



*Cortes Generales*

EL DEFENSOR DEL PUEBLO



Federación  
Iberoamericana de  
Defensores del Pueblo,  
Procuradores, Comisionados,  
Provedores de Justicia y  
Presidentes de Comisiones Públicas  
de Derechos Humanos



COMUNIDAD EUROPEA

CONGRESO ANUAL  
DE LA FEDERACIÓN IBEROAMERICANA  
DE DEFENSORES DEL PUEBLO  
II  
MEMORIA

*Toledo, 14 a 16 de abril de 1997*

# **CUARTA SESIÓN**

**Moderador: José Fernando Castro Caycedo**  
Defensor del Pueblo de Colombia

# PONENCIA IV: LA RELACIÓN ENTRE EL OMBUDSMAN Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Juan E. Méndez

Director Ejecutivo del Instituto Interamericano  
de Derechos Humanos

Irene Aguilar <sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En una conferencia sobre el futuro del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos, convocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y celebrada en Washington en diciembre de 1996, se ofrecieron ideas sobre cómo los Defensores del Pueblo o Procuradores de Derechos Humanos podían contribuir a hacer más eficaces los mecanismos de protección supranacional de los derechos humanos existentes en el continente americano <sup>2</sup>. No deja de ser sorprendente que se planteara tal posibilidad, por dos razones: en primer lugar, la figura del Ombudsman se ha introducido en América Latina primordialmente para fortalecer las capacidades del derecho *interno* para responder

---

<sup>1</sup> Los coautores son Director Ejecutivo y Oficial del Programa de Defensores del Pueblo, respectivamente, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<sup>2</sup> Organización de Estados Americanos, CIDH, *Seminario sobre «El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos»*, 2 al 4 de diciembre de 1996, Conclusiones de la CIDH y Minutas de las Exposiciones Realizadas por los Participantes; OEA.Ser.L.V.II.95, Doc. 28; 11 de marzo de 1997, pp. 29-33.

a las violaciones de los derechos de los habitantes, no para contribuir al desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; además, estas oficinas son de creación reciente, y sin perjuicio de que su crecimiento haya sido de veras impresionante en tan corto tiempo, no se puede decir que estén, en todos lados, lo suficientemente consolidadas como para prestar ese servicio a los mecanismos internacionales de protección <sup>3</sup>.

De todos modos, está claro que es la crisis de la protección internacional de los derechos humanos la que lleva a pensar en formas de buscar el auxilio de instituciones novedosas para fortalecerla. El hecho mismo de que se piense en la figura del Ombudsman para ese auxilio es otro indicador del alentador avance que la figura está registrando en nuestro continente. Pero además, el debate que así resulta pone sobre el tapete interesantes cuestiones jurídicas y de política, que tratamos de explorar en esta ponencia. Conviene, sin embargo, que empecemos por destacar que, en nuestra opinión, el tema es sumamente novedoso y por ello susceptible de evolución en los próximos años; necesariamente entonces los comentarios que siguen tienen la precariedad de lo preliminar y provisorio, y su intención es más la de señalar dilemas y cuestiones a investigar más profundamente que la de ofrecer soluciones definitivas <sup>4</sup>.

## II. RAZÓN DE SER Y FUNCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

La experiencia acumulada por los Defensores del Pueblo de Iberoamérica nos permite asegurar que esta institución es un logro importante para la democracia, así como un firme apoyo a la consolidación de este sistema político. Lo hace a través de su defensa de los derechos de los administrados y de su fiscalización de la recta actividad de la Administración pública. Esta defensa de la legalidad impulsa la vigencia del Estado de Derecho y la eliminación de la arbitrariedad, nota esencial para que un régimen político merezca el nombre de democracia. Pero la legalidad no se limita al Derecho interno, sino que se integra con las obligaciones internacionales que el Estado asume, incluyendo las relativas a los derechos de las personas. En nuestra concepción, la democracia debe, entre otras cosas, caracterizarse por esta mayor inclinación a tomar en serio el Derecho internacional y a considerarlo como fuente de derechos de la persona y como obligaciones solemnes del Estado. Así, la función de control del

<sup>3</sup> Ver comentarios de Marieclaire Acosta, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>4</sup> Una advertencia similar se hace en lo que creemos es el primer intento académico de tratar este tema: Gross Espiell, Héctor, *Derechos Humanos y Vida Internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, septiembre de 1995.

Defensor del Pueblo tiene como objetivo «... el de hacer realidad la existencia de un Estado de Derecho en el que la seguridad jurídica sirva de fundamento a la libertad en un orden integral de justicia»<sup>5</sup>.

El Defensor del Pueblo cumple así una función complementaria para la protección del individuo y para el control de la Administración, para hacer más eficaz el sistema institucional. Es una función complementaria, porque va unida a procedimientos tradicionales cuyo conocimiento se atribuye al Poder Judicial y que protegen y garantizan los derechos y libertades del individuo —*habeas corpus*, amparo, acción de tutela, entre otras.

El Ombudsman se configura así como un mecanismo constitucional de potenciación de todos aquellos otros tradicionalmente establecidos en toda sociedad democrática, como son los tribunales de justicia independientes y la labor de directo control y fiscalización realizada por el Parlamento electo por los ciudadanos libremente a través del sufragio universal. Por tanto, el Ombudsman no pretende sustituir o arrinconar ninguna otra vía constitucional de control, sino, muy por el contrario, reforzar las ya históricamente existentes, velando por su mejor funcionamiento. En suma, actuando complementariamente a aquéllas<sup>6</sup>.

La complementariedad del Defensor del Pueblo tiene un paralelo en el principio de *subsidiariedad*, que es la esencia de los sistemas de protección supranacionales, especialmente aquellos con competencia para recibir denuncias y pronunciarse sobre violaciones *de facto* o *de iure* de las obligaciones del Estado.

Para el cumplimiento de ese cometido las atribuciones designadas al Ombudsman son las de fiscalización, vigilancia, control e investigación, dirigidas a lograr que se enmienden actos incorrectos de la Administración y a que se repare o se evite el detrimento de los derechos de los individuos.

Pero esas atribuciones no tienen el efecto jurídico de revisar ni de anular lo actuado con fuerza de imperio. Aunque en esto puede haber variaciones, las recomendaciones que hace el Ombudsman no tienen fuerza vinculante ni obligan legalmente a su cumplimiento a la autoridad administrativa respectiva. Se trata más bien de una capacidad de mediación entre el poder público y los ciudadanos, fundado en la autoridad moral derivada de la investidura misma del cargo y de la razonabilidad y la seriedad de las propuestas mismas. Este «magisterio ético» o de persuasión,

<sup>5</sup> Gros Espiell, *ob. cit.*, p. 168.

<sup>6</sup> Gil-Robles, Álvaro, «El Defensor del Pueblo y su impacto en España y América Latina», en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, II, Antonio A. Cancado Trindade y Lorena González Volio, compiladores, IIDH, San José, 1995, p. 443.

en un contexto democrático que formaliza el debate serio y la formación de opinión, tiene un poder que combina lo fáctico con lo jurídico con resultados positivos.

En el plano internacional se debate el carácter vinculante de las decisiones de órganos de aplicación de tratados multilaterales de derechos humanos<sup>7</sup>. Este debate excede el objeto de este estudio, pero no deseamos dejar de expresar nuestra convicción de que las resoluciones finales de órganos convencionales, adoptadas en el marco de sus atribuciones para recibir y procesar denuncias, luego de un procedimiento equitativo y que garantice la defensa de los intereses del Estado que ha aceptado voluntariamente esa competencia, son de cumplimiento obligatorio.

### III. EL DEFENSOR DEL PUEBLO Y LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

En relación con lo anterior, salta a la vista otra atribución importante y preventiva que tendrá el Defensor del Pueblo, cual es la de promoción y educación en derechos humanos. El Defensor del Pueblo además de dirigir su atención a fiscalizar si el Estado cumple con el cometido de lograr la plena realización de los derechos humanos no se cumplen totalmente. En ese sentido puede el Defensor educar a los ciudadanos para que conozcan sus derechos y sepan cómo hacerlos valer. Pero también está el Ombudsman en la mejor posición para educar a agentes del Estado sobre sus responsabilidades para dar respuesta a las personas que buscan remedio a las violaciones de que son víctimas.

La educación en derechos humanos es tal vez la política más eficaz de prevención de violaciones futuras de los derechos de las personas.

En la práctica, el Defensor del Pueblo cumple funciones que atañen a la enseñanza y promoción de los derechos humanos a través de la capacitación de la sociedad civil en la materia y de su difusión por parte de los medios de comunicación social.

«La educación de los servidores del Estado y de los miembros de la sociedad civil en los derechos humanos ataca uno de los factores que más poderosamente contribuyen al desconocimiento y el menosprecio de esos derechos. La educación en derechos humanos es el único instrumento eficaz para neutralizar y eliminar la ignorancia de todo cuanto a la persona

---

<sup>7</sup> En relación con las decisiones o «informes» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, véanse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia* y su Opinión Consultiva OC-13.

se debe por su dignidad intrínseca, y para estimular todos aquellos elementos de la inteligencia, de la sensibilidad y de la conducta que permiten a los individuos y a las comunidades superar los prejuicios, las intolerancias y las demás predisposiciones negativas con respecto a la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los bienes jurídicos primordiales del hombre. Educar en los derechos humanos es educar para la convivencia pacífica, para el respeto hacia la diferencia y hacia el disenso, para el diálogo civilizado y para la búsqueda de la paz»<sup>8</sup>.

Esta tarea educativa es:

«... una función permanente y general, la más eficaz y perdurable, pero también, por desdicha, la de más largo plazo, función de promoción y educación, no sólo entre los funcionarios públicos, sino también entre la población en general; los primeros para que conozcan, comprendan y cumplan sus deberes para con los segundos; éstos para que conozcan, ejerzan y reclamen sus derechos, sobre todo frente a los primeros; y entre todos para que conozcan, divulguen y desarrollen el Derecho de la Constitución y el Derecho de los Derechos Humanos, con conciencia y convicción de sus alcances»<sup>9</sup>.

Se ha dicho también que esa tarea educativa «va dirigida a informar a los ciudadanos sobre sus derechos con respecto a la autoridad, así como a contribuir para el fomento de la participación de los ciudadanos en la vida social en general y en la Administración pública muy en especial: participación popular»<sup>10</sup>.

Esto requiere, como es natural, un esfuerzo especial de difusión y divulgación por parte del Ombudsman para que «ésta llegue realmente a la sociedad para que conozca mejor sus derechos y sepa cómo defenderlos, y para que los funcionarios públicos sepan cómo cumplir mejor con sus obligaciones»<sup>11</sup>.

En relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su aplicación en el fuero interno de un Estado el Defensor del Pueblo debe colaborar desarrollando de mejor manera las funciones y atribuciones

<sup>8</sup> Córdoba Triviño, Jaime, *El Defensor del Pueblo y los Derechos Humanos*, serie de textos de divulgación, núm. 5, pp. 24 y 25.

<sup>9</sup> *El Ombudsman frente a la Jurisdicción Constitucional*, Conferencia Magistral llevada a cabo por el doctor Rodolfo Piza Escalante, Memoria del Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 1996, p. 64.

<sup>10</sup> *¿Qué determina la Instrucción de Ombudsman? Una perspectiva comparada a nivel mundial*, Conferencia Magistral llevada a cabo por el doctor Marten Oosting, Presidente del Instituto Internacional del Ombudsman y Ombudsman de Holanda, Memoria del Primer Congreso de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 1996, p. 74.

<sup>11</sup> Carpizo, Jorge, *Derechos Humanos y Ombudsman*, Comisión Nacional de Derechos Humanos e Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre 1993, p. 63.

para las cuales ha sido creada la institución, logrando impulsar a la Administración a cumplir y promover la protección internacional de los derechos humanos. De esta manera:

«Dentro de una política de prevención de violaciones de derechos humanos que realice un Defensor del Pueblo es importante lo referente a las medidas orientadas a erradicar las condiciones y prácticas que favorecen la violación de los derechos humanos, como son la falta de control sobre las actuaciones de los agentes del Estado en las esferas policial, militar y judicial, el encubrimiento generado por el falso espíritu de cuerpo entre los servidores públicos, y la insensibilidad ciudadana frente a los abusos del poder y el incumplimiento culpable de los deberes oficiales»<sup>12</sup>.

Estas medidas que menciona Jaime Córdoba Triviño son esencialmente de naturaleza educativa, entendida la educación en derechos humanos en un sentido amplio que incluye también la investigación, la propuesta de medidas y políticas públicas, su difusión y la promoción de un debate democrático sobre ella. Agregamos que esto es particularmente cierto en el terreno de los derechos económicos, sociales y culturales, cuyo respeto y garantía forma parte, sin duda, de las obligaciones del Estado. Sin embargo, nuestra disciplina ha avanzado muy poco en cuanto a las formas concretas en que estos derechos se hacen efectivos en la vida diaria de sus titulares. El Defensor del Pueblo, por vía de su magisterio moral y más precisamente a través de su función educativa, puede ayudar mucho a pensar y proponer mecanismos de implementación que hagan justificables estos derechos o que, por lo menos, pongan en práctica su «realización» progresiva, para usar la terminología del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas.

La educación se dirige especialmente a la creación de una cultura democrática de respeto a los derechos humanos. En materia de educación y promoción de los derechos humanos resultan destacables las opiniones de reconocidas autoridades en la materia. Así podemos decir que:

«La promoción y protección de los derechos humanos por parte del Defensor del Pueblo no se limita al ejercicio del control de la Administración que ejerce diariamente. En las diferentes legislaciones han sido asignadas al Defensor del Pueblo otras funciones relacionadas con la protección integral de los derechos inherentes a todo ser humano que contribuyen en gran medida a la protección internacional de los derechos humanos. En América Latina, lejos de hallarse consolidados un conjunto de valores democráticos básicos, éstos se encuentran en una situación inestable y sujeta a permanentes riesgos. Así caracterizado, el contexto es sustancialmente

---

<sup>12</sup> Córdoba Triviño, Jaime, *ob. cit.*, p. 13.

diferente a aquel de las sociedades desarrolladas, estables y satisfechas materialmente en que se ha incubado la noción de posmodernismo. De allí la necesidad de fortalecer en nuestra región una mirada global como la que ofrecen los derechos humanos, que serían, por así decirlo, parte del proyecto inconcluso de la modernidad, de manera que ellos permean la cultura e impregnen la organización política y social»<sup>13</sup>.

#### IV. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO

El Defensor del Pueblo debe tomar en consideración el constante crecimiento de la población que atiende, la cual usualmente está más empobrecida, desprotegida y carente de educación. Dado lo anterior, el Ombudsman no podrá aún, y cuando sea su voluntad, atender todas y cada una de las quejas que lleguen a su oficina, por lo que deberá brindar especial atención a su capacidad de generar un desarrollo progresivo de la protección jurídica como a la necesidad de promover un sistema de leyes y mecanismos de implementación que más eficazmente hagan realidad la doble obligación de respeto y garantía de los derechos humanos. El principal compromiso que los Estados asumen al suscribir y ratificar tratados internacionales de derechos humanos es el de adecuar su ordenamiento jurídico interno para asegurar que no haya violaciones de esos derechos (obligación de respeto) y a crear mecanismos por los cuales las víctimas de las violaciones que se producen puedan obtener las correcciones y reparaciones adecuadas (obligación de garantía).

Para ambas obligaciones la tarea concreta, en definitiva, es la incorporación de los estándares de Derecho internacional al Derecho interno, tanto en lo sustantivo como en lo jurisdiccional y procesal. Para que un Derecho universalmente reconocido tenga vigencia el Derecho interno debe no sólo reconocerlo, sino crear y aplicar mecanismos eficaces para reclamar su cumplimiento. Esta incorporación debe hacerse tanto por vía legislativa como por decisiones judiciales que den al Derecho subjetivo en cuestión contenidos concretos por referencia a casos de la vida real. En ambos terrenos hay campos fructíferos para la acción del Ombudsman.

Los Defensores del Pueblo deben usar su iniciativa de ley para presentar proyectos que armonicen el Derecho interno con las obligaciones del Estado en materia de Derecho internacional de los derechos humanos. Y

---

<sup>13</sup> González, Felipe, «Modernidad, Posmodernidad y Derechos Humanos en América Latina», en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, I, Thomas Buergenthal y Antonio A. Cancado Trindade compiladores, IIDH, San José, 1996, pp. 264-265.

aun si un Defensor no cuenta con iniciativa de ley, debe dar prioridad al uso de su magistratura de influencia para generar el proyecto de ley respectivo y generar e inspirar el correspondiente debate parlamentario. Por su intermediación con las necesidades concretas de la protección de los derechos el Ombudsman será, en todo caso, el mejor experto que el Parlamento puede consultar con miras al diseño de mecanismos eficaces.

Del mismo modo, el Ombudsman puede y debe propiciar que los Tribunales incorporen normas de Derecho internacional obligatorias para el Estado al resolver casos judiciales. En muchos casos el ejercicio de la acción de tutela que les es conferida será el mejor vehículo para ese fin. Pero deben los Defensores también considerar la posibilidad de obtener venia judicial para intervenir en casos en los que no son parte, a fin de traer a conocimiento del Tribunal concepciones y análisis propios de su singular experiencia como garantes de la legalidad y protectores del derecho. Este rol de *amicus curiae*, reconocido ampliamente a una gran variedad de personas y entidades en el Derecho anglosajón y en el Derecho comunitario europeo ha comenzado a admitirse en América Latina <sup>14</sup>.

En lo judicial, sin embargo, lo primero será el esfuerzo por abrir las puertas de la *justicia* para que tengan acceso a ella los sectores hoy marginados.

El Ombudsman, en su carácter de defensor y garante del sistema jurídico, debe buscar que el Derecho se aplique sin discriminaciones. Por ello, creemos que debe convertirse en una instancia que otorgue la oportunidad a cada uno de estar capacitado para defender y hacer valer por sí mismo sus derechos. Para lo anterior, el Defensor del Pueblo debe estar atento a que el sistema jurídico responda a todos por igual y velar porque no solamente quienes tengan poder económico puedan acudir ante las instancias jurisdiccionales.

«Todos aquellos instrumentos encaminados al fortalecimiento y desarrollo de los mecanismos constitucionales instituidos para garantizar la efectividad de los derechos humanos —acciones públicas de amparo o tutela, de *habeas corpus*, la acción de inconstitucionalidad, la acción de cumplimiento, las acciones populares y las acciones para obtener la nulidad de actos sometidos al control judicial constitucional— tienen enorme importancia en la política de promoción sobre derechos humanos. Sin estos instrumentos de garantía los derechos fundamentales pueden quedar reducidos a enunciaciones huera, y en consecuencia, todo cuanto contribuya a universalizar y allanar su ejercicio debe constituir prioridad para quienes

---

<sup>14</sup> Ver revista IIDH, núm. 23, 1996, «Memorial en Derecho *amicus curiae* ante Cámara Federal de Buenos Aires, 1995».

diseñan y ejecutan las políticas de protección y fomento de aquellos derechos. No es exagerado afirmar que la eficacia de esas garantías depende en buena parte de un adecuado nivel de capacitación en las autoridades y de un conocimiento sistemático y claro por parte de los ciudadanos, pues por simples e informales que sean los procedimientos para ejercitar una acción pública, ellos exigen, tanto en el funcionario como en el actor, un conocimiento, así sea somero, de su naturaleza, de su finalidad y de sus condiciones de procedencia»<sup>15</sup>.

Establece la reciente ley, por la cual se crea la Defensoría del Pueblo de Panamá, en su artículo 5, que el titular de la Institución está legitimado procesalmente para el ejercicio de las acciones populares y los recursos de amparo de garantías constitucionales, así como para los contencioso-administrativos de plena jurisdicción y de protección de derechos humanos. Por su parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Paraguay dentro de sus deberes y atribuciones establece el de interponer *habeas corpus* y solicitar amparo, sin perjuicio del derecho que les asiste a los particulares. Como otro ejemplo, podemos hacer referencia a la Constitución Política de España, que en su artículo 162 legitima para interponer el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal. En todos estos casos además de invocar normas constitucionales los Ombudsmen pueden procurar que la justicia adopte los principios más avanzados del Derecho internacional y del Derecho comparado en materia de derechos y garantías.

Afirma el doctor Gil-Robles que:

«Con independencia del tratamiento del conjunto de los casos individuales, me parece sumamente importante que el Defensor del Pueblo no pierda de vista que a lo largo de las investigaciones que realice por denuncias o de oficio acumula una experiencia que le puede conducir a proponer la modificación de determinadas normas, a sugerir que se dicten otras para cubrir vacíos legales o simplemente para que autoridades, funcionarios e incluso jueces consideren la necesidad de interpretar las vigentes, mientras no se modifiquen de manera acorde a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas en las Constituciones o en las Declaraciones y Tratados internacionales sobre la materia»<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Córdoba Triviño, Jaime, *ob. cit.*, pp. 15 y 16.

<sup>16</sup> Gil-Robles, Álvaro, *ob. cit.*, p. 481.

## V. RATIFICACIÓN DE INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y SU INCLUSIÓN EN LAS CONSTITUCIONES POLÍTICAS DE LOS ESTADOS IBEROAMERICANOS

En aras de fortalecer la protección de los derechos humanos, tanto interna como externamente, el Defensor del Pueblo debe requerir que el Estado se comprometa efectivamente al cumplimiento de las normas y principios contenidos en los diferentes Tratados que protegen los derechos humanos.

Como parte de sus funciones, el Defensor del Pueblo puede y debe acercarse a las Cámaras legislativas con el fin de que éstas estudien y decidan la aprobación y/o ratificación de los instrumentos universales y regionales de protección de los derechos humanos, cuando este trámite sea requerido, e instar al Poder Ejecutivo al pronto cumplimiento de los procedimientos previstos con miras a su entrada en vigor y susceptibilidad de aplicación en la jurisdicción interna.

El Ombudsman tendría que velar porque el Estado haga constar mediante la ratificación respectiva su voluntad en el ámbito internacional de obligarse por un Tratado<sup>17</sup>, materializando dicha voluntad en un documento solemne firmado y sellado por la autoridad respectiva, en el cual se acepte el Tratado y se comprometa a su observancia, generándose obligaciones vinculantes tanto a nivel internacional como nacional.

Es claro que el impulso a la ratificación debe hacerse con atención a la necesidad de una incorporación armónica de las normas internacionales al Ordenamiento jurídico nacional. Por ello, el Ombudsman no será solamente un proponente de nuevas normas sino el mejor experto que los Poderes del Estado consulten al hacer una incorporación seria, responsable, jurídica y filosóficamente sofisticada de tales normas. Pero el Ombudsman es, al fin de cuentas, custodio de la legalidad (que tiene dimensión internacional y no sólo doméstica) y defensor de los derechos. Por ello, su orientación preferencial será para instar a que se introduzcan pocas reservas, que en todo caso ellas no desnaturalicen el objeto y fin del Tratado. También deberá propiciar la interpretación más propicia a la aplicabilidad automática de los estándares internacionales y a la adopción sin dilaciones de medidas de implementación en el caso de que éstas sean necesarias según los términos del Tratado respectivo.

<sup>17</sup> Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Perú establece dentro de las atribuciones de su titular la de promover tratados internacionales.

«En materia de derechos humanos y superando la doctrina clásica de la radical distinción entre ambos, cada vez con mayor énfasis Derecho internacional y Derecho interno interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de las libertades fundamentales. En este ámbito, paulatinamente se hace más explícita la interpenetración entre las jurisdicciones internacional y nacional. Desde una perspectiva meramente jurídica la importancia de un reconocimiento constitucional de los derechos humanos deviene del papel central que una Constitución ocupa en el ordenamiento jurídico como fundamento de validez y estructura básica institucional. De este modo, ubicar en el vértice del ordenamiento jurídico a los Tratados de derechos humanos significa otorgarle el valor de uno de los principios fundantes del sistema institucional que la Constitución organiza y del concepto democrático que la misma sustenta»<sup>18</sup>.

Contribuyendo a que las Constituciones incluyan los Tratados internacionales de derechos humanos en sus disposiciones, el Defensor del Pueblo colaborará a precisar por parte de los jueces y la Administración a que realicen una implementación en sus procedimientos y posteriores decisiones de los principios contenidos en estos Tratados y a que se logre un reconocimiento continuo de derechos humanos a lo interno de un Estado.

Colaborará también en gran medida el Defensor del Pueblo al incluir dentro de las recomendaciones que emita los informes, ya sean ordinarios o extraordinarios que presente ante el Poder Legislativo<sup>19</sup>, así como las publicaciones que prepare los principios y normas establecidos internacionalmente para la protección de los derechos humanos<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Dulitzky, Ariel, «Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano», en *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, I, Thomas Buergenthal y Antonio A. Cancado Trindade, compiladores, IIDH, San José, 1996, p. 130.

<sup>19</sup> En todas las legislaciones referidas a las funciones de los Defensores del Pueblo o instituciones homólogas de España y Latinoamérica se establece el deber de presentar anualmente un informe ante el Poder Legislativo que contenga las quejas tramitadas y demás actividades que realice.

<sup>20</sup> Al respecto escribe Gil-Robles: «el Defensor del Pueblo no se ha limitado a intervenir en asuntos que podrían considerarse de pura mala administración, tales como resoluciones erróneas, retrasos en resolver, supuestos de silencio administrativo, etc., sino que ha tenido una presencia activa en cuanto a la defensa de los derechos fundamentales de las personas (derechos humanos) proclamados en el título primero de la Constitución (...) El Defensor del Pueblo ha investigado y realizado informes especiales sobre la situación de grupos concretos de población, como pueden ser los ancianos y la situación de las residencias de la tercera edad, los menores y en especial sobre la situación de aquellos que están internos en centros técnicamente especializados por resolución judicial (...), que incluso han concluido en la propuesta de modificación del Código Penal asumida por el Ejecutivo y el Parlamento». Gil-Robles, *ob. cit.*, p. 452.

## VI. EL OMBUDSMAN Y LOS MECANISMOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Como se describe al comienzo de este articulado, el debate sobre el futuro del sistema Interamericano incluye ideas, todavía bastante difusas, sobre una eventual articulación entre la institución del Ombudsman y los órganos de aplicación de la Convención. La motivación para estas ideas radica en la situación crítica de ese sistema y en la necesidad de contribuir a acrecentar la legitimidad de esos órganos. En ese sentido es posible que haya maneras en que la Defensoría apunte al sistema, especialmente al contribuir a la creación de una cultura de respeto a los derechos humanos que valore a la Comisión, a la Corte Interamericana y a sus resoluciones.

Pero en las propuestas que se formulan yace un peligro que hay que evitar: el de debilitar al sistema en lugar de perfeccionarlo. Así, la insistencia en que la Comisión «haga más promoción» es negativa si esconde el intento de limitar sus tareas de protección. Afortunadamente, ese intento parece haber sido derrotado por ahora<sup>21</sup>. El Secretario General de la OEA ha manifestado que el papel más importante del sistema Interamericano de protección de los derechos humanos —y el que debe ser fortalecido— es su competencia para oír y resolver denuncias de casos de violaciones a la Convención por vía del procedimiento contencioso que ella contempla<sup>22</sup>.

Es necesario, pues, analizar los méritos y peligros de cada sugerencia por separado:

### A) Agotamiento de Recursos

En relación con los requisitos para reclamar una violación de derechos humanos ante la protección internacional es importante analizar las funciones que puede desempeñar el Defensor del Pueblo para contribuir a que se cumpla con el requerimiento de agotar los recursos internos y su demostración, ya que este requisito es la más importante de las condiciones de admisibilidad de toda petición internacional y la causal

---

<sup>21</sup> Ver Resoluciones del Seminario sobre «El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos», Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, 2-4 de diciembre de 1996.

<sup>22</sup> Doctor César Gaviria, discurso al Consejo Directivo del IIDH, San José, 10 de abril de 1997.

más frecuente de invocación de excepciones preliminares o la competencia de los órganos supranacionales.

Al respecto, la cosa juzgada producto de la decisión del Poder Judicial de un respectivo Estado constituye presupuesto y condición procesal para solicitar intervención de un régimen internacional de protección, sea universal o regional. Al recurrir a este régimen internacional existe entonces la posibilidad de que la decisión tomada internamente sea modificada por la intervención de un órgano internacional.

Luego de analizado lo anterior, se pueden estudiar las funciones del Defensor del Pueblo en relación con esta temática desde dos puntos de vista. En un primer caso, el Defensor del Pueblo coadyuva al agotamiento de los recursos internos al presentar su oficina el recurso «adecuado»<sup>23</sup> o «efectivo» previsto por el Ordenamiento interno para sancionar y reparar la violación del derecho humano presuntamente violado, y siendo este recurso fallado de manera que no cumpla con el cometido para el cual fue creado y que agote los recursos procesales pertinentes a lo interno del Estado, abre las puertas para el acceso a los sistemas internacionales de protección.

Por ejemplo, el Defensor del Pueblo del Perú, el Defensor del Pueblo de la Nación de Argentina, la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, el Defensor de los Habitantes de Costa Rica y el futuro titular de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua como parte de sus atribuciones pueden presentar los recursos legales para salvaguardar los derechos y libertades fundamentales.

En caso de que así lo hicieren, los Defensores del Pueblo tienen la posibilidad de presentar recursos de amparo o *habeas corpus*<sup>24</sup>, los cuales han sido considerados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los adecuados para agotar los recursos internos de protección.

Este derecho a un recurso judicial requiere de los Estados proveer un remedio judicial «idóneo para establecer si se ha incurrido en una

<sup>23</sup> Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. IV. Párrafo 64. Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del Derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida. En todos los ordenamientos internos existen múltiples recursos, pero no todos son aplicables en todas las circunstancias. Si en su caso específico el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable.

<sup>24</sup> Las Constituciones suelen contener medios de protección para los derechos que ellas consagran. En América Latina predominan dos instituciones: el *habeas corpus* para tutelar la libertad física y el amparo para el resto de los derechos. Citado por Dulitzky, Ariel, *ob. cit.*, p. 155.

violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla». Implica «la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales<sup>25</sup>. La obligación de proveer protección judicial no se satisface simplemente con la existencia normativa de Tribunales, sino que los Estados deben tomar medidas concretas para asegurar la vigencia efectiva de este derecho»<sup>26</sup>.

En un segundo caso el Defensor del Pueblo puede denunciar que no está establecido en la legislación nacional ningún proceso debido para proteger derechos que se alegan violados y/o puede comprobar y hacer público que no se ha permitido a la víctima acceso a dichos recursos o que se le ha impedido agotarlos. Esta última consideración merece atención, ya que de esta manera el Defensor del Pueblo podrá colaborar para que un sistema internacional de protección considere admisible el recurso aún y cuando no se hayan agotado formalmente los recursos internos.

En relación con lo anterior, la Corte Interamericana estableció en el caso Velásquez Rodríguez excepciones preliminares, Sentencia del 26 de junio de 1987. XII. 93. (...) debe tenerse también en cuenta que la fundamentación de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. La inexistencia de recursos internos efectivos coloca a la víctima en estado de indefensión y explica la protección internacional. Por ello, cuando quien denuncia una violación de los derechos humanos aduce que no existen dichos recursos o que son ilusorios, la puesta en marcha de tal protección puede no sólo estar justificada sino ser urgente. En esos casos no solamente es aplicable el artículo 37.3 del Reglamento de la Comisión, a propósito de la carga de la prueba, sino que la oportunidad para decidir sobre los recursos internos debe adecuarse a los fines del régimen de protección internacional. De ninguna manera la regla del previo agotamiento debe conducir a que se detenga o se demore hasta la inutilidad la actuación internacional en auxilio de la víctima indefensa.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-9/87, citada por Dulitzky, Ariel, *ob. cit.*, p. 161.

<sup>26</sup> Cançado Trindade, Antonio, citado por Dulitzky, Ariel, *ob. cit.*, p. 162. Según lo regulado por el artículo 46, párrafo 2.º, de la Convención Americana, hay excepciones en las cuales el agotamiento de los recursos internos no es exigible:

a) No exista en la legislación interna del Estado de que se trate el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados.

b) No se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna o haya sido impedido de agotarlos.

c) Haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos.

Todo lo dicho constituye asistencia valiosa que el Ombudsman puede prestar al Sistema. Pero no se puede ir más allá en el tema del agotamiento de recursos sin hacerle perder eficacia a la Comisión y a la Corte. Ello ocurrirá si se impone taxativamente que el peticionario deba indefectiblemente acudir al Ombudsman y esperar a la finalización de ese trámite como requisito liminar a la instancia internacional<sup>27</sup>. Esta sugerencia viola el principio de la idoneidad del recurso, sabiamente establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Velásquez, como ya se explicó. Además de agregar una exigencia más se exigirá agotar un recurso no jurisdiccional, sino moral y no vinculante. El efecto, aunque no sea el que se intenta, será el de restringir el acceso de las víctimas al sistema supranacional, sin necesariamente hacer más efectivos los recursos internos.

#### **B) Aporte del Ombudsman a una más completa «instrucción» de los casos internacionales**

Es importante destacar que el Defensor del Pueblo puede colaborar con los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos, reiterando al Estado y a su Administración el compromiso y obligación de aplicar los principios internacionales relativos a la protección internacional de los derechos humanos y de cooperar con los órganos del sistema en la correcta y veraz determinación de los hechos. En este sentido, el Ombudsman puede lograr una mayor protección a lo interno de un Estado y evitar que se cause indefensión a una probable víctima; pero también puede ayudar a hacer innecesaria la urgencia internacional al impulsar soluciones y medidas reparatorias, aun por vía de solución amistosa.

Al instruir un caso y acumular pruebas para la determinación de los hechos objeto de la denuncia (*fact-finding*), la Comisión Interamericana enfrenta limitaciones propias y otras derivadas de la falta de cooperación de los Estados. En este tema una articulación con los Ombudsman puede asistir sensiblemente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que sus decisiones puedan fundarse sobre un récord mucho más completo de evidencias. Pero esto debe hacerse sin perjuicio de la autonomía de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para hacerse de toda otra forma de prueba cuya admisibilidad sea compatible con el debido proceso y la «igualdad de armas» de las partes. Tampoco es

<sup>27</sup> Propuesta de Santiago Corcuera, representante de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México, en el Seminario de Washington de diciembre de 1996, CIDH, *ob. cit.*, p. 29.

conveniente privar a la Comisión —ni en su caso a la Corte— de la capacidad de apreciar la prueba bajo las reglas de la sana crítica. Por ello, no estamos de acuerdo con la sugerencia de que la determinación de los hechos que haga el Ombudsman se imponga como obligatoria de los órganos internacionales <sup>28</sup>.

### C) Opiniones consultivas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En relación con el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 64:

1. «Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros Tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.»

El Defensor del Pueblo podría realizar una labor importante en el campo de la protección internacional de derechos humanos al instar al Estado a solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana en relación con los tratados internacionales de protección. Esta jurisdicción consultiva a cargo de la Corte es una labor complementaria a su jurisdicción contenciosa.

«La utilidad e importancia de esta función radica en que ella permite ejercer un control global sobre la forma como los Estados en su conjunto —e independientemente de cualquier disputa— interpretan y aplican la Convención, corrigiendo cualquier posible desviación; por otra parte, este procedimiento también permite eludir el empleo del procedimiento contencioso y evitar una confrontación con los Estados partes que les exponga a una sentencia condenatoria. En ejercicio de esta competencia, la Corte ha podido precisar el alcance de las obligaciones asumidas por los Estados en el marco de la Convención y, paralelamente, ha contribuido al desarrollo y fortalecimiento del Derecho internacional de los derechos humanos» <sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Corcuera, Santiago, *ob. cit.*, pp. 29-30.

<sup>29</sup> Faúndez Ledezma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales*, IIDH, 1996, p. 425.

La Corte ha considerado que no encuentra ninguna razón para abstenerse de responder consultas en el fuero de la legislación interna sobre «proyectos» de reforma constitucional o legislativa. Lo anterior ya que la jurisdicción contenciosa fue establecida como un servicio de la Corte a todos los integrantes del sistema Interamericano para coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos en materia de derechos humanos <sup>30</sup>.

Por ello, sí nos parece acertada la sugerencia de dar expresa competencia a los Ombudsmán para acudir a la Corte y pedir opiniones consultivas. Como se ha visto, la Convención autoriza hacerlo a los Estados, por lo cual se presume que sólo el Poder Ejecutivo, en uso de la representación exterior de la Nación, goza de esa prerrogativa. Sin embargo, nada obsta a que, como materia de Derecho interno, cada Estado regulará esa representación de modo de permitir el acceso directo del Ombudsmán a la competencia consultiva de la Corte.

#### **D) Posibilidad de presentar peticiones o comunicaciones sobre violaciones a los derechos humanos**

Finalmente, es interesante referirse a la posibilidad de otorgar a los Ombudsmán la competencia de presentar comunicaciones o peticiones ante las Comisiones de derechos humanos con atribución de recibir y tramitar denuncias por su violación —multilaterales y existentes en Europa y América.

Se ha sugerido también la posibilidad de que el Defensor del Pueblo pueda presentarse ante órganos convencionales autorizados a recibir denuncias de casos, peticiones o comunicaciones relativas a violaciones cometidas en los países en que actúan <sup>31</sup>.

Esta posición nos parece muy saludable. Es de destacar que el acceso a la competencia contenciosa de la CIDH parece sumamente amplio: «cualquier persona» puede ser peticionaria sin exigirse *locus standi* ni personaría alguna. De hecho, la CIDH ya ha recibido una comunicación del Defensor del Pueblo argentino, Jorge Luis Maiorano <sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Al respecto ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Propuesta para una modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párrafos 19, 26 y 28.

<sup>31</sup> Corcuera, CIDH, *ob. cit.*, p. 29.

<sup>32</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington DC. Denuncia presentada por el Defensor del Pueblo de la Nación de Argentina, 4 de octubre de 1996. Entendemos que el asunto que motivó tal denuncia se resolvió en el Derecho interno y que la cuestión ante la CIDH se tornó abstracta sin que ésta resolviera sobre la admisibilidad de la petición.

Aunque esta idea parece interesante, se nos ocurren dos salvedades: en primer lugar, cabe preguntarse si un órgano de un Estado debe tener legitimación para denunciar al propio Estado ante un órgano supranacional. Mejor dicho, debemos preguntarnos si es prudente ampliar así la competencia de órganos como la CIDH en momentos en que algunas voces gubernamentales se quejan de que la CIDH ya tiene demasiados poderes y muy difusos. Puede ser inconveniente llevar a la CIDH lo que bien puede ser un conflicto institucional o conflicto de poderes al interior de un Estado. Es cierto que esto puede ser distinto si, como en el caso presentado por el doctor Maiorano, el Ombudsman actúa en nombre de número alto y tal vez indeterminado de afectados, a título de *parens patrias* o bien ejerciendo una especie de *class action*. Pero quizá sea necesario limitar esa facultad a casos de esa naturaleza.

En segundo lugar, debe quedar claro que la facultad de peticionar en manos del Ombudsman no puede ser exclusiva, como en alguna oportunidad se ha sugerido, a título de «racionalizar» el cúmulo de casos que recibe la CIDH y de jerarquizar la figura del Ombudsman como proyección de un Estado democrático<sup>33</sup>. Esta idea es a todas luces peligrosa, porque es imposible garantizar para siempre la imparcialidad e independencia de las defensorías del pueblo. Además desvirtuaría el objeto y fin del Tratado de derechos humanos (la protección de la víctima del abuso), cuyo correlato en el mecanismo procesal es el acceso lo más directo y menos restrictivo posible para el individuo.

### E) Otras posibilidades

Otras sugerencias que se han hecho merecen nuestro apoyo. Nos referimos a las que solicitan que se asigne al Ombudsman un lugar en foros internacionales en los que se discuten nuevos instrumentos; que le asignarían funciones de supervisión del cumplimiento de acuerdos y decisiones de órganos de supervisión, y que le autoricen a cooperar con esos órganos en tareas de investigación de los hechos. En todos estos casos la articulación entre la Defensoría y el organismo internacional no sería en menoscabo del acceso de la víctima al sistema, sino que le agregaría eficacia a éste mientras se asegura el derecho del Estado a la defensa de sus intereses en litigio.

---

<sup>33</sup> Ver al respecto comentarios de Asdrúbal Aguiar, CIDH, *op. cit.*, p. 32.

## VII. CONCLUSIONES

### Recomendaciones:

#### 1. Sobre la institución y leyes orgánicas de las Defensorías:

- Que el control de legalidad que ejerce el Defensor del Pueblo incluya el control de legalidad internacional de forma tal que se apliquen en el fuero interno los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

- Que el Defensor del Pueblo ejerza la iniciativa de ley. En caso de que no tenga iniciativa de ley podrá usar su magistratura de influencia. Sin embargo, es útil bregar porque el Defensor sí tenga, en todos los casos, iniciativas de ley.

- Que el Defensor del Pueblo ejerza su iniciativa de ratificación de Tratados con el fin de implementar los compromisos internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

- Que tenga la posibilidad de gestionar como *amicus curiae* ante los tribunales nacionales e internacionales, enriqueciendo los procesos judiciales respectivos con las investigaciones que al respecto haya realizado la oficina del Defensor del Pueblo, y con su *opinio juris* autorizada surgida de su experiencia, y especialmente instando a los Tribunales a adoptar interpretaciones acordes con el Derecho internacional de los derechos humanos.

- Que ejerza la acción popular, amparo, *habeas corpus*, etc., con expresa relación al Derecho internacional de los derechos humanos e instando a la aceptación de los estándares universalmente reconocidos.

#### 2. Sobre sus facultades de educación y promoción:

- Que eduque sobre los derechos humanos universalmente reconocidos a los agentes del Estado.

- Que eduque en los derechos humanos a la sociedad civil.

- Que haga publicidad para que la sociedad civil conozca y haga valer sus derechos, especialmente difundiendo y diseminando las resoluciones que él o ella adopten en casos concretos.

#### 3. En relación con los Tratados internacionales y organismos internacionales de protección de los derechos humanos, que los Estados regulen:

- Los roles de promoción y consulta del Ombudsman para la elaboración de instrumentos.

- Acceso por los Ombudsman a la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- Asignación de facultades expresas para cooperar con órganos internacionales de protección en tareas de investigación, mediación y supervisión de cumplimiento de acuerdos y sentencias.

Estas últimas medidas pueden adaptarse por vía de regulación del Derecho interno de cada país o bien por vía de reglamentación de los estatutos de los órganos de protección internacionales. En general, no requieren, a nuestro juicio, renegociación de los tratados multilaterales respectivos.

# **Comunicaciones**

# INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Antonio Rovira Viñas

Adjunto Primero del Defensor del Pueblo de España

## INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Se ha hablado mucho de los derechos fundamentales, mucho más de lo que posiblemente hemos hecho para extender su reconocimiento y protegerlos efectivamente. Teniendo esto siempre presente para no confundirnos y acallar nuestra mala conciencia, al pensar que la teoría es suficiente para protegerlos, podemos una vez más comenzar afirmando que la teoría y la práctica de estos derechos, desde finales de la segunda guerra (calificada exageradamente como mundial porque implicó a los países más desarrollados del planeta), se ha dirigido hacia la ampliación y universalización de los mismos, siendo este proceso de internacionalización lo más característico, incluso podemos decir más provocador, porque parte de la idea de que estos derechos subsisten aún allí donde la legislación positiva no los reconoce, que tienen vigencia incluso allí donde se carece de instrumentos jurídicos y políticos para hacerlos cumplir, que son derechos en definitiva para todos, son derechos de las personas, de cada uno aislado, son derechos de los ciudadanos del mundo y el reto consiste en avanzar y contribuir al reconocimiento jurídico efectivo de los mismos en aquellos países en los que todavía los poderes se resisten a su realización efectiva.

Las libertades públicas suponen el derecho del individuo aislado a no ser oprimido y gozar de ciertos derechos que denominamos humanos

o fundamentales. Fundamentales porque pertenecen al hombre en cuanto tal y no al beneplácito del soberano, y humanos porque por muy fundamentales que sean son históricos, nacen gradualmente, no de una vez y para siempre, sino en determinadas circunstancias. Estos derechos son exigencias que van naciendo a medida que se evidencian ciertas necesidades, ciertos nuevos y tradicionales abusos.

Son, por tanto, derechos de todos, pero sin olvidar tampoco que somos diferentes o que estamos en condiciones diferentes. Somos iguales precisamente en el derecho de cada uno a seguir su camino, pero esta igualdad necesaria para fundamentar la universalidad de los mismos no puede enmascarar las muy reales diferencias personales de cada uno. Todos somos iguales, por ejemplo, ante la muerte, pero desiguales ante la forma de morir, y lo que es bueno para unos necesariamente no es bueno para todos.

Estos derechos suponen, por tanto, el mínimo esencial y necesario para que cada uno decida por sí mismo su vida, lo que quiere ser y cómo desea vivir, es decir para que cada uno elija sus diferencias. Por eso son una conquista histórica no una verdad eterna. Son derechos que el hombre se da a sí mismo porque el Derecho *a priori* no tiene sentido. El Derecho, como la virtud, es una invención nuestra, una necesidad personal nuestra y, por tanto, o creamos nuestros derechos y nuestras virtudes o nos sometemos a los del prójimo. Los derechos fundamentales no han caído del cielo. No podemos esperar que alguien situado más arriba haga, piense o interprete lo que nosotros no nos atrevemos a hacer por nosotros mismos. Con las declaraciones de derechos no se pretende igualar a todo el mundo, uniformizar la sociedad eliminando las diferencias. No se trata con su reconocimiento que todos seamos lo mismo, pues las diferencias expresan lo que puede haber de creativo en nuestra existencia individual y libre. Los derechos humanos parten del presupuesto necesario de que todos somos iguales, parten de aquello que tenemos en común como personas, pero parten también y defienden las diferencias de cada uno. La igualdad debe consistir así en establecer las condiciones necesarias y el Estado intervenir para dotarlas, independientemente de su origen, su nivel o su riqueza.

Por eso el proceso de internacionalización de los Derechos Humanos está ligado al reconocimiento de la subjetividad jurídica del individuo por el Derecho internacional. Cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afectan no sólo a los Estados en cuanto tales, sino a la de sus miembros, partiendo de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades

de la persona no es una «cuestión doméstica» de los Estados sino un problema de relevancia internacional, comienza este proceso de universalización y de intervención internacional frente a las catástrofes bélicas y a los constantes y generalizados atentados contra los derechos individuales cometidos por los sistemas totalitarios o autoritarios disfrazados. La intervención frente al genocidio, la tortura y discriminación, la pobreza, esclavitud, tráfico de personas o frente a las nuevas formas de terrorismo, y éste es uno de los grandes desafíos de los derechos humanos en Europa, su internacionalización, necesaria para su protección efectiva porque cada vez en mayor medida los problemas y los peligros tienen un alcance mundial y los Estados se quedan pequeños para hacer frente a estos hechos, que son demasiado mundiales y generales para la estructura de un solo país. Europa debe contribuir a que la democracia que conocemos, el mejor mundo conocido para un tercio de la humanidad, no siga siendo un infierno para el resto.

Pues bien, este proceso de afirmación internacional de los derechos, que cada vez son más humanos, este proceso de universalización de la democracia, es cuando menos una esperanza y un reto para todos.

No obstante, toda conquista, todo avance descubre nuevos peligros, y el que parece más evidente en este proceso de internacionalización es la vulgarización y, por tanto, la instrumentalización de los derechos humanos y del sistema democrático para disfrazar aquellas prácticas, aquellos gobiernos más totalitarios o más autoritarios respecto a sus ciudadanos.

Vulgarización que hace que se promuevan y divulguen los derechos fundamentales como si fuera el nuevo catecismo, como los nuevos diez mandamientos compatibles con cualquier forma de servidumbre. Me asombré, por ejemplo, cuando descubrí que en algunos lugares, en algunos Estados, en algunos continentes, la lucha por los derechos humanos no era más que la actualización de las tradicionales cruzadas evangelizadoras.

Ante estos peligros son necesarios nuevos entusiasmos que revitalicen los tradicionales valores, que fomenten la cultura del respeto y de la solidaridad; en base al principio de igualdad es necesario revisar los conceptos que asoman y expresan estos valores.

Si el lenguaje condiciona el pensamiento y el comportamiento social y expresa asimismo las tendencias que dicho comportamiento sigue, puede resultar útil estudiar los conceptos que asoman y expresan nuevos entusiasmos, principios, patrones o criterios que sirven para establecer socialmente lo que debe ser considerado como necesario y deseable y que no siempre significan en la convivencia lo que la tradición les ha venido atribuyendo.

Algo de esto puede estar pasando con la «solidaridad», que no es caridad sino justicia. Ser solidario es sufrir y enseñar a sufrir con la injusticia, la desigualdad y el dolor ajeno, sea de quien sea, venga de donde venga y esté donde esté, y en mayor medida con «tolerancia», que es un principio necesario para la convivencia pacífica, plural y libre y que, sin embargo, es usada en ocasiones como muletilla o legitimación incluso de lo indefendible y empleada para las más diversas y contrapuestas situaciones. Es tantas veces invocada en vano, incluso contra sentido, que corre el riesgo de convertirse en un término vacío.

A veces se utiliza como concesión del que se siente superior y, sin embargo, la tolerancia que necesitamos para construir el mejor futuro nada tiene que ver con la actitud tradicional y prepotente del «perdona vidas».

La tolerancia no pertenece al orden moral, no se pide tolerancia por caridad, ni es resignación, ni implica transigir y callar. La tolerancia hoy nada tiene que ver con el acto de generosa condescendencia de quienes creen estar en posesión de la verdad, nada tiene que ver con este afán puritano que considera verdadero lo que es simplemente argumentable, fanáticos de la pureza que asumen el papel de salvadores, queriendo liberar a toda costa al hombre, la nación o el Estado del mal y del pecado, aunque toleren en ocasiones algunas de nuestras impurezas y deslices.

Al contrario, la verdad es oscura, y esto, a fin de cuentas, es lo que nos salva, y la tolerancia un instrumento de lucha contra el arraigo profundo que todavía conservan los fanatismos, integristas, fervores y pasiones colectivas, purezas y ardores. Tolerar es mantener la distancia frente a los grandes mitos personales, sean ídolos, mártires o héroes, es «contraria al fanatismo y la imposición porque se puede vivir y se puede pensar de muchas maneras» (F. Savater).

Tampoco pertenece al orden jurídico, es un talante, una actitud, una forma de vivir y de concebir la vida que no puede ser exigida jurídicamente, solamente podemos persuadirnos y convencernos de su necesidad.

Un secuestro, tenga la motivación que tenga, no es una manifestación de intolerancia sino de criminalidad, y como tal debe ser calificada y tratada, y coaccionar, forzar o incautar la dádiva o limosna a un mendigo por el mero hecho de pedirla es siempre una ilegalidad, porque los derechos son iguales para todos.

En este sentido el racismo y la xenofobia son manifestaciones graves de intolerancia, pero mientras el racismo es una ideología opresiva y delictiva, la xenofobia es una actitud, una forma de tratar a los hombres y

a los eventos arcaica, irracional, basada en prejuicios, en formas emocionales y fanáticas, que perturban la convivencia y fomentan los conflictos, formas que deben ser reprobadas y socialmente condenadas, aunque por sí solas no pueden ser siempre jurídicamente tipificadas.

Tampoco la tolerancia puede servir como excusa y justificación para dejar de hacer aquello a lo que estamos obligados, para privilegiar a las amistades o fomentar la inactividad e irresponsabilidad de un servidor público o hacer la «vista gorda» para no perder a los amigos. La ley es el límite de este principio.

La tolerancia pertenece al orden social y político, es un principio necesario ante los cambios que nos rodean, con fronteras y culturas cada vez más cercanas, dúctiles y porosas que hacen la diferencia entre lo interior y exterior cada vez más casuística, y estos cambios suscitan situaciones que requieren y requerirán aún más en el futuro actitudes personales y políticas que, siendo totalmente nuevas con respecto a cualquier otra del pasado, necesitan de leyes y principios para superar las resistencias, por ejemplo, a defender con uñas y dientes la «fortaleza» frente a los inmigrantes, refugiados y asilados pobres, porque un inmigrante rico no suele tener problemas ni legales ni sociales.

La tolerancia, por tanto, es un talante, una forma de comportarse, un principio necesario para garantizar la convivencia pacífica con aquello que no nos gusta, porque lo que gusta no necesita ser tolerado. Ni es ni buena, ni mala, ni verdadera ni falsa, es simplemente necesaria para nosotros mismos. Si somos tolerantes es porque buscamos lo más conveniente para nosotros mismos, no porque debamos serlo en favor de no sé qué principio trascendental.

La tolerancia se basa, por tanto, en la idea de que la inteligencia y la tontería están muy bien repartidas en este mundo y que toda teoría, experimento u opinión tan sólo supone una aproximación. Que a la mala noticia da paso la buena y que el verdadero enemigo es la idea de pureza que no admite que siempre puede haber criterios de corrección, dado que ninguna cultura agota lo cultural y ninguna persona agota lo personal. Hay que aceptar como interlocutor al error (F. Tomás y Valiente).

La tolerancia se opone a que el Estado, los poderes o las personas impongan sus criterios o sus formas a aquellos que no pertenecen al grupo. No cree en el hombre puro, prefiere el mestizaje como prefiere el diálogo, pero no el diálogo pedagógico, que te dice lo que tienes que hacer, sino crítico, en defensa de la libertad de cada uno a ser, pensar y vivir como quiera en el marco de los derechos fundamentales, sin segregar,

marginar o «dar tormento» a otro porque sea diferente, viva diferente u opine diferente.

Tolerar consiste también en no llamar al Ayuntamiento porque haya un alcohólico o un mendigo bondadoso que desacredita el barrio y nos molesta con su aspecto o perjudica las ventas de la tienda. Ni reñir al niño que juega en el patio por mucho derecho que tengamos a la siesta. Ni rebuscar la forma de denunciar a otro porque nos duela que le vayan bien las cosas. O usar el derecho a la libertad de expresión para difamar y revelar la intimidad de los vecinos. Consiste en no estar esperando la excusa de un comportamiento ajeno para desahogar nuestras frustraciones o esperar un error para sentirnos bien acusándolo, esgrimiendo la legalidad como una lanza ante la primera sospecha de ataque. Consiste, por tanto, en no ejercer nuestros derechos movidos por el miedo a lo desconocido o diferente.

En definitiva la tolerancia exige reflexionar con cierta dosis de paciencia y curiosidad antes de condenar la diferencia que perturba la tranquilidad de nuestra «madriguera» y exige también fomentarla como necesidad personal, social y política.

# **LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS Y LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE OMBUDSMAN Y COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS**

**José L. Gómez del Prado**

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas  
para los Derechos Humanos

Los mecanismos y procedimientos de protección de los derechos humanos del sistema de las Naciones Unidas, ya sean órganos establecidos por un Tratado internacional como el Comité de derechos económicos, sociales y culturales, ya sean procedimientos extraconvencionales como los Relatores Especiales de la ONU, comparten con las instituciones de Ombudsman y comisiones nacionales de derechos humanos un objetivo común: garantizar la igualdad ante la ley, el respeto y la protección de los derechos individuales, así como una reparación justa cuando ha habido violación de esos derechos.

El sistema internacional de promoción y protección de derechos humanos no ha sido creado para subsistir a los sistemas nacionales, sino para subsanar los vacíos existentes a nivel nacional. Corresponde a los Estados proteger y promover los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en sus respectivos ámbitos jurisdiccionales y resulta, pues, imprescindible que los Estados se doten de sistemas eficaces en materia de derechos humanos como son las instituciones de Ombudsman. Por su parte, el sistema universal establece las normas de protección que

los Estados miembros de las Naciones Unidas se han fijado como objetivo de común acuerdo. Los dos sistemas son, pues, complementarios.

Las Naciones Unidas, a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, han venido desarrollando un conjunto de normas que forman hoy la base del derecho internacional de los derechos humanos, cubriendo prácticamente todas las actividades del individuo. Seis son actualmente los principales Tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos: los dos Pactos Internacionales, la Convención contra la Tortura, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño.

Con muy raras excepciones todos los países miembros de la Federación Iberoamericana de Ombudsman han ratificado esos seis tratados. Como Estados partes, los Gobiernos de la Federación Iberoamericana tienen la obligación de presentar informes periódicos ante las Naciones Unidas sobre el grado de cumplimiento interno de las disposiciones convencionales. Dichos informes son evaluados por los órganos establecidos por esos Tratados.

En sus conclusiones finales y observaciones generales los órganos establecidos por los Tratados tratan de transmitir al Estado parte y a todos los demás Estados la experiencia adquirida hasta la fecha en el examen de los informes con el fin de promover la aplicación ulterior de las convenciones y cómo lograr de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos establecidos en cada uno de los Tratados. Estos mecanismos permiten también señalar a la atención de los Estados partes las deficiencias en la aplicación a nivel nacional de las obligaciones contraídas al ratificar las convenciones.

Tres de los seis tratados internacionales de derechos humanos permiten la queja de particulares contra los Estados ante sus respectivos órganos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial. Los comités establecidos por dichas convenciones emiten opiniones u observaciones en relación con las comunicaciones individuales que se presentan a nivel internacional sobre alegaciones de violaciones de los derechos contenidos en esos tratados.

Complementario al sistema internacional convencional, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU ha establecido procedimientos extraconvencionales que permiten investigar la situación de derechos humanos en determinados países o la investigación de fenómenos que producen

graves violaciones de los derechos humanos en todo el mundo. La mayor parte de las recomendaciones que hacen los distintos mandatarios de los procedimientos extraconvencionales de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos a la excepción de algunas que van dirigidas a la comunidad internacional, son directrices con miras a subsanar fallos y fortalecer medidas de protección a nivel interno.

A partir de 1993, en que la Asamblea General estableció la figura del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el sistema de promoción y protección de las Naciones Unidas cuenta con una institución fundamental para la promoción y protección universal de todos los derechos humanos. Las funciones del Alto Comisionado tienen como objetivo primordial prevenir violaciones de los derechos humanos en todo el mundo, así como coordinar las actividades de todo el sistema de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

En el transcurso de estos tres últimos años en los que estuvo al cargo de la institución, antes de su dimisión el pasado mes de marzo, el primer Alto Comisionado, señor José Ayala-Lasso, ha desarrollado actividades con miras a coordinar y reforzar todos los elementos del sistema internacional. En particular; el primer Alto Comisionado ha dado máxima prioridad a estrategias de prevención a nivel nacional, a través de las operaciones u oficinas en el terreno o el establecimiento de instituciones nacionales independientes, tendentes a proteger a los grupos más vulnerables.

Las principales operaciones u oficinas del Alto Comisionado en el terreno se han venido fortaleciendo en Camboya, Burundi, Ruanda, ex Yugoslavia y Zaire. La oficina más reciente acaba de instalarse en Santa Fe de Bogotá a primeros del mes en curso. Esta oficina, la primera en Latinoamérica, ha abierto nuevos campos y perspectivas en materia de derechos humanos. Sus principales funciones abarcan: *a)* proporcionar asistencia técnica y cooperación al Gobierno y otros organismos estatales; *b)* observar la situación de los derechos humanos en el país; *c)* recibir quejas y alegaciones sobre violaciones de derechos humanos y otros abusos, incluidas las infracciones a las normas humanitarias aplicables en los conflictos armados; *d)* realizar el seguimiento a tales quejas y alegaciones con las autoridades nacionales y los órganos internacionales de derechos humanos competentes en Ginebra; *e)* informar periódicamente al Alto Comisionado, quien someterá su informe a la Comisión de Derechos Humanos en un documento público.

En cuanto a la promoción de los derechos humanos más específicamente, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas viene

ejecutando, desde comienzos de los años ochenta, actividades de cooperación técnica y servicios de asesoramiento en países de Iberoamérica, entre los que figuran Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Paraguay y Uruguay. Dichas actividades tienen como objeto fortalecer las instituciones o infraestructuras nacionales, capacitar en materia de derechos humanos a profesionales, tales como funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, asistir en la difusión y la enseñanza de derechos humanos, así como en la preparación y presentación de informes nacionales en cumplimiento de las Convenciones de Naciones Unidas.

En lo que respecta a las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado continúa fomentando el establecimiento y reforzamiento de dichas instituciones de conformidad con los «Principios de París», adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1993. Dichos principios fijan las competencias y atribuciones, la composición y garantía de independencia y pluralismo, así como las modalidades de funcionamiento de las instituciones nacionales.

Asimismo, los Principios señalan que una institución deberá ser independiente y tener un mandato lo más amplio posible, claramente enunciado en un texto constitucional o legislativo, que establezca su composición y su ámbito de competencia; funcionar de manera regular y efectiva; ser pluralista y representativa en su composición; estar dotada de financiación adecuada y ser accesible al público.

La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 señaló la eficacia de las instituciones nacionales en lo que respecta a su capacidad para asesorar a las autoridades nacionales y en la reparación de las violaciones de los derechos humanos, la divulgación de información y la educación en materia de derechos humanos. Teniendo en cuenta el importante y constructivo papel que desempeñan las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos la Oficina del Alto Comisionado da particular prioridad a los pedidos de los Estados miembros que solicitan asesoramiento sobre: *a)* el establecimiento de nuevas instituciones nacionales; *b)* el fortalecimiento de instituciones existentes, y *c)* legislación concerniente a instituciones nacionales.

El sistema universal de protección y promoción de los derechos humanos interesa a los Ombudsmen en tres sentidos:

i) Velar porque las normas internacionales de derechos humanos aplicables en sus respectivos países sean una realidad, sirviendo de ejemplo para las modificaciones legales internas la jurisprudencia de los Tribunales, y especialmente, la práctica administrativa de sus países, cuya evolución

es seguida de cerca por los Ombudsman. En efecto, los Defensores del Pueblo u otras instituciones equivalentes juegan un importante papel como potenciadores de la modernización legislativa y administrativa de sus países. Para ello encontrarán una excelente inspiración en las normas internacionales de derechos humanos y en la práctica generada por los órganos de protección de las Naciones Unidas.

ii) Asesorar a las víctimas de violaciones de los derechos humanos cuando los recursos internos se hayan agotado sin haber satisfecho sus demandas, sobre los recursos internacionales disponibles.

iii) Guiar su propia actuación conforme a las normas internacionales y sus desarrollos jurisprudenciales, tal y como se recogen de la práctica de los órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas, tanto convencionales como extraconvencionales. En este sentido, son importantes las conclusiones finales y las observaciones generales que los distintos comités han emitido a la luz de los informes periódicos que presentan los Estados partes a las distintas convenciones de las Naciones Unidas, las opiniones y observaciones hechas por los distintos comités en relación con las comunicaciones individuales. Igualmente, las recomendaciones de los relatores de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, así como las actividades de las oficinas del Alto Comisionado en el terreno y los programas de promoción, constituyen un campo idóneo de colaboración para lograr los objetivos comunes en materia de derechos humanos que se han trazado, por una parte, a nivel nacional las instituciones de Ombudsman, individualmente o como aquí la Federación Iberoamericana de Ombudsman, y por otra parte a nivel internacional la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas/Centro de Derechos Humanos.