

ARTÍCULO

¿QUÉ LE SIGUE AL ESTABLECIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS?

Vinodh Jaichand

Para responder a la pregunta acerca de si el lenguaje de derechos humanos sigue siendo efectivo para producir cambios sociales, debemos preguntarnos cuál es la “voz” más audible y persistente. En el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra, esa voz es la de los gobiernos de los Estados Partes de los tratados internacionales multilaterales de derechos humanos. La voz de las víctimas es menos audible y llega indirectamente a través de los grupos de la sociedad civil que tienen la posición adecuada en ese foro internacional. El sistema de derechos humanos está, sin duda, centrado en los Estados. Hubo en el pasado inmejorables intercambios académicos sobre la práctica de los Estados, desde la visión que Louis Henkin articuló hace treinta y cinco años, en el sentido de que la mayoría de los Estados respetan el derecho internacional y cumplen con sus obligaciones jurídicas en casi todos los casos (HENKIN, 1979), hasta el tratado sobre el tema en el que Koh intentó explicar el comportamiento de los Estados (KOH, 1997). Más allá del tiempo transcurrido desde entonces, no ha habido muchos cambios en cuanto a las obligaciones de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos. Eso nos indica que, de basarse únicamente en los mecanismos internacionales, el cambio social será, en el mejor de los casos, pedestre.

Algunas de las voces más enérgicas son las que hacen oír los Estados cuando señalan las violaciones de derechos humanos cometidas por otros Estados al tiempo que ignoran sus propias prácticas respecto de los convenios internacionales de los que forman parte. Estos tratados internacionales por lo general son el resultado de negociaciones que algunos describirían como un “toma y daca” entre los Estados, incluidos aquéllos que más suelen hacerse oír. En consecuencia, no puede evaluarse la coherencia del lenguaje de estos tratados como sí puede hacerse con las legislaciones nacionales, que en general están redactadas con precisión por abogados entrenados y dedicados a formular leyes sólidas y efectivas. De hecho, algunos Estados adoptan la estrategia de incluir formas de redacción

Ver las notas del texto a partir de la página 45.

deliberadamente vagas durante el proceso de negociación, con el fin de generar ambigüedades y así evitar dar cumplimiento a las obligaciones emanadas del tratado multilateral en cuestión.

La voz que menos se oye, o que quizás se oprime, es la de los beneficiarios de derechos humanos, que están ausentes por completo al momento de la negociación de los tratados. Resulta un lugar común decir que el derecho internacional de los derechos humanos fue establecido para beneficiar a los marginados, vulnerables e indigentes del mundo que parecen no tener voz frente a sus propios Estados y fuera de ellos. Esta idea cobró impulso durante la Segunda Guerra Mundial, cuando se asesinó a millones de personas sin voz en nombre de las políticas de Alemania o del propio interés nacional. Y no se trata de algo excepcional. En virtud de algunos principios de las relaciones internacionales, se prevé que los Estados Partes actúen en defensa de su propio interés, escudándose a menudo en el lenguaje benévolo del “interés nacional”. Ese interés nacional puede no ser siempre compatible con las normas de derechos humanos y se lo suele llamar *real-politik*. De hecho, en ocasiones se usa el interés nacional como receta para debilitar leyes y restablecer la idea de las así llamadas “naciones civilizadas” de que la fuerza te da derecho.

Hoy existen pocas dudas de que algunos Estados tienden a interpretar las obligaciones a las que están sujetos en virtud del derecho internacional de los derechos humanos con una inconsistencia fluctuante según su interés nacional. El derecho internacional de los derechos humanos surgió del derecho público internacional, en el cual los Estados aceptaban de entrada ciertos principios. Existe la visión ortodoxa de que un Estado no puede tener obligaciones en virtud del derecho público internacional a las que no haya prestado su consentimiento. De hecho, varios Estados han invocado el principio *pacta sunt servanda* para negar que pueda surgir una obligación por efecto del tiempo, por ejemplo, para un Estado que no ratifica un tratado. Se dice que una práctica de larga data de todos los Estados crea el derecho consuetudinario internacional, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho ley.¹

1 Falta de aplicación por los Estados Parte: el PIDESC y el PIDCP

Al examinar a los Estados Partes de la Carta Internacional de Derechos Humanos, sin embargo, queda claro que se contradice el principio bien establecido *pacta sunt servanda* cuando algunos Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) no implementan las obligaciones emanadas del mismo. Este tratado internacional tiene casi la misma cantidad de ratificaciones que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), y se abrió a la ratificación en la misma fecha: el 16 de diciembre de 1966.² Sin embargo, en cuanto a la aplicación de las obligaciones contenidas en los pactos, el PIDCP supera al PIDESC en cantidad de Estados que interpretan las normas como jurídicamente vinculantes, y en muchos casos se lo ha incorporado a la legislación nacional. Desde el punto de vista del derecho consuetudinario

internacional, esto resulta desconcertante ya que pareciera existir en los Estados Partes la práctica deliberada de no aplicar las obligaciones emanadas del PIDESC. Eso parece haber creado la “práctica consuetudinaria” de evadir las obligaciones que los Estados asumieron voluntariamente.

Según se nos dice, esto responde a diversos motivos. Algunos Estados Partes, a pesar de haber firmado el PIDESC, consideran que los derechos civiles y políticos son los únicos derechos reales. Si aplicamos el principio *pacta sunt servanda* como regla fundamental del derecho público internacional, concluiremos que varios Estados Partes no han comprendido correctamente sus obligaciones o bien han hecho caso omiso de ellas. Esto es, sin duda, una violación de derechos humanos internacionales dado que la omisión respecto de las propias obligaciones implica la misma responsabilidad que la acción. Se han postulado varios motivos para explicar esta práctica.

Uno de ellos es que el PIDESC está redactado en forma vaga y poco clara; por lo tanto, se dice, los Estados Partes no lo pueden implementar como harían con la legislación nacional. En realidad, no se espera que los Estados Partes den cumplimiento a lo establecido exactamente en la letra del PIDESC, sino que se supone que cada uno deberá sancionar legislación que permita el ejercicio en su jurisdicción de los derechos contenidos en este tratado internacional. La estrategia a la que recurren algunos Estados Partes para evitar cumplir sus obligaciones consiste en señalar que el texto del PIDESC, que de todos modos es producto de la negociación entre Estados, es de aplicación imposible por ser vago y poco claro. Este enfoque muestra a las claras una falta de comprensión del objetivo de este tratado internacional, o bien se trata simplemente de una falsedad, dado que numerosas Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaran muchas de las obligaciones a las que están sujetos los Estados en virtud del tratado. Sin embargo, los Estados que son aprensivos no quieren reconocer estas Observaciones Generales porque hacerlo podría implicar que aceptan las disposiciones de una autoridad no legislativa, eventualmente vinculantes para ellos. De todos modos, la mayor parte de las falencias en la formulación del PIDESC pueden subsanarse al momento de redactar la legislación nacional. Algunos consideran que esta interpretación unilateral constituye una violación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que todo tratado es vinculante para los Estados Partes y que éstos tienen la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones que emanen del mismo.

El otro motivo es histórico, en una interpretación selectiva, ya que fue el ex presidente de Estados Unidos Franklin D. Roosevelt quien dijo en 1944 que “los hombres necesitados no son hombres libres” al hablar sobre la seguridad económica para todos (ROOSEVELT, 1944). En el período de la Guerra Fría, el PIDESC era visto como anticapitalista y aceptado como tal sin una interrogación profunda de las palabras del ex presidente Roosevelt. A pesar de que la Guerra Fría concluyó por 1986, los diversos Estados Partes fueron implementando sus obligaciones en virtud del PIDESC en forma lenta, mediante la sanción de legislación nacional. Hasta la entrada en vigencia del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en mayo de

2013, unos 37 años después de la entrada en vigor del PIDESC, no existía ningún mecanismo de presentación de denuncias al que pudieran recurrir los ciudadanos que sufrían violaciones de sus derechos sociales, económicos y culturales. Por el contrario, el PIDCP entró en vigencia también en 1976, y ese mismo año entró en vigor además su Protocolo Facultativo. Esos tiempos transcurridos ponen de manifiesto el incumplimiento de las obligaciones jurídicas de los Estados y socavan el valor del derecho público internacional y del derecho internacional de los derechos humanos.

2 El interés de los Estados: El Derecho de Proteger, el derecho al desarrollo y los derechos de los trabajadores migratorios

En ocasiones, surge un “derecho” no del texto de un tratado ni del derecho internacional de los derechos humanos, sino de la indignación de un grupo de Estados ante las violaciones de determinados derechos cometidas por otros Estados. A esta altura, la ausencia de un consentimiento mediante un tratado multilateral ratificado, las objeciones a la naturaleza inejecutable del lenguaje de derechos, cualquier referencia a una práctica consuetudinaria aceptada por todos los Estados Partes, o cualquier otra que pueda ser vista como obstáculo para la intervención en otro Estado se descartan o ni siquiera se plantea. El “Derecho de Proteger”, con su inocuo nombre, apunta a proteger los derechos de los ciudadanos de un Estado que viola esos derechos. Uno pensaría que el objetivo de *todos* los derechos humanos es justamente proteger, quizás persuadiendo a los Estados canallas, mediante buenas prácticas, de que deben honrar siempre sus obligaciones respecto de los derechos humanos. Después de todo, ése fue el propósito que motivó la creación de la Carta Internacional de Derechos Humanos. Pero resulta que las cosas no funcionan así.

El “Derecho de Proteger” supuestamente protege a los ciudadanos en caso de violaciones de derechos como genocidio, limpieza étnica, crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, pero no frente a otras violaciones de sus derechos humanos. Se argumenta que las primeras son violaciones graves de derechos humanos que requieren de la intervención de otros Estados supuestamente para proteger a las víctimas. El motivo es que algunos Estados entienden que tienen la responsabilidad de proteger en esos casos y sólo en esos casos. Dudosamente pueda llamarse a esto un “derecho humano” porque ese “derecho” justifica que un Estado invada a otro que se considera está violando los derechos humanos de sus ciudadanos. En ese acto de invasión, todas las bajas, que por lo general son las mismas víctimas que se procura proteger, podrían ser descartadas como “daño colateral”. De este modo no se logra proteger a los marginados, los vulnerables y los indigentes. Se trata de un curso de acción muy reaccionario, que podría ser considerado “incivilizado” según los términos de la Carta de las Naciones Unidas, y simplemente pone de relieve el interés colectivo de los invasores. El *apartheid* en Sudáfrica, práctica que se extendió durante 46 años, por más repugnante que fuera, nunca llevó al ejercicio del “Derecho de Proteger” por parte de ningún Estado. Además, nunca nadie invocó el “Derecho de Proteger” frente a los Estados

que violan los derechos sociales, económicos y culturales de sus ciudadanos.

En contraste con esta rápida aceptación del “Derecho de Proteger”, muchos de quienes apoyan este derecho no reconocen el Derecho al Desarrollo como tal, a pesar de la celebración del vigésimo quinto aniversario de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Todos los trillados argumentos utilizados para negar el desarrollo como derecho surgen de una postura de oposición: se argumenta que una declaración no puede dar lugar a un derecho, que no existe una convención sobre tal derecho que obligue a los Estados, ni una práctica consuetudinaria internacional para este fin.

Otra muestra clara del interés nacional y continental que guía a los Estados Partes es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada hace veinticuatro años por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que no cuenta con ningún Estado Parte europeo (UNITED NATIONS, 1990). El sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados dice: “Los migrantes, en particular los económicos, eligen desplazarse para buscar mejores perspectivas para ellos y para sus familias”.³ Esta definición parecería caberle a cualquier líder colonial europeo, desde Colón hasta Rhodes, ya que dejaron Europa en busca de mejores perspectivas, supuestamente en nombre de sus países. Pero no se los llama “migrantes económicos” sino “pioneros”. Sus ambiciones también contaban con el respaldo del poder de sus Estados. En esa lógica, nada ha cambiado demasiado. Hoy parece ser que algunos Estados europeos prefieren no rescatar a los refugiados que llegan en barcos que naufragan porque atenderlos sería una carga económica para el Estado que lo haga. La norma emergente parece ser el interés nacional y no el deseo de salvar vidas.

No obstante la historia, hoy se necesitan medidas más proactivas para el cuidado de todos los derechos humanos internacionales por parte de todos los Estados Partes, de modo que pueda existir un curso de acción predecible ante todos los violadores de derechos a través de un lenguaje común acordado del derecho internacional de los derechos humanos. Después de todo, los estándares ya fueron establecidos, aunque algunos sean objetados.

Una justificación del surgimiento del “Derecho de Proteger” podría provenir de las débiles medidas de ejecución previstas para ser aplicadas a los Estados violadores, ya que lo único que puede hacerse es avergonzarlos. En el caso, por ejemplo, de la no incorporación a los Protocolos Facultativos del PIDESC y del PIDCP en virtud de los cuales los ciudadanos afectados tienen la posibilidad de presentar peticiones individuales, el Estado violador es “denunciado y humillado” en los órganos de vigilancia de los distintos tratados multilaterales de derechos humanos. De hecho, eso es todo lo que se prevé en términos de ejecución de las obligaciones de los Estados en todos los tratados internacionales de derechos humanos. El efecto no siempre es saludable ni inmediato. También puede suceder que los violadores frecuentes acepten el rótulo de violadores y luego hagan caso omiso del lenguaje y las consecuencias de la vergüenza. El resultado es que las violaciones de derechos humanos se perpetúan. En estas circunstancias, algunos

Estados indignados pueden atribuirse el rol de encargados del cumplimiento de los derechos humanos y adoptar un lenguaje acorde. Si examinamos quiénes pueden y suelen ser los encargados de asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y analizamos sus propios antecedentes en la materia, es probable que la retórica de los Estados no coincida con su historial. Es en esta instancia que los derechos humanos internacionales parecen estar alejados y desconectados de las personas a las que buscan proteger. Es así que se silencian sus voces al seguir concediendo primacía a los Estados.

3 Empresas multinacionales

Aparte de los Estados o sus ciudadanos, otra entidad con una influencia muy poderosa y, dirían algunos, muchas voces que la representa, está dada por las empresas multinacionales, que no son sujetos del derecho público internacional. Su influencia sobre todas las decisiones de los Estados es enorme y laberíntica. Resisten todo intento de hacerlas responsables en virtud del derecho internacional de los derechos humanos a pesar de obtener ganancias siderales que superan a los presupuestos de muchos Estados Partes del sistema de las Naciones Unidas. En el mejor de los casos, se logra persuadirlas de respetar algunos principios de buenas prácticas, que no se basan en las normas de derechos humanos. Otras emprenden grandes campañas de relaciones públicas bajo el manto de la responsabilidad social corporativa, que ocultan su verdadera práctica de ganar dinero a toda costa.

La petrolera *British Petroleum*, mientras era la responsable de una de las más grandes degradaciones de la vida marina en el Golfo de México, seguía adelante con las campañas en las que se publicitaba como una fuente de buenas prácticas empresariales. Cualquier intento de regular a estas empresas enfrenta gran indignación y amenazas financieras, ya que las utilidades parecen ser sagradas y más valiosas que los derechos humanos. El Primer Ministro británico se quejó de que cualquier indemnización que tuviera que pagar *British Petroleum*, que podría ascender a USD 4.400 millones, erosionaría las ganancias de sus accionistas. Otro ejemplo fue el caos ocasionado por la industria bancaria desregulada del hemisferio norte. Las medidas que se proyectaban en aquel momento como reacción a la debacle fueron desapareciendo lentamente de los planes legislativos de la Unión Europea y de Estados Unidos. En lugar de establecer normas vinculantes para las empresas multinacionales, que no son sujetos de derecho internacional, se trata de convencerlas pacientemente de que deben comportarse mejor.

Algunos Estados defienden a las empresas multinacionales porque se supone que son la fuente de sus ingresos públicos. Un estudio detallado de esta afirmación podría revelar el hecho de que con las diversas deducciones impositivas y la plétora de leyes que avalan la no radicación de una empresa en ningún país en particular, incluso la repatriación de las utilidades al país de constitución, la mayoría de las empresas multinacionales pagan un porcentaje de impuestos menor que el pagan las personas físicas en el mismo Estado. Es el Estado el que tiene el deber de regular el comportamiento de las empresas multinacionales para asegurarse de que no cometan violaciones de derechos humanos. Pero en

realidad pocos lo hacen, debido a que las empresas amenazan con trasladarse a otros países, y a veces de hecho lo hacen.

4 Litigios de interés público

Hace diez años escribí en el primer número de esta revista que cuando los derechos humanos regionales o internacionales se incorporaban al orden jurídico de un país, ya fuera mediante legislación o la adopción de una constitución nacional, existía terreno fértil para los litigios de interés público (JAICHAND, 2004). Es allí donde se escucha la voz de la víctima, ya que los tribunales nacionales son el único campo para esa batalla. Desde entonces, más Estados siguieron este camino, pero sigue siendo un número limitado. Aun cuando no fue así, la sociedad civil con la comunidad de ONG especializadas en asuntos jurídicos buscó la determinación de responsabilidades en cualquier foro que pudiera encontrarse. De hecho, la sociedad civil difundió las preocupaciones de los carenciados, los marginados y los vulnerables más allá de las propias fronteras. Con el avance de la tecnología, es posible difundir un asunto local y darle trascendencia internacional en cuestión de segundos.

Sin embargo, no se pueden decretar grandes victorias en estas cuestiones porque no se hace responsables a todos los Estados en suficiente medida. Algunos dirían que los Estados más grandes y poderosos y sus aliados son intocables y siguen funcionando por fuera de cualquier conjunto de normas. Si bien se han hallado muchas soluciones legales creativas, incluido, por ejemplo, el principio de jurisdicción universal en el derecho penal internacional, algunos Estados han participado del desarrollo de las normas emergentes pero no están obligados dado que no ratifican la convención resultante. Estas tácticas son luego imitadas por otros. Algunos éxitos quedan disminuidos cuando se mata gente con ayuda de tecnología remota, como los *drones*, y el gatillo ni siquiera se aprieta en el territorio de los que resultan muertos. Los órganos de fijación de normas quedan impotentes cuando la tecnología armamentística supera cualquier norma. No existen tratados internacionales respecto de estas nuevas formas de matar y todas las demás fuentes de derecho internacional quedan sin recursos.

5 Conclusión: ¿Hacia una Corte Internacional de Derechos Humanos?

Quizás sea el momento de concentrarnos en la aplicación de los derechos humanos ya que el limitado avance de los Estados en la implementación de sus obligaciones respecto de ellos está costando miles de vidas cada día. El principal aporte del sistema internacional de los derechos humanos ha sido la fijación de normas, que fue lo que preocupó a todos desde el principio. Sin embargo, existe una rigidez en la forma en que algunos Estados abordan sus obligaciones y superarla está llevando demasiado tiempo. La debilidad del sistema es la notable falta de capacidad de aplicación de esas normas. Cuando se sugirió la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se propusieron dos mecanismos de

aplicación. Uno se estableció después de mucho debate en la entonces Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y fue la creación de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. El otro no se concretó y era el establecimiento de una Corte Internacional de Derechos Humanos. Es hora de revisar ese concepto.

Uno de los más fuertes propulsores de la creación del tribunal a lo largo de los años ha sido el profesor Manfred Nowak, quien sostiene que la Corte Mundial de Derechos Humanos, como la llamaba en 2009, es una institución clave para asegurar que los Estados Partes cumplan con las obligaciones asumidas en virtud de los tratados de derechos humanos (NOWAK; KOSMA, 2009). El sistema prevé un tribunal permanente que será establecido mediante un tratado. Los Estados Partes de dicho tratado establecerán sistemas nacionales para la implementación de todos los tratados de derechos humanos sobre la base de la complementariedad, tal como lo hace el Estatuto de Roma para la justicia penal internacional. La Corte pasará a formar parte de la estructura de las Naciones Unidas y estará financiada por la organización. Tendrá competencia sobre actores no estatales como empresas multinacionales y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos supervisará sus fallos (NOWAK; KOSMA, 2009, p. 8).

Si bien esto constituirá un importante avance en la solución del problema de la falta de implementación de las obligaciones de los Estados, es importante observar que sólo podrá tener vigencia en aquellos Estados que hubieran ratificado el tratado multilateral correspondiente. Eso significa que los Estados que no lo hagan sólo podrán ser “denunciados y humillados”. Esto es un paso en la dirección correcta, pero el consentimiento de los Estados es vital. La alternativa sería replicar el sistema nacional con una fuerza policial. A nivel internacional, eso podría acrecentar el dilema dado que sólo los Estados más poderosos son capaces de desempeñar ese papel, lo que podría plantear toda una nueva serie de problemas de los que podríamos arrepentirnos en el futuro.

REFERENCIAS

Bibliografía y otras fuentes

HENKIN, Louis. 1979. *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*. 47, Columbia University Press, 2nd Edition.

JAICHAND, Vinodh. 2004. Public Interest Litigation Strategies for Advancing Human Rights in Domestic Systems of Law, *SUR*, São Paulo. v.1 n.1. Disponible en: <<http://www.surjournal.org/eng/index1.php>>. Visitado en: Ago. 2014.

KOH, Harold H. 1997. Why Do Nations Obey International Law?. *Faculty Scholarship Series*. Paper 2101. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2101>. Visitado en: Ago. 2014.

LENGUAJE

NOWAK, Manfred; KOSMA, Julia. 2009. *A World Court of Human Rights. Swiss Initiative to Commemorate the 60th Anniversary of the UDHR*. June. Disponible en: <<http://udhr60.ch/report/hrCourt-Nowak0609.pdf>>. Visitado en: Ago. 2014.

ROOSEVELT, Franklin D. 1944. *State of the Union Address*. January 11.

UNITED NATIONS. 1990. General Assembly. *International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families*. Resolution 45/158, 18 December. Disponible en: <<http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r158.htm>>. Visitado en: Ago. 2014.

NOTAS

1. Artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, anexo a la Carta de las Naciones Unidas, que cita cuáles pueden ser fuentes del derecho público internacional. Éstas incluyen tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho y las enseñanzas de los principales expertos en la disciplina. Disponible en: <<http://www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0>>. Visitado el: 15 Ago. 2014.

2. El PIDCP cuenta con 167 Estados partes, y el PIDESC, con 161. Disponible en: <<https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>>. Visitado el: 9 Mar. 2014.

3. Disponible en: <<http://www.unhcr.org/pages/49c3646c125.html>>. Visitado el: 15 Ago. 2014.

