria del solicitante a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución; (b) la protección del solicitante **contra la negativa de admisión en la frontera**, esto es, sin haber tenido la oportunidad de ingresar al país y hacer valer los

fundamentos de su petición ante las instancias apropiadas. La institución de la **repatriación**, en cambio, consiste en facilitar al refugiado el regreso a su lugar de origen, una vez superadas las circunstancias que motivaron la concesión de refugio.

B. Problemática emergente

Como se indicó en clases, el desarrollo del tema de los derechos Humanos en el campo internacional se caracteriza desde hace algunos años por la emergencia de nuevos temas y desafíos. La proliferación de conflictos armados internos, muchas veces en el contexto de la disolución de Estados o ausencia de una autoridad central, el rebrote de conflictos étnicos o religiosos, y otros factores políticos, han dado lugar en tiempos recientes a graves formas de desprotección y desplazamiento forzado de personas.

Las diversas medidas que provocan desplazamiento o desprotección, tomadas por gobiernos o por fuerzas no gubernamentales, están a menudo reguladas de modo contradictorio por los distintos sistemas normativos de carácter humanitario. A veces existe un aparente vacío de regulación internacional. Aparte de estos problemas, de carácter normativo o conceptual, los problemas de orden práctico para brindar ayuda eficaz a las masas de personas afectadas son muy agudos.

Lo que sigue es un esquema de las medidas o situaciones que provocan desplazamiento arbitrario de personas y/o pérdida de protección del Estado a que se refiere el párrafo anterior. (Algunas de las medidas listadas a continuación pueden ser también aplicadas legítimamente por los Estados en situaciones de excepción, o bien como pena o como medida administrativa, en casos contemplados por la ley):

1. Medidas o situaciones que implican desplazamiento internacional de personas:

a. Medidas subjetivas, esto es dirigidas en contra de personas o grupos determinados:

- La privación arbitraria de nacionalidad o cancelación arbitraria de residencia. Estas medidas pueden afectar a personas determinadas o a categorías de personas, y generalmente preceden (o se aplican simultáneamente) a una medida de expulsión o una prohibición de reingreso al territorio.

- Represión política o amenazas gubernamentales dirigidas en contra de individuos determinados. Tales individuos buscan la protección de otro Estado porque, o bien se los persigue por delitos políticos reales o supuestos, o bien tienen temor fundado de ser perseguidos (o de que se repitan medidas persecutorias ya han sufrido) por motivos de "raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o uniones políticas".

- Medidas de represión política que directamente consisten en un desplazamiento internacional forzado de personas determinadas: (a) Expulsiones por orden del Poder Ejecutivo, esto es expulsiones administrativas y no judiciales (conocidas como exilio forzado) decretadas por razones políticas; (b) aplicación de la pena de extrañamiento o conmutación de pena de presidio por extrañamiento, luego de un proceso criminal por delitos políticos (a estas prácticas también se les suele dar el nombre de exilio forzado) ; (c) deportaciones, por parte de una potencia ocupante, de individuos que son nacionales del territorio ocupado (tales medidas son contrarias Convenio IV de Ginebra, de 1949).

- Algunas de las medidas anteriores pueden estar dirigidas no en contra de individuos, sino de grupos o sectores de personas. Por ejemplo: (a) La expulsión de ciertas categorías de extranjeros; (b) La deportación por potencia ocupante de determinadas categorías de personas.

b. Situaciones de desprotección objetiva que afectan a quienquiera que esté en determinada situación de riesgo, y que provocan desplazamiento masivo de poblaciones a través de la frontera. Se trata de situaciones de violencia generalizada, guerra civil, ocupación extranjera, violación masiva de derechos humanos u otras circunstancias semejantes que destruyen el orden público y ponen objetivamente en riesgo la vida o seguridad de quienes puedan verse alcanzados por ellas.

2. Medidas o situaciones que afectan la libertad de movimiento o provocan desplazamientos dentro del territorio nacional.

a. Medidas represivas que afectan a individuos

- Relegación (también llamada exilio interno), sea que se aplique administrativamente o luego de un proceso criminal por delitos políticos.

- Destierro o prohibición de entrar a parte determinada del territorio.

- Internamiento arbitrario (en campamentos) de civiles, en situación de guerra, por parte de una potencia ocupante (en determinados casos y circunstancias el internamiento es permitido por el Derecho Internacional Humanitario) .

b. Medidas arbitrarias que afectan a poblaciones o grupos determinados

- Evacuación arbitraria en tiempos de guerra (las evacuaciones pueden ser permisibles o incluso necesarias en tiempos de guerra, pero pueden también ser arbitrarias, sea porque no se justifican o por el modo como son ejecutadas).

- Reubicación forzosa de poblaciones motivada por razones de discriminación étnica, religiosa o nacional, con el objeto de cambiar el mapa demográfico del país o de sectores geográficos del mismo (un ejemplo es la llamada "limpieza étnica", ejecutada en territorios de la ex Yugoslavia).

c. Situaciones de desprotección objetiva que provocan desplazamientos internos

Las mismas situaciones de violencia generalizada, guerra civil, etc. mencionadas más arriba provocan también desplazamientos internos de poblaciones hacia zonas del país alejadas del peligro.

VI. NORMAS INTERNACIONALES SOBRE COMBATE AL TERRORISMO

Como se dijo en clases, no existe propiamente un "sistema normativo internacional" coherente en materia de combate al terrorismo. Sin embargo hay una cantidad de tratados internacionales sobre la materia. Acerca de este punto, remitirse a las secciones del artículo **"Conceptualización del Terrorismo desde el Punto de Vista Normativo"**, que forma parte del material del curso.

ooo0ooo

VII. JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Sobre esta parte del curso, los alumnos deberán consultar, además de sus propios apuntes y de los textos de convenciones internacionales que se les ha entregado, el texto **"Instituciones de Justicia Penal Internacional"**, que forma parte del material del curso.

oooo0oooo

VIII. "TRANSICIONES POLITICAS Y EL PROBLEMA DE LAS VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMETIDAS EN EL PASADO RECIENTE"

Sobre esta parte del curso, los alumnos deberán consultar, además de sus propios apuntes los textos **"Proceso de Transición a la Democracia y Políticas de Derechos Humanos en América Latina"** y **"La Reconstrucción de la Unidad Nacional y el legado de Violaciones de los Derechos Humanos"**, que forman parte del material del curso.

IX. PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

A. Origen y consagración internacional de este conjunto de derechos. Emergencia del tema en años recientes. Relación de estos derechos con los derechos civiles y políticos.

■ El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales tiene su origen en teorías de justicia o moral social, así como ideologías y sistemas políticos que ponen el acento en los valores de la igualdad y la solidaridad y en una cierta expectativa de acción en este sentido por parte del Estado (vertientes socialistas, social cristianas, ideas de estado-bienestar). Sin embargo, es necesario recordar que el concepto de igualdad tiene muchas connotaciones. Las connotaciones de igual dignidad y derechos de los seres humanos, de sistemas políticos organizados sobre la base de igualdad del voto, de igualdad frente a cargas y cargos públicos, y de prohibición de discriminaciones arbitrarias, son o se han hecho parte también de la filosofía liberal, y se encuentran en los instrumentos internacionales sobre derechos civiles y políticos.

■ La connotaciones del concepto de igualdad más propias de los derechos económicos, sociales y culturales son: (a) La de una tendencia igualitaria en la distribución de los beneficios de la cooperación social, que es uno de los propósitos de la vida social organizada (dentro de esta acepción se pueden descubrir concepciones igualitarias que apuntan a asegurar a todos un mínimo de satisfacción de necesidades económicas, sociales y culturales, hasta otras que enfatizan la necesidad de asegurar una mayor igualdad distributiva); (b) La misma connotación anterior, pero en el plano de las relaciones internacionales, enfatizándose la necesidad de cooperación internacional para garantizar efectivamente estos derechos en los países más pobres. (c) la necesidad de medidas que den protección legal especial a una las partes de una relación jurídica (por ejemplo, al trabajador en la relación laboral) para, mediante este mecanismo, compensar las desigualdades que se dan en la práctica y crear una igualdad más efectiva y no puramente teórica. (d) la necesidad de otorgar protección especial a grupos vulnerables, marginados o discriminados.

■ Con la excepción de los derechos laborales y de ciertos derechos de minorías, cuya consagración internacional comienza antes, los derechos económicos, sociales y culturales son reconocidos por el Derecho Internacional con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial (declaraciones y pactos sobre derechos humanos, tanto de ONU como de sistemas regionales, declaración sobre el derecho al Desarrollo de la ONU, de 1986). Muchos de estos derechos están formulados como metas o aspiraciones, pero sin que se explicita cómo alcanzarlos. La razón de ello es que dado que las normas internacionales de derechos humanos fueron acordadas a través de un proceso de negociación y compromiso por Estados-parte que abrazan sistemas económicos (además de sistemas políticos) radicalmente distintos, el acuerdo logrado sólo se pudo obtener, en la mayoría de estos derechos, a un alto nivel de generalidad.

■ El interés internacional por los derechos económicos, sociales y culturales **en cuanto derechos humanos** y en cuanto necesidad de hacer **campaña de derechos humanos en torno a ellos** merece los siguientes comentarios:

- En los años setenta se sospechaba abiertamente, por parte de algunos sectores políticos, que el énfasis que las nacientes y pujantes las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos ponían en la defensa de derechos civiles y políticos implicaba un prejuicio de corte liberal, o, en todo caso, tenía un fuerte sesgo político cultural de países desarrollados del occidente. Sin perjuicio de que ése hubiera sido el caso en algunas instancias, la crítica fue perdiendo su fuerza frente a dos observaciones: (a) que los derechos económicos, sociales y culturales ofrecen, en su mayoría, dificultades intrínsecas para determinar con claridad su incumplimiento (en cuanto derechos, no sólo en cuanto necesidades básicas) y para hacer un tipo de campaña de derechos humanos en torno a ellos; (b) que la violación de derechos civiles y políticos tiene no solamente el efecto de atacar los valores de la vida, integridad física, libertad personal, etc., de las víctimas, sino que con frecuencia envuelve, además, un propósito político de eliminar, intimidar o físicamente sacar de la escena de lucha de ese país, a dirigentes sindicales, sociales, o a otros opositores o disidentes cuya acción tiene un fuerte contenido de demanda económico-social.

- Durante los años ochenta se incrementó una corriente de opinión y presión internacionales que tendía hacia un mayor reconocimiento de derechos de "tercera generación", "colectivos" o de "solidaridad" en materia económica, social y cultural, culminando, entre otras declaraciones, en la de Naciones Unidas sobre Derecho al Desarrollo, de 1986 (incluida en el material del curso). Dentro de esta última declaración, y también por separado, la ONU afirmó el llamado principio de **interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos**, lo cual tiene, entre otras connotaciones, la de que no se puede intentar justificar la transgresión de los derechos civiles y políticos sobre el pretexto de insuficiente desarrollo económico.

- En años recientes, se ha intentado por diversos sectores políticos e intelectuales, una crítica a modelos económicos o hacia las políticas de organismos financieros o monetarios internacionales, o bien hacia el mismo proceso de globalización, desde una perspectiva de derechos económicos, sociales u culturales. Esta tendencia, que con frecuencia presenta bases conceptuales cuestionables, se explica en parte por el clima post guerra fría de declinación de la fuerza de las ideologías y por una tendencia creciente a re-plantear agendas económico- sociales bajo el rótulo de derechos humanos.

- Sobre la importancia y urgencia de hacer más efectivos estos derechos no cabe duda. Pero la tarea de dotarlos de más fuerza (en cuanto derechos, no sólo en cuanto a demandas, proposiciones de políticas, negociaciones, acuerdos, o luchas de tipo económico social) no admite atajos fáciles. Tomando en cuenta el esquema repetidamente empleado en clase, que incluye distintos niveles en el desarrollo y cumplimiento de los derechos (su proceso de gestación como valores generalmente aceptados; su inclusión en el texto de la ley; la existencia de obligaciones susceptibles de ser exigidas; la existencia de instituciones y remedios efectivos para darles cumplimiento; la eficacia de tales instituciones y remedios; el acceso a los mismos), la tarea por hacer respecto de la mayor parte de estos derechos es inevitablemente lenta. Consiste en precisar las obligaciones legales del caso, así como los respectivos mecanismos institucionales de control, adjudicación y cumplimiento forzoso, todo lo cual supone un trabajoso proceso de demandas, negociaciones y acuerdos político-sociales. En ese contexto,

insistir en producir nuevas declaraciones internacionales que se quedan en el plano de la retórica, puede contribuir a desviar los esfuerzos antes que a facilitar un avance genuino.

B. Análisis de los instrumentos internacionales (Base: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)

■ El Art. 1 Común a ambos Pactos de derechos humanos de la ONU (sobre el derecho de los pueblos a la autodeterminación) adquiere una connotación especial tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto se refiere al derecho de libre disposición de los pueblos de sus riquezas y recursos naturales.

■ Los derechos específicos consagrados en el Pacto son de distinto tipo. Los bienes jurídicos envueltos son variados y no permiten una clasificación de estos derechos de modo tan nítido como las distinciones que hemos hecho a propósito de los derechos civiles y políticos. Algunas de las sub-categorías son las siguientes:

- Principio general no discriminación e igual goce de derechos para hombres y mujeres (Arts. 2 y 3).

- Nutrición básica, en el sentido literal de protección contra el hambre (art. 11.2.).

- Derechos que apuntan a satisfacción de necesidades básicas y, al mismo tiempo, constituyen condiciones necesarias para una crear igualdad de oportunidades o, al menos, permitir una mínima autonomía económico-social de las personas: derechos laborales y su correlato del derecho a la seguridad social; derecho a la salud; derecho a la educación. (Arts. 6-9, 12, 13-14).

- Protección especial de la familia, la madre y el niño (Art. 10).

- Participación en la vida cultural, etc. (Art. 15).

■ Con respecto a las **obligaciones de los Estados:**

- Es necesario distinguir las obligaciones ante el derecho

interno y ante el Derecho Internacional. Ante el derecho interno, los países más desarrollados tienen a menudo garantizados estos derechos en gran medida, incluso en mayor grado que lo que exige la ley internacional. Los problemas de exigencia de cumplimiento de estos derechos, en tales casos, consistirán fundamentalmente en que se satisfaga, en casos individuales, lo que está garantizado y que no se discrimine. En situaciones de crisis económica que impongan un retroceso respecto de los beneficios sociales que se pueden otorgar, surgen ciertos dilemas: ¿qué reducciones son permisibles? ¿de qué manera deben efectuarse? Estos puntos no están aclarados por la ley internacional.

- El examen de las obligaciones internacionales muestra que, por lo general, las obligaciones principales o rectoras son de hacer (salvo la prohibición de discriminación y algunos derechos laborales, que imponen obligaciones principales de respetar esto es de no hacer) y de cumplimiento progresivo. Son, por tanto, obligaciones de medio o comportamiento. La obligación genérica de cumplimiento progresivo se encuentra en el Art. 2.1. del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

- Existen, sin embargo, obligaciones complementarias que son necesarias para el cumplimiento de las principales y que pueden ser también positivas (por ejemplo, promover) o bien negativas, esto es, de no hacer. Ejemplos de obligaciones complementarias de no hacer son las normas que prohíben y sancionan la corrupción, la destrucción de recursos naturales o públicos, las prácticas nocivas a la salud o el ambiente. También se puede decir que la obligación de respetar (obligación principal de no hacer) los derechos civiles que permiten la participación política y el libre debate sobre políticas económico-sociales (libertades de asociación, expresión, manifestación...), resulta ser, desde el prisma de los derechos económicos, sociales y culturales, una obligación complementaria de no hacer.

- En torno a la violación de las obligaciones complementarias de no hacer es más factible organizar campañas que puedan suscitar amplio apoyo ciudadano, por encima de las discrepancias, que es natural que existan, cuando se trata del contenido positivo de políticas económicas o sociales.

- La obligación principal y negativa de no discriminar arbitrariamente (que es común a los derechos económicos, sociales

y culturales y a los derechos civiles y políticos) implica también obligaciones secundarias positivas de garantizar tal igualdad y de promover los valores necesarios.

- Respecto de determinados derechos, existen variadas obligaciones específicas. Por ejemplo, los derechos laborales imponen al Estado la obligación de garantizar el respeto a las normas que regulan derechos del trabajador frente al empleador; respetarlas él mismo, si es empleador; garantizar y respetar las libertades sindicales (un derecho básicamente de corte civil-político); y cumplir progresivamente la meta de pleno empleo u ofrecer satisfactoriamente la alternativa de seguridad social. Otro ejemplo es el derecho a la educación, en lo que concierne a la educación primaria, que impone obligaciones de cumplimiento más concretas (Art. 14 del Pacto de Derechos ESC).

- Los derechos de determinados grupos vulnerables o discriminados (que se verán en el siguiente capítulo de esta Ayuda Memoria) tiene un importante componente económico, social y cultural.

■ El Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales, al examinar la naturaleza de las obligaciones de los Estados bajo el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, formuló comentarios que establecen que si bien existe una obligación general de cumplimiento progresivo, también hay otras obligaciones de efecto inmediato:

- Obligación de adoptar medidas (Art. 2) (aun cuando no está claro qué medidas concretas deben ser adoptadas, por lo menos los Estados, en sus informes a la ONU, deben especificar cuáles han tomado en la práctica). Esta es una obligación de medio o comportamiento.

- Compromiso de garantizar el ejercicio de los derechos protegidos, "sin discriminación".

- Hay derechos que son susceptibles de aplicabilidad inmediata por órganos judiciales (Arts. 3, 7, 8, 10, 13 y 15 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

- Obligación general de buscar la realización de los derechos sin retrocesos (tal obligación sería más cuestionable en

el caso de una crisis económica que obligue a un recorte de gastos estatales).

- En época de crisis económica, recesión o ajuste, obligación de proteger a los sectores más vulnerables de la sociedad con programas específicos de bajo costo.

■ Se ha propuesto también el establecimiento de un Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, consagrando el derecho de petición o comunicación individual, así como la sistematización y consolidación del uso de indicadores en el proceso de monitoreo del cumplimiento de las obligaciones de los estados.

X. DERECHOS DE SECTORES O COLECTIVOS VULNERABLES O TRADICIONALMENTE DISCRIMINADOS O MARGINADOS

Este es un esquema de los temas tratados en clase para facilitar el repaso. Los alumnos deben tener también a la vista los textos respectivos declaraciones y convenciones internacionales incluidos en el material el curso.

En lo que sigue, se abordan primero puntos concernientes a todos los derechos de grupos o sectores. Sobre los alcances específicos concernientes a los derechos de la mujer, los alumnos, además de consultar la convención respectiva, deben remitirse a las explicaciones adicionales entregadas en clases y al artículo "¿Qué son los 'Derechos Humanos Internacionales de la Mujer'?", de Hilary Charlesworth, que se encuentra en la segunda parte de los materiales del curso.

A. Generalidades

■ El interés creciente en el ámbito de la ONU y dentro del movimiento de derechos humanos por los derechos de grupos o sectores determinados refleja una tendencia a avanzar de lo general a lo particular en el reconocimiento de derechos humanos.

Algunos reservan la expresión "tercera generación" para este tipo de derechos de grupos o sectores.

■ El tema está vinculado cuestiones centrales de ética política y social, en particular: (a) a la concepción que se tenga sobre igualdad real; (b) a la relación entre libertad e igualdad; (c) a la noción de integración social o comunitaria; (d) al peso relativo que se dé, en la distintas concepciones sobre la justicia, a las coordenadas de responsabilidad versus necesidades de los miembros del grupo social.

■ Los principios generales que informan las normas internacionales sobre ciertos grupos o sectores son: (a) Que la igual dignidad y, por tanto, la igualdad básica en derechos y obligaciones, no puede entenderse de modo meramente general, sino que es preciso tomar en cuenta las capacidades y necesidades de cada cual, sean permanentes o circunstanciales, individuales o grupales. (b) Que el principio que cada se valga por sí mismo

mediante el pleno uso de sus potencialidades de acción autónoma, debe complementarse mediante el apoyo necesario para superar situaciones que afectan la plena autonomía, incluso mediante protección especial a quienes no pueden valerse por sí mismos plenamente. (c) Que debe propenderse a la efectiva integración social de todos.

■ Legislar sobre derechos de grupos o sectores requiere de una comprensión del factor o factores que determinan o influyen en su vulnerabilidad y que es necesario compensar u superar. Tales factores pueden ser **congénitos o accidentales**, como los que afectan a impedidos y a retrasados mentales. En tal caso afectan a las personas individualmente, en el sentido de que todos los que son afectados por tales factores en el mismo grado o de la misma manera, sufren de vulnerabilidad parecida (independientemente de los medios con que cada cual cuente para enfrentarla); sin perjuicio de ello, también se puede decir que estos individuos se ven afectados como sector o categoría de personas. Los factores de vulnerabilidad pueden también ser **histórico-culturales**, como es el caso de la mujer o de los pueblos indígenas. Ello quiere decir que debido a determinados padrones de conducta social, influidos por normas o prejuicios que genéricamente pueden llamarse de orden cultural, se han desarrollado prácticas, normas e instituciones que tienen por efecto que determinados sectores sufran de minusvalía jurídica, o bien de una marginación o menoscabo de hecho. Estos factores no necesariamente afectan de la misma manera a distintos individuos que comparten el respectivo rasgo de identidad. Existen también vulnerabilidades o **necesidad de protección especiales durante una etapa de la vida**, como ser la infancia o la vejez; o durante el cumplimiento de una función determinada, como ser la maternidad.

■ En el caso de vulnerabilidades provocadas por factores congénitos o accidentales ha habido, por cierto, actitudes culturales de negligencia o menosprecio hacia esas personas. La diferencia es que en tales casos se trata de actitudes discriminatorias frente a una **vulnerabilidad que depende de otros factores y que se ve acentuada** por tales actitudes discriminatorias. En el caso de discriminación por razones de género o de origen étnico es la conducta histórica de la sociedad la que ha **provocado la situación de vulnerabilidad**.

■ En la práctica, es más complejo lograr acuerdo social sobre la identificación de los factores de vulnerabilidad cuando se trata de factores histórico culturales. Por lo mismo, el debate sobre el contenido de los derechos especiales de tales grupos o sectores suele ser más arduo.

B. Las obligaciones estatales que entrañan los derechos de grupos o sectores

■ Las cuatro categorías características de obligaciones estatales en materia de derechos humanos, se encuentran también presentes en las convenciones internacionales, como contrapartida de los distintos derechos de grupos o sectores determinados: respetar, garantizar, promover, satisfacer necesidades especiales.

Cada uno de estos tipos de obligaciones tiene, sin embargo un contenido particular en el caso de estos derechos de grupo: **Respetar** supone que el estado no discrimine en contra de estos grupos, ni en sus políticas y prácticas, ni en la legislación (la obligación de respetar se confunde conceptualmente con la de garantizar, cuando se trata del deber del Estado de derogar leyes discriminatorias). **Garantizar** supone medidas, principalmente legales, que protejan contra la discriminación y que otorguen también ciertos tratos o beneficios especiales (en este último sentido se confunde conceptualmente con la obligación de satisfacer determinadas necesidades). **Promover** supone no solamente la educación, capacitación y difusión formales sobre estos derechos de grupos o sectores, sino que trabajar activamente por la superación de prejuicios sociales. La obligación de **satisfacer determinadas necesidades**, que respecto de los derechos económicos, sociales y culturales tiene, por lo común, un sentido de cumplimiento progresivo, adquiere, respecto algunos de los derechos de grupos o sectores especiales, mayor precisión de contenido o mayor urgencia.

■ Obligación de no discriminar (obligación de respetar y garantizar)

a. **El principio general**, que ha ido ganando aceptación internacional, en la doctrina y la jurisprudencia es que nadie puede ser discriminado por una característica que no puede cambiar o que no debiera ser obligado a cambiar. ¿Y cuáles no debiera ser obligado a cambiar? Aquéllas que se ejercen dentro de la esfera

de identidad y privacidad y autonomía de cada cual y no afectan los derechos de terceros o bienes jurídicos de carácter general.

b. Formas de discriminación del Estado (violan obligación de respetar y/o de garantizar)

- **Tratamiento legal discriminatorio:** Arbitraria menor capacidad jurídica o jurídico/política. Arbitraria consideración de un rasgo definitorio del grupo para establecer desigualdad en la tipificación de delitos, o en la consideración de causales de justificación o de circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes de responsabilidad penal. Arbitraria desigualdad procesal. Otros tratamientos legales arbitrarios (desigualdades ante el derecho sucesorio, arbitraria descalificación de personas que participan de ciertos rasgos grupales para desempeñarse como jurados o para ciertos cargos, profesiones u oficios, o bien para ciertos permisos, como el de conducir vehículos).

- **Tratamiento discriminatorio en la aplicación de la ley:** No ejecución de la ley (deliberada omisión, falta de provisión de recursos para poder cumplirla debidamente respecto de ciertos grupos o sectores vulnerables). Ejecución arbitrariamente discriminatoria de la ley. Uso discriminatorio de facultades discrecionales.

■ **Obligación de Promoción**

a. El principio general es que cabe una responsabilidad especial al Estado en la tarea de ir superando actitudes sociales o situaciones estructurales o históricas de vulnerabilidad o menoscabo.

b. Obligaciones específicas

- Establecer adecuados incentivos y disuasivos vinculados al trato que se dé a determinados grupos o sectores vulnerables (por ejemplo, beneficios tributarios, requisitos para concursar ante propuestas o contratos estatales).

- Educación y difusión de valores, capacitación de funcionarios.

- Programas estatales que sirvan de modelo.

■ **Obligación de satisfacer determinadas necesidades**

Como queda dicho más arriba, este tipo de obligación estatal consiste, por lo general, en cumplir progresivamente con la satisfacción de ciertas necesidades económicas, sociales o culturales. Las normas internacionales sobre los derechos de ciertos grupos o sectores establecen más detalladamente las respectivas necesidades. Asimismo, suelen establecer las obligaciones correspondientes en términos más perentorios y exigibles.

a. **El principio general** que inspira las normas respectivas es que la sociedad puede exigir que cada cual despliegue al máximo su capacidad de acción autónoma para satisfacer sus propias necesidades, si cuenta con las herramientas mínimas necesarias (educación, atención de salud, trabajo o bien seguridad social) pero debe darse protección adicional suficiente, de trato o beneficios, permanente o temporal, a quienes no puedan, ni aun con el pleno uso de sus capacidades, proveer por sí mismos.

b. **Las obligaciones más específicas** establecidas en la normativa sobre determinados sectores o grupos caen en las siguientes sub-categorías principales:

- Resguardos especiales de representación legal o de protección jurídica de otro tipo, frente a posibilidad de abusos por terceros.

- Disponibilidad de beneficios especiales adecuados a las necesidades respectivas (beneficios educacionales, de salud, etc.).

- Obligación de tomar en cuenta las necesidades del respectivo sector o grupo en la confección de planes y políticas estatales.

C. **Puntos que ofrecen dificultades éticas, conceptuales y/o prácticas**

■ Discriminación compensatoria o positiva, también llamada

"medidas asertivas" para superar situaciones históricas o estructurales de discriminación que sufren determinados grupos o sectores. Los problemas principales se refieren a: **(a) La justificación** de medidas asertivas que discriminan a individuos determinados con el objeto de remediar situaciones históricas que afectan a ciertos grupos (hay distintos grados de medidas asertivas, desde tomar en cuenta, como un factor más, la pertenencia a tales grupos, cuando se toman decisiones sobre cargos o beneficios, hasta reservar cuotas de cargos y beneficios exclusivamente para los miembros de dichos grupos), **(b) la eficacia real** de tales medidas.

■ Conflictos potenciales entre derechos de colectivos tales como los de los pueblos indígenas, o los de determinadas minorías religiosas, étnicas, nacionales o lingüísticas y, por otra parte, la integridad o soberanía estatales.

■ Potenciales conflictos entre derechos humanos individuales de los miembros de un colectivo (por ejemplo, un individuo miembro de un pueblo indígena) y las normas internas de tal colectivo, si el Estado le ha otorgado al colectivo el privilegio de sujetarse a sus propias regulaciones culturales para ciertas materias.

■ Dado que muchos abusos y formas de desprotección de la mujer ocurren en el ámbito de la familia y en otros ámbitos tradicionalmente considerados privados, es necesario examinar la distinción público-privado misma, que está en la base de la regulación jurídica de las relaciones que tienen lugar dentro de ese ámbito. Por cierto, las dificultades de tal examen no pueden ser subestimadas.

■ Si el Estado tiene responsabilidad de garantizar, promover y satisfacer determinadas necesidades, se sigue que le cabe responsabilidad por inacción. Sin embargo, en ciertos casos la tarea no es solamente promover valores sociales que se han ido abriendo paso pero que requieren todavía vencer inercias y resistencias sociales, sino promover cambios en actitudes culturales profundamente sustentadas por amplios sectores de la población (por ejemplo, las prácticas de circuncisión y de mutilación genital femenina, mencionadas en clase). No está claro qué se espera del Estado y cómo se hace valer su responsabilidad en tales casos, teniendo en cuenta los límites inherentes a la acción de gobiernos representativos, si contrarían creencias o

prácticas acendradas de la comunidad, y la probable insuficiencia, o incluso el carácter contraproducente, de medidas puramente punitivas.