

# La época de los derechos\*

## The Rights Era

## A era dos direitos

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2012

Fecha de evaluación: 27 de junio de 2012

Fecha de aprobación: 19 de julio de 2012

JORGE ENRIQUE CARVAJAL\*\*

### RESUMEN

Desde la década de 1990, el derecho ha ganado protagonismo frente a las demandas sociales. Hoy en día diversos grupos sociales buscan lograr el cumplimiento de sus reivindicaciones por medio del derecho. Una parte de las razones de esta relación entre derecho y sociedad la encontramos en el posicionamiento del derecho internacional público y en el desarrollo del Estado constitucional en el contexto de la globalización. El presente texto explica las razones por las cuales el derecho logra protagonismos en la sociedad, partiendo del análisis de textos relacionados con el tema de reflexión.

**Palabras clave:** derecho y sociedad, derecho constitucional, derecho global.

---

\* El presente texto es un artículo de avance de investigación del proyecto "Los conflictos tramitados ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y sus efectos en los grupos sociales que acceden al sistema y en la política de Colombia, 1991-2010". El proyecto se encuentra inscrito al centro de investigaciones socio-jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, línea de investigación "Derecho para la Justicia, la Convivencia y la Inclusión Social", sublínea "Teoría del Derecho, la Justicia y la Política".

\*\* Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, tesis con mención de reconocimiento de la Universidad Externado de Colombia. Máster en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (IEPRI) de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Sociología Jurídica, Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Nacional. Licenciado en Ciencias Sociales de la Universidad Distrital.

---

## ABSTRACT

Since the 1990s, the law has gained prominence against social demands. Today social groups seek to achieve compliance with their demands through law. Part of the reason for this relationship between law and society is found in the position of public international law and constitutional state development in the context of globalization. This paper explains the reasons why the law does notoriety in society, based on the analysis of texts related to the theme of reflection.

**Keywords:** law and society, constitutional law, global.

## RESUMO:

Desde os anos 1990, o direito ganhou destaque contra a demandas sociais. Hoje os grupos sociais buscam alcançar a conformidade com as suas demandas por meio de lei. Parte da razão para essa relação entre direito e sociedade se encontra na posição de direito internacional público e desenvolvimento do Estado constitucional no contexto da globalização. Este artigo explica as razões por que a lei faz notoriedade na sociedade, com base na análise de textos relacionados ao tema de reflexão.

**Palavras-chave:** direito e da sociedade, direito constitucional, global.

## INTRODUCCIÓN

Existen varios factores que han incidido en el uso del derecho como acción política no recurrente por parte de los movimientos sociales. Dos de ellos son el posicionamiento del derecho internacional público en el contexto de la globalización y el desarrollo del Estado constitucional.

Hoy en día las instituciones del derecho internacional de los derechos humanos poseen un alto grado de incidencia en las decisiones y en el comportamiento de los Estados, y son referentes políticos de organizaciones no gubernamentales (ONG) y de movimientos sociales (Nickel, 2002). Los grupos sociales y las ONG diseñan, en sus planes de acción, las estrategias de litigio e incidencia internacional a partir de argumentos que sustraen de los tratados internacionales.

En consecuencia, las instancias del sistema internacional de los derechos humanos se han convertido en un escenario relevante en el ámbito político, jurídico y social. En el ámbito internacional

y regional se han creado importantes sistemas para el trámite de controversias, como lo son la Corte Penal Internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Es evidente que existe un mayor acceso a los órganos internacionales que funcionan como escenario de resolución de conflictos y de exigibilidad de derechos, en particular de las víctimas frente a los Estados.

Sin embargo, la anterior situación no es exclusiva del derecho internacional público; existe también un incremento en el posicionamiento del derecho internacional privado y en instancias de resolución de controversias internacionales que se encargan de resolver conflictos en el ámbito económico o de las inversiones. Se encuentra, por ejemplo, el sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), instancia donde se tramitan problemas relacionados con el comercio entre Estados; y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), órgano ante el cual se dilucidan los problemas surgidos entre inversionistas y

Estados receptores de la inversión. Así, a partir de esta situación se evidencia un desplazamiento a instancias internacionales respecto a la resolución de cierto tipo de conflictos.

Las reformas políticas en América Latina ocurridas desde mediados de la década de 1980, que dieron como origen la creación del Estado constitucional, significaron un giro en el papel del derecho. En adelante, la constitución y las declaraciones internacionales de derecho público tendrán un mayor peso jurídico, al igual que se contará con nuevas vías judiciales e institucionales para el cumplimiento de los derechos. En Latinoamérica, los procesos de constitucionalismo han incorporado los tratados internacionales de derechos humanos y han dado mayor reconocimiento a las nuevas instancias de protección, como son los tribunales regionales y mundiales. Este proceso ha generado transformaciones en el pensamiento jurídico y político, como también tensiones entre las lógicas nacionales e internacionales (Abramovich, 2012).

El paradigma de la dignidad y los derechos humanos se convertirá en un referente social relevante, pues a pesar de las reformas democráticas acaecidas en la región latinoamericana, aún existirá una deuda política proveniente de las dictaduras y un déficit de representatividad que afecta lo social y a los grupos identitarios. Finalmente se cuenta con altos niveles de discriminación, concentración de la riqueza, exclusión social y descrédito político, lo que obliga a que determinados conflictos sociales que se pudiesen tramitar por la vía política se tengan que hacer por la vía judicial (Pou, 2012, p. 238). En el caso de las instancias internacionales de controversias en derechos humanos, el acceso a instancias internacionales de resolución de conflictos se constituye como una herramienta que además de permitir a las víctimas la obtención de justicia, puede evidenciar y resolver problemas políticos o de deficiencia democrática (Böhmer, 2007).

Este texto plantea que nos encontramos en una época de los derechos que representa un nuevo paradigma político, social y jurídico. La tesis que se quiere exponer es que la época de los derechos ha logrado posicionarse gracias a las dinámicas y desarrollos del derecho internacional público y del Estado constitucional. De este modo se presenta una consideración que alude al siguiente cuestionamiento: ¿por qué el derecho internacional público y el Estado constitucional adquirieron protagonismo frente a la sociedad?

El presente documento inicia con una reflexión sobre la relación entre el derecho nacional y la manera en que el derecho global o internacional incide cada vez con mayor peso en las formas jurídicas estatales. Posteriormente expone las dinámicas entre el derecho de los tratados y el papel de la justicia internacional. Por último se caracteriza el modelo de Estado constitucional y su complementariedad con las lógicas de la justicia internacional.

## **LAS NUEVAS DINÁMICAS DEL DERECHO: ENTRE LO NACIONAL Y LO GLOBAL**

El Estado moderno se constituyó a partir de una serie de fundamentos que le dieron identidad y caracterizaron el accionar del poder. Los principios sobre los cuales se fundamentó el Estado contemplan aspectos como la soberanía, los derechos subjetivos, la democracia representativa y la división del poder.

El principio de soberanía consiste en que no se admite poder o injerencia alguna sobre las decisiones del Estado, las cuales se someten al principio de legalidad. El ser humano se erigió como sujeto de derechos y deberes, lo que se puede notar en el atributo de ciudadanía e igualdad, que en lo jurídico se manifestó en los llamados "derechos subjetivos públicos", los cuales le permitieron ser titular de derechos civiles y políticos. La democracia representativa se cimentó sobre la idea de que

el pueblo delega el poder por medio de la elección de sus representantes. Finalmente encontramos la división de funciones jurídico-formales en tres poderes u órganos: legislativo, ejecutivo y judicial (Capella, 1997, pp. 111-119).

El derecho moderno se fundamentaba en la idea de la creación de normas jurídicas, generales y abstractas, producidas por un órgano especializado: el legislativo. Desde esta perspectiva, la producción de la ley se encontraba bajo el monopolio exclusivo del Estado; en caso de incumplimiento o conflicto se recurría a un cuerpo especializado de magistrados y abogados, los cuales, a través de unas formalidades procesales, se encargarían de resolver el conflicto y de hacer cumplir las sanciones que el juez señalara, usando incluso la fuerza legítima. Esta concepción predominó desde el inicio del Estado moderno a finales del siglo XVIII, hasta las postrimerías del siglo XX, sustentándose en la teoría liberal clásica (Santos, 1998, p. 9).

En el Estado de derecho, la norma jurídica existe como creación del legislador elegido democráticamente; en la ley se establecen límites al poder y se garantizan los derechos a los ciudadanos. El sujeto es “sujeto de derecho” porque puede invocar la ley en su propio interés. El derecho determinaba el límite entre el poder público y la libertad de las personas. Los derechos eran la ley, y en caso de conflicto, las personas recurrían a los jueces del Estado, que eran los únicos encargados de su resolución (Zagrebel'sky, 1999, p. 48).

Hasta finales del siglo XX, el derecho estatal se constituyó como un sistema hegemónico, lo que legitimó el principio de soberanía y llevó a la idea del monismo jurídico. Los conflictos surgidos en el interior de los Estados se resolvían ante las instancias nacionales. Lo anterior se fundamenta en el principio de autodeterminación política y en la no injerencia de los asuntos internos por parte de otras naciones.

Otro era el campo del derecho internacional público. Este sistema tenía como protagonista al Estado a través de su cuerpo diplomático. En términos generales, el derecho internacional público hace parte de la rama del derecho público, cuyo objetivo es regular las relaciones entre los Estados y los sujetos de derecho internacional, tales como la Santa Sede o los movimientos insurrectos que logran el reconocimiento de beligerantes (Monroy, 2011, p. 3). El Estado, en tanto ente soberano y por medio de la manifestación de su voluntad, reconocía los tratados internacionales; con ello adquiría derechos y obligaciones y aceptaba ser parte de una organización internacional. Finalmente, en lo internacional el Estado puede ser víctima o ser acusado en relación con los tratados que haya celebrado.

El periodo de la globalización impactó en las lógicas hegemónicas del derecho internacional público que imperaron entre el siglo XIX y buena parte del siglo XX; particularmente impactó respecto al protagonismo de los Estados. Uno de los cambios más significativos es que los individuos pueden ser considerados como sujetos de derecho internacional. Esa situación logra nuevas dimensiones espaciales gracias al protagonismo que tienen otros actores, tales como las organizaciones no gubernamentales en materia de cabildeo internacional, los movimientos sociales que organizan sus acciones más allá de las fronteras nacionales y las alianzas entre abogados defensores de derechos humanos. Estos actores miran las Cortes internacionales como espacios para castigar las violaciones hechas por los Estados (Fraser, 2006, pp. 33-34). Por último, hoy en día se presenta una mayor dinámica de las organizaciones internacionales en la producción de convenios o tratados relacionados con la protección y promoción de los derechos humanos; de este modo, la agenda y el discurso de los derechos adquiere mayor relevancia.

Los efectos de la globalización en el derecho han sido de enorme importancia. En este nuevo esce-

nario se han generado cambios en la concepción y efectos de la cultura jurídica. Pongamos por caso la transformación del paradigma clásico del derecho propio del Estado moderno, el cual concebía lo jurídico como un conjunto de normas cuya producción emanaba única y exclusivamente del Estado, en tanto que la solución de conflictos surgía en las Cortes nacionales. Las dos últimas décadas del siglo XX significan un giro trascendental en la interpretación clásica de la cultura del derecho. El fenómeno de la globalización estimuló la idea de una diversidad de ordenamientos jurídicos tanto en el interior de los Estados como en el marco de las relaciones internacionales. Este pluralismo ha defendido la tesis de la coexistencia de ordenamientos legales tanto locales como transnacionales, que complementan y, en algunos casos, rivalizan con el ordenamiento jurídico estatal.

El discurso de los derechos humanos se introduce como paradigma que marca las relaciones entre los Estados y el ámbito nacional. Las instancias internacionales de resolución de conflictos de derechos humanos logran también una mayor incidencia. Las víctimas y las organizaciones no gubernamentales ven en las Cortes un espacio para lograr la justicia.

La aceptación, por parte de los Estados, de los distintos medios normativo-jurídicos e institucionales por fuera de los marcos nacionales produjo un giro sustancial en el entendimiento del derecho. Frente a esta nueva realidad, el ex juez Cançado Triado (2002), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, señala cómo ha evolucionado la jurisdicción internacional. En la actualidad no existe duda acerca del carácter obligatorio y permanente de la accesibilidad a estas instancias que debe tener cualquier persona que considere vulnerados sus derechos por parte del Estado al que pertenece. Esta situación se legitima gracias al desarrollo de los principios del derecho público internacional, específicamente el marco jurídico relacionado con el denominado “derecho de los

tratados” o “derecho de Viena”. El derecho de los tratados fortalece la justicia internacional, al darle a los fallos el elemento de obligatoriedad frente al Estado que ha suscrito el convenio. A continuación presentaremos los rasgos más relevantes de los principios de derecho internacional público.

## **EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y LA JUSTICIA INTERNACIONAL COMO PROTAGONISTAS EN LO NACIONAL**

Buena parte de las relaciones interestatales dan como resultado acuerdos, pactos, tratados o convenios. Estos documentos se convierten en el medio primordial mediante el cual establecen sus relaciones. La firma de tratados conlleva una serie de obligaciones jurídicas a nivel internacional; en otras palabras, la materialización del derecho internacional son los tratados públicos. En este escenario, los Estados expresan su voluntad frente a la comunidad internacional y, una vez ratificado el tratado, se adquieren obligaciones frente a las instancias internacionales. Con la globalización, los tratados internacionales adquieren cada vez más protagonismo y, por lo tanto, promueven procesos económicos (por ejemplo, los tratados de libre comercio, TLC). Igualmente fomentan el cuidado del medio ambiente y la política internacional y establecen posturas frente a diversos temas como la protección de los derechos humanos.

Como ya se mencionó, el resultado de los acuerdos entre los Estados son los tratados, manuscritos que reciben diferentes nombres: “convención”, “acuerdo”, “pacto”. Dentro de este contexto no solamente se trata el tema de la negociación, sino que se aborda el acuerdo de las voluntades entre sujetos de la comunidad internacional de Estados, con el objeto de crear, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos (Vásquez, 1981).

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han hecho un esfuerzo por liderar los procesos tendientes a la codificación

de los tratados (Reuter, 1999, p. 27). De ahí que la Convención de Viena “Derecho de los Tratados”, celebrada en 1969, sirva de ejemplo para mostrar los principios y procedimientos técnicos que deben tener los acuerdos entre Estados, de modo tal que adquieran un peso jurídico (Díaz, 1982). El artículo 2, literal a, señala :

Para los efectos de la presente Convención:

a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular (ONU, 1969, *El Derecho de los Tratados*).

En un tratado se señalan por escrito los derechos y las obligaciones para los firmantes; esto hace que sea también el instrumento que regule el comportamiento de los participantes de dicho tratado. Como lo indica la definición, no se contemplan los acuerdos entre Estados que se rijan por el derecho interno, ni los convenios entre Estados e individuos o sociedades privadas, ni cualquier acuerdo interestatal que no lo rija algún tipo de relación jurídica (Gaviria, 1998). En el caso colombiano se aprobó la Convención de Viena de 1969 mediante la Ley 32 de 1985, que depositó el instrumento de ratificación en marzo de 1986 e hizo reserva al artículo 25 de ella.

Así, pues, conviene subrayar algunos de los principios contenidos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que orientan y obligan a los Estados en esta materia: *Pacta sunt servanda*, *Res inter alios acta*, *Bona fide*, *Ex consensu advenit vinculum* e *Ius cogens*.

### Principio *Pacta sunt servanda*

El artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 establece: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. La buena fe es un principio que refleja la libre voluntad de los Estados frente a un acuerdo o

convenio pactado; además manifiesta que existe un consentimiento para adherirse a este acuerdo, que por lo general se da en términos escritos.

### Principio *Res inter alios acta*

Este principio decreta que los tratados solo crean obligaciones entre las partes, y sigue ciertos lineamientos que se establecieron en la Convención de Viena:

Los tratados y los terceros Estados.

34. Norma general concerniente a terceros Estados. Un tratado no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento.

35. Tratados en que se prevén obligaciones para terceros Estados. Una disposición de un tratado dará origen a una obligación para un tercer Estado si las partes en el tratado tienen la intención de que tal disposición sea el medio de crear la obligación y si el tercer Estado acepta expresamente por escrito esa obligación.

36. Tratados en que se prevén derechos para terceros Estados. 1. Una disposición de un tratado dará origen a un derecho para un tercer Estado si con ella las partes en el tratado tienen la intención de conferir ese derecho al tercer Estado o a un grupo de Estados al cual pertenezca, o bien a todos los Estados y si el tercer Estado asiente a ello. Su asentimiento se presumirá mientras no haya indicación en contrario, salvo que el tratado disponga otra cosa. 2. Un Estado que ejerza un derecho con arreglo al párrafo 1 deberá cumplir las condiciones que para su ejercicio estén prescritas en el tratado o se establezcan conforme a este.

37. Revocación o modificación de obligaciones o de derechos de terceros Estados. 1. Cuando de conformidad con el artículo 35 se haya originado una obligación para un tercer Estado, tal obligación no podrá ser revocada ni modificada sino con el consentimiento de las partes en el tratado y del tercer Estado, a menos que conste que habían convenido otra cosa al respecto. 2. Cuando de conformidad con el artículo 36 se haya



originado un derecho para un tercer Estado, tal derecho no podrá ser revocado ni modificado por las partes si consta que se tuvo la intención de que el derecho no fuera revocable ni modificable sin el consentimiento del tercer Estado.

38. Normas de un tratado que lleguen a ser obligatorias para terceros Estados en virtud de una costumbre internacional. Lo dispuesto en los artículos 34 a 37 no impedirá que una norma enunciada en un tratado llegue a ser obligatoria para un tercer Estado como norma consuetudinaria de derecho internacional reconocida como tal (ONU, 1969, *El Derecho de los Tratados*).

Tal y como se ha señalado, es necesaria la manifestación consentida de los Estados, pues los tratados conllevan un proceso de negociación en el cual se discuten los temas, los compromisos y las sanciones en caso de incumplimiento. Además de las discusiones desarrolladas entre los gobiernos, los Estados cuentan con procesos de discusión y ratificación que son propios del derecho interno. Estos procedimientos otorgan una validez jurídica al tratado; por tal motivo, un Estado que no hace parte de un convenio no genera obligación.

Sin embargo, este principio se considera relativo, ya que en algunas circunstancias se pueden generar derechos y obligaciones a Estados que no han hecho parte del acuerdo. Méndez Silva (1970) indica que hay excepciones al principio en los siguientes casos:

- a) Tratados que establecen vías generales de comunicación, como el Tratado de París, que abría el Danubio para todos los Estados.
- b) Tratados que codifican normas consuetudinarias de derecho internacional universal o que establecen normas de derecho internacional universal, como el Pacto Briand-Kellog de 1928.
- c) Tratados que establecen situaciones jurídicas objetivas, como los que establecen y definen un régimen

territorial. Aun cuando es un acuerdo entre las partes, los terceros Estados están obligados a respetar las demarcaciones establecidas.

- d) Tratados que producen efecto en relación a terceros, con base en la cláusula de la nación más favorecida pactada en un tratado anterior. Se utiliza para cuestiones económicas.
- e) Tratados que establecen un régimen de neutralidad perpetua.
- f) Cuando un Estado es creado a través de un tratado, dicho tratado no es parte contratante del régimen; sin embargo adquiere determinadas obligaciones. Para el autor, Kelsen pone un ejemplo: la creación del Estado libre de Danzig por el Tratado de Versalles.

### **Principio *Consensu advenit vinculum***

Este principio es absoluto. Significa que del consentimiento deviene la obligación, es decir, los Estados deben manifestar libremente el consentimiento para obligarse por un tratado; lo anterior, debido al resultado de la estructura de la sociedad internacional, principalmente formada por Estados considerados iguales. Al no haber un ente jurídico superior a ellos capaz de imponerles una determinada conducta, se supone que deben dar su consentimiento para que nazcan las obligaciones jurídicas de carácter contractual.

De este principio puede deducirse la capacidad que tienen todos los Estados para celebrar tratados, lo que es referido en el artículo 6 y 7 de la Convención de Viena.

Solamente a través del consentimiento los Estados se comprometen en obligaciones jurídicas contractuales. Por lo tanto, cada Estado debe exteriorizar su consentimiento mediante los órganos facultados para celebrar tratados en relación con la creación, modificación o extinción de obligaciones y derechos.

En la Convención de Viena de 1969 se especifican varios casos de invalidez de los tratados debido a vicios de consentimiento, a saber: el error (art. 48), el fraude (art. 49), la corrupción del representante de un Estado (art. 50), la coerción sobre el representante de un Estado (art. 51) y la coerción sobre un Estado mediante el uso o amenaza de la fuerza (art. 52).

A partir de la Convención de Viena, las Naciones Unidas se han pronunciado en aspectos relacionados con la obligación jurídica de los Estados. Por caso puede señalarse el Pacto Internacional de los Derechos Civiles, en donde el compromiso que adquiere el Estado es garantizar el respeto y el cumplimiento efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en tal pacto.

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece, en el artículo 2, el alcance de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Parte:

1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.

En la Observación General No. 31 del Comité del Pacto de Naciones Unidas se aclaran los alcances del artículo 2, párrafo 1 y 2, en relación con la

responsabilidad del cumplimiento por parte del Estado. En esta observación se afirma que todos los Estados tienen el deber de cumplir y garantizar, así como abstenerse de violar, los derechos consagrados en el pacto. Importa dejar sentado, además, que este pacto señala que los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, en sus diferentes ámbitos territoriales (nacional, regional o local), tienen la obligación de cumplir con lo señalado en el convenio.

Si bien el párrafo 2 del artículo 2 permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado.

Los Estados están obligados también a desarrollar unas estrategias amplias para implementar lo establecido en el pacto, lo que implica el desarrollo de políticas públicas, normas jurídicas y procesos de formación que creen el escenario para hacer efectivos los derechos consagrados en el pacto.

En el artículo 2 se dispone que los Estados Parte adoptarán las medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y demás medidas que sean apropiadas para cumplir con sus obligaciones jurídicas. Razón para que el Comité considere importante que se difunda el conocimiento que tengan del Pacto no solo los funcionarios públicos y los agentes estatales, sino también la población en general (ONU, Observación General No. 31, 2004, p. 4).

En caso de violación de los derechos consagrados en el pacto, los Estados están obligados a garantizar procesos de justicia, reparación y no repetición, por medio de acciones que sean eficaces.



Estas observaciones señaladas por el Comité de Pactos de los Derechos Civiles se adecúan a lo establecido en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de 1969, cuyos, artículos 1 y 2, señalan:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos. 1. Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, una persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

De lo anterior se desprende que respetar los derechos humanos conlleva la obligación de garantizar su pleno ejercicio y goce. Esto también implica que para asegurar el ejercicio de los derechos humanos, el Estado debe ordenar su aparato interno y así garantizar que los derechos contenidos en el pacto se ejerzan plenamente. La obligación de garantía incluye también otras obligaciones, como la prevención, investigación, sanción, restablecimiento de derechos conculcados y reparación del daño cometido.

Ahora bien, hoy en día los tratados internacionales no se quedan en el plano exclusivo del Estado, ni de sus funcionarios, ni de sus diplomáticos. En la práctica del derecho internacional contemporáneo, los movimientos sociales, las organizaciones no

gubernamentales y los grupos de víctimas invocan con más recurrencia los temas aprobados en los pactos y exigen su cumplimiento en el territorio nacional. Además, acceden con mayor frecuencia a instancias internacionales a través de dinámicas como el cabildeo o como víctimas. Finalmente, las diversas expresiones sociales abogan por profundizar o crear nuevos convenios internacionales que garanticen derechos y legitimen sus causas.

Por otro lado, la evolución de los temas tramitados en instancias internacionales de derecho público ha provocado un giro frente a aspectos como la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación. La violación flagrante de los derechos humanos y su protección se constituyen en temas que están por encima de la soberanía (Cortés, 2007, p. 136). Existe una cultura del incumplimiento de las normas jurídicas en la que no importa su valor o importancia. Quizás el Estado es el primer incumplidor frente a sus ciudadanos (García, 2011, p. 177). Cuando esto ocurre, la justicia internacional puede ser un elemento de disuasión frente al poder.

## LA JUSTICIA INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS

Con la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el papel del derecho internacional público se acentuó notablemente como consecuencia de los hechos ocurridos en esta confrontación bélica. El acontecimiento más relevante fue la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 24 de octubre de 1945, cuyos objetivos inaugurales fueron mantener la paz y la seguridad internacional, reafirmar el valor de los derechos fundamentales y fomentar las relaciones entre países. Sin embargo, la agenda de las Naciones Unidas cobija una amplia variedad de temas, tales como los derechos humanos, el refugio, el medio ambiente, el desarrollo sostenible, la promoción de la democracia, el género, la salud, la niñez, entre otros.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la ONU, fue el punto de partida del nuevo papel del derecho internacional. A partir de esta declaración, las Naciones Unidas y otras instancias de carácter multilateral desarrollaron convenciones, tratados y convenios, dando origen a un complejo sistema de derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos constituye hoy en día un sistema amplio y complejo de pactos, convenciones y acuerdos que complementan el texto de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; documento de las Naciones Unidas que marca un hito en la defensa de la dignidad del ser humano en el mundo. De este conjunto de normas se destacan el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (ONU, 1966), el Pacto de Derechos Económicos y Sociales (ONU, 1966), la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948), las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, la Convención sobre la Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial (1965), la Convención sobre la eliminación de todas Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención de los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

El papel de los espacios políticos de derecho internacional, como es el caso de la Organización de Naciones Unidas, frente al tratamiento de los conflictos ha cambiado, debido a que la ONU deja de ser un lugar de debate propio de la diplomacia internacional, para convertirse en un espacio político en el cual se discuten conflictos sociales relacionados con problemas de reconocimiento –como los problemas de género, etnia o migraciones–, con temas de redistribución –como los estándares laborales– y con temas de causa –como el medio ambiente–. En este escenario de la ONU, el papel

de los movimientos sociales y de las ONG ha sido fundamental (Rajagopal, 2005).

A partir de la década del noventa, la agenda de los derechos humanos comenzó a tener mayor incidencia en el ámbito nacional e internacional. Con la finalización de la Guerra Fría y con la globalización surgen los derechos como elementos prioritarios en la agenda política y social. En el escenario de las relaciones entre Estados se inició un creciente protagonismo de las organizaciones internacionales, los tratados, las resoluciones, los protocolos, los convenios y demás documentos que emanen de las instancias de derecho internacional, convirtiéndose en referentes importantes en el accionar político, jurídico y social en el interior de los Estados.

Los Estados ratificaron numerosos tratados internacionales que incorporaron en su legislación interior, y se presentó una revalorización de los organismos de carácter internacional dedicados a la aplicación del derecho internacional. Por tanto, las cortes internacionales de derechos humanos comenzaron a tener un mayor papel protagónico a nivel global.

En la actualidad no existe duda acerca del carácter obligatorio y permanente de la accesibilidad a estas instancias que debe tener cualquier persona que considere vulnerados sus derechos por parte del Estado al que pertenece. En el plano internacional es evidente la existencia de diversas instituciones, como lo señala Cançado (2002):

Todos los Estados Miembros del Consejo de Europa son hoy parte en la Convención Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos, a la cual tienen acceso directo los individuos. Cuenta con jurisdicción obligatoria y automática vis-à-vis todos los Estados Partes.

Del mismo modo, el Tribunal de Luxemburgo tiene jurisdicción obligatoria en relación con todos los Estados Miembros de la Unión Europea (UE). Todos los

Estados Miembros de la Organización de la Unidad Africana (OUA) son hoy parte en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y han decidido (mediante la adopción del Protocolo de Burkina Faso de 1998) establecer una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; y el 1 de julio de este año, el Estatuto de Roma de 1998 sobre el establecimiento del Tribunal Penal Internacional entró en vigor, estableciendo una jurisdicción penal internacional permanente, obligatoria para todos los Estados Partes.

Todos estos ejemplos apuntan inequívocamente en la misma dirección: la jurisdiccionalización de los mecanismos internacionales de protección de los derechos de la persona humana, así como la centralidad de estos últimos en el derecho internacional de este inicio del siglo XXI. Tales desarrollos han sido posibles gracias, en última instancia, al grado más elevado de evolución que ha alcanzado la conciencia humana en nuestros tiempos (p. 67).

Sin embargo, el sistema internacional no es homogéneo. Existen instituciones de carácter mundial y otras de carácter regional con diferentes grados de desarrollo. Por ejemplo, la Convención Europea y la Convención Americana de Derechos Humanos cuentan con mecanismos de acceso e instituciones que garantizan el cumplimiento de las convenciones. Pero no ocurre lo mismo con el sistema africano y tampoco existe un sistema regional en Asia ni en el Medio Oriente (Nickel, 2002, p. 358).

Los tratados internacionales de derechos humanos son fuente de estos compromisos, y sus principios orientan el cumplimiento de lo suscrito por los Estados. Con la globalización, el derecho internacional público se ha posicionado en la esfera de lo político, lo social y lo jurídico, al igual que ha impulsado al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, cuyo objetivo es garantizar la protección de las personas de posibles abusos de los Estados:

El discurso de los derechos humanos ha conseguido un estatus político y moral sin paralelo en todo el mundo. Y todavía más importante, el discurso de los derechos humanos se ha convertido en el lenguaje de la política progresista en el Tercer Mundo, remplazando las viejas estrategias de izquierdas de la revolución y el socialismo (Rajagopal, 2005, p. 200).

## EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LAS NUEVAS ESFERAS DEL DERECHO

Otro elemento importante en el contexto mundial que surgió como consecuencia del fin de la Segunda Guerra Mundial fue la implementación, en los países europeos, del Estado constitucional. Este modelo estatal tendrá una unión indisoluble con las lógicas del derecho internacional público, con la democracia liberal y con la forma como los Estados se relacionan con sus gobernados, ya que vincula a este modelo de Estado con la ejecución de las Declaraciones de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de otras instancias internacionales.

El Estado constitucional es una organización político-jurídica que se caracterizará por la convergencia de diversos valores y cuya orientación principal será la dignidad humana y el respeto por los derechos humanos. Las reformas constitucionales presentadas durante la segunda posguerra estarán enmarcadas en los derechos fundamentales como orientación jurídico-política de los Estados:

La ocasión para dar a los derechos un fundamento más sólido que el proporcionado por la ley estatal surgió con la reacción que se produjo, al término de la Segunda Guerra Mundial, en aquellos Estados que se vieron en la necesidad de refundar las instituciones constitucionales después del totalitarismo fascista y nacionalsocialista (Zagrebelsky, 1999, p. 65).

El Estado constitucional es un modelo que además de incorporar los derechos fundamentales, se refirma en otros principios jurídicos, políticos y

sociales. Según Häberle (2001), los elementos que están presentes en este Estado son:

La dignidad humana como premisa [...]; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios los fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes [...]; los principios del Estado de derecho y el Estado social [...]; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo (pp. 2-3).

Buena parte de la transformación de los países de Europa en Estados constitucionales estuvo promovida por la agenda de los derechos humanos de las Naciones Unidas. Sin embargo, esta situación no fue mundial. Existieron otras tensiones que se enmarcaron en el contexto de la Guerra Fría y de los procesos de descolonización. Así pues, buena parte de los países de África, Asia y América Latina se vieron envueltos en estos conflictos promovidos por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y por los Estados Unidos, cuya disputa buscaba imponer un modelo ideológico, político, económico y social de alguna de las dos potencias.

Mientras que en Europa se implementaba el Estado constitucional, en África y Asia se dieron importantes luchas en los procesos de descolonización. Estos continentes fueron sometidos por los imperios coloniales de Europa, los cuales asumieron una lucha nacionalista frente a las colonias. Es el caso de China, Turquía e Irán:

China, Persia, los Turcos, y algún otro país como Egipto, especialmente, sí se habían constituido en torno a un importante *Staatsvolk* o “pueblo estatal”, como los chinos Han o los creyentes

del islam chiíta, convertido virtualmente en la religión nacional del Irán. En estos países, el sentimiento popular contra los extranjeros era fácilmente politizable. No es fruto de la casualidad que China, Turquía e Irán hayan sido el escenario de importantes revoluciones autóctonas. Sin embargo eran casos excepcionales. Las más de las veces, el concepto de entidad política territorial permanente, con unas fronteras fijas que la separaban de otras entidades del mismo tipo, y sometida a una autoridad permanente, esto es, la ideal de un estado soberano independiente, cuya existencia nosotros damos por sentada, no tenía significado alguno, al menos (incluso en zonas de agricultura permanente y sedentaria) en niveles superiores al de la aldea (Hobsbawm, 2006, p. 211).

Ahora bien, en medio de este proceso de descolonización en África y Asia y del desarrollo e implementación del Estado constitucional, el discurso de los derechos humanos planteó una preocupación constante por lograr una efectiva protección y aplicación de los derechos fundamentales: era necesario dotar a este modelo de Estado constitucional de las herramientas necesarias para que sus propósitos se cumplieran. En particular era importante fortalecer un sistema de garantía que respondiera a la definición de los derechos humanos.

En América Latina, entre 1980 y 1990 se presentaron diecisiete reformas constitucionales<sup>1</sup>. La mayoría de ellas fueron producto de la transición hacia la democracia o con miras a su fortalecimiento. Las nuevas constituciones incorporaron al derecho interno la normatividad internacional de los derechos humanos y consagraron nuevas titularidades e instituciones para la protección y cumplimiento de esos derechos. En adelante, el derecho cons-

<sup>1</sup> Entre 1980 y 1995 once países latinoamericanos adoptaron nuevas constituciones: Chile (1980), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Panamá (1994), Argentina (1994) y Nicaragua (1995). Adicionalmente, en Venezuela, México, Ecuador, Costa Rica, Bolivia y Uruguay se presentaron importantes reformas constitucionales.

titucional adquirió una mayor relevancia en los ámbitos jurídicos, académicos y sociales.

El Estado constitucional trajo consigo varios cambios en el modelo social, político y jurídico. Buenos ejemplos son la reafirmación de las libertades y las garantías individuales, la protección enfática hacia el pluralismo y las minorías, la ampliación de los mecanismos de participación política, la profundización en la democracia deliberativa y la reforma del sistema político. Añádase a esto que las nuevas cartas políticas incluyeron una amplia gama de derechos sociales, económicos y culturales. Finalmente se crearon las acciones jurídicas y las instituciones para la exigibilidad de los derechos, lo que abrió paso a una mayor interpretación de la Constitución por parte de los jueces.

Uno de los cambios más importantes del Estado constitucional fue el fortalecimiento o la creación de los tribunales constitucionales. Esta instancia tendrá la obligación de velar por la Carta Política y orientar a los demás poderes para que respeten los valores allí señalados. Los tribunales constitucionales tienen el control jurídico de la Constitución, es decir, son los responsables de cuidar e interpretar los valores en ella señalados. Vale indicar que los ciudadanos pueden acudir a los jueces para la defensa de los derechos consagrados en la Constitución (Cruz, 2009, p. 23).

Con los tribunales constitucionales se abrió la posibilidad de que la sociedad promoviera procesos de exigibilidad frente a los derechos consagrados en la Carta política y, por consiguiente, que los jueces constitucionales interpretaran y se pronunciaran sobre el significado de los derechos allí establecidos. En algunos casos, los pronunciamientos jurídicos han tenido repercusiones importantes en la economía, produciéndose una frontera difusa entre el derecho, la política y la economía. De esta manera se presenta un protagonismo de los jueces, lo que puede crecer como consecuencia

del descrédito del poder legislativo y ejecutivo (García y Uprimny, 2004).

Este modelo constitucional se articula perfectamente con las dinámicas explicadas del derecho internacional público y los tribunales internacionales. Las transformaciones del derecho posibilitan un cambio de percepción de la sociedad frente al derecho.

## CONCLUSIÓN

Con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial y con el propósito de prevenir la aparición de regímenes totalitarios similares al nazismo y al fascismo, se promovió el desarrollo del Estado constitucional. Este nuevo modelo buscaba reforzar los límites del poder estatal, por lo que se realizó un especial énfasis en el valor de las cartas constitucionales; de ahí que se promovieran como verdaderas guías de la sociedad y de la política. También se creó el sistema de Naciones Unidas, en virtud del cual se impulsaron los tratados internacionales, que pretendieron ser la expresión de un propósito común de respeto y cumplimiento de los derechos individuales y de los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales fueron ratificados por la mayoría de los Estados.

Finalmente, las constituciones establecieron un importante sistema de garantías que configurarían las herramientas a través de las cuales los individuos podrían hacer respetar sus derechos, armonizar la sociedad y evitar el exceso de poder. A finales del siglo XX, el constitucionalismo recogió esta tendencia de derechos y libertades junto a las necesidades materiales, incorporando en las constituciones un amplio catálogo de derechos y garantías de tipo individual, social, económico y cultural. Por otra parte, los tratados internacionales suscritos por los Estados fueron integrados en los ordenamientos jurídicos internos.

Los movimientos sociales se inspiraron en estos procesos y construyeron un discurso ligado a las



nuevas formas de participación ciudadana, es decir, una nueva lectura de los derechos como reivindicaciones sociales, culturales y de identidad. Estos movimientos estuvieron cargados de un fuerte optimismo frente a los mecanismos de exigibilidad jurídica, lo que se vio reforzado por un sector intelectual que veía en el nuevo constitucional un potencial emancipador.

A partir de los años noventa, el constitucionalismo latinoamericano propició la idea sobre un posible cambio social a través del derecho. Esta percepción se acompañó de una sobrevaloración de las nuevas instituciones, en particular de aquellas que representaban un giro en la administración de la justicia, como los tribunales internacionales, las defensorías del pueblo y el derecho internacional de los derechos humanos. Esta corriente generó un discurso que promovía el respeto y el cumplimiento de los derechos humanos. Por su parte, los Estados, a través de la firma de los tratados sobre derechos humanos, aceptaban la obligación de hacer compatible el derecho interno con el derecho internacional.

## REFERENCIAS

- Abramovich, V. (2012). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales. En C. Rodríguez. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (211-230). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Böhmer, M. (2007). *Préstamos y adquisiciones. La utilización del derecho extranjero como estrategia de creación de autoridad democrática y constitucional*. Recuperado de [http://www.law.yale/documents/pdf/sela/MartinBohemr\\_spanish.pdf](http://www.law.yale/documents/pdf/sela/MartinBohemr_spanish.pdf)
- Cançado, A. (2002). El derecho de acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. *Revista IIDH*.
- Capella, J. (1997). *Fruta prohibida*. Valladolid: Trotta.
- Cortés, F. (2007). ¿Hay un conflicto insuperable entre la soberanía de los Estados y la protección de los derechos humanos? En C. Francisco y G. Miguel. *Justicia global, derechos humanos y responsabilidad* (135-161). Bogotá: Siglo del Hombre.
- Cruz, L. (2009). La Constitución como orden de valores. Reflexiones en torno al neoconstitucionalismo. *Dikaion*, 11-31.
- Díaz, R. (1982). La Convención de Viena sobre el derecho a los tratados y los procedimientos de formación de diversas categorías de normas. Santiago de Chile: Sociedad Chilena de Derecho Internacional.
- Fraser, N. (2006). Reinventando la justicia en un mundo globalizado. *New Left Review*, 31-50.
- García, M. (2011). Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de las normas en América Latina. En C. Rodríguez. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (161-184). Buenos Aires: Siglo XXI.
- García, M. y Uprimny, R. (2004). Corte constitucional y emancipación social en Colombia. En G. Mauricio y B. Santos. *Emancipación social y violencia en Colombia* (463-513). Bogotá: Norma.
- Gaviria, L. (1998). *Derecho internacional público*. Bogotá: Temis.
- Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hobsbawm, E. (2006). *Historia del siglo XX*. Buenos Aires, Argentina: Crítica.
- Méndez Silva. (1970). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 7, 93-108.
- Monroy, M. (2011). *Derecho internacional público* (6ª. ed.). Bogotá: Temis.



Nickel, J. (2002). Is today's international human rights system a global governance regime? *The Journal of Ethics*, 353-371.

Organización de Naciones Unidas. (1969). *El derecho de los tratados ONU. Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados*.

Organización de Naciones Unidas. (2004). Observación General No. 31. Nueva York: Comité de los Derechos Humanos.

Organización de Naciones Unidas. (2010). *Pacto de los derechos civiles y políticos*. Recuperado de <http://un.org/es/aboutun/PACTO>

Pou, F. (2012). Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización el activismo. En C. Rodríguez.

*El derecho en América Latina* (231-250). Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI.

Rajagopal, B. (2005). *El derecho internacional desde abajo. El desarrollo, los movimientos sociales y la resistencia del tercer mundo*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Reuter, P. (1999). *Introducción al derecho de los tratados*. México: Fondo de Cultura Económica.

Santos, B. (1998). *La globalización del derecho*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA).

Vásquez, M. (1981). *Derecho internacional público*. México: Porrúa.

Zagrebelky, G. (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Valladolid: Trotta.