

NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU VALIDEZ EN DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO*

No es suficiente la consagración de los derechos humanos en los textos de las Constituciones para que su eficacia quede asegurada en la práctica, sino que se requiere del establecimiento de instrumentos procesales para prevenir o reparar la violación de los propios derechos.

Héctor FIX-ZAMUDIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Existe una “naturaleza” de los derechos humanos?* III. *La fundamentación de un concepto.* IV. *Los derechos humanos y la ilusión de su fundamento absoluto.* V. *El individuo y el “ejercicio efectivo” de sus derechos.* VI. *El derecho consuetudinario y los derechos humanos.* VII. *Transformación de una norma convencional en regla consuetudinaria.* VIII. *Jurisdicción doméstica y derechos humanos.* IX. *Norma consuetudinaria y pena capital.* X. *Infracciones “aisladas” e infracciones “significativas”.* XI. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

Se puede convenir en la idea de que el conjunto de miembros que conforman la comunidad internacional está jurídicamente vinculada por una norma consuetudinaria que obliga al principio general del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana y que se encuentran por lo demás, codificados en los principales pactos, convenciones y tratados sobre la materia.

* Separata del libro *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998.

Los derechos humanos que han adquirido el rango de derecho internacional consuetudinario son de esta suerte, derechos fundamentales e inderogables. Dentro de esta línea de pensamiento la Corte Internacional de Justicia sostuvo en relación al *Caso del personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Therán* (1980), lo siguiente: “El hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos, y de someterlos, en condiciones angustiantes, a una coacción física, es a todas luces incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos” (p. 42).

Por el contrario, y atendiendo a la política internacional, si nos referimos a una serie de derechos humanos, que no han sido reconocidos internacionalmente, más que por un número más o menos significativo de Estados, no parece que puedan ser calificados como tales fuera del ámbito propio de la jurisdicción doméstica de los Estados, y por lo tanto no poseyendo un carácter consuetudinario de alcance y vinculación universal.

Por otro lado, la relación entre las dos fuentes primordiales del derecho internacional, esto es, entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es sin duda cada día más compleja y más delicada.

Una regla inserta en un tratado, puede, llegado el caso, constituir un precedente que a su vez propicie que se genere una regla consuetudinaria, por la unión de una práctica uniforme reiterada y constante, aparejada a una *opinio iuris* concordante y simultánea. Esta ecuación juega, obviamente, también en sentido inverso, con las complejidades y problemas propios de la interrelación de estos procesos generadores de normas jurídicas, por ejemplo derecho convencional y derecho consuetudinario.

II. ¿EXISTE UNA “NATURALEZA” DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Todo nos deja indicar que los derechos humanos no son susceptibles de analizarse más que mediante la descripción de su naturaleza y su contenido, fuera de toda interpretación teórica e incluso filosófica.

Se puede sostener, ya que ninguna demostración efectuada ha mostrado lo contrario, que la persona está por naturaleza dotada de prerrogativas, es decir, de facultades para actuar o abstenerse de actuar en forma

consciente, rechazar, reclamar u obtener ciertos satisfactores, y sobre todo, la protección aledaña correspondiente. Pero lo que hay que dejar en claro, es que en sí por ellas mismas, estas prerrogativas no son derechos *stricto sensu*.

Para que puedan acceder a este plano legal, deben ser el objeto de un *status* particular; el *status* jurídico. Es necesario y suficiente, que la regla tenga su incidencia de alguna y otra manera, ya sea por la aceptación, la limitación, la organización, la regulación, la obligación o la prohibición. Ninguna facultad jurídica sin derecho, y ninguna facultad jurídica que no sea una prerrogativa; la inversa, sin embargo, no se da en forma necesaria.

Pero si bien las prerrogativas “abrigadas y encubiertas” por el derecho son constitutivas de derechos, esto no quiere decir, que todos ellos puedan ser calificados como “derechos humanos”.

Las relaciones sociales comportan intrínsecamente el ejercicio de derechos que concretizan la sociabilidad. Muchos de ellos no son directamente relativos a la persona, sino a un acto jurídico como puede serlo un contrato de cualquier naturaleza u otros semejantes, como pueden ser los derechos del acreedor en contra de su deudor, o del derecho del propietario frente a su inquilino o inversamente.

Es por ello, como dice el profesor de Toulouse, Jacques Mourgeon, que se puede “excluír” el derecho de propiedad del ámbito de los derechos humanos, ya que, a pesar de afirmaciones contrarias, no está probado, ni demostrado, que la propiedad privada sea consubstancial a la persona, o esencial a su existencia.

De esta suerte, los derechos humanos pueden definirse como aquellas prerrogativas, gobernadas por un conjunto de reglas, que la persona detenta para sí misma, en sus relaciones con los gobernantes y con el poder.¹

1 Véanse los ensayos de: Mourgeon, Jacques, *Les droits del l'homme*, 3a. ed., París, Presses Universitaires de France, 1985, pp. 3-22. Obviamente que esta aparente “unicidad” en la definición no excluye la extrema diversidad en cuanto a su propio “contenido”, ya que ninguna determinación precisa y unánimemente aceptable, sobre el concepto de derechos humanos es posible formularla hoy en día. Sin embargo, el poder, y en esto no hay discusión, dice J. Mourgeon, es simultáneamente “el proveedor y el sepulturero” de los derechos humanos, y más lo último que lo primero, *op. cit.*, pp. 9 y 12. Wyzanski, Charles E. *et al.*, “Estudios relativos a los orígenes de los derechos humanos”, *Human Dignity: the Internationalization of Human Rights*, Nueva York, Ocean Publication, 1979, en particular pp. 1-23.

III. LA FUNDAMENTACIÓN DE UN CONCEPTO

Es indiscutible que toda búsqueda de un fundamento, supone la necesidad lógica de “fundamentar”, y si fuera necesario realizar esta operación a propósito de todo concepto, el problema entonces del “fundamento” en sí mismo, no recibiría jamás una solución satisfactoria ya que ello mismo conduciría incontestablemente a una auténtica regresión sin fin.

Para que la búsqueda de un fundamento sea una operación con sentido lógico, es absolutamente necesario, como afirma Charles Perelman, que se admita la existencia de realidades o principios que sirvan de cimiento a algo más, y que sean ellos mismos “incontestables”, o por lo menos no sujetos a discusión.

Por el contrario, aquello que analíticamente se propone fundamentar, debería ser susceptible de ser puesto en duda ya sea en el terreno del derecho, o bien, susceptible de ser cuestionado en el terreno de los hechos.²

La expresión “derechos humanos” tiene una connotación doble. Por una parte, designa en primer lugar, un aspecto de “posesividad”, esto es, derechos poseídos por el hombre, que le son “inherentes”, “naturales”, y que recubren por lo menos los derechos relativos a los dos elementos fundamentales del hombre, que serían tanto su cuerpo mismo, como su intelecto.

Sin embargo, también designa, en un segundo término, un aspecto de “relatividad”, esto es, aquellos derechos que se relacionan con el hombre, derechos exteriores a los elementos constitutivos del ser humano, pero *relativos* a todas sus condiciones de existencia, considerados así como vitales, o por lo menos, como siendo imprescindibles a su condición de ser humano.

De esta suerte los derechos humanos se vuelven no sólo indeterminables en lo abstracto y por lo tanto “infinitos”, sino también de una tal

2 Véase Perelman, Ch., “Peut-on fonder les droits de l’homme?”, *Les fondement des droits de l’homme. Actes des entretiens de l’Aquila, Institut International de Philosophie*, Firenze, La Nuova Italia, 1966, p. 10. Para la gran autoridad del profesor Sir Hersch Lauterpacht y sin que éste deje de reconocer los métodos del derecho natural respecto a los derechos humanos, sin embargo, su autor, asienta con claridad, que el derecho natural no puede ser un sustituto del derecho positivo: “*The law of nature is in no sense a substitute for positive law; it cannot by itself supply the solution of the problem of the rights of man. Whenever that happens the doctrine of natural rights degenerates into a doctrine of vested rights*”, Lauterpacht, H., *International Law and Human Rights*, Archon Books, 1968 (reprinted United States of America). En particular véanse los capítulos 6 y 7 en donde se expone la función del derecho natural como expresión de los derechos humanos inalienables, pp. 94-126.

ampliación que permite, en el campo real, las más grandes y múltiples variaciones.

Ahora bien, sin duda y yendo más allá de categorías y subcategorías, los derechos humanos son la resultante mayor, y el signo más revelador, de la relación entre el poder y la persona, es decir, ni más ni menos, la relación política por antonomasia.³

IV. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA ILUSIÓN DE SU FUNDAMENTO ABSOLUTO

Uno de los pensadores más lúcidos de nuestra época, el profesor de la Universidad de Torino, Norberto Bobbio, encuentra cuatro dificultades mayores en contra de esa ilusión de pretender encontrar un posible fundamento absoluto de los derechos humanos.

La expresión “derechos humanos” es una expresión de tal vaguedad que toda definición propuesta no es satisfactoria. Unas, son del tipo meramente tautológico, como aquellas que sostienen que los derechos humanos son aquellos derechos que pertenecen al hombre en tanto que tal. Otras son del tipo más bien *formal*, en el sentido que no nos dicen nada acerca de su contenido, como por ejemplo aquellos que postulan que los derechos humanos son derechos que pertenecen a todos los hombres y de los cuales ningún hombre puede llegar a ser privado de ellos. Y por último tendríamos el tipo de definiciones puramente teleológicas, que apelan a valores últimos, susceptibles de las más variadas interpretaciones, como por ejemplo aquellas que sostienen que los derechos humanos son derechos cuyo reconocimiento es la condición necesaria para el perfeccionamiento de la persona humana, o bien, para el progreso civil o político, etcétera.

Si estos tres tipos de definiciones, no nos permiten elaborar una categoría de derechos humanos con características bien definidas, uno debe preguntarse entonces, dice Bobbio, cómo sería posible querer plantear el problema del fundamento de dichos derechos, cuando no somos siquiera capaces de otorgar una noción precisa sobre su significado.⁴

3 Véase Mourgeon, Jacques, *op. cit.*, nota 1, p. 12. Villey, M., *Le droit et les droits de l'homme*, París, Presses Universitaires de France, 1983, capítulos I y II.

4 Bobbio, Norberto: “L’illusion du fondement absolu”, *Actes des Entretiens de l’Aquila*, *cit.*, nota 2, pp. 3-10; véase igualmente en el mismo volumen sobre el *Fundamento de los derechos humanos*, el interesante intercambio de puntos de vista entre N. Bobbio, Perelman, Foirers, Calógero, Hypolyte, Buck Mc Keon, Mercier, Polin y Lombardi, fundiendo como moderador y presidente el profesor Alfred J. Ayer: “Premier Entretien”, *op. cit.*, pp. 167-191.

Una segunda dificultad estaría constituida por el hecho de que los derechos humanos se presentan como una categoría extremadamente variable en el tiempo. Baste pensar que los derechos que habían sido proclamados como absolutos a fines del siglo XVIII, como por ejemplo el derecho a la propiedad “sagrada e inviolable”, posteriormente fueron limitados o incluso en ocasiones abrogados.

Por el contrario, otros derechos, que las Constituciones políticas de los siglos XVIII y XIX ni siquiera mencionaban, como serían por ejemplo los derechos sociales, han llegado a ser un tema común de todas las Constituciones contemporáneas. A un derecho diferente, corresponderá por lo tanto, un fundamento también diferente.

La categoría de los derechos humanos, además de su gran vaguedad y variabilidad en el tiempo, es también extremadamente heterogénea (tercera dificultad) en relación, dice Bobbio, a la eficacia de los derechos en el espacio en donde habitualmente se presentan. Así, entre los derechos humanos están comprendidos, tanto los derechos que valen hoy en día en toda situación y para todo ser humano, como el derecho a no ser torturado o a no ser reducido a esclavitud, como aquellos derechos susceptibles de poder ser suprimidos bajo ciertas circunstancias, o para cierta categoría de personas. En varios países el reconocimiento de la libertad de expresión difiere mucho en su alcance y contenido de una nación a otra.

Por último, la cuarta dificultad que encontraría Bobbio contra esta ilusión del fundamento absoluto, consistiría en que parecería que existen derechos, considerados como fundamentales que, entre ellos, son muchas veces antitéticos, esto es, que no se puede reconocer la validez de uno de ellos, sin atentar en contra del otro, y viceversa. Los derechos individuales y los derechos sociales (libertades y poderes), son generalmente antinómicos en el sentido que su desarrollo no puede llevarse a cabo en forma paralela. La experiencia histórica demuestra que en la medida que los derechos sociales aumentan, las libertades individuales disminuyen, hasta límites extremos de regímenes como el de la ex Unión Soviética, en donde el ensayo de realizar los derechos sociales, coincidió con la más grande suspensión de los derechos individuales.

Por lo anterior, la conclusión del profesor Norberto Bobbio, es que el problema de fondo en el campo de los derechos humanos, es, hoy por hoy, no tanto el problema de su *justificación*, sino más bien el de su *pro-*

tección, hay, en otras palabras, un desplazamiento de un problema filosófico a un problema pragmático.⁵

V. EL INDIVIDUO Y EL “EJERCICIO EFECTIVO” DE SUS DERECHOS

Por otro lado, muchos autores al analizar los caracteres substanciales de la norma de los derechos humanos, deducen como consecuencia lógica, que el “individuo”, siendo titular de estos derechos y pudiendo prevalerse de los mismos, esto equivale al surgimiento de la persona física en su calidad de *sujeto de derecho internacional*.

Pero posiblemente haya que atenuar estas aseveraciones tan categóricas, ya que, si ciertamente para ser considerado un *sujeto activo* de un orden jurídico, una entidad debe, antes que nada, estar investida por cierto orden jurídico, de derechos y obligaciones claramente definidos, sin embargo, ello no sería suficiente en forma alguna.

Para ello, es igualmente necesario tener la posibilidad de actuar directamente por medio de procedimientos apropiados, a fin de poder hacer respetar el *ejercicio efectivo* de los derechos, de los que presuntamente se debe beneficiar. La capacidad de actuar procesalmente sería, entonces, el criterio determinante de la personalidad jurídica.

Ahora bien, desde este punto de vista, como sostiene Pierre-Marie Dupuy, el derecho internacional general no ofrece al individuo más que ciertas perspectivas, pero todavía no se encuentran posibilidades reales de conjunto.

Los casos en los cuales una vía de derecho está directamente abierta a los individuos permanece todavía como la excepción a pesar de la multiplicación de situaciones en las cuales, principalmente por vía de petición,

5 Véase Bobbio, Norberto, “Premier Entretien”, *op. cit.*, nota 4, pp. 167-191. El profesor Charles Perelman, defendía en este Coloquio dos ideas principales: 1. Es inútil tratar de buscar un fundamento absoluto e ahistórico, y por lo tanto necesario e invariable, a los derechos humanos, sin embargo, sí parece posible encontrar un fundamento suficiente e histórico variable y contingente. 2. No se trataría, al presentar tal fundamento, el deducir un deber-ser del ser, sino de desprender las consecuencias axiológicas de una concepción de lo real que presupone juicios de valor implícitos, ya que según Perelman, en toda visión del mundo, realidad y valor se encuentran íntimamente vinculados. Véase Perelman, Ch., *op. cit.*, nota 2, pp. 10-18 y “Premier Entretien”, *op. cit.*, nota 4, pp. 191-197. Para una comprensión más exacta tanto del pensamiento de N. Bobbio como de Ch. Perelman, veáanse respectivamente: “Quelques arguments contre le Droit naturel” y “L'idée de Justice dans ses rapports avec la Moral, le Droit et la Philosophie”, en el volumen *Le Droit Naturel, Institut International de Philosophie Politique*, París, Presses Universitaires de France, 1953, pp. 175-191 y pp. 125-147.

la posibilidad les es ofrecida de poner en marcha ciertos procedimientos, o recursos, ya sea que se trate en forma aislada o colectivamente.

Los procedimientos de garantía para hacer eficaces los derechos humanos tienen la peculiaridad de presentar generalmente un carácter más diplomático, administrativo o político, que propiamente jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, disposiciones tales como el artículo 25 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y al artículo 44 de la Convención Americana correspondiente, constituirán excepciones claras a la regla general de garantizar la eficacia de los derechos humanos por vía administrativa o política.⁶

VI. EL DERECHO CONSUETUDINARIO Y LOS DERECHOS HUMANOS

Si analizamos la jurisprudencia internacional, tanto de la Corte Internacional de Justicia, como la de su antecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional, se puede constatar que éstas han empleado siempre, a lo largo de décadas, un lenguaje muy cambiante a propósito de la costumbre, la que ha sido definida con calificativos diversos, y cuyo fundamento ha sido apreciado frecuentemente de manera equívoca, o por lo menos no-unívoca.

Pero por otro lado, podemos observar una continuidad notable por lo que respecta a la indicación de los elementos o condiciones que permiten afirmar su existencia: se trata de la “práctica de los Estados” (*repetitio facti*, o, *diuturnitas*), y de la convicción de que la adopción de actitudes conformes a dicha práctica es jurídicamente obligatoria (*opinio iuris sive necessitatis*).

El juez o árbitro, encargados de la determinación o no de una regla consuetudinaria, van a considerar los actos o comportamientos relevantes, cuyo conjunto compone la práctica de los Estados (que deben testimoniar por la naturaleza o la manera en que son llevados a cabo) de la existencia o inexistencia de una *opinio iuris*.

6 Véase Dupuy, Pierre-Marie, *Droit international public*, 2a. ed., París, Dalloz, 1993, capítulo 3, pp. 146 y 147. Patsch, K. J., “La mise en oeuvre de droits de l’homme par l’Unesco”, *Annuaire Francais de Droit International*, París, CNRS, 1990, pp. 482 y ss. En forma similar se expresaba el profesor Michael Akehurst: “The international law concerning the protection of human rights are a good example of the difficulty of deciding whether individuals derive rights from international law, or whether they merely derive benefits”, Akehurst, *A Modern Introduction of International Law*, 6a. ed., Great Britain, Harper Collins Academic, 1991, p. 76.

Este último elemento, la *opinio iuris*, no podría ser, evidentemente, indagado de manera autónoma por medio de un imposible análisis de carácter psicológico, relativo a los móviles que hubieren llevado a cada Estado a adoptar ciertas conductas precisas y no otras muy diferentes y diversas.

La convicción de estar ejerciendo un derecho o cumpliendo con una obligación, se infiere precisamente de esa práctica generalmente seguida, constante y uniforme.⁷ La impresión dominante es que la costumbre, como la más antigua de las fuentes, evoluciona hasta un punto tal en el cual puede llegar a codificarse, pero que probablemente existen también situaciones en que, idénticos sobre una misma materia, llegan a generar una regla de derecho internacional consuetudinario.

Existen otros casos, en los cuales el tratado y la costumbre interactúan simultáneamente, o bien, ocasiones en que dentro de una larga cadena causal, el tratado y la costumbre, van asumiendo alternativamente los papeles principales.

La Proclama Truman y sus secuelas (proceso consuetudinario), por ejemplo, llevó a la elaboración de un Tratado (Convención de Ginebra de 1958), el cual en su momento, produjo a su vez, respuestas de derecho consuetudinario.⁸

Se reconoce que no existen pruebas empíricas rigurosas para medir la relativa importancia de la costumbre o del tratado, pero es posible com-

7 Véase el excelente análisis realizado por el profesor del Instituto de Altos Estudios de Ginebra, Peter Haggemacher, sobre el derecho consuetudinario a través de la práctica de la Corte Internacional de Justicia en: "La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique internationale", *Révue Générale de Droit International Public*, París, 1986, t. 90/a, pp. 5-126. A propósito del elemento de la *opinio iuris* Haggemacher observa lo siguiente: "De una pluralidad de *opiniones iuris* va a generarse una *communis opinio juris*, una *concordia omnium*, que se presentará ciertamente como un acuerdo, pero no de voluntades: se trata de un acuerdo de opiniones, de una armonía de concepciones, que no puede reducirse a un consentimiento de orden convencional", *op. cit.*, pp. 11 y 12. Por su parte Anthony A. D'Amato, en su conocida obra sobre la costumbre, sostiene que en el peor de los casos la *opinio iuris* sería una inofensiva tautología. "For if we can say that a state is acting in accordance with its conviction that it is acting in conformity with prevailing international law, then by implication we already know what that international law is. And if we know the law, then there is no further need to cite the 'evidence' of de states actual practice in conformity with that law". Sin embargo, concluye en la forzosa necesidad del elemento de la *opinio iuris* en la formación de la norma consuetudinaria, y que su importancia se revela evidente, cuando hay controversia sobre la existencia de la regla consuetudinaria. Véase D'Amato, Anthony A., *The Concept of Custom in International Law*, Estados Unidos, Cornell University press, 1971, pp. 73 y 74.

8 King Gamble, John, "The Treaty Custom Dichotomy: An Overview", *Texas International Law Journal*, vol. 16, núm. 3, 1981, pp. 305-321.

probar cómo, sobre todo en ciertas épocas, el papel de los tratados como “fuente” disminuye, lo cual provoca un resurgimiento de la costumbre.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969 y en vigor desde el 27 de enero de 1980 (México ratificó este Instrumento el 25 de septiembre de 1974), codifica el principio clásico (artículo 34) referente a que un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*); ello, sin embargo, no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (artículo 38).

En los comentarios al Proyecto de artículos, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional (18 periodo de sesiones), se reconoció que un tratado celebrado entre ciertos Estados, puede establecer un régimen territorial o marítimo que posteriormente llegue a ser obligatorio mediante costumbre para terceros Estados, como por ejemplo, los acuerdos para la posición de neutralidad de Suiza.

Pero la Comisión tuvo buen cuidado de precisar más adelante que:

...no puede decirse con propiedad en ninguno de estos que el Tratado mismo tenga efectos jurídicos para terceros Estados. Se trata de casos en los cuales, sin restablecer relación alguna convencional entre ellos y las partes en el tratado, otros Estados reconocen las normas enunciadas en un tratado; como obligatorias de derecho consuetudinario. En resumen, para esos Estados la fuente de la fuerza obligatoria de las normas es la costumbre y no el Tratado.⁹

No hay pues, ninguna regla de derecho internacional que se oponga al hecho de que las disposiciones de un tratado lleguen a ser obligatorias para Estados que no sean partes en el tratado siempre y cuando tales disposiciones sean transformadas en reglas consuetudinarias.

Cuando una regla consuetudinaria llega a ser objeto de codificación, la regla en cuestión adquiere evidentemente un doble valor en cuanto que se convierte en regla convencional para los Estados que serán partes en el tratado; pero subsistirá como regla consuetudinaria, tanto en relación con

⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho de los Tratados, Documentos oficiales, A/CONF 39/11 Add, 2, Nueva York, 1971, p. 54, inciso 2.

estos últimos, como en relación con aquellos Estados que no llegarán a ser partes en el tratado.¹⁰

VII. TRANSFORMACIÓN DE UNA NORMA CONVENCIONAL EN REGLA CONSUETUDINARIA

Es, sin embargo, muy delicado, como dice Paul Reuter establecer bajo qué condiciones un tratado puede llegar a generar una regla consuetudinaria, ya que implica el cuestionamiento mismo de la naturaleza y caracteres del proceso consuetudinario, que son de suyo, bastante controvertidos.¹¹

Cuando se refiere a tratados multilaterales universales concluidos recientemente, como por ejemplo, los textos relativos al régimen del espacio ultraterrestre, se ha sostenido en ocasiones, que se estaba en presencia del nacimiento de una costumbre universal particularmente dinámica, que confería un valor consuetudinario a las reglas allí enunciadas.

Dichos tratados obtuvieron desde un principio un asentamiento sin reservas; pero la formación de una costumbre *cuasi-instantánea* no es aceptable más que para aquellos que sitúan el fundamento de la costumbre en un acuerdo tácito; e incluso el acuerdo unánime dejaría de registrarse, desde el momento en que se fue más allá de los principios generales, y que se examinaron las cuestiones técnicas.¹²

En el “Caso relativo a la Plataforma Continental en Mar del Norte”, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de febrero de 1969, trataba de determinar en un momento dado, si una nueva regla consuetudinaria, poseyendo un contenido idéntico al del artículo 6o. de la Convención de Ginebra, se habría formado a partir de dicha Convención.

La Corte comienza por afirmar el principio, según el cual una disposición convencional puede servir de fundamento a una regla de carácter consuetudinario:

10 Véase Perry Clive, *The Sources and Evidences of International Law*, Londres, University Press, 1965, pp. 28-83.

11 Reuter, Paul, *Introduction au droit des Traités*, París, Armand Colin, Collection U., 1972, p. 116.

12 *Ibidem*, p. 117. Por ello, dice Paul Reuter, parece más razonable admitir que son en realidad los acuerdos tácitos los que convierten ciertas reglas generales en obligatorias.

Al atribuir al artículo 60. de la Convención la influencia y el efecto indicados, esta tesis equivale manifiestamente a considerarlo como una disposición normativa, habiendo servido de base o de punto de partida a una regla que, puramente convencional o contractual al origen, se habría desde entonces integrado al *corpus* del derecho internacional general y sería ahora aceptada con ese título por la *opinio iuris*, de tal suerte que de ahora en adelante sería oponible incluso a los países que no son y que jamás han sido partes en la Convención. Ciertamente, esta situación se encuentra dentro del terreno de las posibilidades y se presenta de tiempo en tiempo: es, incluso, uno de los métodos reconocidos por las nuevas reglas de derecho internacional consuetudinario llegan a formarse.¹³

De acuerdo con este fallo de la Corte, para que una norma inserta en un tratado llegue a adquirir el *status* de norma consuetudinaria se requerirá antes que nada que la disposición en cuestión posea “un carácter fundamentalmente normativo, y puede así constituir la base de una regla general de derecho”, “una participación bastante amplia y representativa en la Convención es suficiente, a condición de que comprenda a los Estados particularmente interesados”; y por último que, por breve que haya sido el tiempo transcurrido de la práctica, “ésta haya sido frecuente y prácticamente uniforme en el sentido de la disposición invocada, incluidos los Estados interesados, y se haya manifestado de manera a establecer un reconocimiento general por el hecho de que una regla general de derecho o una obligación jurídica estuvieren en juego”.¹⁴

Hay que aceptar, como lo reconoce Michael Akehurst, que es un tanto inútil querer hacer distinciones *a priori* entre reglas convencionales que son susceptibles de devenir normas consuetudinarias y reglas que carecen de dicha aptitud, ya que siempre será una cuestión del contexto y caso específico.

Sin embargo, puede sostenerse que la probabilidad de que tal transformación ocurra, va a variar en proporción inversa al alcance con que las

13 *Plateau Continental de la Mer du Nord. Arret*, CII, *Recueil des Arrests*, 1969, párrafo 41, párrafo 71 (traducción nuestra).

14 *Ibidem*, pp. 41-43, párrafos 72, 73 y 74. Véase Marek, Krystyna, “Le problème des sources du droit international dans l’arret sur le Plateau Continental de la Mer du Nord”, *Révue Belge de Droit International*, Editions de l’Institut de Sociologie, Bruselas, 1/1970, pp. 44-78. A propósito de la expresión *fondamentalement normatif* —ciertamente desafortunada por su imprecisión— K. Marek afirma que probablemente lo que la Corte quiso decir fue una regla convencional general puede servir de base a un desarrollo consuetudinario, *ibidem*, p. 58.

reglas del Tratado, difieran de las reglas previamente aceptadas por el derecho consuetudinario.

En particular, reglas convencionales que añaden una mera precisión al derecho consuetudinario son bastante probables que sean aceptadas como reglas consuetudinarias en el futuro; o bien, lo mismo puede ocurrir en aquellas hipótesis en que hay incertidumbre sobre el contenido del derecho consuetudinario preexistente.¹⁵

No obstante, es posible que la “aplicación” subsiguiente, que es esencial para que esas reglas se conviertan en consuetudinarias, no llegue a ocurrir. Es probable que la incertidumbre del derecho consuetudinario puede ser causada por un conflicto de intereses entre diferentes grupos de Estados, y entonces, es ciertamente posible, que cada grupo continúe adhiriéndose a la antigua costumbre, que sea acorde a sus intereses, en vez de adoptar su práctica no-contractual, dentro de la visión de los tratados que representa un compromiso entre los dos grupos de Estados.

VIII. JURISDICCIÓN DOMÉSTICA Y DERECHOS HUMANOS

Dentro de este contexto y refiriéndonos al punto específico de los derechos humanos, la aceptación del carácter consuetudinario de ciertas normas, significa que el tema objeto de la norma, está al menos gobernado en principio, por el derecho internacional, y de esta manera, quedando fuera de la jurisdicción doméstica de los Estados.

Esto es de considerable importancia, ya que la efectividad real de los instrumentos de derechos humanos, depende para su observancia e instrumentación de los órganos y mecanismos judiciales y administrativos.

Aseveraciones en el sentido de que un particular tema, entra forzosamente en la esfera de la llamada “jurisdicción doméstica” de los Estados, obstaculiza e incluso impide, la aceptación de los principios de los derechos humanos internacionales, como pautas generales de comportamiento.

Luego entonces, los estudios empíricos de la práctica de los Estados, son de la mayor importancia, para establecer si un derecho en particular ha llegado a madurar en el sentido preciso de una norma de derecho consuetudinario.

15 Michael, Akehurst, “Custom as a Source of International Law”, *British Year Book of International Law*, Oxford, XXV, 1974-1975, pp. 49-52.

Obviamente es de presumirse, que aquellos derechos que son más cruciales para la protección de la dignidad humana, como aquellos valores universalmente aceptados y cuya violación implica una amplia condena por parte de la comunidad internacional, llegarán a requerir un menor grado de evidencia confirmativa.

Así, por ejemplo, el *Restatement* de los Estados Unidos (sección 702), enlista un limitado número de derechos humanos, sobre todo de carácter civil, y de gran importancia, como normas que han cristalizado como reglas de derecho internacional consuetudinario.

Un estado viola el derecho internacional, dice el *Restatement*, si como parte de su política estatal, practica, promueve o avala:

- 1) El genocidio.
- 2) La esclavitud o el tráfico de esclavos.
- 3) El crimen o desaparición de individuos.
- 4) La tortura u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.
- 5) La detención prolongada y arbitraria.
- 6) La discriminación racial sistemática.
- 7) Una permanente práctica de graves violaciones de derechos humanos reconocidos internacionalmente.¹⁶

El profesor Theodor Meron, menciona además como derechos humanos con carácter consuetudinario, a la discriminación religiosa y el derecho a la autodeterminación tal y como ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Pero además, según el profesor Meron, habría que incluir, ya sea como derechos humanos consuetudinarios, o como principios generales de derecho internacional —en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte—, el derecho a un trato respetuoso y digno de las personas privadas de su libertad, tal y como queda consagrado en el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la prohibición de medidas retroactivas de carácter penal, estipulado en el artículo 15 del mismo Pacto.

De la misma suerte, la médula de las garantías requeridas en el debido proceso pueden ser consideradas dentro del ámbito “del derecho consuetudinario”. En este particular sentido quedarían encuadrados fundamentalmente aquellos derechos consagrados en el artículo 14 del mismo Pacto:

¹⁶ Citado por Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 94 y 95.

- 1) Toda persona tiene el derecho de ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley.
- 2) La presunción de inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad.
- 3) No ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesarse culpable.
- 4) El derecho de ser juzgado sin dilaciones indebidas.
- 5) Hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, o ser asistido por un defensor de su elección.
- 6) Interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y obtener la comparecencia de los testigos de cargo.
- 7) El derecho a que el fallo condenatorio sea sometido a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
- 8) El principio *non bis in idem*, según el cual, nadie puede ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme.¹⁷

IX. NORMA CONSUECUDINARIA Y PENA CAPITAL

En una interesante Decisión relativa a la ejecución de dos jóvenes delincuentes en los Estados Unidos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consideró que no podía sostenerse la existencia de una norma consuetudinaria de derecho internacional que estableciera la edad de 18 años como el mínimo para la aplicación de la pena capital. Pero que, sin embargo, y a la luz del creciente número de Estados que han venido ratificando la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, se podía demostrar cómo iba siendo modificada la legislación doméstica de conformidad con dichos instrumentos y de lo cual se desprendía una norma emergente, esto es, una nueva norma consuetudinaria *in statu nascendi*, en el sentido de que no podrá imponerse la pena de muerte por delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad (artículo 6o., párrafo 5).¹⁸

¹⁷ *Ibidem*, pp. 96 y 97. Respecto al principio *non bis in idem*, T. Meron, lo considera como derecho consuetudinario emergente. Otros derechos humanos de carácter consuetudinario serían sin duda: el derecho a la igualdad ante la Ley y no-discriminación; el derecho del individuo a dejar a su país y retornar a él; el derecho a la libertad de movimiento dentro del territorio del Estado.

¹⁸ Véase *Annual Report of the Inter-American Commission on Human Rights 1986-1987*, O:A:S/Ser L/VII. 71, Doc. 9, rev. 1.

En este caso en particular, la única forma en que los Estados Unidos podrían haber sido responsables internacionalmente (los Estados Unidos hicieron reserva de los artículos 4o. y 5o. de la Convención Americana), habría sido a través del reconocimiento de que la norma en cuestión (18 años mínimo), poseía entre los miembros de la OEA un *status* de *ius cogens*, esto es, de una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional como norma imperativa que no admite acuerdo en contrario, o derogación alguna (artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados).

X. INFRACCIONES “AISLADAS” E INFRACCIONES “SIGNIFICATIVAS”

Por último hay que decir que, contrariamente a lo que sostiene el profesor Schachter, en el sentido de que una infracción menor o aislada de un derecho humano no cae dentro del ámbito internacional, sino dentro del ámbito de la jurisdicción doméstica del Estado, nosotros nos inclinábamos a pensar que por lo menos desde un punto de vista de *lege ferenda*, la posición del profesor Theodor Meron parece ser más consistente.

Este último sostiene que ahí donde un derecho, que ha sido violado, es un derecho claramente reconocido como norma de derecho consuetudinario, incluso respecto a violaciones individuales, el problema *no puede ser tratado en términos de jurisdicción doméstica*.

En la práctica de los Estados puede verse, dice T. Meron, que frecuentemente un Estado “A” se reprime o se inhibe de formular alegatos, en contra de un caso aislado de violación por parte de un Estado “B” de los derechos humanos de un ciudadano de ese mismo Estado “B”.

Sin embargo —y es ésta una crítica a Schachter—, no está para nada claro, si esta práctica refleja una visión (*approach*) restrictiva del objetivo de los derechos humanos a nivel consuetudinario, aunado a una visión “expansiva” de la jurisdicción doméstica, o si por el contrario, lo único que sucede, es que por consideraciones de orden político, el Estado “A” limita su intercesión a aquellas violaciones sistemáticas y significativas realizadas por el Estado “B” sobre los derechos humanos de sus propios ciudadanos.¹⁹

¹⁹ Véase Meron, Theodor, *op. cit.*, nota 16, pp. 99-105. En un sentido similar se pronuncia el profesor A. D'Amato: “Although we may be entitled to complain about what nation ‘x’ does to its own citizens in ‘x’, we may, for other overriding political reasons, not want to show our interest in the

XI. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión quisiéramos recordar el “Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua”, conocido por la Corte Internacional de Justicia, y en donde este Tribunal volvió a dejar muy en claro que el principio de no-intervención pone en juego el derecho de todo Estado soberano de conducir sus asuntos sin injerencia externa y que aún y cuando las infracciones al principio en cuestión puedan ser múltiples, sin embargo, sostuvo la Corte, que dicha regla forma parte integrante, a cabalidad, del derecho internacional consuetudinario.²⁰

La existencia del principio de no-intervención en la *opinio iuris* de los Estados está respaldada por una práctica importante, sustantiva y bien demostrada.

Así las cosas, y al tomar nota la Corte de que los Estados Unidos acusaban a Nicaragua de haber estado violando los derechos humanos, ésta sostuvo que de cualquier manera, y aún y cuando los Estados Unidos pudieran formarse su propia versión sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, sin embargo, lo que estaba fuera de toda duda, es que el empleo de la fuerza no puede, de ninguna manera, pretender ser el método apropiado para verificar y asegurar el respeto de tales derechos.²¹

Más adelante la Corte concluiría, respecto a este punto, en la forma siguiente: “*The Court concludes that the argument derived from the preservation of human rights in Nicaragua cannot afford a legal justification for the conduct of the United States, and cannot in any event be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which is based on the right of collective self-defense*”.²²

En otras palabras, el derecho internacional positivo, no parece proveer hasta hoy en día, ningún fundamento jurídico serio a la llamada doctrina del derecho de injerencia por razones humanitarias, en tanto que derecho de un Estado para recurrir unilateralmente a la fuerza para hacer respaldar los derechos de la persona en un país tercero.

matter. The most difficult issues in the enforcement of human rights are not issues of law, but of politics and morality”, D’Amato, Anthont, *International Law: Process and Prospect* Dobbs Ferry, Nueva York, 1987, chapter six, pp. 146 y 147.

20 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgement, ICJ Reports, 1986, p. 206, párrafo 202.

21 *Ibidem*, 1986, p. 124, párrafos 267 y 268.

22 *Ibidem*, 1986, p. 125, párrafo 268.