

Capítulo 11

Libertad de asociación y libertad sindical

11.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 20

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas.
2. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.
2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

3. Ninguna disposición de este artículo autoriza a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación, a adoptar medidas legislativas que puedan menoscabar las garantías previstas en él ni a aplicar la ley de tal manera que pueda menoscabar esas garantías.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Artículo XXII. Derecho de asociación

Toda persona tiene el derecho de asociarse con otras para promover, ejercer y proteger sus intereses legítimos de orden político, económico, religioso, social, cultural, profesional, sindical o de cualquier otro orden.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 16. Libertad de asociación

1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole.

2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.

3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.

11.2 Normativa complementaria

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)

Artículo 8

1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:

a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. No podrán imponerse otras restricciones al ejercicio de este derecho que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

2. El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

3. Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación

Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.

Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción.

2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 5

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 15

1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.

2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 26¹

1. Los Estados Partes reconocerán el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a:

a) Participar en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

b) Afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente;

c) Solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas.

2. El ejercicio de tales derechos sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

Artículo 40²

1. Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomen-

¹ Está incluido en la Parte III, relativa a los derechos humanos de todos los trabajadores migratorios.

² Está incluido en la Parte IV, aplicable a los trabajadores migratorios que estén documentados o se encuentren en situación regular.

to y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole.

2. No podrán imponerse restricciones al ejercicio de ese derecho, salvo las que prescriba la ley y resulten necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás.

*Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos,
los grupos y las instituciones de promover y proteger los
derechos humanos y las libertades fundamentales
universalmente reconocidos*

Artículo 5

A fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, en el plano nacional e internacional:

- a) A reunirse o manifestarse pacíficamente;
- b) A formar organizaciones, asociaciones o grupos no gubernamentales, y a afiliarse a ellos o a participar en ellos;

Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Artículo 45

Los Estados miembros, convencidos de que el hombre sólo puede alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz, convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la aplicación de los siguientes principios y mecanismos:

(...)

- c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga

por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva;

(...)

g) El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo;

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Artículo 26. Los trabajadores y empleadores sin distinción de sexo, raza, credo o ideas políticas, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa de sus respectivos intereses, formando asociaciones profesionales o sindicatos, que, a su vez, puedan federarse entre sí. Estas organizaciones tienen derecho a gozar de personería jurídica y a ser debidamente protegidas en el ejercicio de sus derechos. Su suspensión o disolución no puede imponerse sino en virtud de procedimiento judicial adecuado.

Las condiciones de fondo y de forma que se exijan para la constitución y funcionamiento de las organizaciones profesionales y sindicales no deben coartar la libertad de asociación.

La formación, funcionamiento y disolución de federaciones y confederaciones estarán sujetos a las mismas formalidades prescritas para los sindicatos.

Los miembros de las directivas sindicales, en el número que fije la respectiva ley, y durante el periodo de su elección y mandato, no podrán ser despedidos, trasladados de empleo, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, sino por justa causa, calificada previamente por la autoridad competente.

Artículo 27. Los trabajadores tienen derecho a la huelga. La Ley regula este derecho en cuanto a sus condiciones y ejercicio.

Carta Democrática Americana

Preámbulo

Reconociendo que el derecho de los trabajadores de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses es fundamental para la plena realización de los ideales democráticos;

Protocolo de San Salvador

Artículo 8. Derechos Sindicales

1. Los Estados partes garantizarán:

a. el derecho de los trabajadores a organizar sindicatos y a afiliarse al de su elección, para la protección y promoción de sus intereses. Como proyección de este derecho, los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales y asociarse a las ya existentes, así como formar organizaciones sindicales internacionales y asociarse a la de su elección. Los Estados partes también permitirán que los sindicatos, federaciones y confederaciones funcionen libremente;

b. el derecho a la huelga.

2. El ejercicio de los derechos enunciados precedentemente sólo puede estar sujeto a las limitaciones y restricciones previstas por la ley, siempre que éstos sean propios a una sociedad democrática, necesarios para salvaguardar el orden público, para proteger la salud o la moral públicas, así como los derechos y las libertades de los demás. Los miembros de las fuerzas armadas y de policía, al igual que los de otros servicios públicos esenciales, estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que imponga la ley.

3. Nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.

11.3 Consideraciones generales

La normativa internacional sobre la libertad de asociación ocupa un lugar especial en el derecho internacional de los derechos huma-

nos (DIDH), como evidencia su consagración como norma constitucional de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),³ así como su incorporación en la Carta Americana anterior a las Declaraciones Americana y Universal. Esto se debe, en parte, a la antigüedad del derecho internacional de trabajo, que tiene raíces en el siglo XIX, y puede considerarse como uno de los precursores del DIDH.⁴ La libertad de asociación es piedra angular del derecho internacional de trabajo. El primer Convenio Internacional de Trabajo dedicado a la libertad de asociación fue el 11, adoptado en 1921; el Convenio más relevante hoy en día es el 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, adoptado en 1948.⁵

Los instrumentos sobre derechos humanos reconocen la libertad de asociación en forma más amplia, extendiéndola a asociaciones de cualquier índole. La importancia de la libertad de asociación guarda relación con el carácter social del ser humano quien, como señala la Declaración Universal de Derechos Humanos, “sólo en ella [la comunidad] puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” (art. 29 a). Inversamente, la asociación de un individuo con otros fortalece la sociedad y potencia su desarrollo. Como lo expresa la Carta de la OEA, “El reconocimiento de la importancia de la contribución de las organizaciones, tales como los sindicatos, las cooperativas y asociaciones culturales, profesionales, de negocios, vecinales y comunales, a la vida de la sociedad y al proceso de desarrollo” (art. 45 g).

³ Artículo 427 del Tratado de Versalles, que establece la Sociedad de Naciones y la Organización Internacional de Trabajo (OIT). Citado en OIT, *Libertad de asociación y negociación colectiva*, 1994, párr. 5.

⁴ El primer convenio en la materia, relativo a la edad mínima para trabajo en minas, fue adoptado por la conferencia internacional de Berlín en 1890.

⁵ Otros convenios complementarios y más recientes incluyen el Convenio 98, sobre el derecho de sindicación, el 110 sobre las condiciones de trabajo de trabajadores en plantaciones, el 141 sobre Organizaciones de Trabajadores Rurales, y el 151 sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública.

Ni el Comité de Derechos Humanos ni el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales han adoptado una observación general sobre la libertad de asociación. El Comité de Derechos Humanos y los órganos del sistema interamericano han elaborado una jurisprudencia sobre la libertad de asociación. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia de los órganos competentes de la OIT, en particular el Comité de Libertad Sindical, es mucho más completa.⁶ Este último es un órgano especializado cuya competencia se extiende a todos los Estados miembros de la OIT, establecido en 1951 para conocer denuncias de violaciones de la libertad sindical, como principio reconocido por la constitución de la OIT. Si bien esta jurisprudencia se refiere a la libertad sindical en concreto, en ausencia de un motivo preciso para darle una aplicación limitada, cabe presumir que es aplicable a la libertad de asociación en general. Como señala una recopilación doctrinal publicada por la OIT, esta jurisprudencia bien puede considerarse un derecho consuetudinario en la materia, que trasciende los límites de los instrumentos pertinentes.⁷ Al seleccionar la doctrina presentada en este capítulo se ha puesto énfasis en la parte que parece aplicable a la libertad de asociación en general, más que a la que se refiere a problemas propios de la libertad sindical.

Un aspecto de la libertad de asociación, el derecho a formar partidos y organizaciones políticas, es abordado en el Capítulo 12 dedicado a los derechos políticos. Los derechos colectivos de las comunidades indígenas y minorías étnicas, religiosas y lingüísticas se presentan en el Capítulo 14.

⁶ El Comité de Expertos sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, establecido en 1927, tiene competencia para supervisar la puesta en práctica de todos los convenios, entre ellos, los relativos a la libertad sindical. Los informes de las comisiones de investigación y conciliación establecidas por el Consejo de la OIT para situaciones de especial gravedad son otra fuente. En 1975 se publicó un informe sobre Chile.

⁷ OIT, *Libertad de asociación y negociación colectiva*, 1994, párr. 19, citando una declaración hecha por el presidente del Comité de Libertad Sindical en 1953.

11.4 El derecho a formar asociaciones y sindicatos

i) Consideraciones generales

El artículo 22.1 del PIDCP reconoce el derecho de toda persona a “asociarse libremente con otros”, y agrega que este derecho incluye “(...) el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos (...)”. Parece útil analizar en forma independiente estas dos dimensiones del derecho a asociarse, a saber: el derecho colectivo a formar asociaciones y el derecho individual a afiliarse a las ya existentes. El primer tema, objeto de la presente sección, trata de los requisitos y trámites relativos a la formación de una asociación; el tema de la afiliación del individuo, presentado en la sección 11.5, se refiere a las represalias dirigidas contra las personas en razón de sus afiliaciones.

El PIDCP y la Convención Americana contienen disposiciones relativas a las restricciones a la libertad de asociación similares a las que se aplican a otras libertades públicas. Esas normas, plasmadas en el artículo 22.2 del PIDCP y 16.2 de la Convención, enumeran taxativamente los bienes jurídicos que pueden eventualmente justificar la restricción de este derecho, en tanto se cumpla con los principios de legalidad y necesidad. Los bienes jurídicos protegidos son idénticos en ambos instrumentos: la seguridad nacional, la seguridad y el orden público, la salud y la moral públicas, y los derechos y libertades de los demás. Tanto el PIDCP como la Convención Americana vinculan expresamente el requisito de necesidad a las exigencias de una sociedad democrática. El derecho a establecer sindicatos está sujeto a una restricción adicional: no se consideran sujetos de este derecho los miembros de las fuerzas armadas y la policía.

Las disposiciones del Convenio 87 sobre el derecho a formar asociaciones y las eventuales restricciones al mismo son distintas a las contenidas en el artículo 22 del PIDCP y en el artículo 16 de la Convención Americana. El artículo 2 del Convenio reconoce este derecho en términos muy amplios al disponer que “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen conve-

nientes (...). Las restricciones son reguladas por el artículo 9 que dispone que el Convenio no es aplicable a miembros de las fuerzas armadas y de la policía, y por el artículo 7 según el cual “La adquisición de la personalidad jurídica (...) no puede estar sujeta a condiciones cuya naturaleza limite la aplicación de las disposiciones de los artículos 2, 3 y 4 de este Convenio.”

El derecho de los trabajadores y los empleadores a constituir organizaciones sin autorización previa de las autoridades se considera como norma consuetudinaria vinculante para todos los Estados miembros de la OIT, incluso para los Estados que no han ratificado el Convenio 87.⁸ No obstante, en ausencia de jurisprudencia de otros sistemas de protección sobre la aplicabilidad de esta garantía a organizaciones de otra índole, cabría presumir que se limita al tipo de organizaciones protegidas por el Convenio, o sea, a los sindicatos y asociaciones patronales. No obstante, con la excepción de la doctrina sobre el derecho a formar organizaciones sin autorización expresa de las autoridades, la demás doctrina de la OIT al respeto está tan vinculada a la esencia misma de este derecho, que se puede considerar aplicable al derecho de asociación en general.

ii) La doctrina de la OIT aplicable a la libertad de asociación

Según la doctrina del Comité de Libertad Sindical, los Estados pueden “fijar en su legislación las formalidades que les parezcan propias para asegurar el funcionamiento normal de las organizaciones profesionales.”⁹ Por tanto, “las formalidades prescritas en las reglamentaciones nacionales acerca de la constitución y del funcionamiento de las organizaciones (...) no son, de por sí, incompatibles con la libertad de asociación”.¹⁰ No obstante, “estas formalidades no deben, por su naturaleza, poner trabas a la libre creación de las

⁸ OIT, Convenio 87 sobre la libertad sindical, párrs. 1, 5, 10.

⁹ *Ibid.*, párr. 247.

¹⁰ *Ibid.*

organizaciones.”¹¹ El requisito de un número mínimo de miembros para el reconocimiento de una asociación constituye un ejemplo de una norma que puede vulnerar la libertad de asociación, dependiendo de la naturaleza de la asociación y del número de miembros requerido.¹²

El requisito de registro para las asociaciones no es forzosamente incompatible con la libertad de asociación, siempre que éste sea una formalidad y los requisitos pertinentes “no s[ea]n de tal naturaleza que pongan en peligro” el ejercicio de la libertad de formar asociaciones.¹³ Los procedimientos largos y complicados, y la discrecionalidad excesiva de las autoridades administrativas competentes debido a la ausencia de criterios legislativos claros y precisos, son factores que pueden convertir el requisito de registro en un obstáculo al libre ejercicio de la libertad de asociación.¹⁴ La legislación debe reconocer el derecho de recurrir a los tribunales de justicia contra una decisión administrativa que deniega la inscripción de una asociación, con suspensión de los efectos de la decisión administrativa hasta la decisión del foro judicial.¹⁵

iii) La jurisprudencia universal sobre el derecho a formar asociaciones

La libertad de asociación protege el derecho a formar asociaciones y organizaciones sin fines de lucro, pero no el derecho a formar sociedades con fines de lucro, según se desprende de una decisión del Comité de Derechos Humanos. En el caso de M.G.B. y otro contra Trinidad y Tobago, las autoridades se negaron a registrar a una sociedad dedicada a la defensa de los derechos humanos y a la pres-

¹¹ *Ibíd.*, párr. 248.

¹² *Ibíd.*, párrs. 254-258.

¹³ *Ibíd.*, párr. 259.

¹⁴ *Ibíd.*, párrs. 260 y 266.

¹⁵ *Ibíd.*, párrs. 264-265.

tación de asistencia jurídica, aduciendo que sus miembros no reunían los requisitos profesionales necesarios.¹⁶ El Comité, tras confirmar que la sociedad pretendía obrar con fines de lucro, concluyó que los presuntos hechos no constituían violación alguna del PIDCP.¹⁷

En sus observaciones finales sobre los informes de algunos Estados Partes en el PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado preocupación por los requisitos establecidos por algunas legislaciones que obstaculizan la creación y el funcionamiento de organizaciones no gubernamentales. Por ejemplo, en el año 2001 el Comité comentó que “El requisito legal de registro, previo cumplimiento de ciertas condiciones, establecido por el artículo 26 de la Constitución (...) constituye en la práctica una restricción de las actividades de las organizaciones no gubernamentales”, y recomendó a las autoridades “adoptar las medidas necesarias para permitir a las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos funcionar de manera eficaz.”¹⁸

iv) La jurisprudencia interamericana sobre el derecho a formar asociaciones

La jurisprudencia del sistema interamericano sobre el derecho a formar asociaciones es escueta. No obstante, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) declaró en un informe que la libertad de asociación “ha sido seriamente limitada por el artículo 236 bis del Código Penal (...) que exige autorización del gobierno para formar un grupo de más de 20 personas que pretenda reunirse

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso M.G.B. y otro contra Trinidad y Tobago, párr. 2.1 (1989).

¹⁷ *Ibid.*, párrs. 4.2 y 6.2.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Informe A/56/40 vol. I, párr. 22 (Uzbekistán). Véanse también A/52/40, párr. 357 (Libano, sobre las asociaciones en general) y A/57/40, párrs. 13 y 16 (Moldova, sobre organizaciones religiosas y políticas, haciendo referencia a los artículos 18 y 25).

regularmente para fines religiosos, literarios, políticos o de otra índole.¹⁹ En otro Informe la CIDH critica el no reconocimiento de la personalidad jurídica a una asociación.²⁰ Ambos pronunciamientos sugieren una interpretación de este derecho similar a la consagrada por la doctrina de la OIT. Una decisión reciente de la CIDH expresa que al emplear fuerza excesiva para poner fin a la ocupación de una finca “las fuerzas policiales no actuaron con objetividad como agentes de seguridad pública (...) sino que actuaron de modo de alcanzar el objetivo de los propietarios de la finca de tomar represalias contra la expresión del movimiento de trabajadores rurales que surgió en la finca La Exacta, y suprimirla.”²¹ Por tanto, la actuación de las autoridades vulneró la libertad de asociación, además del derecho a la vida y a la integridad personal.²²

v) El derecho a formar sindicatos

El PIDCP, la Convención Americana y el Convenio 87 de la OIT excluyen del derecho a formar sindicatos a dos categorías de sujetos, a saber: los miembros de las fuerzas armadas y de la policía.²³ La doctrina del Comité de Libertad Sindical interpreta esta exclusión en forma restrictiva, no la aplica por ejemplo a personal civil empleado

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1979, p. 60, párr. 4.

²⁰ CIDH, Informe Anual 1979-1980, p. 109 (Paraguay).

²¹ CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 79 (2002).

²² *Ibid.*, párr. 80.

²³ El artículo 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) no los priva de la condición de sujetos de dicho derecho, pero dispone en forma algo ambigua que “El presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado”. La extensión de esta norma a los funcionarios de la administración del Estado no tendrá consecuencias reales para los Estados miembros de la OIT o la Organización de Estados Americanos (OEA).

por las fuerzas armadas, como los empleados de fábricas de municiones o de bancos.²⁴ La doctrina no admite la exclusión de otros sectores del goce de este derecho. El Comité de Derechos Humanos ha indicado que la denegación del derecho de sindicalización a los funcionarios públicos es violatoria del artículo 22 del PIDCP.²⁵ La doctrina de la OIT reconoce como sujetos del derecho a formar sindicatos a los funcionarios públicos, funcionarios de sectores críticos como puertos y hospitales, personas que laboran en el sector informal o que trabajan tiempo parcial o en forma temporal, así como a los empleados de zonas francas.²⁶ La doctrina del Comité de Libertad Sindica también apunta que “los derechos sindicales, al igual que los demás derechos humanos fundamentales, deben respetarse cualquiera sea el nivel de desarrollo del país concernido.”²⁷

11.5 El derecho a afiliarse

i) La doctrina de la OIT

La doctrina del Comité de Libertad Sindical sobre el derecho de las personas a afiliarse a sindicatos y organizaciones empresariales trata de la represión y de las represalias motivadas por la afiliación a una determinada asociación, generalmente un sindicato. En consecuencia, la mayor parte de las medidas consideradas como violatorias de la libertad de asociación también vulneran otros derechos fundamentales de la persona. El Comité de Libertad Sindical ha señalado que “Un movimiento sindical realmente independiente y libre sólo puede desarrollarse dentro del respeto de los derechos humanos

²⁴ Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párrs. 219 y 223-224.

²⁵ Comité de Derechos Humanos, Informe A/52/40, párr. 357, Observaciones finales sobre el informe de Líbano. Véase también A/55/40, párrs. 151-152, Observaciones finales sobre el informe de Corea.

²⁶ Comité de Libertad Sindical, párrs. 213, 218, 229, 235, 236, 240.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 17.

fundamentales” y “dentro de un clima desprovisto de violencia, presiones, temores y amenazas de toda índole.”²⁸

Con respecto a la privación de libertad, el Comité de Libertad Sindical ha señalado que “La detención de dirigentes sindicales y sindicalistas por actividades sindicales legítimas, aunque sólo sea por corto espacio de tiempo, constituye una violación de los principios de la libertad sindical.”²⁹ Asimismo, “El arresto y la detención de sindicalistas sin que se les impute delito alguno, y sin orden judicial, constituyen una grave violación de los derechos sindicales.”³⁰ La doctrina de este Comité también reconoce como elementos de la libertad sindical el derecho de la persona a ser informada de las razones de su detención, a ser presentada sin demora ante un juez competente y a no ser detenida por un tiempo excesivo sin condena.³¹ En lo que concierne a la justicia penal, el respeto de la presunción de inocencia, del derecho a un proceso regular, y de la prohibición de la aplicación retroactiva de la legislación están estrechamente vinculados a la libertad de asociación.³²

La doctrina del Comité de Libertad Sindical relativa a las responsabilidades del Estado con respecto al derecho a la vida y la integridad personal es similar a la de los órganos universales e interamericanos de derechos humanos. Se reconoce que “Un clima de violencia que da lugar al asesinato o a la desaparición de dirigentes sindicales (...) constituye un grave obstáculo para el ejercicio de los derechos sindicales.”³³ El Estado tiene responsabilidad por “Los hechos imputables a los particulares (...) a causa de la obligación de diligencia de los Estados para prevenir las violaciones de los derechos humanos.”³⁴ Las obligaciones del Estado sobre la investigación y sanción de violaciones son descritas así:

²⁸ *Ibíd.*, párrs. 35-36 y 47.

²⁹ *Ibíd.*, párr. 670.

³⁰ *Ibíd.*, párr. 79.

³¹ *Ibíd.*, párrs. 95, 97, 91 y 96, respectivamente.

³² *Ibíd.*, párrs. 117, 106 y 108, respectivamente.

³³ *Ibíd.*, párr. 49.

³⁴ *Ibíd.*, párr. 50.

El asesinato, la desaparición o las lesiones graves de dirigentes sindicales y sindicalistas exigen la realización de investigaciones judiciales independientes, con el fin de esclarecer plenamente en el más breve plazo los hechos y las circunstancias en las que se produjeron, y así, dentro de lo posible, determinar las responsabilidades, sancionar a los culpables y prevenir la repetición de los mismos.³⁵

No determinar las responsabilidades ni sancionar a los responsables de tales hechos “da lugar a un clima de impunidad (...), agravando el clima de violencia y de inseguridad, lo cual es extremadamente perjudicial para el ejercicio de las actividades sindicales.”³⁶

No cabe duda de que la doctrina del Comité de Libertad Sindical es válida no sólo para la libertad sindical sino para la libertad de asociación en general.

ii) La jurisprudencia universal

El derecho a afiliarse a una organización es abordado en forma indirecta en la decisión del Comité de Derechos Humanos sobre el caso Park. En este caso la víctima fue condenada por infracción a la ley de seguridad nacional, en razón de su previa afiliación a una organización estudiantil radicada en el exterior. La organización era legal en el país en donde estaba constituida y desarrollaba sus actividades, pero el Estado de nacionalidad de la víctima consideró que dentro de las finalidades de la organización estaban la de apoyar los objetivos de un país enemigo.³⁷ La víctima fue condenada por violación de dos disposiciones de la ley de seguridad nacional, una que tipificaba la formación de una organización con objetivos antiestatales y la afiliación a tal organización, y otra que tipificaba como delito el

³⁵ *Ibíd.*, párr. 51.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 54.

³⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párrs. 2.2 y 2.3.

apoyo a una organización antiestatal mediante el elogio, aliento o alineación con dicha organización, con uno de sus miembros o con una persona que actúa bajo su dirección.³⁸ La decisión se limitó a considerar la compatibilidad de la legislación y de la condena con la libertad de pensamiento y expresión, porque el Estado había formulado una reserva relativa a la libertad de asociación.³⁹ En su parte pertinente la decisión expresa:

El Comité observa que el artículo 19 garantiza la libertad de opinión y de expresión y permite ciertas restricciones que deberán estar fijadas por la ley y ser necesarias para (...) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. El derecho a la libertad de expresión es de suma importancia en una sociedad democrática y toda restricción impuesta al ejercicio de este derecho deberá responder a una rigurosa justificación. Con todo y que el Estado Parte ha declarado que las restricciones eran necesarias para proteger la seguridad nacional, y que estaban fijadas por la ley con arreglo al artículo 7 de la Ley de seguridad nacional, el Comité todavía tiene el deber de determinar si las medidas tomadas contra el autor fueron necesarias para el propósito indicado (...).⁴⁰

El Comité de Derechos Humanos consideró que la necesidad de las restricciones en el caso concreto –o sea, la necesidad de la condena del individuo en cuestión– no quedó demostrada porque el Estado se limitó a presentar información sobre la situación general en el país y no sobre el peligro concreto que el comportamiento de la víctima podría representar para la seguridad nacional.⁴¹ A pesar de que el Comité no pudo pronunciarse sobre la presunta violación del artículo 22, no cabe duda de que el análisis citado puede ser aplicado también a una condena por afiliación a la organización, sobre

³⁸ *Ibíd.*, párr. 2.1 y la nota correspondiente.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 10.2.

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 10.3.

⁴¹ *Ibíd.*

todo porque la cláusula análoga del artículo que consagra la libertad de asociación recalca que toda restricción ha de ser “necesari[a] en una sociedad democrática...”. En sus observaciones finales sobre el informe del mismo Estado, el Comité consideró que la Ley de Seguridad Nacional era incompatible con el PIDCP.⁴²

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La jurisprudencia interamericana sobre las injerencias en el derecho de la persona a afiliarse a una organización se refiere, esencialmente, a diversas formas de persecución motivadas por las afiliaciones de las víctimas. En el caso Comadres, la CIDH concluyó que “una práctica sistemática y reiterada de atentados contra la vida, la integridad física y la libertad” de los miembros de la organización no gubernamental compuesta de familiares de víctimas de la represión política conformó una violación de la libertad de asociación.⁴³ En el caso Gómez López, concluyó que las amenazas contra un dirigente sindical que tenían como propósito alejarle de su actividad sindical, así como el posterior atentado contra su vida, vulneraron la libertad de asociación, además de su derecho a la vida e integridad física.⁴⁴ En el caso Ortiz, la CIDH consideró que era “probable que los ataques contra la Hermana Ortiz hayan tenido como objetivo castigarla y truncar sus actividades como misionera y su labor con los grupos indígenas de Huehuetenango, así como su asociación con miembros de GAM”, una organización de familiares de víctimas de la represión.⁴⁵ Por medio de esos atentados que obligaron a la víctima a huir del país, “se la ha privado del derecho a asociarse con

⁴² Comité de Derechos Humanos, Informe A/55/40, párr. 145. La observación no precisa cuáles disposiciones considera incompatibles con el PIDCP.

⁴³ CIDH, caso Comadres c. El Salvador, párr. 25 (1996).

⁴⁴ CIDH, caso Gómez López c. Guatemala, párrs. 94-95 (1996).

⁴⁵ CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 119.

los habitantes de Huehuetenango, la Iglesia de Guatemala y el GAM.⁴⁶ Esta conclusión implica que la libertad de asociación es más amplia que el derecho a afiliarse a una organización formalmente constituida. La jurisprudencia sobre el caso Ortiz es confirmada por la decisión de la CIDH en el caso Riebe Star, sobre tres religiosos expulsados de un país en forma sumaria, sin respetarse las garantías del caso. Habida cuenta de los “fuertes vínculos” de las víctimas con una serie de hogares infantiles, clínicas y cooperativas, la CIDH consideró que “la decisión de expulsarlos de manera arbitraria constituye igualmente una violación al derecho a asociarse con fines religiosos, ya que les impidió de manera definitiva reunirse con sus feligreses (...)”.⁴⁷

11.6 La afiliación obligatoria

i) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

En el sistema interamericano sólo el Protocolo de San Salvador consagra expresamente el derecho a no ser obligado a afiliarse a organizaciones sindicales, profesionales o de otra índole. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) parece indicar que este derecho está implícito en la libertad de asociación. En el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana comentó: “Por otra parte, esta libertad [de asociación] supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación”.⁴⁸ Asimismo, recalcó lo siguiente:

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ CIDH, caso Riebe Star y otros c. México, párr. 105 (1999).

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Baena Ricardo y otros (Fondo), párr. 156. Véase también el párr. 159.

La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones (...) y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”.⁴⁹

En su Opinión Consultiva sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, la Corte Interamericana parece reconocer que la afiliación obligatoria puede ser compatible con la libertad de asociación en el caso de ciertas profesiones. La decisión señala al respecto:

La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no *es per se* contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.⁵⁰

No obstante, en el caso concreto del periodismo, la Corte Interamericana rechaza la colegiación obligatoria en razón del estrecho vínculo entre el ejercicio de esta profesión y la libertad de expresión (véase el Capítulo 10).

En 1988, citando la Opinión Consultiva OC-5/85, la CIDH hizo hincapié en la diferencia entre los colegios profesionales y otras aso-

⁴⁹ *Ibíd.*, párr. 159. La Corte hace esta observación a pesar de reconocer en el párr. 99 que el Protocolo de San Salvador no estaba vigente cuando los hechos se produjeron y no es aplicable al caso.

⁵⁰ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas, párr. 68.

ciaciones. Con respecto a los colegios de abogados, en particular, señala lo siguiente:

La Comisión entiende que la matriculación en el Colegio Público es una función pública y que, por razón de esta condición dicha función debe y tiene que ser de carácter obligatorio (...). Se trata, pues, de la actividad propia de un ente público con carácter, derechos y obligaciones de las personas jurídicas de derecho público que actúa en nombre y representación del Estado.⁵¹

La CIDH concluyó que la colegiación obligatoria de abogados es “compatible con las existencias del bien común en una sociedad democrática” y, por tanto, con el artículo 16 de la Convención.⁵²

ii) La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la colegiación de abogados

En 1990 se adoptaron los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, los cuales reconocen el derecho de éstos a constituir e incorporarse a asociaciones profesionales autónomas. Los Principios incluso establecen que las asociaciones de abogados “tienen que desempeñar la función esencial de velar por las normas y la ética profesionales, proteger a sus miembros contra persecuciones y restricciones o injerencias indebidas, facilitar servicios jurídicos a todos los que los necesitan, y cooperar con las instituciones gubernamentales y otras instituciones para impulsar las fines de la justicia y el interés público (considerando del Preámbulo).” No obstante, estos Principios no contienen referencia alguna a la colegiación obligatoria.

⁵¹ CIDH, caso Bomchil c. Argentina, párr. 8 (1988).

⁵² *Ibid.*, párrs. 13 y 18.

El Comité de Derechos Humanos ha aludido al tema de la colegiación obligatoria de profesionales sobre todo respecto a la abogacía. En un caso sin pronunciarse sobre la afiliación obligatoria como tal señaló que: “En principio, los Estados tienen la facultad de reglamentar o aprobar las actividades de los órganos profesionales”, y declaró que la obligación de pagar una cuota anual a un colegio de abogados como condición para gozar del derecho a ejercer la profesión no es violatoria de disposición alguna del PIDCP.⁵³ No obstante, advirtió que la reglamentación de las actividades de los colegios profesionales y la aplicación de sus reglamentos por los tribunales de justicia “pueden plantear cuestiones diversas, especialmente en relación con el artículo 14 del Pacto.”⁵⁴

11.7 La autonomía de las asociaciones

i) Consideraciones generales

El párrafo primero del artículo tercero del Convenio 87 de la OIT establece que: “Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción”.

El PIDCP consagra este derecho en términos más generales al establecer: “El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos” (art. 8.1.c). Una característica del sistema interamericano es la forma como la libertad sindical quedó consagrada en los instrumentos básicos, en particular en la Carta de la OEA y en la Carta

⁵³ Comité de Derechos Humanos, caso J.L. c. Australia, párr. 4.2 (1992).

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 4.3.

Americana. Estos instrumentos, a diferencia del PIDCP y de la Convención Americana, reconocen no sólo el derecho de los individuos a fundar y afiliarse a asociaciones, sino también el derecho de estas entidades a obrar con independencia. La Carta de la OEA consagra el derecho de las asociaciones de trabajadores al “reconocimiento de [su] personería jurídica (...) y [a] la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva” (art. 45 c). La Carta Americana contiene una serie de disposiciones pormenorizadas sobre la autonomía de asociaciones de esta índole, que reproducen en forma sintética muchos de los derechos plasmados en el Convenio 87, adoptado el mismo año. En particular, la Carta reconoce el derecho de los sindicatos –y asociaciones empresariales– a la personería jurídica, a no ser disueltos por vía administrativa y a formar federaciones y confederaciones, y garantiza la protección de los representantes sindicalistas contra represalias.

A pesar del silencio de los grandes instrumentos de derechos humanos sobre esta dimensión colectiva de la libertad de asociación, cabe presumir que el derecho a asociarse lleva implícito el derecho a establecer y formar parte de organizaciones autónomas que operan, según el PIDCP “sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática”. De lo contrario, el contenido del derecho a asociarse sería muy limitado. La Corte Interamericana ha suscrito esta interpretación en su sentencia en el caso Baena Ricardo en la cual, al aplicar el artículo 16 de la Convención Americana, señala que “La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limiten o entorpezcan el ejercicio del respectivo derecho.”⁵⁵ Cabe recordar, también, que la mayor parte de

⁵⁵ CIDH, caso Baena Ricardo c. Panamá, párr. 156. La CIDH llegó a la misma conclusión en aplicación del artículo XXII la Declaración Americana. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, publicado en 1979, p. 60, párr. 5.

los instrumentos que consagran este derecho colectivo reconocen como sujetos del mismo tanto a los sindicatos como a las asociaciones patronales, organizaciones con características muy distintas. Lo anterior sugiere que este derecho tiene relevancia y validez para asociaciones de toda índole siempre que sus fines sean lícitos.

ii) La doctrina de la OIT

La doctrina del Comité de Libertad Sindical sobre la autonomía de las asociaciones comprende dos corrientes, una que se refiere a medidas que afectan a la asociación como tal, y otra que trata del impacto de medidas que afectan a la asociación en forma indirecta, mediante su repercusión en los dirigentes. Naturalmente, toda medida represiva dirigida contra los miembros de una asociación afecta a la asociación misma. La doctrina sobre medidas dirigidas contra los individuos en función de su afiliación a una asociación se describe en la sección 11.5. Resulta evidente que el asesinato, la desaparición y detención arbitraria de dirigentes de asociaciones constituye, además de graves violaciones de sus derechos como individuos, serios atentados contra la autonomía de las organizaciones respectivas. Otros tipos de restricciones de los derechos humanos también tienen especial relevancia cuando las víctimas son cuadros de una organización. Por ejemplo, la doctrina considera que el exilio forzado de dirigentes sindicales “debilita las organizaciones sindicales, al privarlos de sus dirigentes.”⁵⁶ Esta conclusión es válida también para la excarcelación de dirigentes detenidos a condición de que abandonen el país.⁵⁷ Las restricciones a la libertad de circulación dentro del territorio nacional de los cuadros de una asociación también vulneran la libertad de asociación, en particular cuando restringen el acceso a las zonas en las cuales la organización tiene presencia.⁵⁸

⁵⁶ Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párrs. 122, 125.

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 126.

⁵⁸ *Ibíd.*, párr. 128.

En cuanto a la asociación como tal, la doctrina del Comité de Libertad Sindical dispone que, de considerarse indispensable la adopción de disposiciones legislativas relativas a los estatutos y el funcionamiento interno de las asociaciones, “éstas deberían limitarse a establecer un marco general, dejando a las organizaciones la mayor autonomía posible para regir su funcionamiento y administración.”⁵⁹ El derecho de los miembros “a elegir libremente a sus dirigentes constituye una condición indispensable” de la libertad de asociación.⁶⁰ Las leyes que imponen condiciones para el acceso a puestos de responsabilidad en un sindicato, que no corresponden a los requerimientos necesarios para el ejercicio de las funciones en cuestión, como por ejemplo la opinión política o los antecedentes penales, son incompatibles con la libertad de asociación.⁶¹ La expresión de opiniones por las autoridades públicas sobre los candidatos a funciones dentro de las asociaciones representa una injerencia en la libertad de asociación.⁶²

La doctrina del Comité de Libertad Sindical también reconoce la inviolabilidad de los bienes y locales de las asociaciones.⁶³ El ingreso de las autoridades a los locales de una asociación sin el permiso de las personas autorizadas o sin mandato judicial “constituye una gravísima violación de la libertad sindical.”⁶⁴ Los registros o allanamientos requieren un “mandato de la autoridad judicial ordinaria” basado en “razones fundadas para suponer que se encuentran en esos locales las pruebas” de un delito.⁶⁵

El control de la legalidad de las actividades de una organización debe efectuarse a posteriori por la justicia, con el debido respeto de los principios de legalidad, debido proceso y prontitud.⁶⁶

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 331. Véase también párr. 333.

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 353.

⁶¹ *Ibid.*, párrs. 377, 383.

⁶² *Ibid.*, párr. 397.

⁶³ *Ibid.*, párrs. 175 y 178.

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 177. Véase también el párr. 176.

⁶⁵ *Ibid.*, párr. 180.

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 268 y 199.

El derecho de los sindicatos a “organizar (...) sus actividades” incluye el derecho de diseminar sus puntos de vista ante la opinión pública, celebrar reuniones y convocar manifestaciones públicas. El Comité de Libertad Sindical considera como un elemento esencial de la libertad sindical el derecho de las asociaciones, sus dirigentes y representantes a expresar opiniones –incluso críticas a la política económica y social del gobierno– sin censura por medio de la prensa.⁶⁷ En cuanto a la libertad de reunión, el Comité ha señalado lo siguiente:

El derecho de las organizaciones profesionales a celebrar reuniones en sus locales para examinar cuestiones profesionales, sin autorización previa y sin injerencia de las autoridades constituye un elemento fundamental de la libertad de asociación y las autoridades deben abstenerse a toda intervención que pueda limitar a este derecho u obstaculizar su ejercicio legal, salvo que tal ejercicio altere el orden público o ponga en peligro grave e inminente el mantenimiento del mismo.⁶⁸

Asimismo, “el derecho a celebrar reuniones y manifestaciones públicas (...) es un derecho sindical importante” que no debe ser negado arbitrariamente.⁶⁹ La exigencia de autorización previa para celebrar reuniones y manifestaciones públicas no es violatoria de la libertad sindical y las organizaciones deben “observar los límites razonables que pudieran fijar las autoridades para evitar desórdenes en la vía pública.”⁷⁰ Las autoridades no deben recurrir a la fuerza pública para controlar una manifestación, a menos que dicha medida sea necesaria para superar una amenaza real al orden público, y nadie debe ser detenido “por el simple hecho de haber organizado o participado en una manifestación.”⁷¹

⁶⁷ *Ibíd.*, párrs. 153-156.

⁶⁸ *Ibíd.*, párr. 130.

⁶⁹ *Ibíd.*, párr. 133.

⁷⁰ *Ibíd.*, párrs. 138 y 141.

⁷¹ *Ibíd.*, párrs. 137, 146 y 147.

iii) La jurisprudencia universal

El Comité de Derechos Humanos no ha desarrollado una jurisprudencia sobre este aspecto de la libertad de asociación, pero una Observación sobre el informe de un Estado Parte en el PIDCP parece indicar que el Comité considera, al igual que el Comité de Libertad Sindical, que la represión contra dirigentes de organizaciones es violatoria de la libertad de asociación. Dicha Observación también hace alusión al derecho de la organización a funcionar libremente, al señalar lo siguiente: “El Comité está preocupado ante la detención de destacados dirigentes de las organizaciones de derechos humanos, lo cual entraña violación del artículo 9 y 22 del Pacto e interfiere con el libre ejercicio de la importante función que desempeñan dichas organizaciones en la protección de los derechos humanos”.⁷²

iv) La jurisprudencia interamericana

La doctrina y jurisprudencia interamericanas, a pesar de no ser extensas, abordan ambos aspectos de la problemática, tales como las medidas que afectan a las asociaciones en forma directa y las que las afectan en forma indirecta.

En su sentencia en el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana concluyó que el despido de 270 empleados de diversas empresas estatales había vulnerado la libertad de asociación, así como los principios de legalidad y de irretroactividad, además de los derechos al debido proceso y a la protección judicial.⁷³ Los hechos se produjeron en los meses siguientes a la invasión de Panamá por las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, y a la instalación de un gobierno civil.

⁷² Comité de Derechos Humanos, Informe A/51/40, párr. 289 (Nigeria), 1996.

⁷³ Corte Interamericana, caso Baena Ricardo y otros (Fondo), puntos resolutivos 1, 2 y 4 (2001).

El rechazo que hizo el nuevo gobierno de un pliego de reivindicaciones presentado por el movimiento sindical produjo una manifestación de protesta de miles de trabajadores que se llevó a cabo en forma pacífica.⁷⁴ Pero el mismo día un oficial de las Fuerzas Armadas escapó de prisión y encabezó un movimiento armado que tomó un cuartel de la policía.⁷⁵ Al día siguiente, el 5 de diciembre, se inicia un paro nacional programado por la coordinación sindical que luego se suspende para evitar vincularse con el movimiento militar que realiza una marcha en la capital.⁷⁶ Al día siguiente el gobierno envió a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley proponiendo la destitución de todos los servidores públicos que habían participado en la organización o ejecución del paro del 5 de diciembre de 1990, por considerar que dicho movimiento buscaba subvertir el orden constitucional democrático y suplantarlos por un régimen militar.⁷⁷ El despido de la mayor parte de las víctimas es resultado de la aprobación de dicha ley.⁷⁸

(...) La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.⁷⁹

⁷⁴ *Ibíd.*, párr. 88 a, b, c

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 88 d.

⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 88 e.

⁷⁷ *Ibíd.*, párr. 88 i.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 88 j.

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 156.

La Corte Interamericana consideró que las medidas tomadas contra los participantes en la huelga no “fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; en suma (...) no cumplieron con el requisito de “necesidad en una sociedad democrática”.⁸⁰ Asimismo, concluyó que “el despido de un amplio número de dirigentes sindicales (...) afectó gravemente la organización y la actividad de los sindicatos que agrupaban a los trabajadores, y se vulneró la libertad de asociación sindical.”⁸¹ Por tanto, habían sido violatorias del artículo 16.2 de la Convención.⁸²

La jurisprudencia sobre las injerencias directas en las asociaciones no es extensa. En un análisis sobre la compatibilidad de la legislación de un Estado con la autonomía de los sindicatos, la CIDH remitió a los artículos 45 de la Carta de la OEA y 26 de la Carta Americana y concluyó que ciertos artículos de dicha legislación eran “excesivamente rigurosos en cuanto a los requisitos exigidos para la formación de sindicatos, la administración de los mismos, la admisión y exclusión de los asociados, la remoción de los miembros directivos y hasta el procedimiento para reformar los estatutos, todo lo cual parece una injerencia en la propia libertad de los sindicatos.”⁸³ Tratándose de organizaciones de derechos humanos, la CIDH ha criticado los allanamientos de los locales, la incautación de sus archivos,

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 172.

⁸¹ *Ibid.*, párr. 166.

⁸² *Ibid.* En una decisión adoptada poco antes de esta sentencia, la CIDH concluyó que el despido de 142 empleados públicos, muchos de ellos sindicalistas, por participación en una huelga declarada ilegal no vulneró la libertad de asociación, porque no se comprobó que la medida constituyera “persecución por su afiliación a un sindicato”. *García Farjado y otros c. Nicaragua*, párr. 108. La sentencia de la Corte Interamericana parece indicar que, aún cuando quepan dudas en cuanto al motivo de una medida, su impacto para el sindicato basta para concluir que vulnera la libertad de asociación.

⁸³ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay (1987), p. 86, párr. c). Véase también el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba (1983), p. 159, párrs. 52-53.

la destrucción de sus instalaciones y, en un caso, la suspensión de actividades por orden de la policía, mientras se verificaba la legalidad de sus actividades.⁸⁴ Frente a acusaciones de un Estado en el sentido de que una determinada organización no gubernamental “carece de toda representatividad y se halla constituida exclusivamente por un grupo radicalizado de opositores cuyo objetivo patente es crear problemas al Gobierno,” la CIDH recordó que “la propia naturaleza” de las organizaciones de defensa de los derechos humanos “lleva con frecuencia a confrontaciones con los gobiernos. Sin embargo, esto en sí no justifica los ataques gubernamentales, de hecho o de palabra, a tales grupos.”⁸⁵ Los criterios citados parecen indicar, una vez más, que la CIDH reconoce y aplica los mismos principios que subyacen en la doctrina del Comité de Libertad Sindical.

11.8 El derecho a la huelga

i) Consideraciones generales

Los Convenios Internacionales de Trabajo no consagran el derecho a la huelga en forma expresa. En el derecho internacional del trabajo éste se considera parte integral del derecho de los sindicatos a defender los intereses de sus miembros, a formular su programa de acción y a organizar sus actividades. Este derecho tampoco está reconocido, al menos expresamente, por los cuatro instrumentos que forman el principal marco de referencia de este libro: las grandes Declaraciones de 1948, el PIDCP y la Convención Americana. El derecho a la huelga sí está consagrado expresamente por la Carta de la OEA y la Carta Americana, por el Protocolo de San Salvador y, en el ámbito universal, por el PIDESC. La Carta de la OEA (art. 45 c) y la Carta de Garantías Sociales (art. 26) lo reconoce en cuanto derecho

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ CIDH, Informe Anual 1978, p. 162 (Paraguay).

de los trabajadores. El PIDESC (art. 8.1 d) y el Protocolo de San Salvador (art. 8.1 b) lo consagran en el contexto de disposiciones sobre la libertad sindical pero en términos generales, sin indicar que es privativo de los trabajadores y de los sindicatos. La cuestión de saber si el derecho a la huelga tiene vigencia fuera del ámbito sindical es importante, porque la doctrina de la OIT condiciona la licitud de la huelga a motivos de orden económico y social, y considera ilícitas las huelgas que obedecen a motivos políticos. No obstante, hasta la fecha ni los órganos universales ni los interamericanos han desarrollado una doctrina, ni han sentado jurisprudencia sobre el alcance del derecho a la huelga en los respectivos sistemas de derechos humanos.

ii) La doctrina de la OIT

El Comité de Libertad Sindical “ha reconocido siempre el derecho a la huelga como un derecho legítimo al que pueden recurrir los trabajadores y sus organizaciones en defensa de sus intereses económicos y sociales.”⁸⁶ La doctrina establece una interpretación amplia del concepto de los intereses económicos y sociales de los trabajadores, que comprende “la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política económica y social que tienen consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.”⁸⁷ La libertad sindical no comprende el derecho a realizar “huelgas de carácter puramente político”, pero sí “huelgas de protesta, en particular contra la política social y económica del gobierno.”⁸⁸ Las huelgas no tienen que estar necesariamente vinculadas a un conflicto laboral determinado, pues

⁸⁶ Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 473. Véanse también los párrs. 473 y 475.

⁸⁷ *Ibid.*, párr. 480.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 482.

el derecho a la huelga incluye el derecho de “los trabajadores y sus organizaciones” a manifestar su “descontento sobre cuestiones económicas y sociales que guarden relación con los intereses de sus miembros.”⁸⁹ La libertad sindical comprende, incluso, el derecho a realizar huelgas generales a nivel nacional, siempre que obedezcan a los motivos antes descritos y no a motivos “puramente políticos.”⁹⁰ Las restricciones a las diferentes modalidades de huelga son permitidas únicamente en la medida en que la huelga “dejase de ser pacífica.”⁹¹ No obstante, las autoridades pueden vedar la participación en huelgas generales a los funcionarios públicos “que ejercen funciones de autoridad”, así como a los trabajadores de servicios esenciales, es decir, servicios cuya interrupción es susceptible de poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la población.⁹² La doctrina permite asimismo el establecimiento de ciertas condiciones previas a la realización de la huelga, como el preaviso al empleador.⁹³

Nadie puede ser objeto de sanción alguna, sea por parte de las autoridades, o por parte del empleador, por la participación en una huelga legítima.⁹⁴ Si bien los trabajadores y sindicatos tienen la obligación de respetar la ley, las fuerzas del orden no deben intervenir en situaciones de huelga a menos que el orden público esté realmente amenazado y, en caso de intervenir, deben limitarse estrictamente al mantenimiento del orden público.⁹⁵

iii) La jurisprudencia universal

En una decisión adoptada en 1986, el Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibles una denuncia basada en la interpreta-

⁸⁹ *Ibid.*, párr. 484.

⁹⁰ *Ibid.*, párrs. 492-495.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 496.

⁹² *Ibid.*, párr. 492.

⁹³ *Ibid.*, párr. 502.

⁹⁴ *Ibid.*, párrs. 590-591.

⁹⁵ *Ibid.*, párrs. 579-582.

ción de que el artículo 22 del PIDCP garantizaba implícitamente el derecho a la huelga. La decisión descansa en gran parte en un análisis de los trabajos preparatorios que demuestran que la intención de los órganos que elaboraron el PIDCP fue consagrar el derecho a la huelga en el PIDESC y no en el PIDCP.⁹⁶ Esta jurisprudencia no ha sido reexaminada desde entonces, a pesar de haber provocado una opinión discrepante de cinco miembros del Comité. No obstante, en sus observaciones finales sobre el informe de un Estado Parte, el Comité comentó que “el derecho de los funcionarios públicos a (...) declararse en huelga se halla excesivamente restringido.”⁹⁷ Esta Observación no hace referencia a ningún artículo del PIDCP en particular, pero el contexto sugiere que se basa en la prohibición de discriminación.⁹⁸

iv) La jurisprudencia interamericana

En el sistema interamericano el derecho a la huelga está consagrado en la Carta de la OEA (art. 45 c), en la Carta Americana de Garantías Sociales (art. 27), y en el Protocolo de San Salvador (art. 8 b), pero no en la Convención Americana. En su sentencia en el caso Baena Ricardo, la Corte Interamericana se abstuvo de pronunciarse sobre la presunta violación del derecho a la huelga porque el Protocolo de San Salvador no había entrado en vigor para el país en cuestión.⁹⁹ La sentencia no analiza la relevancia de las disposiciones de la

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso J.B. y otros c. Canadá, párrs. 6.3 y 6.4 (1986).

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, Informe A/48/40, párr. 609 (Irlanda).

⁹⁸ Cabe recordar la jurisprudencia bien sentada del Comité en el sentido de que cuando un Estado consagra en su legislación interna un derecho que no figura en el PIDCP, el Comité tiene competencia para revisar la compatibilidad de esa legislación con el principio de no discriminación en virtud del artículo 26 del PIDCP que consagra el principio de igual protección de la ley.

⁹⁹ Corte Interamericana, caso Baena Ricardo (Fondo), párrs. 95-99.

Carta de la OEA y de la Carta Americana. La CIDH, en una decisión adoptada en el 2001, determinó que a pesar del vínculo que existe entre el derecho a la huelga y la libertad de asociación, “la negación de la posibilidad de ir a la huelga no restringió a los trabajadores para ejercer su derecho de asociación” para efectos del artículo 16 de la Convención Americana.¹⁰⁰ Cabe presumir que la Corte Interamericana y la CIDH se abstuvieron de examinar las presuntas violaciones de este derecho por razones de índole procesal, es decir, por carecer de competencia para examinar alegatos de violaciones de dichos instrumentos. En todo caso, no puede haber duda alguna sobre el carácter vinculante del artículo 45 de la Carta.

El artículo 45 de la Carta de la OEA y los artículos 26 y 27 de la Carta Americana han sido aplicados por la CIDH en el cumplimiento de otras de sus funciones, en particular en el análisis de la situación de los derechos humanos en Estados miembros de la OEA. Por ejemplo, en un examen sobre la compatibilidad de la legislación de un Estado, la CIDH concluyó que el uso de conceptos ambiguos o excesivamente restrictivos en el artículo constitucional que consagra el derecho a la huelga entrañaba el riesgo de una “severa limitación de este derecho laboral básico.”¹⁰¹ Esta conclusión pone de manifiesto las convergencias entre la normativa de la OIT y la normativa interamericana en la materia, en particular la contenida en las dos Cartas mencionadas.

¹⁰⁰ CIDH, caso *García Farjado y otros c. Nicaragua*, párr. 106.

¹⁰¹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 87. La frase “exclusivamente para la defensa de intereses gremiales” es un ejemplo de una restricción considerada excesiva, según el Informe citado.

Capítulo 12

Los derechos políticos

12.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 21

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 25

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

*Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
(Declaración Americana)*

Artículo XX. Derecho de sufragio y de participación en el gobierno

Toda persona, legalmente capacitada, tiene el derecho de tomar parte en el gobierno de su país, directamente o por medio de sus representantes, y de participar en las elecciones populares, que serán de voto secreto, genuinas, periódicas y libres.

Artículo XXIV. Derecho de petición

Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

Artículo XXXII. Deber de sufragio

Toda persona tiene el deber de votar en las elecciones populares del país de que sea nacional, cuando esté legalmente capacitada para ello.

Artículo XXXIV. Deber de servir a la comunidad y a la nación

Toda persona (...) Asimismo tiene el deber de desempeñar los cargos de elección popular que le correspondan en el Estado de que sea nacional.

*Convención Americana sobre Derechos Humanos
(Convención Americana)*

Artículo 23. Derechos políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

12.2 Normativa complementaria

Carta Democrática Interamericana

I. La democracia y el sistema interamericano

Artículo 1

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

Artículo 2

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

Artículo 5

El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia. Se deberá prestar atención especial a la problemática derivada de los altos costos de las campañas electorales y al establecimiento de un régimen equilibrado y transparente de financiación de sus actividades.

Artículo 6

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 7

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizarán a las mujeres, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a:

a) Votar en todas las elecciones y referéndums públicos y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas;

b) Participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales;

c) Participar en organizaciones y en asociaciones no gubernamentales que se ocupen de la vida pública y política del país.

Artículo 14

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a:

a) Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles; (...)

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Artículo 5

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

c) Los derechos políticos, en particular el de tomar parte en elecciones, elegir y ser elegido, por medio del sufragio universal e igual, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel, y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas;

Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares

Artículo 42

1. Los Estados Partes considerarán la posibilidad de establecer procedimientos o instituciones que permitan tener en cuenta, tanto en los Estados de origen como en los Estados de empleo, las necesidades, aspiraciones u obligaciones especiales de los trabajadores migratorios y sus familiares y considerarán también, según proceda, la posibilidad de que los trabajadores migratorios y sus familiares tengan en esas instituciones sus propios representantes libremente elegidos.

2. Los Estados de empleo facilitarán, de conformidad con su legislación nacional, la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales.

3. Los trabajadores migratorios podrán disfrutar de derechos políticos en el Estado de empleo si ese Estado, en el ejercicio de su soberanía, les concede tales derechos.

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos

Artículo 8

1. Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a tener la oportunidad efectiva, sobre una base no discriminatoria, de participar en el gobierno de su país y en la gestión de los asuntos públicos.

2. Ese derecho comprende, entre otras cosas, el que tiene toda persona, individual o colectivamente, a presentar a los órganos y organismos gubernamentales y organizaciones que se ocupan de los asuntos públicos, críticas y propuestas para mejorar su funcionamiento, y a llamar la atención sobre cualquier aspecto de su labor que pueda obstaculizar o impedir

la promoción, protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

12.3 Consideraciones generales

i) El concepto de derecho político

Pueden considerarse derechos políticos en sentido amplio todos aquéllos destinados a tutelar la participación o el protagonismo del individuo en la sociedad, en particular la libertad de expresión, de asociación y de reunión, es decir, aquella parte del contenido del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) conocida como las libertades públicas. Sin embargo, para efectos de la presente obra el término es empleado, en sentido estricto, para referirse al conjunto de derechos denominado derechos políticos por la normativa internacional, tales como el derecho a participar en elecciones, el derecho a participar en forma directa en la gestión de la *res* pública, y, por último, el derecho a acceder a funciones públicas.

ii) El sujeto de los derechos políticos

El individuo sujeto de los derechos políticos es concebido por la normativa internacional en términos más restrictivos que el sujeto de los otros derechos humanos, pues la nacionalidad es generalmente reconocida como requisito de su titularidad. Tanto el PIDCP como la Convención Americana identifican al ciudadano como sujeto de los tres aspectos de los derechos políticos, a saber: la participación en la gestión de los asuntos públicos, la participación en elecciones –voto y candidatura– y el acceso a las funciones públicas. La Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce a toda persona como sujeto de estos derechos en relación con “su país,” concepto que en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiene un contenido más amplio que el de “país de nacio-

nalidad”. No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia del Comité sobre el significado de la expresión “su país” se limita al contexto del derecho de residencia.¹ La Observación General del Comité sobre los derechos de los extranjeros menciona a los derechos políticos como los únicos reconocidos por el PIDCP que son privativos de los ciudadanos.² La Declaración Americana, incluso, establece la obligación del extranjero a no intervenir en las actividades políticas que, por ley, son privativas de los ciudadanos (art. XXXVIII). Una excepción a esta regla se encuentra en el reconocimiento por el artículo XXIV de la misma Declaración Americana del derecho de toda persona a “(...) presentar peticiones respetuosas a cualquiera autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.” La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) confirma que los extranjeros son sujetos del derecho a presentar peticiones.³ La Convención Internacional sobre los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares reconoce a los migrantes legales un derecho a participar o a ser consultados en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales (art. 42.2).

El concepto de ciudadanía empleado por el PIDCP y por la Convención Americana para identificar al sujeto de los derechos políticos incluye no sólo el concepto de nacionalidad sino también la mayoría de edad. Esto ha sido reconocido implícitamente por el Comité de Derechos Humanos al señalar que “(...) el derecho de voto (...) deben poder ejercerlo todos los ciudadanos adultos.”⁴ Asimismo, el concepto de “capacidad legal”, empleado por la Declaración Americana, también incluye la mayoría de edad. Esta interpretación es confirmada por el hecho de que los derechos políticos

¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 27, párr. 20 (1994) (véase también el Capítulo 7).

² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 2 (1986).

³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos, párr. 181 (1997).

⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4 (1996).

strictu sensu no están contenidos en la Convención sobre los derechos del niño, salvo en su artículo 12.1 que dispone lo siguiente

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

La Convención Americana es el único de los grandes instrumentos sobre derechos humanos que constituyen el marco de referencia del presente capítulo que contiene una disposición sobre las restricciones a los derechos políticos. Según el párrafo 2 del artículo 23, “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal” (art. 23.2). Es notable la diferencia entre los criterios incorporados a esta disposición y los contenidos en otros artículos que rigen las restricciones a las libertades públicas.⁵ También llama la atención la inclusión del idioma en esas restricciones pues la discriminación basada en este criterio está prohibida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 2), la Declaración Americana (art. 11), el PIDCP (arts. 2 y 26), e incluso por el artículo primero de la Convención Americana. En el ámbito universal, el Comité de Derechos Humanos ha confirmado que el PIDCP no permite, en el goce de los derechos políticos, la discriminación basada en el idioma ni en la instrucción.⁶

⁵ Véase el artículo 12.3 (Libertad de conciencia y de religión), artículo 13.3 (Libertad de pensamiento y de expresión), artículo 15 (Derecho de reunión), artículo 16.3 (Libertad de asociación) y artículo 23 (de toda referencia al criterio de razonabilidad o proporcionalidad).

⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 3. Véase también el caso Ignatane, *infra*.

La doctrina del Comité de Derechos Humanos, al igual que el artículo 23.2 de la Convención Americana, reconoce que “la incapacidad mental verificada puede ser motivo para negar a una persona el derecho a votar o a ocupar un cargo público.”⁷ No obstante, cabe recordar que los Principios para la protección de los enfermos mentales establecen que “Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, (...) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes (...)” (art. 5). De acuerdo con estos Principios, toda decisión sobre la falta de competencia mental de un individuo para ejercer sus derechos requiere una decisión judicial, adoptada de conformidad con los principios de legalidad y de debido proceso, y debe ser revisada periódicamente (art. 6). La Declaración de los derechos del retrasado mental no hace referencia a los derechos políticos, pero establece que cualquier decisión de privar al retrasado mental de su capacidad de ejercer sus derechos debe basarse en la opinión de expertos y, al efecto, se deben respetar las garantías judiciales (art. 7).

La jurisprudencia sobre otras restricciones a los derechos políticos se presenta en las secciones pertinentes de este capítulo.

iii) La democracia como valor superior

Los principales instrumentos universales e interamericanos sobre derechos humanos reconocen la importancia de la democracia como valor y bien jurídico que determina la licitud de las restricciones de los derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos dispone en su artículo 29 lo siguiente:

En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 4.

ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

La Declaración Americana aborda esta problemática desde la perspectiva inversa al establecer que “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (art. XXVIII). El PIDCP no reafirma la importancia de la democracia como criterio para determinar la licitud de las restricciones a los derechos humanos en general, pero sí reconoce la importancia de la democracia para efectos de la licitud de las restricciones a la libertad de asociación (art. 20), a la libertad de reunión (art. 22.2) y al principio de la publicidad de la justicia (art. 14.1).

La Convención Americana concibe la democracia no sólo como un baluarte contra la restricción excesiva de los derechos humanos, sino también como un marco institucional para la realización de los mismos. En su Preámbulo los Estados Partes “Reafirma[n] su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”. El artículo 29 también realza el lugar ocupado por la democracia en esta materia, al disponer que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: (...) c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)”. En cuanto al criterio para la validez de las restricciones a los derechos políticos, el artículo 23 de la Convención hace eco del artículo XXVIII de la Declaración Americana.⁸

⁸ Los artículos 15, 16 y 22 de la Convención Americana hacen hincapié en la relevancia de la democracia como criterio para determinar la validez de las restricciones a la libertad de reunión, asociación y circulación.

A diferencia de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoce “el ejercicio efectivo de la democracia representativa” como principio fundamental de la Organización (art. 3 d).⁹ Este compromiso con la democracia representativa, que ocupa un lugar importante en la jurisprudencia y doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) y de la Comisión interamericana de Derechos Humanos (CIDH), fue reafirmado y ampliado por la Carta Democrática Interamericana aprobada en el año 2001. La estrecha relación entre la democracia y los derechos humanos está descrita en los párrafos siguientes de su Preámbulo:

Teniendo presente que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos contienen los valores y principios de libertad, igualdad y justicia social que son intrínsecos a la democracia;

Reafirmando que la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática, y reconociendo la importancia que tiene el continuo desarrollo y fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos para la consolidación de la democracia;

⁹ En el sistema universal, el derecho a la libre determinación ocupa un lugar similar al de la democracia en el sistema interamericano. Durante casi medio siglo, el concepto de democracia era demasiado polémico para servir de eje de las actividades de las Naciones Unidas debido a la guerra fría. Durante la última década se ha convertido en una prioridad, sobre todo en el apoyo a la organización de sistemas electorales y celebración de elecciones en países en transición, y en los programas de apoyo al “buen gobierno”. Véase el Informe del Departamento de Asuntos Políticos al seminario sobre Democracia y Derechos Humanos, Ginebra, noviembre de 2002. Sin embargo, las actividades de esta naturaleza, por valiosas que sean, no han dejado mayor traza en la normativa ni en la doctrina en materia de derechos humanos.

La Carta de la OEA reconoce la democracia como derecho de los pueblos americanos, y el ejercicio efectivo de la democracia representativa como la base del Estado de derecho (arts. 1 y 2). El respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales son elementos esenciales de la democracia representativa, y la transparencia, la probidad y la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, así como el respeto por los derechos sociales, son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia (arts. 3 y 4).

El Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) también “considera que la democracia es fundamental para el ejercicio de los derechos sindicales.”¹⁰

iv) Alcance del capítulo

El libre ejercicio de los derechos políticos requiere el respeto de los demás derechos humanos, sobre todo de la libertad y seguridad personal. La eliminación e intimidación de dirigentes, militantes y hasta partidos y organizaciones políticas mediante la ejecución extrajudicial, la desaparición o la detención arbitraria es la forma más cruda de negar el derecho a participar en la vida política. La plena vigencia de las libertades públicas –la libertad de expresión, de asociación y de reunión– también es imprescindible tanto para el derecho a participar en elecciones libres como para la participación directa en la toma de decisiones que afectan a la nación y a la comunidad. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “La libertad de expresión, la de reunión y la de asociación son condiciones esenciales para el ejercicio efectivo del derecho de voto y deben protegerse plenamente.”¹¹ En el ámbito regional, la importancia de la

¹⁰ Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 34.

¹¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 12 (1996). Véase también el párrafo 8 relativo a la importancia de estas libertades para la participación directa.

libertad de expresión es subrayada por la Declaración de Santiago que establece: “La libertad de prensa, de la radio y la televisión, y en general la libertad de información y expresión son condiciones esenciales para la existencia de un régimen democrático.”¹²

La jurisprudencia sobre la ejecución y desaparición de dirigentes y militantes políticos se examinó en el Capítulo 1, dedicado al derecho a la vida, mientras que la jurisprudencia relativa a la privación arbitraria de la libertad y amenazas que afectan la seguridad personal, está contenida en el Capítulo 4. Asimismo, la jurisprudencia sobre restricciones a la libertad de expresión y de reunión se trató en los Capítulos 9 y 11, respectivamente. No obstante, habida cuenta del carácter especial del vínculo entre el derecho a formar partidos políticos y el derecho a participar en procesos electorales, esta dimensión de la libertad de asociación se incluye en el presente capítulo. La discriminación basada en la opinión política está prohibida expresamente por la Declaración Universal de Derechos Humanos, por el PIDCP, por la Convención Americana y por otros instrumentos internacionales. La doctrina y jurisprudencia sobre la discriminación se tratan en el Capítulo 14.

La relación entre los derechos políticos y el derecho a la libre determinación es reconocida en términos amplios por el Comité de Derechos Humanos.¹³ Los pueblos indígenas son sujetos de derechos políticos adicionales a los de la población en general, en particular con respecto a la autonomía interna y al derecho a participar, en cuanto pueblo o comunidad, en la toma de toda decisión que les afecte. Ambos temas se analizan en el Capítulo 13 de la presente obra.

¹² Organización de Estados Americanos (OEA), Declaración de Santiago, párr. 7 de la parte declarativa. La Declaración fue adoptada en 1959 por la Quinta Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores (citada en “Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano”, Informe de la CIDH 1990-1991, p. 553).

¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 2.

12.4 El derecho a votar y a postularse a cargos electivos

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1996 su Observación General No. 25 sobre los derechos políticos. Según esta Observación, los criterios generales para determinar la licitud de las restricciones al derecho a votar son la legalidad y razonabilidad.¹⁴ Ciertos tipos de restricciones son, a priori, irrazonables y violatorias del PIDCP, a saber: la discapacidad física, la capacidad para leer y escribir, el nivel de instrucción, la situación económica y la afiliación partidaria.¹⁵ Los requisitos relativos a la residencia no se consideran irrazonables en sí, pero no deben ser formulados ni aplicados “de forma que impidan a las personas que carezcan de vivienda ejercer su derecho de voto.”¹⁶ La suspensión del derecho al voto en razón de una condena penal tampoco es irrazonable en sí, pero “el periodo de tal suspensión debe guardar la debida proporción con el delito y la condena.”¹⁷ El preso sin condena no puede ser privado del derecho a votar.¹⁸

Los criterios generales sobre el derecho a presentarse como candidato a cargos electivos son la legalidad y la razonabilidad. Nadie debe ser privado de este derecho por la imposición de “requisitos irrazonables o de carácter discriminatorio, como el nivel de instrucción, el lugar de residencia o la descendencia, o a causa de su afiliación política.”¹⁹ La afiliación a un partido político –y menos aún a un partido determinado– no debe ser requisito para presentarse como candidato, ni obstáculo a la presentación de una candidatura.²⁰ Todo

¹⁴ *Ibíd.*, párrs. 10 y 14.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 11.

¹⁷ *Ibíd.*, párr. 14.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*, párr. 15.

²⁰ *Ibíd.*, párr. 17.

requisito para la inscripción de un candidato, tal como un número mínimo de partidarios, una fecha límite para la inscripción de una candidatura o el pago de un depósito, debe ser razonable y no discriminatorio.²¹ Nadie debe sufrir represalias, vejámenes, ni discriminación alguna por causa de su candidatura a un cargo electivo.²²

Según el Comité de Derechos Humanos, la única restricción de carácter ideológico al derecho a presentarse como candidato autorizada por el PIDCP es la que se desprende de su artículo 5.1, que dispone que “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un (...) grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”²³ Como este principio es muy amplio, conviene aplicarlo en forma restrictiva. La escasa jurisprudencia del Comité sobre este tipo de restricción ha sido orientada por el artículo 20 del PIDCP, que obliga a los Estados a tipificar penalmente la apología del odio nacional, racial o religioso, y la propaganda en favor de la guerra.²⁴

Las incompatibilidades entre ciertas funciones públicas y la candidatura para puestos electivos son en principio compatibles con el artículo 25 del PIDCP, según la Observación No. 25, siempre que tengan como finalidad evitar conflictos de interés, sean establecidas por ley y sean razonables. La Observación menciona tres ejemplos de incompatibilidades aceptables, a saber: jueces, militares de alta graduación y los funcionarios públicos. En el caso *Debreczeny*, el Comité de Derechos Humanos consideró que una norma que impedía la elección de oficiales de policía al consejo municipal no era violatoria del artículo 25 del PIDCP, por las razones siguientes:

²¹ *Ibid.*, párr. 16 y 17.

²² *Ibid.*, párr. 15.

²³ *Ibid.*, párr. 17.

²⁴ Véase la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *J. R. T y W. G. Party c. Canadá* (1983), que declara inadmisibles una denuncia de la supuesta violación de la libertad de expresión de un partido político dedicado a la diseminación de propaganda contra los judíos, párr. 8 b).

(...) las restricciones del derecho a ser elegido en un concejo municipal están reglamentadas por ley y (...) se basan en criterios objetivos, a saber, que el [candidato no] haya sido nombrado para su cargo por la autoridad municipal o que esté subordinado a ella. Tomando nota de los motivos invocados por el Estado Parte para esas restricciones, en particular el de garantizar el proceso democrático de adopción de decisiones evitando que haya conflictos de intereses, el Comité considera que esas restricciones son razonables y compatibles con el propósito de la ley. (...) El Comité observa que cuando fue elegido como miembro del concejo [municipal] el autor prestaba servicios como oficial de policía en la fuerza de policía nacional, destinado en [dicho municipio] y, como tal, en los asuntos de orden público estaba subordinado al alcalde [municipal], quien a su vez respondía ante el concejo de las medidas adoptadas a ese respecto. Siendo así el Comité considera que podía efectivamente plantearse un conflicto de intereses y que la aplicación de las restricciones al autor no constituye una violación del artículo 25 del Pacto.²⁵

En otra decisión, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el requerimiento del dominio del idioma nacional a una persona que pertenecía a una minoría lingüística y que pretendía presentarse a un puesto electivo había violado el PIDCP. La decisión en el caso Ignatane señala, en primer lugar, que el párrafo primero del artículo 25 del PIDCP reafirma la prohibición de discriminación consagrada en términos generales por el artículo 2, incluyendo la discriminación basada en el idioma.²⁶ Además, la aplicación de la norma y la consecuente descalificación de la candidata “no se basó en criterios objetivos”, sino solamente en la opinión de un individuo que evaluó el conocimiento del idioma de la candidata.²⁷

²⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Debreczeny c. Países Bajos, párr. 9.3 (1995).

²⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Ignatane c. Latvia, párr. 7.4 (2001).

²⁷ *Ibid.*

El Comité de Derechos Humanos adoptó hace dos décadas una serie de decisiones en las cuales consideró violatoria del artículo 25 del PIDCP la aplicación de una ley que privaba a determinadas personas de sus derechos políticos durante un periodo de 15 años. Según estas decisiones, la privación de los derechos políticos a personas condenadas por un delito no es forzosamente violatoria del PIDCP.²⁸ No obstante, en el caso concreto la proscripción había vulnerado los derechos de las personas afectadas porque las condenas estaban viciadas por graves violaciones del debido proceso y en algunos casos parecían estar fundadas únicamente en la afiliación política del condenado.²⁹ Además, el Comité consideró que la duración de la proscripción –15 años– era excesiva, aunque sin precisar las razones para llegar a esta conclusión.³⁰ En el caso *Landinelli Silva* el Comité concluyó que la proscripción política de 15 años a personas que no habían sido condenadas por un delito, en razón de su afiliación o sus antecedentes políticos, y quienes no habían recurrido a la violencia ni hecho apología de ella, no podía considerarse “necesaria” para la protección del orden público y era, por tanto, violatoria del artículo 25 del PIDCP.³¹ Esta conclusión se impondría, según la decisión, aún durante una verdadera amenaza a la vida de la nación.³²

En los últimos años, la posición del Comité de Derechos Humanos parece haber evolucionado hacia el rechazo categórico de la pri-

²⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *Weinberger c. Uruguay*, párr. 15 (1980); *Tourón c. Uruguay*, párr. 11 (1981); *Pietrarroia c. Uruguay*, párr. 16 (1981).

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Weinberger c. Uruguay*, párr. 15. Véase también *Tourón c. Uruguay*, párr. 11.

³⁰ *Ibid.*, véase también *Altesor c. Uruguay*, párr. 14. En otra oportunidad, el Comité manifestó que la privación de derechos políticos por 10 años debido a condenas por ciertos delitos “pued[e] constituir una restricción desproporcionada de los derechos protegidos por el artículo 25”, A/51/40, párr. 65.

³¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Landinelli Silva c. Uruguay*, párrs. 8.4, 9 y 10; véase también *Altesor c. Uruguay*, párr. 14.

³² *Ibid.*

vación del derecho al voto por este motivo. Su comentario sobre un Informe del Reino Unido publicado en el año 2002 contiene la observación siguiente:

Al Comité le preocupa la vigencia de una antigua ley (...) por la que se niega a los reclusos convictos el ejercicio del derecho de voto. El Comité no ve justificación a semejante práctica en la actualidad, considerando que equivale a un castigo adicional, que no contribuye a la reforma y la readaptación social de los penados y es contraria al párrafo 3 del artículo 10 así como al artículo 25 del Pacto.³³

Las observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre los informes de los Estados Partes en el PIDCP también son una rica fuente de interpretación del derecho a votar y a presentarse como candidato. En sus observaciones sobre el Informe de Paraguay, el Comité calificó de “escasamente razonable” la denegación del voto a los cadetes militares.³⁴ En una observación sobre la legislación de Brasil comentó que “(...) la distinción entre las personas nacidas en el territorio [nacional] y los ciudadanos (...) naturalizados (...) como criterio para tener acceso a ciertos cargos de la vida pública, es incompatible con (...) los artículos 2 y 25 del Pacto (...)”.³⁵ En otra oportunidad señaló que el requisito constitucional que obliga al presidente y a los magistrados a prestar juramento religioso excluye a ciertas personas de dichos cargos.³⁶

³³ Comité de Derechos Humanos, Observación final (Irlanda del Norte), A/57/40, párr. 10, p. 29.

³⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación final (Paraguay), A/50/40, párr. 214.

³⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación final (Brasil), A/51/40, párr. 333.

³⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación final (Irlanda), A/48/40.

ii) *La jurisprudencia interamericana*

En el caso *Estiverne* la CIDH reconoció una excepción a la regla de que los derechos políticos son privativos de los ciudadanos. Cuando la Constitución democrática adoptada por un país después de una larga dictadura reconoció el derecho de los exiliados a volver a su país y recuperar la nacionalidad, sin prever un procedimiento que permitiera valerse de este derecho, la expulsión del país de un opositor político que pretendió recuperar la nacionalidad y presentarse como candidato a la presidencia fue calificada por la CIDH como una violación del artículo 23 de la Convención, entre otros.³⁷

La posición de la CIDH sobre el derecho de los candidatos independientes a presentarse a puestos electivos no es muy clara. En su decisión en el caso *Ríos Brito*, adoptada en 1988, la CIDH consideró como no violatoria del derecho de un candidato independiente a participar en los comicios una ley que disponía que sólo los partidos políticos podían postular candidatos al Congreso. Si bien la decisión tomó en cuenta que los partidos políticos pueden presentar candidatos que no son afiliados, y que hay antecedentes históricos que lo confirman, el raciocinio de la CIDH demuestra gran valoración del rol de los partidos políticos en los procesos electorales, y preocupación con la posibilidad de que la presentación indiscriminada de candidaturas independientes pueda llevar al caos.³⁸ No obstante, en un análisis de la legislación de otro país publicado en 1998, la CIDH expresó que “Hasta ahora no ha sido posible encontrar (...) una fórmula que garantice la estabilidad y consolidación del sistema de partidos, que resulte compatible con la garantía constitucional que tienen los ciudadanos para ser votados para cargos de elección popular, sin tener que hacerlo obligadamente bajo las siglas de algún partido político”, y recomendó que se “(...) adopten las medidas necesarias para que la reglamentación del derecho de votar y ser votado contemple el acceso más y amplio y partici-

³⁷ CIDH, caso *Estiverne c. Haití*, Considerando 13 y párr. resolutivo 1 (1988).

³⁸ CIDH, caso *Ríos Brito c. Argentina*, párr. 10 (1988).

pativo posible de los candidatos al proceso electoral, como elemento para la consolidación de la democracia.”³⁹ Este comentario parece anunciar una evolución hacia la posición del Comité de Derechos Humanos en la materia.

En el caso *Ríos Montt* se denunció ante la CIDH la aplicación de una disposición constitucional que prohibía a antiguos jefes de gobiernos de facto postularse a la presidencia. El interesado era un antiguo oficial militar y había asumido la presidencia del país después de un golpe militar. El párrafo 2 del artículo 23 de la Convención Americana enumera taxativamente las restricciones a los derechos políticos al establecer que “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” El Código Penal vigente del país en cuestión tipificaba el delito de alteración del orden constitucional, pero el interesado –derrocado por otro golpe militar después de 16 meses en el poder– nunca fue acusado penalmente y se había beneficiado de un decreto de amnistía.

A pesar de lo dispuesto por el artículo 23.2 de la Convención Americana, la CIDH concluyó que el rechazo de la candidatura del interesado por las autoridades competentes no había vulnerado la Convención. Esta conclusión se sustenta en parte en el principio general establecido por el artículo 32 de la Convención según el cual “Los derechos de cada persona están limitados por (...) las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”.⁴⁰ La decisión también recuerda que el derecho constitucional de los países americanos establece distintas causales de inelegibilidad para puestos electivos que no son contempladas por el párrafo segundo del artículo 23 de la Convención –disposición que se aplica a todos los derechos políticos– pero que son consideradas necesarias para de-

³⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, párrs. 446 y 502.

⁴⁰ CIDH, caso *Ríos Montt c. Guatemala*, párr. 22 (1993).

fender “la efectividad de los derechos políticos y de la autenticidad de las elecciones.”⁴¹ Por estas razones, la CIDH concluyó que los hechos no habían sido violatorios de la Convención.

Al año siguiente la CIDH se pronunció sobre el caso del candidato a la vicepresidencia que compartía la planilla electoral del señor Ríos Montt. La legislación del país no permitía el reemplazo de un candidato cuya inscripción había sido rechazada por las autoridades competentes, de manera que la descalificación del candidato a la presidencia conllevó forzosamente al rechazo del candidato a la vicepresidencia. La CIDH recomendó que la legislación fuera modificada a fin de evitar la violación de los derechos políticos de personas contra quienes no existe, a título personal, causal de descalificación.⁴²

12.5 El derecho a formar partidos políticos y la militancia política

La libertad de asociación comprende el derecho a formar partidos y organizaciones con fines electorales o políticos. En su Observación General No. 25, el Comité de Derechos Humanos señala lo siguiente:

Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación.⁴³

El artículo 22 del PIDCP que consagra la libertad de asociación establece que “El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a

⁴¹ *Ibid.*, párr. 34.

⁴² CIDH, caso Whitbeck Piñol c. Guatemala, párr. 3 resolutivo (1994).

⁴³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 8.

las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”. La doctrina del Comité de Derechos Humanos no aborda el tema específico de las restricciones al derecho a establecer asociaciones de carácter político, y la jurisprudencia es escueta y concierne esencialmente a sistemas unipartidistas. En una decisión el Comité dijo que la proscripción de “actividades políticas fuera del único partido político reconocido constituye una restricción injustificada del derecho a participar en la vida pública”.⁴⁴ En otra precisó que “(...) el legítimo objetivo de salvaguardar, e incluso fortalecer, la unidad nacional en condiciones políticas difíciles no puede alcanzarse tratando de silenciar a los defensores de la democracia multipartidista”.⁴⁵ En el caso Ngalula y otros, el Comité dictaminó que la proscripción política de 8 parlamentarios acusados de conspiración para derrocar al régimen de turno y planear el establecimiento de un partido político había sido violatoria de artículo 25.⁴⁶

En el caso Aduayom y otros, el Comité de Derechos Humanos señaló que el derecho a tener acceso a un empleo en la administración pública y el derecho a la militancia política son acumulativos, de manera que los funcionarios públicos no pueden ser obligados a abstenerse de participar en actividades políticas. El alcance del derecho a participar en actividades políticas fue definido en la frase siguiente:

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Bwala c. Zambia, párr. 6.6 (1993).

⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.7 (1994).

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Ngalula y otros c. Zaire, párrs. 8.2 y 10 (1986). Véase también la decisión en el caso Mpaka-Nsusu c. Zaire, en la cual la detención y el exilio de un dirigente político acusado de atentado contra la seguridad del Estado por haber tratado de organizar un partido político fue calificado de “persecución por sus opiniones políticas”, violatorio del artículo 19, párrs. 1.2, 1.3 y 10.

Deberá considerarse que los derechos consagrados en el artículo 25 incluyen la libertad de participar en actividades políticas, bien a título personal o como miembro de un partido político, la libertad de debatir asuntos públicos, de criticar al gobierno y de publicar material de contenido político.⁴⁷

i) La doctrina interamericana

En el resumen de su doctrina relativa a la democracia y a los derechos políticos publicado en 1991, la CIDH declaró lo siguiente:

El derecho a la participación política permite el derecho a organizar partidos y asociaciones políticas, que a través del debate libre y de la lucha ideológica pueden elevar el nivel social y las condiciones económicas de la colectividad, y excluye el monopolio del poder por un solo grupo o persona.

(...)

En este contexto, los gobiernos tienen frente a los derechos políticos y al derecho a la participación política la obligación de permitir y garantizar la organización de todos los partidos políticos y otras asociaciones, a menos que éstas se constituyan para violar derechos humanos fundamentales; el debate libre de los principales temas del desarrollo socio-económico; la realización de elecciones generales, libres y con las garantías necesarias para que sus resultados representen la voluntad popular.⁴⁸

La jurisprudencia de la CIDH también hace hincapié en la importancia de los partidos políticos:

⁴⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Aduayom y otros c. Togo, párr. 7.5 (1996).

⁴⁸ CIDH, "Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa", Informe 1990-1991, pp. 557-558 (cita al Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978).

La Comisión ha opinado ya sobre el valor que asigna al papel de los partidos políticos como órganos legítimos para representar en el proceso electoral las individualidades que unifican su personería en esas entidades. La Comisión sostuvo en un caso anterior referido al mismo tema que los partidos son institutos necesarios en la democracia (...) ⁴⁹

La importancia del pluralismo político en el sistema normativo regional fue confirmada por la Carta Democrática Interamericana adoptada en 1991, cuyo artículo 3 establece que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, (...) el régimen plural de partidos y organizaciones políticas (...)”. Su artículo 5 agrega: “El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia (...)”.

12.6 Los procesos electorales

i) La doctrina universal

La parte de la Observación General No. 25 que trata sobre los procesos electorales es de gran valor y tiene tres ejes. En primer lugar, el Comité recuerda que los procesos deben ser organizados de tal manera que se logre “asegurar que todas las personas que tengan derecho a votar puedan ejercerlo.” ⁵⁰ En segundo lugar, reconoce la obligación del Estado de facilitar la inscripción de los votantes y de organizar o facilitar campañas de educación e inscripción. ⁵¹ Esta parte de la Observación hace hincapié en la necesidad de tomar medidas que protejan eficazmente el derecho de todos a votar:

⁴⁹ CIDH, caso Whitbeck Piñol c. Guatemala, párr. 8 (1994), citando a Ríos Brito c. Argentina (supra).

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 11.

⁵¹ *Ibid.*

Deberán adoptarse medidas positivas para superar toda dificultad concreta, como el analfabetismo, las barreras lingüísticas, la pobreza o los obstáculos a la libertad de circulación, que impidan a las personas con derecho de voto ejercer sus derechos en forma efectiva. Se deberá disponer de información y material acerca de la votación de los idiomas de las distintas minorías. Deben adoptarse métodos concretos, como fotografías y símbolos, para que los electores analfabetos puedan votar contando con suficiente información.⁵²

En tercer lugar, la Observación reconoce el deber del Estado de asegurar que no haya obstáculos en la inscripción de votantes, incluso de parte de grupos o sectores privados. Según la Observación, la interferencia con el registro de votantes debe ser tipificada penalmente.⁵³

Con respecto al requisito de elecciones libres la Observación señala lo siguiente:

De conformidad con el apartado b), las elecciones deben ser libres y equitativas, y celebrarse periódicamente en el marco de disposiciones jurídicas que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de voto. Las personas con derecho de voto deben ser libres de votar a favor de cualquier candidato y a favor o en contra de cualquier propuesta que se someta a referéndum o plebiscito, y de apoyar al gobierno u oponerse a él, sin influencia ni coacción indebida de ningún tipo que pueda desvirtuar o inhibir la libre expresión de la voluntad de los electores. Éstos deberán poder formarse una opinión de manera independiente, libres de toda violencia, amenaza de violencia, presión o manipulación de cualquier tipo. La limitación de los gastos en campañas electorales puede estar justificada cuando sea necesaria para asegurar que la libre elección de los votantes no se vea afectada o que el proceso democrático quede perturbado por gastos desproporcionados en favor de cualquier

⁵² *Ibíd.*, párr. 12.

⁵³ *Ibíd.*, párr. 11.

candidato o partido. Los resultados de las elecciones auténticas deberán respetarse y ponerse en práctica.⁵⁴

Con respecto a las modalidades del escrutinio, hace las observaciones siguientes:

Debe establecerse una junta electoral independiente para que supervise el proceso electoral y garantice que se desarrolla en forma justa e imparcial y de conformidad con disposiciones jurídicas compatibles con el Pacto. Los Estados deben tomar medidas para garantizar el carácter secreto del voto durante las elecciones, incluida la votación cuando se está ausente de la residencia habitual, si existe este sistema. Ello comporta la necesidad de que los votantes estén protegidos contra toda forma de coacción para revelar cómo van a votar o cómo han votado, y contra toda injerencia ilícita en el proceso electoral. La renuncia de estos derechos es incompatible con las disposiciones del artículo 25 del Pacto. Deberá garantizarse la seguridad de las urnas y los votos deben escrutarse en presencia de los candidatos o de sus agentes. Debe haber un escrutinio de los votos y un proceso de recuento independientes y con posibilidad de revisión judicial o de otro proceso equivalente a fin de que los electores tengan confianza en la seguridad de la votación y del recuento de los votos. La asistencia que se preste a los discapacitados, los ciegos o los analfabetos deberá tener carácter independiente. Deberá informarse plenamente a los electores acerca de estas garantías.

Aunque el Pacto no impone ningún sistema electoral concreto, todo sistema electoral vigente en un Estado Parte debe ser compatible con los derechos amparados por el artículo 25 y garantizar y dar efecto a la libre expresión de la voluntad de los electores. Debe aplicarse el principio de un voto por persona y, en el marco del sistema electoral de cada uno de los Estados, el voto de un elector debe tener igual valor que el de otro. La delimitación de los distritos electorales y el método de asig-

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 19.

nación de votos no deben desvirtuar la distribución de los votantes ni comportar discriminación alguna contra ningún grupo, ni tampoco excluir o restringir en forma irrazonable el derecho de los ciudadanos a elegir libremente a sus representantes.⁵⁵

El examen de los informes de los Estados Partes al PIDCP ha llevado al Comité de Derechos Humanos a la conclusión de que determinadas características de los sistemas electorales de ciertos países no corresponden a los requisitos del artículo 25. Sus observaciones sobre el sistema electoral de Hong Kong, entonces colonia del Reino Unido, incluyen lo siguiente:

El Comité estima que el sistema electoral de Hong Kong no cumple los requisitos del artículo 25 ni de los artículos 2, 3 y 26 del Pacto. El Comité subraya, en particular, que sólo 20 de los 60 escaños del Consejo Legislativo se cubren por elección popular directa y que el concepto de circunscripciones electorales funcionales, que confiere un peso injustificado a la opinión de la colectividad de los negocios, discrimina entre los electores por razones basadas en el patrimonio y las funciones. Esto es una clara violación del párrafo 1 del artículo 2, del apartado b) del artículo 25 y del artículo 26.⁵⁶

ii) La doctrina interamericana

La CIDH adoptó en 1991 una extensa síntesis de su jurisprudencia sobre la democracia y los derechos políticos, que también contiene un amplio análisis de los procesos electorales.⁵⁷ Bajo el título “Autenticidad”, la CIDH comenta lo siguiente:

⁵⁵ *Ibid.*, párrs. 20 y 21.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Informe A/51/40, párr. 65.

⁵⁷ El documento se basa, en gran parte, en la decisión adoptada por la CIDH el año anterior en el caso conocido como “Procesos electorales” (México).

El acto de elegir a esos representantes debe ser “auténtico”, en el sentido que dispone la Convención Americana, lo cual significa que debe existir una correspondencia entre la voluntad de los electores y el resultado de la elección. En sentido negativo, esta característica implica la ausencia de interferencias que distorsionen la voluntad de los ciudadanos. (...)

En lo que se refiere a las condiciones generales en que se desarrolla la competencia electoral, de las situaciones concretas consideradas por la Comisión se deduce que ellas deben conducir a que las diferentes agrupaciones políticas participen en el proceso electoral en condiciones equivalentes, es decir, que todas cuenten con condiciones básicas similares para el desarrollo de su campaña. Además, esta característica implica la ausencia de coerciones directas o de ventajas indebidas para uno de los participantes en la contienda electoral.⁵⁸

Entre las prácticas que más frecuentemente interfieren en el desarrollo de los procesos electorales se citan la suspensión de garantías, en particular las garantías de la libertad personal y libertad de expresión, de asociación y de reunión; el hostigamiento, detención, persecución y exilio de dirigentes políticos, y el control de los medios de comunicación por el gobierno, partido oficial o sectores allegados a éstos. Inversamente, se señalan como condiciones necesarias para el desarrollo de los procesos electorales, las elecciones válidas, “el levantamiento de los estados de excepción, un número suficiente de electores inscritos, acceso equitativo de las distintas posiciones políticas a los medios de comunicación social y ausencia de cualquier forma de presión sobre los electores.”⁵⁹

⁵⁸ CIDH, Informe 1990-1991, p. 560. En la p. 566 la CIDH reitera que “puede considerarse que las condiciones generales en que se desarrolla el proceso electoral deben garantizar a todas las agrupaciones que participan en él una situación equivalente”.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 564 (cita un análisis de la situación en Chile contenido en el Informe Anual de 1987-1988).

Con respecto a las modalidades del escrutinio, la CIDH agrega lo siguiente:

En lo que toca a los elementos específicos de la organización del proceso electoral la Comisión se ha referido a las leyes que lo regulan con el objeto de determinar si esas leyes garantizan tanto la adecuada emisión del voto como su recuento correcto, enfatizando las facultades concedidas a los organismos encargados de ejecutar las acciones propias del proceso electoral y de controlar tanto esa ejecución como sus resultados. El sistema institucional, por tanto, ha sido un objeto de observación atenta por parte de la Comisión.

El objeto de esa observación ha sido detectar la eventual manipulación del proceso a favor de quienes controlan las instituciones (generalmente el gobierno, un partido político o las fuerzas militares), determinar quiénes deciden sobre la validez del voto (composición de los organismos electorales) y cómo se controlan sus decisiones (órganos de apelación).

En este sentido, la Comisión ha realizado observaciones sobre aspectos de operación práctica como han sido los registros electorales y las condiciones para inscribirse en ellos; la conformación de las mesas electorales; la composición del tribunal electoral y sus facultades; y la existencia de boletas electorales comprensibles y carentes de influencia sobre el elector.⁶⁰

La CIDH señala que la eficacia de los derechos electorales requiere la confianza del pueblo en el proceso del escrutinio y que el proceso del escrutinio, a su vez, requiere “una equitativa representación de los partidos políticos” en los órganos responsables para la organización y monitoreo de las elecciones.⁶¹

⁶⁰ *Ibid.*, p. 567.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 565 (cita el Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978). Véase también los extractos de los informes sobre Cuba y Paraguay citados en las páginas 565-566.

Bajo el título “Universalidad”, la CIDH comenta lo siguiente:

Otra de las características que se desprende de los enunciados de los instrumentos internacionales en materia de derechos políticos es que las elecciones deben ser realizadas por sufragio universal. Este concepto de universalidad tiende a asegurar la participación en el proceso electoral de todas las personas capacitadas para hacerlo (...) ⁶²

La restricción más importante al goce “universal” de los derechos políticos, según se desprende de la actividad de la CIDH, ha sido la proscripción basada en criterios ideológicos. La doctrina de la CIDH considera legítima toda defensa de una ideología política, siempre que no incurra en una apología de la violencia. En su análisis de una disposición constitucional de un Estado que proscribía las organizaciones, movimientos y partidos políticos que promovieran “doctrinas que atenten contra la familia, propugnen la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico, de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases (...)”, la CIDH concluyó que dicha proscripción vulneraba la normativa interamericana por las razones siguientes:

El artículo 8 (...) no proscribe, como hubiera sido legítimo hacerlo, los actos de violencia que tengan por fin abolir el sistema de democracia representativa. En efecto, los actos sancionados por él son aquellos “destinados” a propagar ciertas doctrinas, sin exigir que esa propagación se haya llevado a cabo. La declaración de inconstitucionalidad de organizaciones, movimientos o partidos políticos afecta a aquellos que “tendan” a ese objetivo; tampoco es necesario que hayan existido acciones objetivas con tal propósito. Se trata, por tanto, de una formalización extremadamente amplia que permite un margen de discrecionalidad excesivo. ⁶³

⁶² *Ibid.*, III. 2.b.

⁶³ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, párr. 41 p. 290 (en aplicación de la Declaración Americana).

Otro informe citado en esta elaboración doctrinal recalca que “es necesario terminar con las proscripciones basadas en dogmas políticos (...)”.⁶⁴

iii) La jurisprudencia interamericana

En el caso conocido como “Estado Nuevo León”, tres diputados de un partido de oposición alegaron que la ley electoral del Estado en cuestión les privaba del derecho a un recurso sencillo, rápido o eficaz ante un tribunal imparcial e independiente, por violaciones de sus derechos políticos. El alegato se sustentó tanto en la composición como en el procedimiento de los tribunales electorales; se alegó que el nombramiento de la mayoría de los integrantes del tribunal por el Congreso significaba su subordinación al partido en el poder y que dicho tribunal “carece de facultades para resolver eficazmente las cuestiones suscitadas ante él puesto que las únicas pruebas que puede considerar son las documentales (...)”.⁶⁵ La conclusión de la CIDH fue la siguiente:

La Comisión debe señalar al respecto que es facultad del Estado determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir tanto los organismos electorales como aquéllos encargados de adoptar decisiones respecto a los reclamos que se presenten en materia electoral, siempre y cuando tales organismos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la independencia e imparcialidad con que desempeñen sus funciones. Estos son los elementos que, a juicio de la Comisión Interamericana, debe contener la legislación en materia de derechos políticos a fin de que se adecue a las obligaciones contraídas por México bajo la Con-

⁶⁴ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987, p. 119. Ambos informes son citados por “Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa”, Informe 1990-1991, p. 568.

⁶⁵ CIDH, caso Estado de Nuevo León (México) párr. 11.i. (1991).

vención Americana sobre Derechos Humanos. En el caso bajo examen, la Comisión Interamericana encuentra atendibles las observaciones formuladas por los reclamantes al respecto.⁶⁶

La CIDH volvió a examinar estos temas en el caso Bravo Mena.⁶⁷ Con respecto al argumento del Estado de que el recurso de amparo ante la justicia ordinaria era aplicable a la tutela de los derechos políticos, la CIDH comentó lo siguiente:

Concretamente en relación con el juicio de amparo, la Comisión observa que éste podría ser un instrumento idóneo para la protección de los derechos políticos, pero ello requeriría de la clarificación expresa e inequívoca de su procedencia; y de la declaración de que los efectos de una sentencia producida como consecuencia de un juicio de esta naturaleza, tendría efectos *erga omnes*, y no sólo en favor de quien inició el proceso.⁶⁸

El punto, recalcó la CIDH, no es “el carácter de un recurso (...) frente a pretensiones individuales (...) sino la necesidad de que su ordenamiento provea de un recurso efectivo frente a la violación de los derechos políticos, de carácter colectivo, de la población.”⁶⁹

Con respecto a los órganos electorales, la CIDH hizo las observaciones siguientes:

En cuanto a la conformación de los organismos electorales se refiere, la Comisión debe reiterar su planteamiento en el sentido de señalar que, la facultad del Estado de determinar la naturaleza y modalidades que deben asumir estos organismos, implica que éstos, en sí mismos y en relación con el sistema en el que operan, garanticen el ejercicio de los derechos políticos a través de la real independencia e imparcialidad con

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 51.

⁶⁷ CIDH, caso Bravo Mena c. México (1993).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 282.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 290.

que desempeñan sus funciones. Y ello sólo es posible mediante la participación equitativa de todos los sectores de la vida política mexicana, lo cual exige una representatividad real, en condiciones de igualdad y equilibrio frente a los representantes del Gobierno que integran tales entidades.

La Comisión debe observar que, obviamente, el modo de integración de los organismos electorales, no constituye, en sí mismo, una violación a la Convención Americana, pero es claro que si en éstos no existe un equilibrio que garantice la independencia e imparcialidad de los órganos, mal puede hablarse de una correcta aplicación de las leyes o de una valoración objetiva de las diferentes circunstancias puestas a su consideración. Es en este sentido que se requiere ajustar los organismos, según las preferencias de forma que cada Estado tenga, o los modelos que desee utilizar, pero siempre manteniendo unos parámetros de equidad –inspirados en los principios de la democracia representativa–, que permitan la participación de todos los sectores involucrados en la vida política de las naciones.⁷⁰

En términos más generales, la CIDH también hizo un aporte valioso a la jurisprudencia al señalar lo siguiente:

Cabe recordar también lo señalado detalladamente por la Comisión en anteriores oportunidades, al analizar los alcances del artículo 23 de la Convención, en el sentido de que, para lograr su plena vigencia, las elecciones deben ser auténticas, universales, periódicas, y realizadas a través del voto secreto u otro método que preserve la libre expresión de voluntad del elector. No basta, pues, con una reglamentación legal sino que se requiere de una actitud positiva en su adecuada implementación, de acuerdo con los principios generalmente reconocidos, que deben regir en una democracia representativa.⁷¹

⁷⁰ *Ibid.*, p. 284.

⁷¹ *Ibid.*, p. 267.

En un informe sobre la situación de los derechos humanos en México publicado en 1998, la CIDH reconoció logros importantes en la reforma del sistema electoral. No obstante, consideró que era urgente adoptar “(...) una definición clara y contundente de los delitos electorales, y de mecanismos que garanticen su sanción efectiva; deben establecerse mecanismos de sanción a toda forma de coerción o inducción del voto, derivada de la relación laboral, de la agremiación social o del disfrute de un bien o servicio público.”⁷² El Informe también subraya la importancia de “(...) la equidad y transparencia en el uso de los recursos económicos”, y la equidad e imparcialidad del acceso a la información.⁷³

Recientemente, en el caso *Aylwin Azócar*, la CIDH examinó un sistema legislativo en el cual el 20 por ciento de los escaños del Senado estaba reservado a senadores vitalicios designados en forma corporativa. La decisión hace las siguientes reflexiones sobre el rol de la legislatura en la democracia representativa y la importancia de la reelección:

⁷² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, párrs. 463-464.

⁷³ *Ibid.*, párr. 470 y ss (relativo al financiamiento de las campañas electorales). Sobre el acceso a los medios de comunicación se señala lo siguiente: “Para que una elección se realice en un marco democrático, es necesario que los ciudadanos reciban de manera libre y oportuna la información sobre el proceso electoral y los distintos contendientes que participan en él. (...) (...) Un contexto de desigualdad de los contendientes ante los medios no permite a la población contar con una visión completa y objetiva para discernir sobre su voto.

De esta manera, se pueden ver afectados los derechos políticos, porque se lesionan las condiciones de equidad en tiempo y calidad de la información. Si los diarios y noticieros no cumplen con su tarea de informar de manera equilibrada y objetiva sobre el proceso electoral y los distintos contendientes que participan en él, se violan igualmente el derecho a la información al impedir las condiciones necesarias para lograr una contienda confiable, competitiva, abierta, y en definitiva democrática”, párrs, 484-486.

La idea de la democracia representativa lleva a que las decisiones valorativas de trascendencia son realizadas por representantes democráticamente electos, con el contrapeso de que si esas decisiones no son aprobadas o refrendadas por el pueblo, éste puede sancionarlos con la no reelección. (...) De allí las elecciones democráticas, para que la gente, por su propia voluntad, elija los representantes con quienes se siente identificada y evite que traicionen su confianza con el castigo de la no reelección.

Por tanto, un verdadero sistema de democracia representativa es aquel que se esfuerza en partir de la confianza del pueblo en la designación de sus gobernantes y también por mantenerla constantemente viva, como exige la estructura real de la confianza o fiducia, de modo que el pueblo se reconozca siempre como titular del poder y beneficiario único de sus actuaciones. Esta confianza se extiende, en los sistemas presidencialistas, a la designación directa de los miembros del poder legislativo y del Presidente de la República.⁷⁴

La designación de una buena parte de los Senadores "(...) tiene por efecto una disminución del valor del voto popular igualitario [y] afecta el núcleo esencial de la democracia representativa, al privar al pueblo soberano (...) de la posibilidad de elegir un número importante de sus representantes al Senado chileno."⁷⁵ Constituye, además, "una odiosa e ilegítima discriminación" contra los ciudadanos excluidos del proceso de designación de los Senadores no electos por el sufragio universal e igual.⁷⁶

⁷⁴ CIDH, caso Aylwin Azócar y otros c. Chile, párrs. 62-63 (1999).

⁷⁵ *Ibid.*, párrs. 107 y 71, respectivamente.

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 108.

12.7 La separación de poderes y la integridad de los órganos representativos

El principio de la separación de los poderes del Estado no está consagrado, como tal, por la normativa internacional en derechos humanos. En el derecho comparado y en la ciencia política su alcance es variable. En el continente americano prevalece el modelo presidencialista según el cual tres poderes –el ejecutivo, el judicial y el legislativo– son independientes entre sí.⁷⁷ La normativa internacional, si bien no reconoce la separación de poderes como tal, sí consagra uno de sus componentes, a saber: la independencia del poder judicial. El tema de la independencia de los tribunales se analizó en el Capítulo 5.

En la presente sección, el tema de la separación de poderes se presenta desde la perspectiva del derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes electos. En las democracias representativas, los ciudadanos participan en la dirección de los asuntos públicos principalmente por medio de los titulares del poder ejecutivo y de los integrantes del poder legislativo. Los golpes de Estado contra presidentes electos vulneran, desde luego, los derechos políticos de los ciudadanos. En el sistema interamericano vulneran también los principios básicos del sistema internacional regional consagrado por la Carta de la OEA. Por tanto, estas situaciones han sido tratadas principalmente por los órganos políticos de esta Organización.⁷⁸ En consecuencia, la presente sección no se dedica a los golpes que derrocan los gobiernos electos, sino a las interferencias en la independencia del poder legislativo, un poder susceptible de injerencias que no necesariamente toman la forma de una ruptura total del orden constitucional.

⁷⁷ En algunos países, la más alta instancia electoral también es reconocida como cuarto poder, y hay una tendencia a reconocer la autonomía de las defensorías de los derechos humanos frente a los poderes del Estado.

⁷⁸ La Carta Democrática Interamericana de 1999 pretende pautar e institucionalizar esta práctica.

i) La doctrina universal

En la democracia representativa el derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de los asuntos se materializa y se hace efectivo principalmente por medio de sus representantes electos. Por tanto, este derecho puede ser vulnerado mediante medidas que afectan a tales representantes, sea individual o colectivamente. El Comité de Derechos Humanos ha señalado al respecto lo siguiente:

Cuando los ciudadanos participan en la dirección de los asuntos públicos por conducto de representantes libremente elegidos, se infiere del artículo 25 que esos representantes ejercen un auténtico poder de gobierno y que, en virtud del proceso electoral, son responsables ante los ciudadanos del ejercicio de tal poder. También se infiere que los representantes ejercen solamente las facultades que se les atribuyen de conformidad con las disposiciones de la constitución. (...) ⁷⁹

Las razones para la destitución de los titulares de cargos electivos deberán preverse en disposiciones legales basadas en criterios objetivos y razonables y que comporten procedimientos justos y equitativos. ⁸⁰

En sus Observaciones finales sobre un informe de Perú, el Comité de Derechos Humanos se refirió a la situación de un grupo de parlamentarios, habiendo expresado que “Deben cesar de inmediato las intimidaciones de los parlamentarios que les impiden representar a sus electores y ejercer sus funciones de manera libre e independiente (...)”. ⁸¹

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 7.

⁸⁰ *Ibid.*, párr. 16.

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, Informe A/56/40, párr. 18, p. 40.

ii) *La doctrina interamericana*

Como se señaló, la Carta de la OEA reconoce “el ejercicio efectivo de la democracia representativa” como principio fundamental de la Organización (art. 3 d). La Carta Democrática Interamericana establece que “Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, (...) la separación e independencia de los poderes públicos” (art. 3). El lugar que ocupan los órganos legislativos electos en la democracia representativa fue reconocido por la Corte Interamericana en el párrafo siguiente:

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. (...) Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquél en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al “ejercicio efectivo de la democracia representativa”, que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica (...) ⁸²

En otra Opinión, la Corte Interamericana resumió esta observación en la frase “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derecho son inseparables.” ⁸³

⁸² Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 32. El párr. 36 reconoce una excepción para las delegaciones legislativas autorizadas por la Constitución.

⁸³ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías, párr. 24. Véase también la Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia, párr. 35.

12.8 La participación directa

Los instrumentos de derechos humanos universales y los interamericanos que constituyen el principal marco de referencia del presente libro reconocen dos modalidades de participación en la dirección de los asuntos públicos: la participación por medio de los representantes electos y la participación en forma directa. Esta última a su vez reviste dos formas: el voto en referéndums o plebiscitos sobre grandes cuestiones de la vida de la nación, y el diálogo directo entre la comunidad y las autoridades.

i) El referéndum y el plebiscito

La doctrina y jurisprudencia sobre consultas nacionales realizadas mediante escrutinio es, en su parte técnica, similar a la relativa a los procesos electorales.⁸⁴ No obstante, cuando la cuestión consiste en pronunciarse sobre aspectos fundamentales del sistema político, se reconoce que se trata no sólo del ejercicio de los derechos políticos, sino también del derecho a la libre determinación. La Observación General No. 25 comenta que “Los derechos consagrados en el artículo 25 están relacionados con el derecho de los pueblos a la libre determinación”, pues este derecho colectivo comprende entre, otras cosas, el “(...) derecho a elegir la forma de su constitución o gobierno.”⁸⁵ En el ámbito interamericano, el golpe de Estado ocurrido en Haití de 1991 fue calificado de violación del derecho a la libre determinación por la Reunión de Ministros de Relaciones Exteriores.⁸⁶ Con respecto a la misma situación, la CIDH indicó que la legitimidad del gobierno debe medirse por la constitución más reciente

⁸⁴ Véase, por ejemplo, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985, pp. 297 y 308, citado en “Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa”, Informe de la CIDH, 1990-1991, p. 562.

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 2.

⁸⁶ MRE/RES.1/91, citado en el Informe Anual de la CIDH, 1991, p. 235.

aprobada por el pueblo de Haití, a la que calificó de “única expresión de la voluntad soberana del pueblo (...) durante el periodo en cuestión.”⁸⁷

ii) La participación directa permanente

Hay un creciente reconocimiento de la importancia de la participación directa y, en particular, del diálogo a nivel local, no como alternativa a la democracia representativa sino como forma complementaria de participación. El derecho de la persona a participar en la toma de decisiones que le afectan constituye el eje fundamental de la nueva normativa sobre los derechos de las comunidades indígenas, que se analiza en el Capítulo.14. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer consagra expresamente una dimensión importante de este derecho, cual es el derecho de la mujer rural a “Participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo a todos los niveles”, y la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios prevé “(...) la consulta o la participación de los trabajadores migratorios y sus familiares en las decisiones relativas a la vida y la administración de las comunidades locales” (art. 14.2 a).

Al respecto el Comité de Derechos Humanos señala lo siguiente:

Los ciudadanos también participan en la dirección de los asuntos públicos ejerciendo influencia mediante el debate y el diálogo públicos con sus representantes y gracias a su capacidad para organizarse. Esta participación se respalda garantizando la libertad de expresión, reunión y asociación.⁸⁸

⁸⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití de 1988, párr. 8, p. 200 e Informe de 1994, párr. 316.

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 8.

Asimismo, el Comité de Derechos Humanos reconoce que el derecho de las comunidades indígenas a desarrollar “actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley (...) puede requerir (...) medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.”⁸⁹ No obstante, el Comité ha advertido que “no se puede interpretar que el apartado a) del artículo 25 del Pacto significa que cualquier grupo directamente afectado, grande o pequeño, tiene derecho incondicional a elegir las modalidades de su participación en la dirección de los asuntos públicos.”⁹⁰ En un caso concreto, cuando el gobierno invitó a tres grandes confederaciones de comunidades indígenas a participar en consultas nacionales sobre enmiendas constitucionales relativas a los derechos de los indígenas, el Comité consideró que “la participación y representación en esas conferencias no fue objeto de restricciones indebidas”, y el hecho de que una comunidad no haya querido estar representada por ninguna de las confederaciones invitadas y haya preferido participar en forma directa, no podía considerarse una violación del artículo 25 del PIDCP.⁹¹

La doctrina de otras instancias del sistema universal también insiste sobre la importancia de la participación directa en la formulación y puesta en práctica de las políticas públicas. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que los Estados deben tener una estrategia nacional de vivienda y que ésta “deberá reflejar una consulta extensa con todas las personas afectadas y su participación, incluidas las personas que no tienen hogar, las que están alojadas inadecuadamente (...)”.⁹² Su Observación General No.

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23 , párr. 7.

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, La población mikmaq c. Canadá, párr. 5.5 (1991).

⁹¹ *Ibid.*, párr. 6.

⁹² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 4, párr. 12.

12 sobre el derecho a la alimentación señala la importancia de la “participación popular” en la “formulación y aplicación de estrategias nacionales para el derecho a la alimentación”, y la “participación activa de organizaciones de la sociedad civil” en la elaboración de un marco normativo sobre este derecho.⁹³ En cuanto al derecho a la salud, la Observación General No. 14 señala lo siguiente:

Para promover la salud, la comunidad debe participar efectivamente en la fijación de prioridades, la adopción de decisiones, la planificación y la aplicación y evaluación de las estrategias destinadas a mejorar la salud. Sólo podrá asegurarse la prestación efectiva de servicios de salud si los Estados garantizan la participación del pueblo.⁹⁴

La doctrina universal hace especial énfasis en el derecho de participación de los grupos marginados, como las personas con discapacidad, personas mayores y los romaníes (gitanos).⁹⁵ La participación de estos sectores refleja el reconocimiento de que “La organización justa y eficaz de la sociedad exige la inclusión y participación de todos sus miembros.”⁹⁶

La Carta Democrática Interamericana hace alusión a la participación directa en las referencias a la “participación permanente” y a “diversas formas de participación” contenidas en los artículos 2 y 6, que disponen textualmente lo siguiente:

⁹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párrs. 23 y 29.

⁹⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, párr. 54. Véanse también los párrs. 11, 17 y 34.

⁹⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 14 (1994); Observación General No. 6, párr. 5 (1995). Véase también la Recomendación General No. 27 del Comité para la eliminación de la discriminación racial, párr. 43 (2000).

⁹⁶ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, párr. 13 (1997).

El ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional.

La participación de la ciudadanía en las decisiones relativas a su propio desarrollo es un derecho y una responsabilidad. Es también una condición necesaria para el pleno y efectivo ejercicio de la democracia. Promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia.

La CIDH ha reconocido en algunos informes adoptados durante la última década la importancia de la participación directa. El informe sobre Perú, adoptado en 1993, señala que “los derechos políticos (...) no deben ser reducidos a la sola dimensión de un esporádico proceso electoral (...)”.⁹⁷ En 1997 la CIDH formuló una recomendación en el sentido de que el Estado “(...) adopte medidas para fomentar la participación de la población afroecuatoriana y demás grupos minoritarios en la adopción de decisiones a nivel local y nacional.”⁹⁸

12.9 El derecho de acceso a la función pública

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

La Observación General No. 25 contiene las observaciones siguientes:

⁹⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, párr. 103.

⁹⁸ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, p. 127.

El apartado c) del artículo 25 se refiere al derecho y a la posibilidad de los ciudadanos de acceder, en condiciones generales de igualdad, a cargos públicos. Para garantizar el acceso en condiciones generales de igualdad, los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución deben ser razonables y objetivos. Podrán adoptarse medidas positivas para promover la igualdad de oportunidades en los casos apropiados a fin de que todos los ciudadanos tengan igual acceso. Si el acceso a la administración pública se basa en los méritos y en la igualdad de oportunidades, y si se asegura la estabilidad en el cargo, se garantizará su libertad de toda injerencia o presión política. Reviste especial importancia garantizar que las personas no sean objeto de discriminación en el ejercicio de los derechos que les corresponden conforme al apartado c) del artículo 25 por cualquiera de los motivos especificados en el párrafo 1 del artículo 2.⁹⁹

El Comité de Derechos Humanos ha adoptado también durante los últimos años varias decisiones con respecto a este derecho, todas relativas a funcionarios retirados de sus funciones.¹⁰⁰ En el caso *Delgado Páez* concluyó que “la persecución constante y las amenazas personales” sufridas por un maestro en razón de la orientación que había dado a la materia que enseñaba, y que lo obligaron a dejar su puesto y exiliarse, habían configurado una violación del artículo 25 c) del PIDCP.¹⁰¹ En el caso *Gedumbe*, el salario del director de una escuela pública que funcionaba en el exterior fue retenido indebidamente por el embajador. El Ministerio de Educación ordenó que la víctima fuera reintegrada a su puesto y que se le pagaran los salarios retenidos, pero dicha orden no fue acatada y los tribunales rehusa-

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 25, párr. 24.

¹⁰⁰ También hay una jurisprudencia que aborda la situación de funcionarios públicos despedidos desde la perspectiva de la discriminación política y/o denegación del derecho a un recurso y al debido proceso, sin pronunciarse sobre el artículo 25 c. Véanse los Capítulos 5 y 14.

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Delgado Páez c. Colombia*, párr. 5.9 (1990).

ron oír la causa so pretexto de que el embajador gozaba de inmunidad. El Comité consideró los hechos violatorios del artículo 25 c) y del artículo 2 por la ausencia de un recurso eficaz.¹⁰² En el caso Chira, un oficial de policía retirado de su cargo como medida disciplinaria después de 26 años de servicio obtuvo dos decisiones judiciales que ordenaron su reintegración al servicio. El incumplimiento de dichas decisiones, dictaminó el Comité, configuró una violación del artículo 25 c) junto con el derecho a un recurso.¹⁰³ En el caso Mazou, un juez retirado arbitrariamente fue reintegrado a su puesto con pago de los salarios atrasados diez años después de haber entablado un recurso ante el tribunal competente. El Comité consideró que la demora de diez años en reintegrarlo a su función, y el hecho de que no se le había reconocido la categoría que le correspondía, habían sido violatorios de los artículos 25 c) y 2 del PIDCP.¹⁰⁴

El Comité de Derechos Humanos llegó a una conclusión distinta en el caso Kall, sobre un miembro de las fuerzas de seguridad despedido al haberse eliminado la policía de seguridad como “parte de un proceso de reorganización general del Ministerio del Interior, con vistas a restablecer la democracia y el imperio de la ley en el país.”¹⁰⁵ La presunta víctima había sido miembro de la milicia estatal, y había sido trasladado a la policía de seguridad poco antes de la fecha efectiva de la abolición de ésta, y su subsecuente solicitud de empleo en la policía ordinaria no prosperó, supuestamente debido a sus opiniones y afiliación políticas. Los dos hechos fueron considerados en forma independiente. El Comité consideró que el despido como tal no había vulnerado el derecho reconocido por el artículo 25 c), porque había sido resultado de la disolución de la policía de seguridad, medida que afectó a “todos los miembros de la Policía de Seguridad

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, caso Gedumbe c. R.D. Congo, párrs. 5.2, 5.3 y 6 (2002).

¹⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso Chira c. Perú, párrs. 7.4 y 8 (2002).

¹⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Mazou c. Camerún, párrs. 8.3, 8.4 y 9 (2002).

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Kall c. Polonia, párr. 13.3 (1995).

sin distinción ni diferencia.”¹⁰⁶ En cuanto a la solicitud de empleo a la policía ordinaria, el Comité consideró que no se había comprobado que hubiera sido rechazado por motivos políticos, es decir, que los hechos permitían presumir que la solicitud había sido considerada en “condiciones generales de igualdad”.¹⁰⁷

En sus observaciones finales sobre el informe del Líbano, el Comité de Derechos Humanos indicó que el requisito de pertenecer a una de las religiones oficialmente reconocidas para postularse a un cargo público “no se ajusta” al artículo 25 del PIDCP.¹⁰⁸

ii) La jurisprudencia interamericana

La jurisprudencia interamericana sobre el tema es escasa. En el caso conocido como Jueces de Chiriquí, la CIDH determinó que el despido de cinco jueces había sido violatorio de los artículos 8 y 23 c) de la Convención Americana.¹⁰⁹ Los fundamentos de la conclusión sobre el artículo 23 c) no aparecen explícitamente, porque el Estado reconoció que los jueces habían sido destituidos injustamente. En otros casos similares, se nota una tendencia a pronunciarse sobre los aspectos procesales del caso –violaciones del derecho a un recurso y al debido proceso– sin abordar el tema del derecho de acceso a la función pública.¹¹⁰

¹⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 13.4. La decisión descansa en el hecho de que otros funcionarios también fueron reclasificados como miembros de la Policía de Seguridad.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, párr. 13.6.

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, Informe A/52/40 (Líbano), párr. 353.

¹⁰⁹ CIDH, caso Jueces de Chiriquí, párr. 28 (1994).

¹¹⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Baena Ricardo (2001), párr. 214.

Capítulo 13

Los derechos de la niñez y de la familia

13.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Artículo 25

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Derecho a la constitución y a la protección de la familia

Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.

Derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

Artículo VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposicio-

nes que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

Artículo 19. Derechos del niño

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

13.2 Normativa complementaria

Declaración de los derechos del niño de 1959

Preámbulo

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento,¹(...)

Principio 2

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

Principio 6

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al ampa-

¹ El Preámbulo de la Convención Americana cita textualmente este párrafo.

ro y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; (...)²

Principio 8

El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro.

Convención sobre los derechos del niño de 1989

Artículo 1

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 3

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 5

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

² Reiterado en forma sintética por el sexto párrafo del Preámbulo de la Convención Americana de 1989.

Artículo 9

1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 18

1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

*Pacto Internacional de Derechos Económicos,
Sociales y Culturales (PIDESC)*

Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

*Protocolo adicional a la Convención Americana sobre
Derechos Humanos en materia de derechos económicos,
sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)*

Artículo 16

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

*Convención sobre la eliminación de todas las formas
de discriminación contra la mujer*

Artículo 5

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y

al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos.

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento;
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos;
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación;
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial.

El tema de los derechos de la niñez ha sido terreno fértil para la actividad normativa. Recientemente han entrado en vigor dos protocolos facultativos a la Convención sobre los derechos del niño, el primero relativo a la participación de niños en conflictos armados, y el segundo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Existen tres instrumentos importantes sobre la problemática del adolescente frente al sistema penal que son las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores de 1985 (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil de 1990 (Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas sobre la protección de menores privados de libertad, también de 1990. Hay dos instrumentos complementarios relativos al tema de la atención al niño privado de su entorno familiar, la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1986, y el Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional de 1993. También existen varios convenios internacionales del trabajo sobre la edad mínima para las distintas formas de empleo, de los cuales los más relevantes en la materia son el Convenio 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la edad mínima, de 1973, y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Por último, cabe mencionar la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1974.

13.3 Consideraciones generales

Como sujetos de derechos el niño y la familia tienen características comunes. Según los instrumentos universales e interamericanos

que forman el principal marco de referencia, ambos son titulares del derecho a protección (arts. 16.3 y 25.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 23.1 y 24.1 del PIDCP, VI y VII de la Declaración Americana y 17.1 y 19 de la Convención Americana).³ De acuerdo con el PIDCP y con la Convención Americana, el deber de proteger a la familia incumbe al Estado y a la sociedad y el deber de proteger los derechos del niño, a su vez, corresponde al Estado, la sociedad y la familia. Como señala el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959: “El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (...)”.

El reconocimiento de la sociedad y la familia como sujetos de obligaciones de esta índole es excepcional, habida cuenta de la doctrina clásica que considera que la función y el propósito del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) son definir los derechos del individuo frente al Estado. El concepto del derecho a la protección es, además, uno de lo más ambiguos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos. De todos modos, la relación entre los derechos del niño y los de la familia reconocida por las citadas disposiciones del PIDCP y de la Convención Americana –en el sentido de que son el Estado y la sociedad los que deben garantizar la protección de la familia y, a su vez, la sociedad, el Estado y la familia comparten la obligación de proteger los derechos del niño– es razón suficiente para que se aborden en esta obra los temas de los derechos del niño y los derechos de la familia en un solo capítulo.

Adicionalmente, si bien el concepto de familia como sujeto de derechos no se limita a la familia tradicional, la existencia de un niño en un hogar generalmente basta para constituir una familia como sujeto del derecho a protección, y el niño invariablemente es sujeto

³ Cabe agregar que el concepto del derecho a la protección es uno de lo más ambiguos consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH).

no sólo de los derechos como tal sino que es beneficiario de los derechos de la familia. Por tanto, los derechos del niño están tan entrelazados con los de la familia que es menester analizarlos en forma conjunta.

i) Reseña histórica de la normativa sobre los derechos del niño

El derecho de la niñez a una protección especial fue reconocido por la normativa internacional social a inicios del siglo XX. De los seis convenios adoptados durante la Primera Conferencia Internacional del Trabajo, en 1919, dos establecían una edad mínima para distintos tipos de empleo y otro se dedicó a la protección de la maternidad. En 1924 la Sociedad de las Naciones adoptó la primera declaración sobre los derechos del niño, conocida como la Declaración de Ginebra.⁴ No obstante, no fue sino a finales del siglo XX cuando se reconoció plenamente al niño como sujeto de derechos.

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como la Declaración Americana, el PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a una protección especial. La Declaración Universal emplea la fórmula “cuidados y asistencia especiales”. Esta terminología y su ubicación en el párrafo segundo de un artículo dedicado al derecho del niño a un nivel de vida adecuado, sugiere un concepto asistencialista de los derechos del niño. La Declaración Americana emplea la fórmula “protección, cuidados y ayuda especiales”, reconocidos como derecho de todo niño y toda mujer “en estado de gravidez o en época de lactancia”.

El PIDCP y la Convención Americana reconocen el derecho del niño a “las medidas de protección que su condición de menor requiere”, concepto vago pero abierto. El artículo pertinente del PIDCP también consagra, en cuanto derechos del niño, el derecho a un nombre y a una nacionalidad. Algunos otros aspectos del derecho del niño a una protección especial son reconocidos expresamente

⁴ Resolución adoptada el 26 de septiembre de 1924.

por otras disposiciones de estos grandes tratados de derechos humanos, en particular el derecho a no ser condenado a la pena de muerte, a no ser encarcelado junto con adultos y a ser procesado “con la mayor celeridad” (arts. 6.5 y 10.2 b) y 10.3 del PIDCP; arts. 4.5 y 5.5 de la Convención Americana). La Convención Americana también reconoce el derecho del niño acusado de una infracción penal a ser llevado ante un tribunal especializado (art. 5.5).

La segunda Declaración de los Derechos del Niño, adoptada en 1959, consagra algunos principios de fundamental importancia en esta materia. En primer lugar, el derecho del niño a una protección especial se vincula con el concepto del desarrollo integral del niño y de su libertad y dignidad (Principio 2). En una disposición se reconocen las necesidades psicoafectivas del niño y sus implicaciones en la unidad de la familia y en el cuidado del niño privado de ésta (Principio 6). Asimismo, se reafirma el principio conocido hoy día por el lema “el niño primero” (Principio 8).⁵ Se reconoce la importancia de medidas legislativas para el reconocimiento y protección de los derechos del niño, así como la importancia del “interés superior” del niño como norte que debe orientar toda legislación en la materia (Principio 2). No obstante estos avances, la Declaración se caracteriza por un énfasis en los derechos sociales y un concepto del niño como objeto de protección, sin protagonismo propio.

Este esquema se rompe con la elaboración y adopción en 1989 de la Convención sobre los derechos del niño. La Convención contiene 40 artículos sustantivos, bastante más que la Declaración Universal de Derechos Humanos o la Declaración Americana, el PIDCP o la Convención Americana. El análisis del contenido de un instrumento de esta naturaleza escapa a los límites y objetivos de una obra como la presente, sobre todo tomando en cuenta que muchas de las disposiciones de la Convención sobre los derechos del niño establecen o regulan derechos sociales y culturales. Además, no existe una jurisprudencia sobre esta Convención porque el Comité de los

⁵ Este principio fue consagrado por el artículo III de la Declaración de Ginebra de 1924.

Derechos del Niño, establecido por ella, carece de competencia para conocer casos.⁶

Una característica importante de la Convención sobre los derechos del niño son las numerosas referencias a otros instrumentos internacionales. Su Preámbulo hace referencia no sólo a las Declaraciones de los Derechos del Niño de 1924 y de 1959, a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal y a los dos Pactos Internacionales (PIDCP y PIDESC) sino también a las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores, a la Declaración de 1986 sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, y a la Declaración de 1974 sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado. La parte sustantiva de la Convención también contiene referencias importantes a otros instrumentos internacionales. El artículo 11.2 establece el deber de los Estados de concertar o ratificar acuerdos internacionales que tengan como propósito prevenir y reducir el traslado y la retención ilícita de niños, y el artículo 21 e) establece una obligación similar para los Estados donde la adopción internacional es permitida. El Comité de los Derechos del Niño ha indicado que una manera idónea de cumplir con esta obligación es mediante la ratificación de los Convenios de La Haya sobre efectos civiles de la sustracción de menores de 1980 y sobre la cooperación en materia de adopción Internacional de 1993.⁷ El artículo 22.1

⁶ El Comité de los Derechos del Niño, al igual que el Comité de Derechos Humanos y otros comités de expertos del sistema universal, tiene competencia para adoptar observaciones generales, pero hasta el 2003 sólo había adoptado cuatro. No obstante, las observaciones finales sobre los informes de los Estados Partes en la Convención sobre los derechos del niño son una fuente de información útil sobre los criterios del Comité en cuanto al contenido de los derechos plasmados en la Convención sobre los derechos del niño y las prácticas que los contravienen.

⁷ Véase, por ejemplo, las Conclusiones finales del Comité de los Derechos del Niño relativas a los informes sobre Belice, Honduras, Nicaragua, Venezuela, México, Costa Rica y Perú, contenidas en el Informe del año 2000, A/55/41, párrs. 482, 677, 795, 814, 947, 1227 y 1375, respectivamente.

reafirma el derecho del niño refugiado y del niño solicitante de refugio a disfrutar de los derechos reconocidos por “otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario” aplicables, en una clara referencia a la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados y su Protocolo de 1967 (véase el Capítulo 8). Asimismo, el artículo 38 incorpora al sistema de protección establecido por la Convención las normas del derecho internacional humanitario (DIH) que tienen relevancia para la niñez. Los artículos 37 y 40 contienen disposiciones inspiradas por las Reglas de Beijing, y el Comité de los Derechos del Niño considera que estas Reglas y sus dos instrumentos complementarios –las Directrices de Riad y las Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad– sirven para la interpretación de dichos artículos.⁸ De esta manera, la Convención sobre los derechos del niño sirve para articular la normativa de origen diverso en un solo *corpus juris*.

ii) Reseña de la normativa relativa a la familia

La normativa internacional en materia de derechos humanos sobre la familia tiene varias facetas. En primer lugar, reconoce el derecho del individuo a “casarse y fundar una familia”. En segundo lugar, reconoce que la familia como entidad colectiva –“elemento fundamental de la sociedad” según la expresión consagrada– tiene derecho a protección. Y en tercer lugar, la normativa sobre la familia consagra el principio de la igualdad de los cónyuges, una manifestación del principio general de la igualdad del hombre y la mujer. La Declaración Universal de Derechos Humanos recoge estos tres derechos y principios en su artículo 16. El artículo VI de la Declaración Americana es más escueto al disponer que “Toda persona tiene derecho a constituir una familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella”.

⁸ Recomendación adoptada por el Comité de los Derechos del Niño en 1999, A/55/41, p. 6.

El artículo 23 del PIDCP y 17 de la Convención Americana contienen los mismos elementos, aunque con diferencias significativas en su redacción. El párrafo segundo del artículo 23, por ejemplo, precisa que son el hombre y la mujer quienes tienen derecho a casarse y fundar una familia. El PIDCP consagra “la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos”, mientras que el artículo 17 de la Convención se refiere a “la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades”.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen dos condiciones que afectan el derecho a casarse, a saber: el libre consentimiento de los futuros cónyuges y una edad mínima. Estas condiciones están vinculadas a la lucha contra la trata de personas y a otras prácticas asimiladas a la esclavitud. La Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud de 1953 definen como práctica análoga a la esclavitud:

Toda institución o práctica en virtud de la cual:

- i) Una mujer, sin que la asista el derecho a oponerse, es prometida o dada en matrimonio a cambio de una contrapartida en dinero o en especie entregada a sus padres, a su tutor, a su familia o a cualquier otra persona o grupo de personas;
- ii) El marido de una mujer, la familia o el clan del marido tienen el derecho de cederla a un tercero a título oneroso o de otra manera;
- iii) La mujer, a la muerte de su marido, puede ser transmitida por herencia a otra persona; (art. 1 c).

Seguidamente dispone lo siguiente:

Con objeto de poner fin a las instituciones y prácticas a que se refiere el inciso c) del artículo 1 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prescribir, allí donde proceda, edades mínimas apropiadas para el matrimonio, a fomentar la adopción de un procedimien-

to que permita a cualquiera de los contrayentes expresar libremente su consentimiento al matrimonio ante una autoridad civil o religiosa competente, y a fomentar la inscripción de los matrimonios en un registro (art. 2).

La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana, al igual que el PIDCP y la Convención Americana, reconocen la intimidad de la familia como parte del derecho a la intimidad.⁹

Al no existir un instrumento internacional dedicado específicamente a los derechos de la familia, el instrumento que contiene más normas sobre la materia es la Convención sobre los derechos del niño. El artículo 7.1 consagra el derecho de todo niño a “conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”, y el artículo 8.1 reconoce “las relaciones familiares” como parte del derecho a la identidad. El artículo 9 establece una serie de garantías sustantivas y procesales relativas a la separación del niño de su familia por las autoridades. El artículo 11 se refiere al traslado y retención ilícita de un niño en un país extranjero, práctica normalmente asociada a la obstaculización por parte de un padre del derecho de guarda del otro (el párrafo 3 del artículo 9 indica que en caso de separación de los padres el niño tiene derecho a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”). El artículo 18 reconoce que los padres tienen “la responsabilidad primordial de la crianza y desarrollo” de sus hijos, y el artículo 24 que los padres tienen “la responsabilidad primordial” de asegurar a sus hijos un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. En ambos casos, el Estado tiene el deber de apoyar a los padres, en la medida en que éstos no estén en condiciones de cumplir estas responsabilidades sin ayuda. El equilibrio entre las responsabilidades del Estado y las de la familia con respecto al niño está definido en el artículo 5.

⁹ El artículo 16 de la Convención sobre los derechos del niño reafirma este derecho.

En 1990 se adoptó la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familias. La Convención señala que los familiares tienen los mismos derechos que el trabajador migratorio. El artículo 44 de esta Convención reconoce el principio de la unidad de la familia y su segundo párrafo dispone lo siguiente:

Los Estados Partes tomarán las medidas que estimen apropiadas y entren en la esfera de su competencia para facilitar la reunión de los trabajadores migratorios con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan con el trabajador migratorio una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo.

Los artículos 45 y 53 establecen ciertos derechos de los hijos de los trabajadores migratorios y de otros familiares sobre la educación, la capacitación, los servicios de salud, la vida cultural y el empleo. El artículo 5.4 de la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven también contiene una disposición relativa a la unidad de la familia que dispone: “Con sujeción a la legislación nacional y la autorización debida, se permitirá que el cónyuge y los hijos menores o a cargo de un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado lo acompañen, se reúnan y permanezcan con él”.

iii) Las responsabilidades del Estado y de otros actores

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad”, que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. El niño, según el PIDCP (art. 24.1) y la Convención (art. 19), tiene derecho a protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Hasta la fecha, el contenido de las obligaciones de la sociedad hacia la familia no ha sido claramente definido, ni por la doctrina y la jurisprudencia sobre los instrumentos antes mencionados, ni por la elaboración de instrumentos complementarios. En contraste, la Convención sobre los derechos del niño contiene varias disposiciones que aclaran las obligaciones de la familia hacia el niño, como se verá en la sección 13.4. Muy esquemáticamente se puede resumir que los padres tienen la “responsabilidad primordial” en la tutela de los derechos de los niños, y el Estado la responsabilidad de asegurar que la familia esté en condiciones de cumplir con esta responsabilidad.¹⁰ El incumplimiento por parte de los padres de sus deberes en esta materia legitima una intervención en la familia de parte del Estado, a fin de proteger a los niños.

La Convención sobre los derechos del niño reconoce “el interés superior del niño” como principio trascendental que ha de orientar literalmente toda medida que lo afecte. El artículo 18 establece que este principio debe orientar a los padres en la crianza de sus hijos, y el párrafo primero del artículo 3 establece que este principio debe constituir “una consideración primordial” en toda medida tomada por “instituciones privadas de bienestar social” que afecte a un niño, lo que puede considerarse una alusión al rol de la sociedad. Las obligaciones del Estado con respecto a la regulación y control de las instituciones que atienden a la niñez están definidas en el párrafo tercero del artículo 3, que establece:

Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

¹⁰ Cabe recordar el artículo XXX de la Declaración Americana que establece que “Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad (...)” .

Asimismo, el artículo 5 reconoce la obligación del Estado de respetar “las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, *en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad*, según establezca la costumbre local (...)” en la orientación de la niñez (énfasis agregado).

iv) Alcance del capítulo

Los derechos de los adolescentes infractores son abordados en la sección 1.10 del Capítulo 1 relativa a la pena de muerte, en la sección 2.10 del Capítulo 2 relativa a los derechos de los presos, y en la sección 5.20 del Capítulo 5 sobre el derecho de los adolescentes infractores a un trato especial. El derecho de los presos a tener contacto con su familia también se examina en la sección 2.10 del Capítulo 2 sobre los derechos de los presos. En lo que respecta a la familia, el derecho a la intimidad se analiza en la sección 7.4 del Capítulo 7 dedicada a este último derecho. El principio de la unidad de la familia se examina en el Capítulo 8 sobre el derecho a la nacionalidad, residencia, circulación y asilo.

13.4 El derecho del niño a una protección especial

i) La definición de “niño”

En la normativa internacional sobre derechos humanos el término “niño” incluye tanto al niño como al adolescente. Pero la definición del término para efectos de los derechos del niño requiere respuesta a dos interrogantes: cuándo se convierte el feto en persona y cuándo una persona se considera adulta.

El Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño reitera una frase contenida en el Preámbulo de la Declaración de 1959, que reza: “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal,

tanto antes como después del nacimiento”. No obstante, la definición de “niño” plasmada en el primer artículo de la Convención no contiene referencia alguna al feto o al niño por nacer. Los trabajos preparatorios de la Convención indican que la decisión de no incluir en el artículo 1 una disposición sobre esta cuestión fue adoptada precisamente a fin de dejar a los Estados Partes discreción para adoptar una interpretación en conformidad con sus valores y tradiciones.¹¹

De todas formas es menester reconocer que, si bien la frase contenida en el Preámbulo implica que el niño adquiere algunos derechos antes de nacer, no resuelve la pregunta de saber en qué momento se adquiere la condición de persona y el estatus de sujeto de derechos. En el sistema universal existe una incipiente doctrina que reconoce el derecho al aborto, aunque los alcances y límites de este derecho también son muy ambiguos. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en una alusión al aborto ha señalado que: “La negativa de (...) la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria.”¹² El Comité de Derechos Humanos manifiesta interés en las medidas adoptadas por los Estados Partes “para ayudar a la mujer a prevenir embarazos no deseados y para que no tengan que recurrir a abortos clandestinos que pongan en peligro su vida”.¹³ Las

¹¹ El primer anteproyecto de convención no contenía ninguna definición del término “niño”. Un segundo proyecto proponía que el término “niño” se entendiera como “(...) todo ser humano desde el nacimiento hasta la edad de dieciocho (...)”, lo que provocó una contrapropuesta para que ese término se entendiera como toda persona desde la concepción hasta los dieciocho años. Véanse los documentos E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48, párrs. 76-77. La única solución posible a esta diferencia conceptual era soslayarla.

¹² Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 24, párr. 11.

¹³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 11 (2000). El Comité ha reiterado esta preocupación en sus observaciones finales sobre los informes de algunos Estados Partes durante los últimos años. Véanse, por ejemplo, sus Observaciones sobre los informes de Argentina y Perú, A/56/

observaciones finales del Comité sobre los informes de algunos Estados Partes confirman su doble preocupación con las consecuencias de la prohibición absoluta del aborto para la salud de la mujer, por un lado, y con el uso indiscriminado del aborto, por otro.¹⁴

La normativa interamericana no contiene una definición de niño, pero el artículo 4.1 de la Convención Americana precisa que el derecho a la vida “estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”. Según la jurisprudencia de la CIDH esta obligación es vinculante únicamente para los Estados Partes en la Convención, es decir, no está implícita en la Declaración Americana (véase el Capítulo 1).

La cuestión de saber cuándo un adolescente se convierte en adulto y pierde el derecho a la protección que corresponde a la condición de “niño” es compleja. Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP ni la Convención Americana contienen una disposición al respecto. La Convención sobre los derechos del niño dispone que “niño” significa toda persona menor de 18 años de edad, pero agrega “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.” Algunas normas establecen límites de edad fijos para efectos de ciertos derechos. El artículo 38 de la Convención sobre los derechos del niño prohíbe el reclutamiento por las fuerzas armadas y la participación en conflictos armados de niños menores de 15 años de edad, y el primer protocolo a la Convención establece la edad mínima de 18 años para la participación en hostilidades y para el servicio militar obligatorio (arts. 1 y 2). Varios instrumentos prohíben categóricamente la imposición de la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad (véase el Capítulo 1). Las Reglas para la protección de menores privados de libertad se aplican a toda

40, párrs. 14 y 20, pp. 32 y 40, respectivamente. También ha manifestado preocupación por las consecuencias del uso del aborto como método de control de natalidad. Véanse las Observaciones finales sobre el informe de Moldova, A/57/40, párr. 18, p. 72.

¹⁴ Véanse las observaciones citadas en el Capítulo 1 sobre el derecho a la vida.

persona menor de 18 (véase el Capítulo 2). La Recomendación sobre la edad mínima para el matrimonio adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1965 establece que dicha edad “en ningún caso podrá ser inferior a los quince años (...)”. Según el Convenio 138 de la OIT, en general la edad mínima para empleo de tiempo completo no debe ser inferior a los 15 años, y la edad mínima para trabajo peligroso no debe ser inferior a los 18 años de edad (arts. 2.3 y 3.1). La legislación puede autorizar el empleo de personas de 13 y 14 años de edad siempre que el trabajo no sea peligroso ni interfiera con la educación del niño empleado (art. 7). El Comité de los Derechos del Niño considera al Convenio 138 coherente con el artículo 32 de la Convención y con frecuencia insta a los Estados a ratificarlo.¹⁵

En su Opinión Consultiva OC-17/2002, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) declaró que el derecho del niño acusado de conducta delictiva a ser juzgado por un tribunal especializado beneficia a toda persona menor de 18 años de edad (véase el Capítulo 5).

ii) Reseña del contenido de la Convención sobre los derechos del niño

Uno de los objetivos principales de la Convención sobre los derechos del niño fue confirmar al niño como sujeto de derechos. Este instrumento consagra el derecho del niño a la vida (arts. 6 y 37 a), la integridad, seguridad y libertad personal (art. 37 a, b y d), a un nombre y nacionalidad (art. 7), al debido proceso y al trato humano cuando es privado de libertad (arts. 40 y 37 c), a la intimidad (art. 16), a la libertad de expresión (art. 13), de información (art. 17), de asociación y de reunión (art. 15), y a la igualdad (art. 2), o sea, casi todos los derechos consagrados por el PIDCP y por la Convención Ameri-

¹⁵ Véanse sus Observaciones finales sobre los informes de Ecuador y Belice, A/55/41, párrs. 298 y 489 (1998 y 1999).

cana.¹⁶ La Convención también confirma la mayor parte de los derechos consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tales como el derecho a atención médica (art. 24), seguridad social (art. 26), a un nivel de vida adecuado (art. 27), a educación (arts. 28 y 29), al descanso, actividades recreativas y a la cultura (art. 31). Sin embargo, la Convención no reconoce al niño como sujeto de todos los derechos humanos. Entre los derechos que no son consagrados por la Convención están el derecho a recurrir a la justicia, la libertad de residencia y circulación, a casarse y establecer una familia, al trabajo y derechos conexos. En lugar del derecho del niño a recurrir a la justicia, el artículo 12.2 le reconoce el derecho a “ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.¹⁷ La libertad de residencia y circulación son sustituidas por una serie de disposiciones relativas al derecho del niño a vivir con su familia (arts. 7 a 11). No hay referencia alguna al derecho a casarse y establecer una familia porque el matrimonio prematuro se considera como una forma disfrazada de explotación. Tampoco se consagra el derecho al trabajo; el artículo 32 reconoce más bien el derecho del niño a protección contra la explotación económica y contra cualquier trabajo que interfiera con su educación o que sea peligroso o nocivo para su desarrollo.

Otro objetivo importante de la Convención sobre los derechos del niño fue definir el contenido del derecho del niño a la protección. El artículo 11 reconoce el derecho a la protección contra “tras-

¹⁶ El artículo 14 de la Convención Americana consagra la libertad de religión y conciencia aunque en forma más limitada que en otros instrumentos (véase el Capítulo 9).

¹⁷ El inciso d) del artículo 37 sí reconoce el derecho del niño a impugnar la legalidad de una privación de libertad. Véase también el artículo 9.2 que reconoce el derecho de “todas las partes interesadas” a ser oídas en audiencias relativas a la separación de un niño de su familia.

lados y retención ilícitas”. El artículo 19 obliga al Estado a proteger al niño contra “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres (...)”. Como se señaló, la Convención reconoce el derecho a protección contra la explotación económica y laboral (art. 32); contra el abuso de las drogas (art. 33); contra la explotación y abuso sexual (art. 34); contra el secuestro, la venta y trata (art. 35), y contra “todas las demás formas de explotación” (art. 36). El derecho de los niños víctimas de cualquier forma de abandono, abuso o explotación a medidas de recuperación física y psicosocial es reconocido por el artículo 39.

A fin de articular un esquema normativo lo más completo posible la Convención contiene artículos que incorporan las normas pertinentes del derecho internacional de los refugiados (art. 22) y del derecho internacional humanitario (art. 37). Asimismo, se incorporan por primera vez a un tratado normas sobre los derechos de personas con deficiencias físicas (art. 23).

De particular importancia son los principios que rigen la relación entre el niño y sus padres, y entre la familia y el Estado. Según la Convención sobre los derechos del niño son los padres quienes tienen la “responsabilidad primordial” tanto de la crianza de sus hijos como de la satisfacción de las necesidades materiales que permitan su sano desarrollo (arts. 18.1 y 27.2). En la medida en que los padres no estén en condiciones de cumplir con estas responsabilidades por sus propios medios, el Estado tiene el deber de apoyarlos (arts. 18.2 y 27.3). Esta relación de cogarantes es reafirmada por el artículo 3.2, que establece: “Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables (...)”. Al reconocer la responsabilidad de los padres en la crianza de sus hijos, el artículo 18 agrega: “Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.”

El artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño desarrolla el concepto de la responsabilidad de los padres con respecto a

la crianza de sus hijos, al señalar que aquéllos tienen la responsabilidad, el derecho y el deber de “impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos” reconocidos por la Convención. O sea, los padres no deben ni impedir a sus hijos el disfrute de sus derechos fundamentales, ni dejarles sin dirección y orientación en el uso de la libertad.

La primera obligación del Estado es respetar a los padres en el cumplimiento de estas responsabilidades. En la medida en que los padres no las cumplen a cabalidad, las autoridades tienen el derecho y el deber de intervenir para proteger los derechos del niño. En lo posible, la intervención consistirá en dar a los padres la orientación y el apoyo necesarios para superar los problemas que afectan la forma como cumplen estos deberes (art. 18.2). En casos extremos, las autoridades pueden separar a los niños del hogar familiar; esta medida es permitida únicamente en caso de ser “necesario en el interés superior del niño”, según el artículo 9, y debe respetar los principios de legalidad y de contradicción, con derecho a revisión judicial. La situación del niño privado de su medio familiar –sea por decisión de las autoridades, por abandono o por fuerza mayor– se rige por los artículos 20 y 21. Los niños en esta situación tienen derecho a “protección y asistencia especial”, que pueden consistir en la entrega a una familia sustituta, la adopción o, en última instancia, la colocación en una institución de protección (arts. 20.1 y 20.2). La adopción está regida por el artículo 21, que dispone que “el interés superior del niño” debe ser “la consideración primordial” que oriente dicha institución jurídico-social. Este artículo también contiene una serie de garantías para prevenir el abuso de la adopción, en particular en la adopción internacional.

iii) La doctrina y la jurisprudencia universales

La jurisprudencia sobre los derechos del niño del Comité de Derechos Humanos no es extensa. En el caso Mónaco, una abuela hizo

una denuncia en nombre suyo y de una nieta cuya madre había desaparecido después de su detención. La nieta tenía siete años de edad cuando fue identificada por su abuela, gracias al análisis de su histocompatibilidad, y tenía 14 años de edad en el momento de la presentación del caso ante el Comité. Dos años después de recuperar a su nieta la abuela consiguió la guarda, pero la justicia reconoció el derecho de visita a la señora que la había criado durante los primeros años de su vida. Los recursos interpuestos para poner fin a estas visitas y obtener el reconocimiento del derecho de la nieta a utilizar su apellido original no tuvieron éxito. Estos hechos fueron denunciados ante el Comité como tortura psicológica, violación del derecho a la intimidad y a la protección de la familia, y violación del derecho a debido proceso, entre otros. El Comité concluyó que los hechos no corroboraban la mayoría de las presuntas violaciones, pero que la denegación del derecho de la abuela a representar a la nieta ante las instancias nacionales competentes cuando tenía la tutela de ella, “dejó efectivamente a [la nieta] sin la debida representación y, en consecuencia, sin la protección a la que tenía derecho en su condición de menor”, lo que vulneró el artículo 24 del PIDCP.¹⁸

En el caso Thomas (D.), el Comité de Derechos Humanos concluyó que la detención de un adolescente en una cárcel de adultos había sido violatoria de los artículos 10.2 y 10.3 del PIDCP que prohíben la detención de menores con adultos, así como del artículo 24 que reconoce el derecho del niño a protección.¹⁹ La víctima tenía 15 años cuando fue detenida y 17 cuando el Comité pronunció su dictamen. El PIDCP no contiene una definición de los términos “menor” ni “niño”, y la decisión del Comité no precisa los criterios aplicados en este caso para determinar que las disposiciones citadas eran aplicables.²⁰ No obstante, en su Observación General No. 21 sobre el artículo 10, el Comité había comentado lo siguiente:

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco y otra c. Argentina, párr. 10.3 (1995).

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Thomas (D.) c. Jamaica, párrs. 6.5 y 6.6 (1999).

²⁰ La decisión señala que el derecho de la víctima a una reparación comprendía

El artículo 10 no indica ningún límite de edad para los menores delincuentes. Aunque cada Estado Parte deberá decidir sobre este particular a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes, el Comité opina que el párrafo 5 del artículo 6 [que prohíbe la imposición de la pena de muerte a toda persona menor de 18 años] sugiere que todos los menores de 18 años deberían ser tratados como menores, al menos en las cuestiones relativas a la justicia penal.²¹

El caso Celis Laureano trata sobre la desaparición de una persona de 16 años de edad en circunstancias que permitieron presumir la responsabilidad de las fuerzas de seguridad. En el examen de este caso el Comité de Derechos Humanos concluyó que, además de las violaciones de los derechos a la vida, la libertad y seguridad de la víctima, habida cuenta de su edad, la falta de una investigación sobre su desaparición constituyó una violación de su derecho a la protección en virtud del artículo 24.1 del PIDCP.²² Asimismo, concluyó que la falta de contacto entre la joven y su familia, producto de la desaparición, formó parte de un cuadro de trato cruel e inhumano violatorio del artículo 7 del PIDCP²³ (véase el Capítulo 2).

Las observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño también arrojan luz sobre el contenido del derecho de los niños a protección. Un tema que recurre con frecuencia es la necesidad de prohibir y eliminar el uso de castigos corporales, tanto en el hogar y

el derecho a ser trasladada a una institución para menores a pesar de que a los 17 años de edad ya era mayor, según la legislación interna. *Ibíd.*, párr. 8; Informe inicial de Jamaica al Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/8/Add.12, párr. 19.

²¹ Observación General No. 21, 1992, párr. 13. La Observación General No. 17 sobre el artículo 24, adoptada en 1989, indica apenas que incumbe a cada Estado establecer una edad de mayoría “a la luz de las condiciones sociales y culturales pertinentes”, agregando que dicha edad no debe ser “irracionalmente corta”, párr. 4.

²² Comité de Derechos Humanos, caso Celis Laureano y otra c. Perú, párr. 8.4 (1996).

²³ *Ibíd.*, párr. 8.5.

en la escuela, como en la administración de justicia y en instituciones residenciales.²⁴ Las observaciones del Comité señalan que la legislación sobre el abuso sexual no debe limitarse a abusos contra las niñas, sino que debe proteger también a los niños.²⁵ El Comité también ha señalado que los servicios de rehabilitación de víctimas de éste y otros tipos de abusos contra los niños deben evitar criminalizar y estigmatizar a las víctimas.²⁶ La eficaz protección de los adolescentes contra los graves problemas del embarazo prematuro, las enfermedades de transmisión sexual, el aborto clandestino y el suicidio requiere el acceso efectivo del adolescente a servicios de salud idóneos, según el Comité, así como el reconocimiento de su derecho a consultar tales servicios por decisión propia “cuando ello responde al interés superior del niño”.²⁷

iv) La doctrina interamericana

En el año 2002 la Corte Interamericana adoptó una Opinión Consultiva de suma importancia sobre los derechos del niño; esta Opinión, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), versa sobre la interpretación de los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana, relativos al debido proceso, derecho a la protección judicial y a los derechos del niño.²⁸ Según la Comisión la solicitud se originó en la situación siguiente:

²⁴ Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia y Belice, A/55/41, párr. 354 y 480 (1998 y 1999).

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ Véase, por ejemplo, su Observación final sobre el informe de Belice, A/55/41, párr. 483, (1999).

²⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observaciones finales sobre los informes de Belice, Ecuador y Honduras, A/55/41, párrs. 292, 475, 680 (1998 y 1999) respectivamente.

²⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-17/2002, párr. 1.

(...) [e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.²⁹

La CIDH solicitó a la Corte Interamericana pronunciarse sobre la compatibilidad de cinco prácticas con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a saber:

- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse (...) que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) (...) la internación de menores (...) por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad (...)
- c) la aceptación (...) de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor [; y]
- e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente (...).³⁰

²⁹ *Ibíd.*, párr. 2.

³⁰ *Ibíd.*, párr. 4.

La Opinión es notable por la importancia que otorga a la Convención sobre los derechos del niño en la interpretación del contenido del artículo 19 de la Convención Americana. La primera conclusión de la Corte Interamericana es que: “En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la Corte en otros casos, se entiende por ‘niño’ a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad”.³¹ La Corte también reconoce la importancia del principio de la primacía del interés superior del niño, al manifestar lo siguiente:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.³²

Asimismo, la Corte Interamericana manifestó “Que la expresión ‘interés superior del niño’ (...) implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”³³

Haciendo eco del Preámbulo de la Convención sobre los derechos del niño y del Preámbulo de la Declaración de 1959, la Corte Interamericana declaró que “El niño tiene derecho a vivir con su fa-

³¹ *Ibíd.*, párr. 42. Véase también el párr. 101: “(...) el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años.” No obstante, una de las conclusiones formales de la Corte Interamericana enunciadas en el párr. 137 declara “Que para los efectos de esta opinión consultiva, ‘niño’ o ‘menor de edad’ es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42”. El significado de esta conclusión no es claro, pues ni el párrafo 42 ni ningún otro hace referencia a la cláusula contenida en el artículo 1 de la Convención sobre los derechos del niño que remite a la legislación interna.

³² *Ibíd.*, párr. 56.

³³ *Ibíd.*, párr. 137.2.

milia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas”.³⁴ Con respecto a las circunstancias que pueden justificar la separación de un niño de su familia, la Corte opinó lo siguiente: “Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”.³⁵

En particular, “La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención”.³⁶

Con respecto a la segunda práctica objeto de la consulta –la internación del niño por motivos no penales– la Corte Interamericana opinó lo siguiente:

(...) La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica.

Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquéllos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencio-

³⁴ *Ibíd.*, párr. 71.

³⁵ *Ibíd.*, párr. 137.5. Véase también el párr. 77.

³⁶ *Ibíd.*, párr. 76.

nado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.³⁷

Al mismo tiempo, la Corte Interamericana reconoció que hay niños que necesitan “intervención oportuna y esmerada en instituciones” especializadas, sea por carencia absoluta de un medio familiar idóneo, sea por razones de salud, educación o comportamiento. Respecto a esta problemática, la Opinión manifestó lo siguiente:

Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.³⁸

La Opinión recalca que el derecho al debido proceso debe respetarse en todo proceso que afecte la libertad del individuo, sea de carácter judicial u otro.³⁹ El contenido de este derecho debe interpretarse a la luz de la Convención sobre los derechos del niño y otros instrumentos universales.⁴⁰ El segmento de la Opinión dedicado al debido proceso (sus párrafos 115 a 134), si bien se sustenta principalmente en un análisis de la normativa relativa a los derechos de

³⁷ *Ibíd.*, párrs. 108 y 110.

³⁸ *Ibíd.*, párr. 113.

³⁹ *Ibíd.*, párrs. 115 y 117.

⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 116. Se mencionan específicamente las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas Mínimas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio.

las personas acusadas de una infracción penal, se refiere a todo proceso que pueda afectar la libertad del niño.⁴¹ Por tanto, es válido tanto para procesos contra adolescentes acusados de una “conducta penalmente típica” como para procesos que examinan la necesidad de internar a un niño por motivos de salud, educación o comportamiento en una institución de protección o tratamiento especializado.⁴² Esta interpretación constituye un aporte valioso a un tema cuya relevancia desborda los límites de los derechos del niño, a saber: el contenido del derecho al debido proceso en procedimientos no penales (véase el Capítulo 5). Todo proceso que pueda resultar en la privación de la libertad de una persona menor de 18 años de edad debe caracterizarse por el respeto no sólo del derecho a ser oído por un tribunal competente, independiente e imparcial, sino por la presunción de inocencia, la igualdad de las partes, el derecho del niño a guardar silencio y a no ser interrogado sin presencia de un asesor, y el derecho a recurrir contra la decisión del tribunal de primera instancia.⁴³ Las conclusiones más relevantes de la Corte Interamericana se plasman en los párrafos siguiente:

Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble ins-

⁴¹ Se traen a colación los artículos 38 y 40 de la Convención sobre los derechos del niño, por ejemplo, pero no el artículo 9, relativo al debido proceso en procedimientos sobre la separación de un niño de su familia, ni el artículo 25 que reconoce el derecho del niño internado por razones de salud física o mental a una revisión periódica de la medida. Asimismo, se citan las Reglas y Directrices de las Naciones Unidas sobre la problemática de la conducta penalmente típica de adolescentes, pero no las Reglas para la protección de menores privados de libertad, que se aplican a la privación de libertad por cualquier motivo.

⁴² O sea, los procesos del tipo contemplado en los párrs. 109 y 113.

⁴³ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-17/2002, párrs. 120, 124-127, 132, 129-130, 121 y 137.10.

tancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.⁴⁴

Que la conducta que motive la intervención del Estado en (...) casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas [penalmente] típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.⁴⁵

v) *La jurisprudencia interamericana*

La importancia de la Convención sobre los derechos del niño en la interpretación del derecho del niño a la protección fue reconocida por primera vez por la Corte Interamericana en su sentencia en el caso conocido como Los niños de la calle.⁴⁶ La sentencia declara al respecto que “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un comprensivo [sic] *corpus juris* internacional de la protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido de los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”.⁴⁷ Concretamente, la Corte concluyó que el derecho a la

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 137.10.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 137.12.

⁴⁶ Corte Interamericana, caso Villagrán Morales y otros (Guatemala).

⁴⁷ *Ibid.* (Fondo), párr. 194 (1999).

supervivencia y al desarrollo, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho del niño privado de su medio familiar y el derecho a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación forman parte intrínseca del derecho del niño a protección.⁴⁸ Con respecto a los menores de la calle, en particular, la Corte declaró que:

(...) si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad”.⁴⁹

La Corte Interamericana toma en cuenta el interés superior del niño para efectos de determinar las reparaciones a las cuales tienen derecho los hijos de víctimas de violaciones de derechos humanos.⁵⁰

En la década de los noventa la CIDH comienza a desarrollar su jurisprudencia sobre los derechos del niño.⁵¹ En el caso Alan García,

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 196.

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 197. Se citan la Directriz No. 9 de las Directrices de Riad y la Regla No. 26 de las Reglas de Beijing.

⁵⁰ Corte Interamericana, caso Suárez Rosero, interpretación de la sentencia sobre reparaciones, párr. 31 (1991).

⁵¹ En 1987, en el caso Roach y Pinkerton, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) reconoció la existencia de una norma consuetudinaria perentoria (*jus cogens*) que prohíbe la imposición de la pena capital a niños, pero no de una norma consuetudinaria que definiera como “niño” toda persona menor de 18 años de edad (párrs. 56-57). La decisión establece al respecto: “La Comisión acepta el argumento de los Estados Unidos de que no existe en estos momentos una norma consuetudinaria en derecho internacional que establezca la edad de 18 años como edad mínima para la imposición

los hijos (y la esposa) del exmandatario peruano fueron privados de libertad en su residencia por elementos de las Fuerzas Armadas, quienes pretendían arrestar al señor García. La CIDH consideró que la privación de libertad de los niños no sólo constituía una privación arbitraria de la libertad personal, sino también una violación del artículo 19 de la Convención Americana. La decisión comenta al respecto:

Los instrumentos internacionales de salvaguarda de los derechos del niño han interpretado el derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requiere” como una obligación afirmativa de los Estados de considerar en todas sus acciones el interés superior del niño. La primacía de tal concepto ha sido entendida como el deber de los Estados, y de la sociedad en general, de proteger especialmente los derechos de los menores.⁵²

El caso conocido como X y Y c. Argentina trata sobre la esposa e hija de un preso que fueron obligadas a someterse a una inspección vaginal para poder visitar a su cónyuge y padre. La decisión concluye que dicha medida representa una injerencia muy grave en la integridad personal, que sólo podría justificarse en circunstancias excepcionales.⁵³ La CIDH decidió examinar los alegatos a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, además de los artículos relativos a la integridad personal, la intimidad, la honra y dignidad, y el derecho de la familia a protección.⁵⁴ En el caso de la hija, conclu-

de la pena de muerte. Sin embargo, la Comisión hace notar que dicha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional (...)” (párr. 60). Hoy día, con la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas salvo dos, cabe preguntarse si todavía puede negarse la existencia de una norma consuetudinaria sobre este particular.

⁵² CIDH, caso García c. Perú, p. 101 (versión en inglés) (1994).

⁵³ CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 72 (1996). Véase el Capítulo 2.

⁵⁴ *Ibíd.*, párr. 49.

yó que “por el evidente motivo de la edad de la niña, el método de revisión vaginal empleado resultaba absolutamente inadecuado e irrazonable”, y que la aplicación de procedimientos de esta naturaleza a una niña de 13 años “(...) puede resultar en grave daño psicológico (...)”.⁵⁵ La CIDH rechazó el argumento de que las víctimas habían estado de acuerdo con la medida, haciendo notar que “en el caso de Y no era posible contar con un consentimiento real dado que, en ese momento, era una niña de 13 años totalmente dependiente de la decisión tomada por su madre, la Sra. X, y de la protección que le ofreciera el Estado”.⁵⁶ El caso conocido como González Pérez se refiere a tres hermanas indígenas retenidas, violadas y amenazadas por una unidad militar por sospechar que tenían vínculos con un movimiento guerrillero.⁵⁷ Tratándose de la hermana menor de 16 años de edad, la CIDH consideró que ese trato había vulnerado el artículo 19 de la Convención, además del derecho a la integridad personal, la honra y la dignidad y el derecho a la protección judicial.⁵⁸

Reviste especial interés la decisión de la CIDH en el caso De Oliveira relativo al asesinato de un niño de la calle, porque la violación de su derecho a protección no se fundamenta en el asesinato como tal, sino en su situación de desamparo que culmina en la muerte. La decisión dice en su parte pertinente:

(...) mientras la legislación interna y la Convención ratificada por el Brasil reconocen la obligación primordial del Estado de brindar al niño cuidados y atenciones especiales por su condición vulnerable, en el caso actual las instituciones estatales no ofrecieron las condiciones básicas para cumplir su obligación de proteger al menor Marcos Aurelio de la violencia, y quebrantaron el artículo 19 de la Convención.⁵⁹

⁵⁵ *Ibíd.*, párrs. 93 y 104.

⁵⁶ *Ibíd.*, párr. 79.

⁵⁷ CIDH, caso Ana, Beatriz y Celia González Pérez c. México, párrs. 13-15 (2000) (los nombres son ficticios).

⁵⁸ *Ibíd.*, párrs. 60-61.

⁵⁹ CIDH, caso De Oliveira c. Brasil, párr. 38 (2000).

(...) la Comisión comprueba que la aparente libertad de estos niños y jóvenes para circular, buscar formas de supervivencia y pernoctar en las calles no es tal libertad. No sólo las circunstancias sociales de sus familias, sino también la falta de medidas adecuadas del Estado para proveerles el marco de educación, salud, hogar y apoyo los obligan a estar allí. Esos niños y jóvenes (...) viven en la calle contra su voluntad, por falta de las opciones y salvaguardas mínimas que le den oportunidad y cauce a una vida con los mínimos estándares que le garantiza las Constitución nacional y los compromisos internacionales de Brasil.⁶⁰

La ausencia de instituciones, políticas sociales y medidas necesarias para poner en práctica el artículo 19 de la Convención Americana y los instrumentos universales, agrega la CIDH, genera un “círculo vicioso de marginalidad, falta de oportunidades, persecución y convivencia con la ilegalidad de los menores como Marcos Aurelio, que se completa con la desconfianza que genera en sectores de la sociedad, facilita la corrupción de las fuerzas de seguridad en su trato hacia ellos y, a su vez, genera mayor marginalidad y violencia.”⁶¹

En su decisión reciente en el caso de la finca La Exacta, la CIDH consideró que la elaboración de un plan de las fuerzas de seguridad para poner fin a una ocupación de tierras que “no contempló medida alguna de protección para los niños que estarían presentes”, violó el artículo 19 de la Convención Americana.⁶²

13.5 La protección de la familia

El derecho de la familia a tener protección proviene de dos fuentes en la normativa internacional que son las normas dedicadas a la familia como tal, y las relativas al derecho a la intimidad. Las primeras reconocen el derecho de la familia como entidad colectiva a pro-

⁶⁰ *Ibid.*, párr. 40.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 42.

⁶² CIDH, caso finca La Exacta (Guatemala), párr. 81 (2002).

tección, sin más precisiones sobre el contenido de dicha protección. Las normas relativas a la intimidad son más concretas y reconocen el derecho del individuo a protección contra injerencias ilegales, arbitrarias o abusivas en su familia o su vida familiar (art. 12 de la Declaración Universal, art. V de la Declaración Americana, art. 17 del PIDCP, arts. 11.2 y 3 de la Convención Americana y art. 16 de la Convención sobre los derechos del niño).

i) El concepto de familia

Las grandes declaraciones y tratados sobre derechos humanos que forman el marco de referencia principal de este libro reconocen a la familia como el “elemento natural y fundamental de la sociedad”, pero no establecen una definición del concepto de familia. El reconocimiento por dichos instrumentos del derecho del hombre y la mujer a casarse y fundar una familia hace alusión a la familia tradicional compuesta de una pareja unida por matrimonio y sus hijos. Sin embargo, la normativa internacional reconoce que el concepto es más amplio. El artículo 5 de la Convención sobre los derechos del niño obliga al Estado a reconocer y respetar los derechos y deberes de la familia ampliada. La única definición consagrada por el derecho positivo internacional en materia de derechos humanos parece ser la contenida en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, que reza así:

A los efectos de la presente Convención, el término “familiares” se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, así como a los hijos a su cargo y a otras personas a su cargo reconocidas como familiares por la legislación aplicable o por acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables entre los Estados de que se trate.

La razón de la ausencia de definiciones de “familia” en la mayor parte de los instrumentos que reconocen sus derechos parece ser la apuntada por el Comité de Derechos Humanos, a saber: la necesidad de preservar la inherente flexibilidad del concepto que varía en función del contexto sociocultural. La Observación General No.19 comenta al respecto lo siguiente:

El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23.⁶³

Asimismo, la Observación General No. 16 relativa al artículo 17 del PIDCP establece que el término familia debe interpretarse con “un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad del Estado Parte de que se trate”.⁶⁴ La Observación General No. 19 menciona expresamente cuatro tipos de familia: la nuclear, la extendida, la monoparental y la compuesta de una pareja no casada y sus hijos.⁶⁵

En el caso *Hendricks*, el Comité de Derechos Humanos confirmó que “La noción de familia engloba necesariamente las relaciones entre padres e hijos. Si es cierto que el divorcio pone legalmente término al matrimonio, no es menos cierto que no disuelve el vínculo que une al padre o a la madre con el hijo”.⁶⁶ En el caso *Balaguer*, el Comité estableció que, si bien la definición de familia es flexible y el reconocimiento de una relación de familia entre un padre y un hijo no depende forzosamente del carácter de la relación entre el padre y

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 2 (1990).

⁶⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 5 (1988).

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 2.

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Hendricks c. Países Bajos*, párr. 10.3 (1989).

la madre, se requiere más que la paternidad biológica. En concreto, dictaminó el Comité, “es necesario que existan ciertos requisitos mínimos para la existencia de una familia, como la vida en común, lazos económicos, una relación regular e intensa, etc”.⁶⁷ En el caso Mónaco, el Comité reconoció que la relación entre abuela y nieta merecía la protección en tanto relación de familia.⁶⁸ En el caso Canepa el Comité reconoció el derecho de un adulto a protección contra injerencias arbitrarias en sus relaciones con sus padres y hermano –también mayor de edad–.⁶⁹

El Comité de Derechos Humanos suscribió una interpretación amplia de la familia en el caso Hopu, relativo a un proyecto de desarrollo que afectaba un lugar donde se hallaban restos humanos de la época precolonial. La decisión reza en la parte pertinente:

El Comité observa que los objetivos del Pacto exigen que el término “familia” se interprete como un criterio amplio que incluya a todas las personas que componen la familia, tal como se entienda ésta en la sociedad de que se trate. De ello se desprende que al definir el término “familia” en una situación concreta se deben tener en cuenta las tradiciones culturales. Las reclamaciones de los autores revelan que éstos consideran que la relación con sus antepasados constituye un elemento esencial de su identidad y cumple una función importante en su vida familiar. Esto no ha sido rebatido por el Estado Parte; tampoco ha objetado el Estado Parte el argumento de que el cementerio en cuestión desempeña un papel importante en la historia, cultura y vida de los autores. El Estado Parte ha impugnado la reclamación de los autores sólo por el hecho de que no han establecido un vínculo de parentesco entre los restos descubiertos en el cementerio y ellos mismos. El Comité considera que el hecho de que los autores no hayan establecido un vínculo de parentesco directo no puede invocarse en contra de ellos en

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párr. 10.2 (1994).

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco c. Argentina, párr. 10.4 (1995).

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Canepa c. Canadá, párr. 11.4 (1997). (Véase el Capítulo 8.)

las circunstancias de la comunicación, en que el cementerio en cuestión es anterior a la llegada de los colonos europeos y se reconoce como lugar que contiene restos de los antepasados de los actuales habitantes polinesios de Tahití. Por consiguiente, el Comité concluye que la construcción de un complejo hotelero en el terreno de un cementerio ancestral de los autores sí interfirió en el derecho de éstos a la protección de la familia y la vida privada.⁷⁰

La doctrina interamericana suscribe la idea de que el concepto de familia debe interpretarse en forma amplia. En su Opinión Consultiva OC-17/02 la Corte Interamericana señala que “el término ‘familiares’ debe entenderse en el sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”.⁷¹

ii) La doctrina y la jurisprudencia universales

Las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 17 del PIDCP, que reconoce el derecho a protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en la familia, contiene una doctrina importante sobre los conceptos fundamentales de ilegalidad y arbitrariedad. Con respecto al concepto de legalidad, hace la siguiente observación: “El término ‘ilegales’ significa que no puede producirse injerencia alguna, salvo en los casos previstos por la ley. La injerencia autorizada por los Estados sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que a su vez debe conformarse a las disposiciones, propósitos y objetivos del Pacto”.⁷²

El concepto de arbitrariedad es más amplio, de manera que una medida que es legal, en el sentido de autorizada por una ley, puede

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Hopu y Bessert c. Francia, párr. 10.3 (1997). Cuatro miembros del Comité (de los 14 que participaron en las deliberaciones) discreparon con esa conclusión.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 70.

⁷² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 16, párr. 3.

ser arbitraria. El Comité de Derechos Humanos señala al respecto que “Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”.⁷³

En su Observación General sobre los derechos de la familia, el Comité de Derechos Humanos comentó que “El derecho a fundar una familia implica, en principio, la posibilidad de (...) vivir juntos”, agregando seguidamente que “la posibilidad de vivir juntos implica la adopción de medidas apropiadas, tanto en el plano interno cuanto, según sea el caso, en cooperación con otros Estados, para asegurar la unidad o la reunificación de las familias, sobre todo cuando la separación de sus miembros depende de razones de tipo político, económico o similares.” La Observación también indica que el concepto de protección no se limita a medidas de protección legal, sino que incluye también medidas de carácter socioeconómico.⁷⁴

El derecho a cohabitar no es absoluto. Este derecho admite excepciones cuando la separación de un niño de su familia es necesaria para la protección de sus propios intereses, cuando los padres están separados y es necesario determinar quién tiene la guarda del niño y, eventualmente, cuando no todos los miembros de una familia tienen la misma nacionalidad. Este último supuesto se analiza en la sección 8.5 del Capítulo 8 sobre el derecho de residencia. La discrecionalidad de los Estados con respecto a la admisión de extranjeros en su territorio es muy amplia, aun en el caso de un extranjero que es pariente de un nacional, la expulsión o la negación de una visa no se considera violatoria de los derechos de la familia a menos que la medida sea discriminatoria o arbitraria.⁷⁵ La cuestión de saber si la exclusión o no admisión de un extranjero del territorio y la resultante separación de su familia debe considerarse como una

⁷³ *Ibíd.*, párr. 4.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 3.

⁷⁵ Véase el Capítulo 15.

medida arbitraria o como medida razonable depende principalmente de la proporcionalidad entre las razones de la medida, por un lado, y la naturaleza de los vínculos familiares, por otro.⁷⁶ Hasta la fecha, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos ha considerado arbitraria la expulsión de extranjeros en un solo caso: la inminente separación de un adolescente nacional de sus padres extranjeros en razón de la situación irregular de éstos.⁷⁷

No existe ninguna jurisprudencia sobre la separación de niños de su familia por motivos de protección. La jurisprudencia sobre la situación de los niños cuyos padres están separados o divorciados se resume en los apartes que siguen. En el caso Mónaco, el Comité de Derechos Humanos consideró que la separación de una niña de su familia en forma totalmente ilegal –desde la desaparición de sus padres hasta la falsificación de la partida de nacimiento y su “adopción” irregular por un tercero– constituyó una injerencia arbitraria e ilegal en la vida familiar, violatoria de los artículos 17, 23 y 24 del PIDCP.⁷⁸

Otro elemento ampliamente reconocido del derecho de la familia a protección es el derecho de los familiares que por algún motivo no cohabitan, a mantener contacto entre ellos. (La amplia jurisprudencia sobre el derecho de los familiares de presos a mantener contacto por escrito y mediante visitas se analiza en la sección 2.10 del Capítulo 2 relativa a los derechos de los presos.)

Una característica del artículo 23.1 del PIDCP compartida por el artículo 17.1 de la Convención Americana es que ambos artículos reconocen a la familia como sujeto del derecho a protección. El Comité de Derechos Humanos reconoció por primera vez en una decisión reciente a la familia como víctima de una violación del PIDCP.

⁷⁶ En cuanto a la arbitrariedad, véanse los casos Stewart y Canepa del Comité de Derechos Humanos, Capítulo 8.

⁷⁷ Véase Comité de Derechos Humanos, caso Winata, Capítulo 8.

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Mónaco c. Argentina, párr. 10.4 (1995). Este criterio no figura entre las conclusiones formales de la decisión, porque los hechos sucedieron antes de la entrada en vigor del PIDCP.

En el caso Rojas García, la denuncia fue presentada por el señor Rojas en nombre de su madre anciana, un hermano, dos hermanas, dos hijos y tres sobrinas, todos presentes en el domicilio familiar en el momento de un allanamiento nocturno llevado a cabo en forma violenta.⁷⁹ El Comité concluyó que el allanamiento había sido una injerencia arbitraria en el domicilio de la familia, y que éste y la forma como se ejecutó vulneraron los artículos 7 y 17 del PIDCP.⁸⁰

iii) La jurisprudencia interamericana

La mayor parte de la jurisprudencia interamericana sobre el derecho de la familia a protección trata sobre los derechos de los familiares de personas víctimas de desapariciones o de tortura y de asesinatos. La jurisprudencia reconoce el derecho de los familiares a la verdad sobre lo acontecido a sus parientes, así como su derecho a recuperar los restos y darles el trato que corresponde conforme a sus creencias religiosas y tradiciones culturales.⁸¹ No obstante, por lo general esta problemática no se aborda en el marco del derecho de la familia a protección, sino más bien con respecto a la perspectiva de la integridad moral de los parientes –o sea, como una tortura psicológica–, o desde la perspectiva del derecho a una reparación (véase la sección 2.5 del Capítulo 2 sobre la tortura psicológica, y la sección 6.6 del Capítulo 6 relativa al derecho a la verdad).

La jurisprudencia sobre otros aspectos del derecho de la familia a protección es menos extensa. No obstante, la importancia de este derecho fue subrayada por la CIDH en el caso X y Y c. Argentina, en el cual se señala lo siguiente: “El artículo 17 reconoce el papel central de la familia y la vida familiar en la existencia de una persona

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Rojas García c. Colombia, párr. 1 (2001).

⁸⁰ *Ibid.*, párrs. 10.3 y 12.

⁸¹ Véanse las sentencias de la Corte Interamericana en los casos Blake (Fondo), párrs. 115-116 (1998), y Niños de la Calle (Fondo), párrs. 173-174 (1999), y la decisión de la CIDH en Bolaños Quinoñes c. Ecuador, Conclusión 2 (1995).

y en la sociedad en general. Es un derecho tan básico de la Convención que se considera que no se puede derogar aunque las circunstancias sean extremas”.⁸²

Este caso se refiere al derecho de la esposa e hija de un preso a mantener contacto con él por medio de visitas. La CIDH hizo hincapié en que la obligación del Estado no se limita a permitir tales visitas, sino que también tiene la obligación positiva de facilitarlas. La decisión señala al respecto lo siguiente:

El derecho a la vida de familia puede sufrir ciertas limitaciones inherentes al mismo. Hay circunstancias especiales, como el encarcelamiento o el servicio militar que, aunque no suspenden el derecho, inevitablemente afectan su ejercicio y no permiten que se disfrute plenamente de él. Si bien el encarcelamiento necesariamente limita que se goce plenamente de la familia al separar forzosamente a uno de sus miembros, el Estado tiene la obligación de facilitar y reglamentar el contacto entre los reclusos y sus familias y de respetar los derechos fundamentales de todas las personas contra las interferencias abusivas y arbitrarias por parte del Estado y sus funcionarios públicos.⁸³

13.6 El derecho a establecer una familia

i) La edad mínima

Como se señaló, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana condicionan el derecho a casarse por medio de dos requisitos: el libre consentimiento de los interesados y la edad mínima. No obstante, ninguno de estos instrumentos precisa qué edad se considera como edad mínima para el

⁸² CIDH, caso X y Y c. Argentina, párr. 96.

⁸³ *Ibíd.*, párr. 97. Se cita el artículo 37 de las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos.

matrimonio. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1965 una recomendación sobre la materia que dispone que:

Los Estados Miembros adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio, la cual en ningún caso podrá ser inferior a los quince años; no podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad.⁸⁴

Existe una tendencia a proponer que la edad mínima no sea menor de 18 años de edad. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha declarado lo siguiente:

(...) el Comité considera que la edad mínima para contraer matrimonio debe ser de 18 años tanto para el hombre como para la mujer. Al casarse, ambos asumen importantes obligaciones. En consecuencia, no debería permitirse el matrimonio antes de que hayan alcanzado la madurez y la capacidad de obrar plenas.⁸⁵

Este Comité también considera los 18 años como la edad más idónea porque el embarazo de un adolescente entraña riesgos adicionales para la salud de la madre y el hijo y porque, para la mujer, el matrimonio durante la adolescencia suele coincidir con el fin de la educación, pudiendo el embarazo tener consecuencias negativas y de largo plazo para su preparación profesional.⁸⁶

⁸⁴ Naciones Unidas, Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, Principio II, resolución 2018 (XX).

⁸⁵ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 36 (1994).

⁸⁶ *Ibíd.*, párr. 37.

ii) El requisito del libre consentimiento

La Declaración Universal de Derechos Humanos, el PIDCP y la Convención Americana reconocen expresamente el principio fundamental del libre y pleno consentimiento de ambas partes al contraer matrimonio. El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha subrayado la importancia de este principio con estas palabras: “El derecho a elegir su cónyuge y la libertad de contraer matrimonio son esenciales en la vida de la mujer y para su dignidad e igualdad como ser humano”.⁸⁷

Como se mencionó, el reconocimiento de este requisito ha estado históricamente vinculado con la lucha contra prácticas asimiladas a la esclavitud. La Convención Suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, de 1953, contiene una norma programática que contempla como garantías del libre consentimiento, el registro de matrimonios y la celebración del matrimonio ante una autoridad de reconocida competencia, mediante procedimientos que incluyan la expresión de consentimiento de los interesados (art. 2). El requisito del registro obligatorio del matrimonio está consagrado por el artículo 16.2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. El Comité de Derechos Humanos considera que la libertad de religión entraña la obligación de reconocer el matrimonio religioso, pero que el Estado está en derecho de exigir que “un matrimonio celebrado de acuerdo con los ritos religiosos se celebre, confirme o registre también según el derecho civil (...)”.⁸⁸

iii) Otras restricciones al derecho a casarse

La normativa internacional admite que la legislación interna reglamente el derecho a casarse, siempre que la legislación respectiva

⁸⁷ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 16.

⁸⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 4.

no infrinja principios fundamentales y, en particular, que no discrimine. La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que el derecho a casarse no puede estar sujeto a “restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión”, y la Convención Americana contempla que las personas pueden casarse si reúnen “las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención”. La consanguinidad es un ejemplo de una restricción razonable, según el Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer.⁸⁹

Si bien la discriminación contra homosexuales es violatoria del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos considera que no permitir el matrimonio de personas del mismo sexo no puede considerarse una violación del derecho a casarse, puesto que el mismo artículo 23.1 lo reconoce expresamente como derecho del hombre y la mujer.⁹⁰ El Comité de los Derechos del Niño considera como discriminatoria toda legislación que establezca una edad mínima para el matrimonio del varón y otra distinta para la mujer.⁹¹ Asimismo, considera discriminatoria la legislación que define la edad mínima para el matrimonio en función del criterio de “pubertad”.⁹²

⁸⁹ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 16.

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Joslin y otras c. Nueva Zelanda*, párrs. 8.2-8.3 (2002).

⁹¹ Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Bolivia (A/55/41, párr. 349), respecto a la edad de 14 años para mujeres y 16 para varones, y Trinidad y Tobago (A/53/41, párr. 1136). La edad mínima varía no sólo según el sexo de la persona, sino también la religión. Una hindú puede casarse a los 14 años de edad, y un hindú a los 18; una musulmana a los 12 años y un musulmán a los 16; otras mujeres a los 12 y otros varones a los 14 (CRC/C/11/Add/10, párr. 23).

⁹² Véanse por ejemplo sus Observaciones finales sobre los informes de Irán (CRC/C/15/Add.123, párr. 19), Bolivia (CRC/C/15/Add.95, párr. 16) y Ecuador (CRC/C/15/Add.93, párr. 17).

iv) La poligamia

El Comité sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, haciendo eco de la Observación General No.19 del Comité de Derechos Humanos, reconoce que “La forma y el concepto de familia varían de un Estado a otro y hasta de una región a otra en un mismo Estado”.⁹³ No obstante, agrega, la manera en que se define o configura la familia no puede vulnerar el principio de la igualdad de la mujer. En particular, el Comité considera que la poligamia viola el artículo 5 a) de la Convención para la eliminación de la discriminación contra la mujer. Explica el Comité que “La poligamia infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para sus familiares a cargo, que debe desalentarse y prohibirse”.⁹⁴

13.7 La igualdad de los cónyuges

En el párrafo primero del artículo 16 la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que los cónyuges “disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. La Declaración Americana, si bien reconoce el principio de la igualdad del hombre y la mujer, no contiene ninguna disposición específica sobre la igualdad del hombre y la mujer con respecto al matrimonio.⁹⁵ El PIDCP, en su artículo

⁹³ Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, párr. 13.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 14.

⁹⁵ Es evidente que la ausencia de una disposición expresa sobre la igualdad en este contexto significa una excepción al principio general. En el caso *Ato de Avellanal*, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la aplicación de una disposición del Código Civil que disponía que “El marido es representante de la sociedad conyugal” era violatoria de los artículos 3, 14.1 y 26 del PIDCP, sin mención del artículo 16, el más pertinente. *Ato de Avellanal c. Perú*, párr. 11 (1989).

23.1, amplía el principio al reconocer “la igualdad de derechos y de responsabilidades” de ambos esposos. La Convención Americana reconoce este principio, pero en forma menos categórica en su artículo 17.4 que consagra “la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges.” Ambos tratados hacen extensivo este principio a la relación entre los exesposos en caso de disolución del matrimonio.

El artículo 16.1 de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer también consagra el principio de la igualdad del hombre y la mujer en el matrimonio y enumera los siguientes corolarios:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio.
- b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y pleno consentimiento.
- c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución.
- d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
- e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos, y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.
- f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial.
- g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación.
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

El Comité de Derechos Humanos ha confirmado que la mayor parte de estos corolarios están intrínsecos en el principio de igualdad de los cónyuges.

En cuanto a la igualdad en el matrimonio, el Comité desea destacar, en particular, que no debe haber discriminación alguna basada en el sexo en cuanto a la adquisición o pérdida de la nacionalidad por razón del matrimonio. Asimismo, debería salvaguardarse el derecho de cada cónyuge a seguir utilizando su propio apellido o a participar en condiciones de igualdad en la elección de un nuevo apellido.

Durante el matrimonio, los esposos deben tener iguales derechos y responsabilidades en la familia. Esta igualdad se aplica también a todas las cuestiones derivadas del vínculo matrimonial, como la elección de residencia, la gestión de los asuntos del hogar, la educación de los hijos y la administración de los haberes (...) ⁹⁶

La CIDH también considera que el artículo 16.1 de la Convención antes citada sirve para la interpretación del artículo pertinente de la Convención Americana, como se verá en seguida.

La mayor parte de la jurisprudencia examina este principio en el contexto de la disolución del matrimonio, que se analiza en la sección 13.8. Cabe mencionar la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso Balaguer, en la cual consideró que el principio de igualdad de los esposos se aplica únicamente cuando la pareja es o estaba unida en matrimonio. ⁹⁷

La CIDH hizo un análisis importante del concepto de “la adecuada equivalencia de responsabilidades” en el caso Morales de Sierra. La decisión señala al respecto:

⁹⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párrs. 7-8 (1990).

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párr. 10.4 (1994).

(...) los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

La Comisión halla que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de am-

bos padres. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes”.⁹⁸

Por tanto, concluye la CIDH, “el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.”⁹⁹

13.8 La familia desintegrada

Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos como el PIDCP, la Convención Americana y la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer reconocen expresamente la igualdad de los exesposos en caso de disolución del matrimonio. En su Observación General N.19 el Comité de Derechos Humanos confirma que “Esta igualdad es también aplicable a los arreglos relativos a la separación legal o la disolución del matrimonio”.¹⁰⁰ La Observación General agrega: “Así, debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto”.¹⁰¹

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre el principio de igualdad en el contexto de la separación o disolución del matrimonio trata sobre el derecho de visita, además del derecho al

⁹⁸ CIDH, caso Morales de Sierra c. Guatamala, párrs. 43-44 (2001). La cita a final del párr. 44 es a la Recomendación General No. 21 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, párr. 24 adoptada en 1994.

⁹⁹ *Ibid.*, párr. 45 (2001).

¹⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 19, párr. 8.

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 9.

debido proceso.¹⁰² Hasta la fecha no hay jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano sobre la materia. En el caso *Hendricks*, el Comité señaló que el derecho de la familia a protección comprende el contacto entre hijos y padres en caso de disolución del matrimonio. La decisión establece que “el mantenimiento de relaciones personales y de contactos directos regulares del hijo con ambos padres parece esencial, salvo circunstancias excepcionales”.¹⁰³ En el caso concreto, los tribunales habían denegado al padre el derecho de visita, a pesar de su conducta irreprochable, por considerar que la oposición de la madre a todo contacto entre el niño y su padre podría ocasionar traumas psicológicos para el niño. El Comité declaró que “la voluntad unilateral contraria de uno de los padres no puede considerarse una circunstancia excepcional” que justifique la denegación del derecho de visita. No obstante, el Comité llegó a la conclusión de que, como los principios aplicados por los tribunales nacionales estaban en armonía con las disposiciones pertinentes del PIDCP, no le competía cuestionar la forma en que los tribunales habían valorado los hechos y no podía concluir que se habían violado los derechos del padre e hijo.¹⁰⁴

En el caso *Fei*, el Comité de Derechos Humanos mantuvo la misma posición con respecto a los principios aplicables, pero manifestó menos renuencia a examinar las decisiones de los tribunales nacionales. La decisión señala al respecto lo siguiente:

En el caso que se examina fue el exmarido de la autora quien trató de impedir a ésta que mantuviese contacto regular con sus hijas, a pesar de las decisiones judiciales que concedían a la autora tal acceso. Según los documentos presentados al Comité, parece que la negativa del padre se justificó en nombre del “mejor interés” de las niñas. El Comité no puede compartir esa valoración. No se han aducido circunstancias es-

¹⁰² El derecho al debido proceso en casos de esta naturaleza se examina en el Capítulo 5.

¹⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso *Hendricks c. Países Bajos*, párr. 10.4.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, párrs. 10.5-11.

peciales de ningún tipo que justificasen la imposición de limitaciones a los contactos de la autora con sus hijas. Por el contrario, parecería que el exmarido de la autora trató de impedir, por todos los medios a su alcance, el acceso de la autora a las niñas, o bien de indisponerlas con ella. (...) En opinión del Comité, salvo en circunstancias especiales, ninguna de las cuales se detecta en el caso objeto de examen, no puede considerarse que vaya en el “mejor interés” de las hijas suprimir prácticamente el acceso de uno de los progenitores a ellas. (...) Habida cuenta de todas estas circunstancias del caso, el Comité llega a la conclusión de que ha habido violación del párrafo 4 del artículo 23. Además, el hecho de que la Procuraduría General no garantizase el derecho a un contacto permanente entre la autora y sus hijas también ha tenido por consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.¹⁰⁵

Esta jurisprudencia es confirmada por la decisión adoptada en el año 2002 en el caso Patera, que dispone lo siguiente:

El Comité considera que el artículo 17 garantiza en general una protección efectiva del derecho de todo progenitor a relacionarse regularmente con sus hijos menores de edad. Aunque pueden darse circunstancias excepcionales en que no pueda considerarse arbitrario o ilegal no permitir esa relación cuando lo exige el interés superior del niño, en el presente caso los tribunales nacionales del Estado Parte han resuelto que dichas relaciones deben mantenerse. (...) la cuestión que tiene ante sí el Comité es determinar si el Estado Parte ha amparado de manera efectiva el derecho del autor a ver a su hijo con arreglo a las decisiones de los tribunales del Estado Parte.

Aunque los tribunales multaron en repetidas ocasiones a la esposa del autor por incumplir las resoluciones preliminares que habían dictado para regular el acceso del autor a su hijo, esas multas ni fueron pagadas íntegramente ni sustituidas por otras medidas encaminadas a hacer efectivos los derechos del autor. En esas circunstancias y habida cuenta de

¹⁰⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Fei c. Colombia, párr. 8.10 (1995).

los considerables retrasos en las distintas fases de las actuaciones, el Comité considera que no se protegieron de manera efectiva los derechos del autor a tenor del artículo 17 del Pacto, tomado conjuntamente con los párrafos 1 y 2 del artículo 2 del Pacto. Por consiguiente, el Comité opina que los hechos expuestos ponen de manifiesto una violación del artículo 17, tomado conjuntamente con el artículo 2 del Pacto.¹⁰⁶

Existe también una jurisprudencia, aunque no muy amplia, sobre las circunstancias que justifican la suspensión del derecho de visita o de guarda. En el caso Balaguer, el Comité de Derechos Humanos concluyó que la privación del derecho de visita a un padre no vulneró ni el derecho de la niña ni el derecho de la familia a protección porque esta medida se basó en reiteradas violaciones de las condiciones y modalidades de visita de parte del padre, y las decisiones de los tribunales competentes “tuvieron siempre en cuenta el interés superior de la niña”.¹⁰⁷ El caso Buckle trata sobre una mujer privada de la guarda de seis hijos en razón de una decisión judicial que establecía que no tenía capacidad de atenderlos debidamente. El Comité reconoció “la gravedad de la decisión de separar a la madre de sus hijos”, pero concluyó que no había habido violación alguna ni del artículo 17, ni del artículo 23, ni del artículo 24. La decisión hace hincapié en que “los tribunales del Estado Parte examinaron detenidamente las pruebas que les fueron presentadas y actuaron teniendo en cuenta el interés superior de los niños”, así como en el hecho de que la madre tenía derecho a mantener contacto con sus hijos y en que la necesidad de la medida era revisada periódicamente.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Patera c. República Checa, párrs. 7.3-7.4 (2002). Véase también L. P. c. la República Checa, una decisión que subraya que los tribunales habían determinado que las visitas eran compatibles con “los mejores intereses” del niño.

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Balaguer c. España, párrs. 10.3-10.4 (1994).

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Buckle c. Nueva Zelanda, párrs. 9.1-9.2 (2000).

13.9 La unidad de la familia según la Convención sobre los derechos del niño

i) La separación involuntaria

Dos de los principios fundamentales que subyacen en la Convención sobre los derechos del niño son el de la unidad de la familia y el del interés superior del niño. La relación entre ambos está definida por el párrafo primero del artículo 9 que dispone que el Estado debe respetar y proteger la unidad de la familia salvo cuando el interés del niño requiera lo contrario. El maltrato y el abandono –literalmente “descuido”– son citados como ejemplos de situaciones que pueden permitir la conclusión de que la separación de un niño de sus padres es “necesari[a] para la protección de los derechos, o del interés superior” de aquél. El artículo 9 también establece una serie de garantías de carácter procesal que incluyen que la decisión debe ser tomada por las autoridades competentes, de conformidad con el principio de legalidad (párr. 1). Además, es menester respetar el principio de contradicción y, si la decisión es tomada en primera instancia por una autoridad administrativa, el derecho a revisión ante los tribunales (art. 9, párrs. 2 y 1, respectivamente).

ii) El derecho a tener contacto e información

El artículo 9 contiene dos disposiciones relativas a los derechos de los niños separados de sus padres. Estas disposiciones no se limitan a la situación de la separación involuntaria contemplada en el artículo 19.1, sino que se aplican a toda separación sea cual fuere la causa. La primera de ellas incorpora expresamente al *corpus juris* de los derechos del niño el derecho reconocido por la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos antes citada, o sea, el derecho a mantener contacto con ambos padres. El párrafo tres establece lo siguiente al respecto: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener rela-

ciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

El cuarto y último párrafo del artículo 9 consagra expresamente un derecho que, como se ha visto, ocupa un lugar importante en la jurisprudencia interamericana, a saber: el derecho a la verdad. Este párrafo establece:

Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. (...)

En el contexto de la Convención sobre los derechos del niño, el derecho a dicha información puede considerarse una manifestación específica del derecho a la identidad, uno de los aportes más innovadores de este instrumento al derecho internacional de los derechos humanos. El derecho del niño a la identidad, según el artículo 8.1 de la Convención, comprende el derecho a preservar su nombre y relaciones familiares: “Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad”, según el párrafo segundo del artículo.

iii) La reunificación

El artículo 10 contempla la situación de un niño separado de uno o ambos padres quien(es) se encuentra(n) en el extranjero. Como se ha visto en el Capítulo 8, la discreción que el derecho internacional público reconoce a los Estados para la admisión de extranjeros a su

territorio nacional es muy amplia; la normativa internacional en materia de derechos humanos limita esta discreción, pero esos límites no son claros ni categóricos sino que dependen del peso relativo de los intereses y motivos presentes en el caso concreto. El artículo 10 de la Convención sobre los derechos del niño no altera sustancialmente las reglas básicas relativas a la admisión o residencia de extranjeros al territorio de un país, pero establece algunos principios que obligatoriamente deben tomarse en cuenta y cuyo peso será decisivo en algunos casos. El primero de esos principios consiste en el reconocimiento de que “El niño cuyos padres residan en Estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres”, y el segundo es el principio según el cual “(...) toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados Partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva.”

iv) La familia sustituta

El niño que pierde a su familia, o que es separado de ésta por las razones y conforme a los procedimientos contemplados por el artículo 9, tiene derecho a recibir “protección y asistencia especiales” (art. 20.1). Ahí se mencionan expresamente cuatro formas de atención, entre ellas “la colocación en hogares de guarda”, la adopción y “la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores” (art. 20.3).¹⁰⁹ La institucionalización debe ser el último recurso, lo que significa que el niño privado o separado de su familia tiene derecho a encontrar una familia sustituta –temporal o permanente, según las circunstancias– si es posible.¹¹⁰ Al escoger la alternativa

¹⁰⁹ La cuarta es una figura del derecho islámico conocida como *kafala*.

¹¹⁰ El artículo 20.3 dispone que se puede recurrir a la institucionalización únicamente en caso de necesidad, lo que implica agotamiento de las alternativas.

más adecuada, “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

La Convención sobre los derechos del niño no obliga a reconocer la adopción como forma de satisfacer el derecho del niño a una familia sustituta, y establece una serie de requisitos y garantías destinadas a asegurar que la adopción, donde exista, esté orientada a la protección de los derechos del niño y no a la satisfacción de los deseos de adultos que quieren tener hijos. En primer lugar, se establece el principio básico de que “Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial” (art. 21). La adopción informal, común en distintas partes del mundo, debe ser erradicada a fin de reducir la desarticulación innecesaria de familias y la entrega de niños a personas no idóneas. La adopción debe ser reglamentada y aprobada por las autoridades competentes sobre todo con el fin de asegurar que “la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales” justifica la adopción. Cuando la madre o los padres han consentido sobre la adopción del niño, tal consentimiento debe haber sido dado con conocimiento de causa (art. 21).

La adopción por personas provenientes de un país extranjero no debe ser autorizada a menos que el niño “no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” (art. 21 b). En caso de no haber alternativa a la adopción del niño por un extranjero o por una familia extranjera, es menester asegurar la vigencia de salvaguardias y normas equivalentes a las del país de origen del niño, y evitar que se lucre con la adopción (art. 21 c y d).

Capítulo 14

La libre determinación, los derechos de las minorías y los derechos de las poblaciones indígenas

14.1 Marco normativo básico

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 1

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 27

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho

que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

14.2 Normativa complementaria

Carta de las Naciones Unidas

Artículo 1

Los Propósitos de las Naciones Unidas son: (...)

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal; (...)

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales

Artículo 39

En los países en donde exista el problema de la población aborigen se adoptarán las medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia, amparándole la vida, la libertad y la propiedad, defendiéndolo del exterminio, resguardándolo de la opresión y la explotación, protegiéndolo de la miseria y suministrándole adecuada educación.

El Estado ejercerá su tutela para preservar, mantener y desarrollar el patrimonio de los indios o de sus tribus, y promoverá la explotación de las riquezas naturales, industriales extractivas o cualesquiera otras fuentes de rendimiento, procedentes de dicho patrimonio o relacionadas con éste, en el sentido de asegurar, cuando sea oportuna, la emancipación económica de las agrupaciones autóctonas.

Deben crearse instituciones o servicios para la protección de los indios, y en particular para hacer respetar sus tierras, legalizar su posesión por los mismos y evitar la invasión de tales tierras por parte de extraños.

Convención sobre los derechos del niño

Artículo 30

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma.

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

Artículo 1

1. Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad. (...)

Artículo 2

1. Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a minorías) tendrán derecho a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia ni discriminación de ningún tipo. (...)

3. Las personas pertenecientes a minorías tendrán el derecho de participar efectivamente en las decisiones que se adopten a nivel nacional y, cuando proceda, a nivel regional respecto de la minoría a la que pertenezcan o de las regiones en que vivan, de toda manera que no sea incompatible con la legislación nacional.

Artículo 4

(...) 2. Los Estados adoptarán medidas para crear condiciones favorables a fin de que las personas pertenecientes a minorías puedan expresar

sus características y desarrollar su cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres, salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.

3. Los Estados deberán adoptar medidas apropiadas de modo que, siempre que sea posible, las personas pertenecientes a minorías puedan tener oportunidades adecuadas de aprender su idioma materno o de recibir instrucción en su idioma materno.

4. Los Estados deberán adoptar, cuando sea apropiado, medidas en la esfera de la educación, a fin de promover el conocimiento de la historia, las tradiciones, el idioma y la cultura de las minorías que existen en su territorio. (...)

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales

Artículo 1

1. El presente Convenio se aplica:

a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. (...)

Artículo 4

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

14.3 Consideraciones generales

Este capítulo trata sobre tres temas relativos a tres sujetos de derecho: los pueblos, los pueblos o poblaciones indígenas y las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas. Sólo uno de estos sujetos –pueblo indígena– está definido por la normativa internacional. La ausencia de definiciones consagradas sobre el concepto de minoría étnica, lingüística o religiosa, y sobre todo de “pueblo” conduce a incertidumbres y confusiones en cuanto al contenido de estos conceptos, sus similitudes y distinciones.¹ Para efectos de explicar el alcance de este capítulo, y sin perjuicio del análisis presentado en las secciones siguientes, se puede adelantar que un pueblo debe poseer una de las características de una minoría étnica –una identidad cultural– pero que no toda minoría puede considerarse un pueblo. Las poblacio-

¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 2, sobre el artículo 27 del PIDCP.

nes indígenas invariablemente son minorías étnicas –por poseer una cultura propia– y constituyen minorías lingüísticas o religiosas en la medida en que conservan su idioma y sus creencias espirituales tradicionales.² No obstante, los conceptos son distintos: hay muchas minorías que no son indígenas y las poblaciones indígenas tienen características que no tienen las minorías no indígenas así como, en consecuencia, derechos que no tienen otras minorías. Una población indígena puede reunir los elementos para considerarse un pueblo –un pueblo indígena– pero no toda comunidad indígena reúne estos requisitos.

La superposición de estos conceptos se pone de manifiesto en la jurisprudencia. Algunas agrupaciones indígenas han recurrido al Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, para denunciar presuntas violaciones del derecho a la libre determinación. Por razones de competencia el Comité no examina supuestas violaciones del artículo 1 del PIDCP, sino que aplica a denuncias de esta naturaleza el artículo 27 que consagra los derechos de las minorías. Además, a pesar de que la palabra “indígena” no figura en el PIDCP, la doctrina y jurisprudencia del Comité reconocen que los derechos de las minorías indígenas tienen una dimensión adicional, comparados con los derechos de otras minorías.³ (Toda la jurisprudencia del Comité sobre el artículo 25 se presenta en la sección 14.5, relativa a los derechos de las minorías, aún cuando la minoría en cuestión sea indígena.)

Si bien el principal objetivo de este libro es analizar la doctrina y jurisprudencia sobre los derechos civiles y políticos consagrados por la normativa internacional aplicable en las Américas –y en particular las Declaraciones de San Francisco y de Bogotá, el PIDCP y el Pacto de San José– la orientación del presente capítulo es distinta, por dos

² Teóricamente una nación indígena podría constituir la mayoría de la población de un Estado, pero en la práctica no se presenta el caso ni siquiera en los pocos países en los cuales las distintas comunidades indígenas en su conjunto son mayoría.

³ Véanse los casos *Ominayak y Diergaardt*, y la Observación General No. 23, párr. 3.2 *infra*.

razones. En primer lugar, porque de los cuatro instrumentos que conforman el marco de referencia básico del libro, sólo el PIDCP contiene disposiciones que reconocen dos de los temas analizados en este capítulo, a saber: el derecho a la libre determinación y los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas. En segundo lugar porque, si bien la jurisprudencia sobre estas cuestiones no es extensa, ha habido avances importantes en la elaboración de una normativa dedicada específicamente a los derechos de estos sujetos, en particular los derechos de las poblaciones indígenas. En consecuencia, el análisis de instrumentos complementarios ocupa un lugar importante en este capítulo.

Esa normativa incluye la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1994, y el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado por la Conferencia Internacional de Trabajo en 1989 y vigente desde 1991. Este capítulo también analiza, excepcionalmente, dos proyectos de declaraciones que todavía no han sido adoptadas por los órganos políticos competentes: el proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas presentado para examen a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1994, y el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1997. La demora en lograr la adopción de estos instrumentos impone cautela con respecto a su valor normativo actual, salvo en la medida en que los órganos del sistema interamericano ya comienzan a citar el proyecto de declaración americana sobre el tema.

El objetivo de este capítulo no es analizar el fenómeno de la discriminación contra las personas que pertenecen a una de estas minorías o contra los indígenas, sino los derechos propios de las minorías y de los indígenas, cuyo contenido es distinto del de los demás

derechos fundamentales patrimonio de toda persona humana.⁴ El tema de la discriminación se presenta en el Capítulo 15.

Los derechos propios de las minorías y de las poblaciones indígenas son, en gran parte, derechos de índole cultural, social y económica, tema que por su naturaleza escapa a los propósitos de la presente obra. El análisis de la nueva normativa sobre los derechos de las minorías y de los indígenas presentado en estas páginas pone énfasis en los derechos civiles y políticos.

La normativa interamericana no contiene ninguna disposición sobre los derechos de las minorías, ni consagra el derecho a la libre determinación como tal.⁵ No obstante, la aplicación de normas universales ocupa un lugar importante en la doctrina y jurisprudencia del sistema interamericano.⁶ En el año 2001 la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) reconoció la importancia de esta temática mediante la incorporación a la Carta Democrática Interamericana de una disposición que declara: “la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (art. 9).

⁴ La Observación General No. 23 señala que los derechos de las personas que pertenecen a tales minorías “se suma[n] a los demás derechos de que puedan disfrutar esas personas al igual que todas las demás”, párr. 1. Véase también el párrafo 9.

⁵ El artículo 39 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, transcrita en la sección 14.2 del presente capítulo podría considerarse una excepción.

⁶ En el año 2000 la CIDH publicó una síntesis de su jurisprudencia en la materia, en un informe denominado “La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas”.

14.4 El derecho a la libre determinación

i) Consideraciones generales

El derecho de los pueblos a la libre determinación ocupa un lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). Es uno de los pocos derechos humanos consagrado específicamente por la Carta de las Naciones Unidas. Su reconocimiento en el primer artículo del PIDCP y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) también pone de manifiesto el lugar especial que ocupa en el DIDH. La importancia que se le otorga se debe a que “su ejercicio es una condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos”, según el Comité de Derechos Humanos.⁷

La primera frase del artículo 1 común de los Pactos Internacionales* declara categóricamente: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación”. La segunda oración describe el contenido de este derecho: “En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. El segundo párrafo reconoce un corolario de suma importancia, a saber: “Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, (...) En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”.

No obstante la importancia de este derecho, su interpretación y puesta en práctica ha sido uno de los temas más polémicos en la historia del DIDH. Por este motivo en 1974 la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la prevención de discriminación y protección de minorías nombró dos Relatores para elaborar estudios sobre la materia, uno sobre “El derecho a la libre determinación en su

⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 12, párr. 1.

* Cuando se mencionan los Pactos Internacionales o los Pactos, se hace referencia al PIDCP y al PIDESC (nota del editor).

desarrollo histórico y actual”, y otro sobre “La implementación de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho a la libre determinación”.⁸ Dos Declaraciones de la Asamblea General han sido el centro del debate sobre el alcance y los límites de este derecho: la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960, y la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de 1970.⁹

La Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 es un documento sucinto. Su párrafo segundo es sustancialmente idéntico al artículo 1.1 común de los Pactos Internacionales. El párrafo más citado por quienes sostienen que esta Declaración establece un límite al derecho a la libre determinación es el sexto y penúltimo, que dispone: “Todo intento encaminado a quebrantar total o parcialmente la unidad nacional y la integridad territorial de un país es incompatible con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas”.

La parte del segundo instrumento mencionado, la Declaración de 1970 –que se refiere al derecho a la libre determinación–, también reitera la fórmula consagrada por el artículo 1.1 común de los Pactos Internacionales relativo al derecho a la libre determinación y precisa que “El establecimiento de un Estado soberano e independiente, la libre asociación o integración con un Estado independiente o la adquisición de condición política libremente decidida por un pueblo, constituyen formas de ejercicio del derecho de libre determinación de ese pueblo.” El sexto párrafo explicativo del segundo de los principios enunciados por la Declaración, que se interpreta como una posible limitación a este derecho, establece:

⁸ Naciones Unidas, Subcomisión sobre la prevención de discriminación y protección de las minorías, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, publicado en 1981 y E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, publicado en 1980, respectivamente. Actualmente, dicha Subcomisión es denominada Subcomisión de Derechos Humanos.

⁹ Resoluciones 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960 y 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970.

Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color.

No es fácil armonizar los principios contenidos en estas Declaraciones con el derecho enunciado en el artículo 1 común de los Pactos Internacionales. La Declaración de 1960 tiene un objetivo claro, que no es definir los derechos de los pueblos en general sino “poner fin al colonialismo”. Si bien algunas de sus disposiciones se refieren a los derechos de todos los pueblos, otras hacen mención a los derechos de los “pueblos dependientes” y a la población de “territorios dependientes”. Esta Declaración ubica los principios que han de orientar la tarea urgente de la abolición del colonialismo en el contexto de otros principios del derecho internacional, pero sin un verdadero análisis de la relación lógica entre los derechos y principios traídos a colación. Adoptada varios años antes de los Pactos Internacionales de 1966, una posible interpretación de la relación entre la Declaración y el artículo 1 común de los Pactos sería que la Declaración desarrolla el principio de libre determinación en un contexto específico, en cuanto derecho de una determinada categoría de pueblos, mientras que los Pactos lo consagran plenamente, en cuanto derecho de todo pueblo. También es menester constatar que las distintas finalidades de las dos Declaraciones –de 1960 y de 1970– han producido diferencias de énfasis e incluso hasta contradicciones entre la forma como ellas presentan el derecho de libre determinación. Por ejemplo, mientras la Declaración de 1960 hace hincapié en la adquisición inmediata de la “independencia absoluta”, la Declaración de 1970 reconoce opciones como la libre asociación, como legítimas “formas de ejercicio del derecho de libre determinación”.

Dado que la Declaración de 1970 es un instrumento dedicado a “las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados”, quizás no sea la fuente más idónea de interpretación del alcance y contenido de un derecho humano. Sin embargo, es un principio general del derecho internacional de los derechos humanos que éstos no pueden ser invocados para justificar acciones que atenten contra los propósitos y principios de las Naciones Unidas (art. 29.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos).¹⁰ Por tanto, es legítimo y necesario buscar una fórmula que permita conciliar la plena vigencia del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado por el artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas como finalidad de esta Organización, con la integridad territorial o la independencia política de los Estados, establecida por el artículo 2.4 de la Carta como principio de las Naciones Unidas. Si bien la lucha de un pueblo por su independencia puede considerarse como el ejercicio del derecho a la libre determinación, desde la perspectiva de las relaciones entre Estados el apoyo de un Estado a un movimiento político que busca la independencia de otro puede fácilmente constituir una injerencia en los asuntos internos de este último, y hasta una agresión, ambos actos contrarios a los propósitos y principios de la Organización. De allí la importancia de aclarar la relación entre estos imperativos.¹¹

La Declaración de 1970 hace un aporte en este sentido mediante el párrafo antes citado que dispone que si un Estado se conduce “(...) de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos (...) y est[á] por tanto,

¹⁰ Véase también el artículo 1.F.c) de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

¹¹ Véase el informe publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 1984 sobre “los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito”, y la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en 1986 en el caso “Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua” (Nicaragua c. Estados Unidos de América).

dotad[o] de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio”, será ilícita toda “acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, [su] integridad territorial (...)”. De esta disposición se desprende que si, al contrario, un Estado está constituido desconociendo el derecho de libre determinación y, por tanto, tiene un gobierno que no representa la totalidad de la población, la lucha por la libre determinación será lícita. Por otra parte, el párrafo citado de la Declaración de 1970 parece significar que, cuando un Estado está construido sobre el respeto del derecho a la libre determinación, y está dotado de un gobierno que represente sin discriminación a todos los componentes de la población, la lucha a favor de la libre determinación es lícita siempre que se limite a las modalidades compatibles con la integridad territorial de dicho Estado. En 1981, uno de los relatores de la Comisión de Derechos Humanos señaló que el derecho de los pueblos a “establecer su condición política” tiene un aspecto internacional y otro interno, y definió el aspecto interno como el derecho de “elegir y llevar adelante libremente el sistema político interno que corresponda a sus aspiraciones y objetivos políticos.”¹² Gran parte de la doctrina y jurisprudencia desarrolladas en la última década, así como el Convenio 169 de la OIT y el proyecto de declaración americana, desarrolla la dimensión interna del derecho de libre determinación en lo político así como en lo cultural y económico.

ii) La jurisprudencia universal

En el caso Ominayak –también conocido como el caso Agrupación del Lago Lubicon–, el jefe de una comunidad indígena compuesta de unas quinientas personas alegó una violación del derecho a la libre determinación y en particular del derecho a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y proveer al desarrollo

¹² Comisión de Derechos Humanos, El derecho a la libre determinación en su desarrollo histórico y actual, párr. 303 (traducción propia).

económico, social y cultural.¹³ El fondo del caso se refería a los esfuerzos de la comunidad indígena para obtener el reconocimiento de los reclamos relativos al dominio de su territorio ancestral y a la indemnización por la usurpación de sus tierras y recursos naturales. El Comité concluyó que, en interpretación del Protocolo Facultativo, carece de competencia para conocer presuntas violaciones del derecho a la libre determinación por la razón siguiente:

(...) el Comité reafirma que (...) el Pacto (...) reconoce y protege en los términos más enérgicos el derecho de un pueblo a la libre determinación y su derecho a disponer de sus recursos naturales, como condición esencial para la eficaz garantía y observancia de los derechos humanos individuales y para la promoción y fortalecimiento de esos derechos. No obstante, el Comité observa que el autor, como persona individual, no puede afirmar con arreglo al Protocolo Facultativo que es víctima de una violación del derecho a la libre determinación consagrado en el artículo 1 del Pacto, que trata de los derechos reconocidos a los pueblos como tales.¹⁴

No obstante, el Comité de Derechos Humanos adoptó una interpretación muy amplia del artículo 27 del PIDCP al considerar que “los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad (...)”.¹⁵ Las circunstancias en las que la comunidad estaba obligada a vivir mientras se tramitaban sus reclamos sobre el territorio y la indemnización por las “injusticias históricas” sufridas, según la conclusión del Comité, “amenazan el modo de vida y la cultura” de la comunidad y por tanto constituyeron una violación continua del artículo 27.¹⁶ En efecto, esta decisión establece que “En ningún caso

¹³ Comité de Derechos Humanos, caso Ominiyak c. Canadá, párrs. 1, 2.1 y 2.3 (1990).

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 13.3 Véase también el artículo 32.1.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 32.2.

¹⁶ *Ibíd.*, párr. 33.

podrá privarse [a una comunidad indígena] de sus propios medios de subsistencia.”

En una decisión reciente, el Comité de Derechos Humanos señaló que si bien carece de competencia para conocer alegatos de violaciones del artículo 1 del PIDCP, en ciertas circunstancias este artículo puede tener relevancia para el análisis de presuntas violaciones de los derechos políticos.¹⁷ El caso *Gillot* trata sobre el derecho a votar en dos referendos celebrados en Nueva Caledonia, un grupo de islas colonizadas por Francia en el siglo XIX, con el propósito de decidir sobre el futuro del territorio. El derecho a votar en los referendos se limitaba en función de la ascendencia del individuo, el número de años de residencia en el territorio y otros vínculos (“intereses materiales y morales”) con el territorio.¹⁸ La legislación sobre las modalidades del escrutinio había sido elaborada después de una lucha violenta entre los partidarios y oponentes de la independencia, en consulta con los representantes de las distintas comunidades. La finalidad de los requisitos para votar era excluir de la participación a personas recién llegadas y limitar la participación de aquéllas “interesadas” en el futuro del territorio.¹⁹ La población del territorio era aproximadamente 44% de origen indígena, 33% de origen europeo y 23% de otro origen, y la legislación reconocía el derecho del 92% de la población a participar en los referendos.²⁰ Los autores de la denuncia, ciudadanos franceses que no reunían los requisitos para votar, se consideraron discriminados en el ejercicio de sus derechos políticos.²¹

En aplicación de su jurisprudencia sobre la discriminación, el Comité de Derechos Humanos consideró que las restricciones destinadas a permitir sólo la participación a personas “interesadas” en el

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Gillot c. Francia*, párrs. 13.4 y 13.16 (2002) (es de notar que la versión española del art. 13.4 es errónea, habría que suprimir la palabra “no” en la última frase).

¹⁸ *Ibid.*, párr. 2.6 y nota 2.

¹⁹ *Ibid.*, párrs. 8.3 y 14.3.

²⁰ *Ibid.*, notas 7 y 20; párr. 9.14.

²¹ *Ibid.*, párrs. 3.2 a 3.11.

futuro del territorio no eran discriminatorias, porque “se basan en motivos objetivos de diferenciación, razonables y compatibles con las disposiciones del Pacto”.²² Concretamente, el Comité consideró que las restricciones al derecho de votar eran legítimas, y aptas y proporcionadas a la finalidad de tutelar el derecho a la libre determinación. Para llegar a esta conclusión, el Comité consideró innecesario “pronunciarse (...) sobre el contenido del concepto de ‘pueblos’ planteado por el artículo 1 (...)”.²³ En otras palabras, el Comité evaluó la razonabilidad de las medidas destinadas a favorecer la realización de un derecho cuyo sujeto es un pueblo, sin analizar la coherencia de las restricciones con la identidad del sujeto de este derecho. Quizás esta paradoja se debe a las circunstancias procesales del caso, es decir, la identidad de las personas que impugnaban la legislación, y la naturaleza de los alegatos que formularon, relativa a la discriminación en el ejercicio de los derechos políticos. No obstante, la decisión también señala que los requisitos relativos a la duración de residencia “(...) no resultan desproporcionados con relación a un proceso de descolonización que implique la participación de los residentes que, por encima de su filiación étnica o política, hayan contribuido y contribuyan a la edificación de Nueva Caledonia a través de sus vínculos suficientes con este territorio”. Esta afirmación parece aludir a un concepto de pueblo algo distinto del que parece implícito en las observaciones del Comité sobre otras situaciones.

iii) La doctrina universal

En 1984 el Comité de Derechos Humanos adoptó una Observación General relativa a este derecho. Siendo una de las primeras adoptadas, su alcance es limitado. La Observación no contiene referencia

²² *Ibid.*, párr. 13.18.

²³ *Ibid.*, párr. 13.16.

alguna al contenido del concepto de “pueblo”. No obstante, afirma que todos los Estados Partes deben presentar información sobre los “procesos constitucionales y políticos que permiten en la práctica el ejercicio de este derecho”. El hecho de que esta recomendación se dirija a todos los Estados evidencia una interpretación amplia del alcance de este derecho, y confirma que no es privativo de pueblos que viven bajo determinados tipos de regímenes. La frase “El artículo 1 consagra un derecho inalienable de todos los pueblos (...)” es significativa tanto por la reafirmación de que éste es derecho de todo pueblo, como por la confirmación de su carácter inalienable.²⁴ El Comité apenas se remite a la Declaración de 1970 sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, y a otros instrumentos que se refieren al derecho de libre determinación, en su penúltimo párrafo, sin mención alguna a la idea de que estos instrumentos podrían restringir el alcance o condicionar el ejercicio del derecho a la libre determinación.²⁵ El párrafo siguiente comenta que “El Comité considera que la historia ha demostrado que el ejercicio y el respeto del derecho de libre determinación de los pueblos contribuyen al establecimiento de relaciones de amistad y de cooperación entre los Estados y al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacionales”. Esta alusión a la Declaración de 1970 parece rechazar tácitamente la idea de que el ejercicio del derecho de libre determinación está supeditado a principios generales del derecho internacional público.

La amplia interpretación de las obligaciones de los Estados en el plano internacional, adoptada por el Comité en esta Observación, no ha perdido actualidad, como se observa en el siguiente párrafo:

El párrafo 3 [del artículo 1] reviste, a juicio del Comité, especial importancia por cuanto impone obligaciones concretas a los Estados Partes, no sólo en relación con sus propios pueblos sino con todos los pueblos que no han podido ejercer su derecho a la libre determinación o se han

²⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 12, párr. 2.

²⁵ *Ibíd.*, párr. 7.

visto privados de la posibilidad de ejercer tal derecho (...) Se desprende de ello que todos los Estados Partes en el Pacto deben adoptar medidas positivas para facilitar el ejercicio y el respeto del derecho de los pueblos a la libre determinación. Esas medidas positivas deben ser compatibles con las obligaciones contraídas por los Estados en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y del derecho internacional; en especial, los Estados no deben injerirse en los asuntos internos de otros Estados, afectando así desfavorablemente el ejercicio del derecho a la libre determinación. (...) ²⁶

En definitiva, los párrafos 6 y 7 de la Observación General del Comité de Derechos Humanos apoyan la interpretación de que el párrafo de la Declaración de 1970 citado debe entenderse como principio que rige las acciones de un Estado hacia otro, y no como una limitación al derecho inalienable de todo pueblo a la libre determinación.

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos sobre los informes presentados por los Estados Partes relativos a la puesta en práctica del PIDCP han incluido referencias al derecho a libre determinación que arrojan alguna luz sobre la definición de pueblo y reconocen el derecho de algunos pueblos indígenas a la libre determinación. En el caso de México, el Comité comentó en 1999 lo siguiente:

Pese al reconocimiento que la Constitución hace en su artículo 4 de la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas y la voluntad del Estado Parte de dirimir la cuestión de la autodeterminación de las comunidades indígenas, el artículo 27 de la Constitución parece proteger únicamente ciertas categorías de derechos respecto de las tierras indígenas y continúa dejando expuestas a las poblaciones indígenas a amplias violaciones de derechos humanos.

²⁶ *Ibid.*, párr. 6.

El Estado Parte debería tomar las medidas necesarias para garantizar a las comunidades indígenas el respeto a los derechos y libertades que les corresponde individualmente y como grupo, erradicar los abusos a que se les somete, respetar sus costumbres y cultura, así como sus formas tradicionales de vida permitiéndoles el disfrute de sus tierras y recursos naturales. Asimismo, se debe tomar medidas adecuadas para incrementar su participación en las instituciones del país, así como el ejercicio del derecho a la autodeterminación.²⁷

En sus observaciones sobre el informe de Canadá adoptadas el mismo año, señaló lo siguiente:

El Comité toma nota de que, como ha reconocido el Estado Parte, la situación de las poblaciones indígenas sigue siendo “el problema más apremiante de derechos humanos con que se enfrentan los canadienses”. A este respecto, al Comité le preocupa también que el Estado parte no haya aplicado todavía la recomendación de la Comisión Real sobre las Poblaciones Autóctonas. En cuanto a la conclusión de la Comisión Real, de que sin una mayor proporción de tierras y recursos las instituciones autóctonas de autogobierno fracasarán, el Comité hace hincapié en que el derecho a la autodeterminación requiere, entre otras cosas, que todas las poblaciones puedan disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, y que no se les prive de sus medios de subsistencia (art. 1 párr. 2). El Comité recomienda que se tomen medidas decisivas y urgentes con miras a la plena aplicación de las recomendaciones de la Comisión Real acerca de la asignación de tierras y recursos. El Comité recomienda también que se abandone la práctica de abrogar los derechos inherentes a las poblaciones autóctonas por ser incompatible con el artículo 1 del Pacto.²⁸

²⁷ Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add.109 (México), párr. 19 (1999).

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add.105 (Canadá), párr. 8 (1999).

El Comité de Derechos Humanos también ha reconocido como sujetos del derecho a la libre determinación a los sami de Noruega y Suecia, a los aborígenes de Australia y a las poblaciones de las islas Feroe y Tokelau, que se encuentran bajo la jurisdicción de Dinamarca y de Nueva Zelanda, respectivamente.²⁹

iv) La jurisprudencia interamericana

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) analizó hace dos décadas los alegatos de una comunidad indígena sobre la presunta violación del derecho a la libre determinación en el “Informe sobre los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito.”³⁰ Con base en las Declaraciones de 1960 y 1970 antes citadas, la CIDH consideró que “el principio de libre determinación quedó identificado por las Naciones Unidas con las luchas de libre determinación de los pueblos coloniales”, y que “(...) el derecho de la libre determinación de los pueblos nunca podría entenderse ‘(...) en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de Estados soberanos e independientes (...)’.”³¹ Sin analizar si los miskitos reunían o no los requisitos para ser considerados como un pueblo, la CIDH concluyó que eran sujetos de los derechos reconocidos por el artículo 27 del PIDCP y no del artículo 1. La explicación fue formulada en los términos siguientes:

Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma,

²⁹ Comité de Derechos Humanos, Informe CCPR/C/79/Add. 112, párrs. 10 y 17; A/55/40, párr. 75; CCPR/CO/74/SWE, párr. 15; A/55/40, párrs. 506-507; CCPR/CO/70/DNK, párr. 10; A/50/40, párr. 175.

³⁰ El informe fue adoptado en 1983 y publicado en 1984.

³¹ *Ibid.*, p. 83.

el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. (...) A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.³²

La CIDH no aplicó integralmente los criterios establecidos por el párrafo citado de la Declaración de 1970, y su propia descripción de la situación de los miskitos sugiere más bien que el Estado no reunía el requisito de “[conducirse] de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descritos y est[ar], por tanto, dotad[o] de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color”. Sin duda la referencia a la Declaración de 1970 sobre los Principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, que se refiere principalmente al principio de no injerencia y sólo tangencialmente al tema de la libre determinación, se explica por el hecho de que en ese momento Nicaragua era víctima de una agresión organizada por otro Estado, como quedó comprobado posteriormente por la Corte Internacional de Justicia.³³

³² *Ibid.*, pp. 84-85, párr. 15.

³³ Corte Internacional de Justicia, *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, sentencia del 27 de junio de 1986.

El derecho internacional relativo a los derechos de los pueblos indígenas ha conocido un desarrollo muy importante en las últimas dos décadas, y el análisis desarrollado en este Informe está hoy día desactualizado. No obstante, el progreso hacia el reconocimiento de una definición objetiva de “pueblo” como sujeto del derecho a la libre determinación ha sido lento. Tanto así que veinte años después sería arriesgado tachar de errónea la conclusión de la CIDH de que “el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los [miskitos] posean un derecho a [la] libre determinación.”

Aparte de su análisis sobre la libre determinación, la aplicación del artículo 27 del PIDCP en este informe de la CIDH fue un avance importante, e incluso anticipó por varios años la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre este artículo. La jurisprudencia interamericana reciente no aborda la problemática de los derechos de las comunidades y pueblos indígenas desde la óptica del derecho a la libre determinación como tal, sino más bien desde el derecho a la participación según el espíritu del Convenio 169, del proyecto de declaración americana mencionado y del artículo 27 del PIDCP.

v) El Convenio 169 y los proyectos de declaración

El artículo 1.1 del Convenio 169, que se aplica a “pueblos indígenas y tribales”, define el significado de “indígena” y “tribal”, sin definir el concepto “pueblo”. El tercer párrafo del mismo artículo advierte que “La utilización del término ‘pueblos’ en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”, vale decir, que no tiene relevancia para la determinación del sujeto del derecho a la libre determinación.

Si bien el Convenio 169 no emplea nunca la expresión “libre determinación”, contiene una serie de disposiciones que, en efecto, parecen corresponder a lo que el Relator de las Naciones Unidas

antes citado denominó la “dimensión interna” del derecho a determinar la condición política y a lo que el proyecto americano de declaración llama “derecho a la autonomía o autogobierno” (art. XV.1). En primer lugar, el Convenio reconoce el derecho del pueblo a mantener sus instituciones (arts. 4.1 y 5 b, véase también el art. 8.2). Se dispone que “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, (...) y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”, una versión matizada de la segunda oración del artículo 1.1 común de los Pactos (art. 7.1). Se prohíbe el empleo de toda “(...) forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados”, norma que recuerda la prohibición de agresión en el derecho internacional público (art. 3.2). Se reconoce también en forma programática, el derecho de los pueblos indígenas a mantener un sistema de derecho penal interno, así como sus “modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra” (arts. 9.1 y 17.1). Ciertamente es que muchas disposiciones del Convenio 169 reconocen límites a las facultades de los pueblos indígenas y a la autoridad suprema del Estado. No obstante, las disposiciones antes citadas, sumadas a los preceptos sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones sobre temas que les afecten, suponen una verdadera redefinición de la relación entre el Estado y estos pueblos, y el reconocimiento de una nueva categoría de sujeto del derecho.

El proyecto de declaración americana, al igual que el Convenio 169, evitan el uso de la expresión “libre determinación”, y hacen una advertencia en el sentido de que la utilización del término “pueblo” no tiene “implicación alguna en lo que atañe a otros derechos que puedan atribuirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).³⁴ A diferencia del Convenio, el proyecto de declaración reco-

³⁴ Otra salvaguardia de la soberanía del Estado está consagrada por el artículo XXV, que reza: “Nada en esta Declaración implica otorgar derecho alguno a ignorar las fronteras de los Estados.”

noce abierta y expresamente la dimensión interna de la libre determinación en el artículo XV sobre el “Derecho al autogobierno”. El primer párrafo de dicho artículo reza así:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar libremente su *status* político y promover libremente su desarrollo económico, social, espiritual y cultural, y consecuentemente tienen derecho a la autonomía o autogobierno en lo relativo a, inter alia, cultura, religión, educación, información, medios de comunicación, salud, habitación, empleo, bienestar social, actividades económicas, administración de tierras y recursos, medio ambiente e ingreso de no-miembros; así como a determinar los recursos y medios para financiar estas funciones autónomas.

Este proyecto de declaración también hace hincapié en el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus propios sistemas legales (art. XVI, art. XI.1 relativo a la familia y art. XVII sobre la tierra y la propiedad).

El proyecto de declaración elaborado en el seno de las Naciones Unidas tiene una orientación distinta. A pesar de su nombre, que se refiere a poblaciones y no a pueblos indígenas, el proyecto declara: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (art. 3).

El artículo siguiente desarrolla este concepto al afirmar lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado (art. 4).

El artículo 21 de este proyecto de declaración afirma que: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas políticos, económicos y sociales (...)”. Esta disposición, al igual

que otras sobre la participación de los pueblos indígenas en la vida nacional y en la toma de decisiones sobre temas que les afectan, son calificadas por la frase “si lo desean”. El significado de esta frase es ambiguo, pero parece indicar que el deseo de un pueblo indígena de permanecer aislado de la sociedad nacional –o eventualmente de separarse de ésta– debe respetarse. La controversia sobre las disposiciones del proyecto referentes al derecho a libre determinación han sido un obstáculo para su adopción, según el primer informe del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre los derechos humanos y cuestiones indígenas.³⁵

14.5 Los derechos de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas

i) La Declaración de 1994 sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 1994 la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas inspirada, según consta en su Preámbulo, en el artículo 27 del PIDCP. El contenido de esta Declaración no es muy novedoso y muchas de sus disposiciones se limitan a reafirmar el derecho de las personas pertenecientes a dichas minorías a disfrutar y a ejercer sin discriminación los derechos ampliamente reconocidos en la Carta Internacional de los Derechos Humanos.³⁶

No obstante, este instrumento contiene avances en la materia. Su artículo primero subraya que las obligaciones del Estado hacia tales minorías no son exclusivamente de carácter negativo, sino que

³⁵ Comisión de Derechos Humanos, Informe E/CN.4/2002/97, párr. 89.

³⁶ Por ejemplo, los artículos 2.4 sobre la libertad de asociación y 2.5 sobre libertad de información.

incluyen la obligación de “proteger la existencia y la identidad” de dichas minorías en cuanto colectividades (véase también la Observación General No. 23 sobre el artículo 27 del PIDCP, *infra*). Los párrafos 3 y 4 del artículo 4 precisan que esas obligaciones positivas comprenden la enseñanza de los idiomas minoritarios y el uso de esos idiomas como medio de instrucción, así como la “promoción del conocimiento de la historia, las tradiciones (...) y la cultura de las minorías (...)”. Otras obligaciones genéricas están reconocidas en los artículos 5, 6 y 7.

El artículo 2.1 de la Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías reitera los derechos plasmados en el artículo 27 del PIDCP: disfrutar de su propia cultura, profesar y practicar su propia religión y utilizar su propio idioma, agregando que el sujeto tiene derecho a realizar estas actividades “libremente” y “en privado y en público”. El párrafo tercero del artículo 2 reconoce, aunque en forma programática y condicionada, el derecho de las minorías a participar en la toma de decisiones que les afectan o afectan las regiones donde viven.

La cuestión de las prácticas y los valores tradicionales contrarios a los valores y principios consagrados por el derecho internacional de los derechos humanos es sensible. El artículo 4.2 de esta Declaración toma una posición sobre esta cuestión al precisar que los Estados deben promover el desarrollo de la cultura, idioma, religión, tradiciones y costumbres de dichas comunidades, “(...) salvo en los casos en que determinadas prácticas violen la legislación nacional y sean contrarias a las normas internacionales.”³⁷

³⁷ La cláusula citada establece dos condiciones acumulativas al referirse a prácticas que violan la legislación nacional y que son contrarias a la normativa internacional. En realidad, la más relevante de las dos condiciones es la segunda, relativa a la normativa internacional, pues cuando una práctica es contraria a dicha normativa, los Estados están obligados a adoptar legislación destinada a erradicarla. En caso contrario –si una práctica es prohibida por el derecho interno pero constituye una parte integral de la cultura de una minoría– el Estado está en la obligación de derogar las disposiciones legislativas contrarias al derecho reconocido por la normativa internacional.

El valor principal de la Declaración consiste en el reconocimiento de los derechos consagrados por el artículo 27 del PIDCP –que no son consagrados ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en la normativa interamericana– como parte del derecho internacional consuetudinario aplicable a la comunidad internacional en general.

ii) La doctrina universal

El Comité de Derechos Humanos adoptó en 1994 la Observación General No. 23 sobre el artículo 27 del PIDCP. “La protección de esos derechos”, declaró el Comité, “tiene por objeto garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural, religiosa y social de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto.”³⁸

El concepto de “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” se refiere a un grupo de personas que comparten una cultura, una religión y/o un idioma.³⁹ El Comité de Derechos Humanos considera que la “existencia” de tal grupo no implica necesariamente que forme parte permanente de la sociedad ni que se trate de nacionales. A efectos del artículo 27, los trabajadores extranjeros y los refugiados pueden conformar una minoría[s] en el país en donde se han instalado en búsqueda de trabajo o refugio.⁴⁰

En cuando al requisito de que la minoría tenga existencia dentro del territorio del Estado en cuestión, la Observación manifiesta lo siguiente:

³⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23, párr. 9.

³⁹ *Ibíd.*, párr. 5.1 (la versión española de la Observación presenta un error de traducción al referirse a personas que “comparten en común una cultura, una religión y un idioma”, mientras que las versiones inglesa y francesa rezan “and/or” y “et/ou”. El texto del artículo emplea el disyuntivo “o”, si bien es obvio que hay grupos que son minorías de acuerdo con dos de estos criterios e incluso de acuerdo con los tres criterios).

⁴⁰ *Ibíd.*, párrs. 5.1 y 5.2 (la observación se refiere expresamente a trabajadores migratorios).

El artículo 27 reconoce derechos a las personas pertenecientes a las minorías que “existan” en un determinado Estado Parte. Habida cuenta de la naturaleza y el alcance de los derechos reconocidos en virtud de este artículo, no procede determinar el grado de permanencia que supone la expresión “que existan”. (...) Así como no necesitan ser nacionales ni ciudadanos, tampoco necesitan ser residentes permanentes.⁴¹

El reconocimiento oficial de la minoría es irrelevante, a efectos de la aplicación del artículo 27, pues la existencia de un grupo que comparte una cultura, una religión o un idioma es una cuestión fáctica que no depende de una “decisión unilateral” del Estado.⁴²

Si bien el artículo 27 reconoce al individuo que pertenece a una minoría como titular del derecho, y no a la minoría como tal, es evidente que el disfrute de estos derechos por el individuo requiere la existencia de la comunidad minoritaria y la conservación de su identidad cultural, religiosa y/o lingüística. Por tanto, el Estado puede tener, además de la obligación negativa de no tomar medidas que debiliten al grupo u obstaculicen la participación de sus miembros en las actividades tradicionales, la obligación de “adopt[ar] medidas positivas para proteger la identidad de una minoría.”⁴³ Medidas de esta índole pueden considerarse como discriminación positiva “en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulte el goce de los derechos garantizados por el artículo 27 [y] que estén basadas en criterios razonables y objetivos.”⁴⁴ No obstante, en la elaboración y ejecución de políticas de protección de minorías, el Estado debe evitar toda discriminación entre las distintas minorías con derecho a protección.⁴⁵ Asimismo, la obligación del Estado de proteger las minorías se extiende a la protección con-

⁴¹ *Ibíd.*, párr. 5.2.

⁴² *Ibíd.*

⁴³ *Ibíd.*, párr. 6.2.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Ibíd.*

tra actividades de particulares susceptibles de perjudicar los derechos de aquéllas.⁴⁶

Con respecto a las minorías indígenas en particular, el Comité de Derechos Humanos manifestó lo siguiente:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley¹. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan.⁴⁷

iii) La jurisprudencia universal

Las primeras decisiones del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 se refieren al derecho de las personas de origen indígena a vivir en el territorio y a participar en las actividades de sus respectivas comunidades. El caso Lovelace trata sobre una mujer indígena que había perdido el derecho a residir en el territorio de su comunidad debido a su matrimonio con un no indígena.⁴⁸ La medida era consecuencia de la legislación nacional, pero contó con el respaldo del Consejo de la comunidad indígena en cuestión.⁴⁹ El Estado informó que el objetivo de la legislación era proteger a las comunidades indígenas y, en particular, la integridad de sus tierras. Tradicionalmente los derechos de una persona dependían de su lí-

⁴⁶ *Ibid.*, párr. 6.1.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 7.

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Lovelace c. Canadá, párr. 1 (1981).

⁴⁹ *Ibid.*, párr. 9.7.

nea paterna, según el Estado, y el matrimonio de una indígena con un hombre no indígena representaba un peligro mayor al patrimonio colectivo, comparado con el matrimonio de un varón indígena con una mujer no indígena.⁵⁰

El Comité de Derechos Humanos determinó, en primer lugar, que “Normalmente debe considerarse que las personas nacidas y criadas en una reserva, que han mantenido vínculos con su comunidad y que desean conservar estos vínculos pertenecen a esta minoría (...)”.⁵¹ Por tanto, la víctima “es étnicamente una india Maliseet” a efectos de los derechos reconocidos por el PIDCP, a pesar de que la legislación nacional le había privado de la condición jurídica de india y de los derechos correspondientes.⁵² Su derecho “(...) a participar en la vida cultural y emplear el idioma de su comunidad de origen ‘en común con los demás miembros’ de su grupo de hecho ha sido y sigue siendo objeto de interferencias, porque esta comunidad existe únicamente en la Reserva (...)”.⁵³ El Comité consideró que los objetivos de la legislación –la protección de la identidad y recursos de la comunidad indígena– eran coherentes con el PIDCP, pero recalcó que las medidas empleadas para estos fines debían “tener una justificación razonable y objetiva y ser compatibles con las demás disposiciones del Pacto.”⁵⁴ El Comité no se pronunció sobre la compatibilidad de la legislación como tal con el PIDCP, pero dictaminó que en el caso concreto, habida cuenta del divorcio de la víctima, no había “justificación razonable para la interferencia en” su derecho de residir en la reserva.⁵⁵

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 5 (1981). Una indígena que se casaba con un indígena de otra etnia también perdía el derecho de vivir en las tierras de su comunidad de origen, pero adquiriría el derecho de residir en el territorio de la comunidad de su esposo, párr. 9.3.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 14.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, párr. 15.

⁵⁴ *Ibid.*, párr. 16.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 18.

El caso Kitok trata sobre una persona que perdió su derecho a considerarse miembro de una comunidad Sami. La legislación reconocía el derecho de los miembros de la comunidad a dedicarse a actividades tradicionales, en especial la cría de renos, y autorizaba a las autoridades de la comunidad a excluir a los miembros que dejaban de dedicarse a los mismos.⁵⁶ El Estado informó que el objetivo de la ley era “el mejoramiento de las condiciones de vida de los sami para quienes la cría de renos es la fuente principal de ingresos, así como la seguridad futura de la cría de renos.”⁵⁷ El Comité de Derechos Humanos consideró que los objetivos de la ley eran coherentes con el PIDCP, pero que la privación de la condición de miembro de la comunidad a una persona de origen sami, que siempre había mantenido vínculos con la comunidad y residido en tierra sami, y quien además pretendía volver a dedicarse al modo de vida tradicional tan pronto como le fuera posible, parecía no guardar proporción con dichos fines. A pesar de las circunstancias concretas –la presencia del interesado en la comunidad y su participación en las actividades tradicionales habían sido toleradas– el Comité concluyó que no se había sustanciado una violación. No obstante, no fue esa la parte de la decisión que más impacto ha tenido en el desarrollo de la jurisprudencia del Comité sobre los derechos de minorías indígenas, sino el reconocimiento de la dimensión económica de la cultura. La decisión señala al respecto lo siguiente:

Por lo general, la reglamentación de una actividad económica corresponde exclusivamente al Estado. No obstante, cuando la actividad es un elemento indispensable en la cultura de una comunidad étnica, la aplicación de las normas reglamentarias [de actividades económicas] puede estar comprendida en el artículo 27 del Pacto (...)⁵⁸

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Kitok c. Suecia, párr. 4.2 (1988).

⁵⁷ *Ibid.* Véase también el párr. 9.5.

⁵⁸ *Ibid.*, párr. 9.2.

Este razonamiento fue desarrollado en el caso presentado por el jefe Ominayak, representante de una comunidad conocida como la Agrupación del Lago Lubicon, que desde tiempos inmemoriales ha habitado una zona en el norte de Canadá, dedicándose a la caza y a la pesca. La comunidad, compuesta de unas 500 personas, conservaba su cultura, religión, estructura política y economía de subsistencia tradicionales.⁵⁹ Según la denuncia, las autoridades canadienses habían permitido la expropiación del territorio de la Agrupación en beneficio de los intereses de las empresas privadas en desconocimiento del derecho de la Agrupación a disponer de sus recursos naturales, privándola de los medios de subsistencia.⁶⁰ Durante varios años la comunidad había luchado tanto a nivel judicial como mediante negociaciones para lograr el reconocimiento de su territorio, así como para obtener una reparación por los daños causados por la explotación de sus recursos por empresas.⁶¹ El Estado informó que había ofrecido reconocer el derecho de la comunidad a determinado territorio y señaló que los reclamos territoriales de la Agrupación se traslapaban con los de otras comunidades indígenas.⁶² El jefe de la Agrupación, por su parte, alegó que las actividades de las empresas estaban provocando graves daños a la fauna silvestre, al medio ambiente, a la economía y a la forma tradicional de vida de la Agrupación, a sus “lazos espirituales y culturales con la tierra” y, por ende, a la salud física de la comunidad.⁶³ Sobre la base de una apreciación global de los hechos, el Comité de Derechos Humanos concluyó que “Las injusticias históricas a que se refiere el Estado Parte, y determinados acontecimientos más recientes, amenazan el modo de vida y la cultura de la Agrupación del Lago Lubicon y constituyen una violación del artículo 27 mientras persiste la situación.”⁶⁴

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Ominayak c. Canadá, párrs. 2.2 y 24.1 (1990).

⁶⁰ *Ibíd.*, párr. 2.1.

⁶¹ *Ibíd.*, párrs. 3.2-3.9, 5.1-5.4, 9.2-10.2.

⁶² *Ibíd.*, párrs. 5.2 y 17.1.

⁶³ *Ibíd.*, párrs. 11.2 y 23.2.

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 33.

En dos decisiones adoptadas en 1995 y 1997, ambas relativas a casos de pastores sami, el Comité de Derechos Humanos concluyó, después de un análisis pormenorizado de los hechos, que las medidas impugnadas no eran violatorias del artículo 27. En el primer caso, se alegó que la extracción de piedra para la construcción de una carretera perjudicaría la cría de renos, “componente esencial de la cultura sami.”⁶⁵ El Comité señaló que:

Según este artículo [27], los miembros de las minorías étnicas no serán privados del derecho a tener su propia vida cultural. Por consiguiente, toda medida cuyo efecto equivalga a negar este derecho será incompatible con las obligaciones que impone el artículo 27. Sin embargo, las medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27.⁶⁶

En concreto, el Comité de Derechos Humanos consideró que “(...) a juzgar por la información de que disponen las autoridades del Estado Parte han tomado la precaución de sólo permitir una extracción que suponga una repercusión mínima sobre las actividades de pastoreo de renos (...) y sobre el medio ambiente; la intención de reducir a un mínimo los efectos de la extracción de roca de la zona sobre la cría de renos está reflejada en las condiciones establecidas en el permiso de extracción.”⁶⁷ No había evidencia alguna de un impacto negativo sobre la cría de renos y las autoridades habían realizado consultas previas con la comunidad interesada antes de conceder el permiso.⁶⁸ Por estas razones, el Comité concluyó que no se había denegado el derecho de los sami a practicar la cría de renos de acuerdo con sus derechos, a tenor del artículo 27 del PIDCP.⁶⁹

⁶⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Länsman (Ilmari) y otros c. Finlandia, párrs. 3.1 y 7.3 (1995).

⁶⁶ *Ibid.*, párr. 9.4.

⁶⁷ *Ibid.*, párr. 9.7.

⁶⁸ *Ibid.*, párr. 9.6.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 10.

En el segundo caso, relativo al impacto de la tala de árboles en la cría de renos, el Comité de Derechos Humanos aplicó la interpretación adoptada en la decisión antes mencionada en el sentido de que las “(...) medidas que tengan un efecto limitado en la forma de vida de las personas pertenecientes a una minoría no equivalen necesariamente a una denegación de los derechos reconocidos en el artículo 27”.⁷⁰ Asimismo, el Comité subrayó de nuevo la necesidad de celebrar consultas previas relativas a la autorización de actividades que tengan un impacto sobre la forma de vida tradicional de una minoría.⁷¹ La información presentada al Comité indicaba que, si bien la tala podría implicar gastos adicionales para los pastores, no pondría en peligro la supervivencia de esta actividad tradicional, de manera que no vulneraba el artículo 27.⁷² No obstante, el Comité advirtió que esa conclusión habría de revisarse si en el futuro las consecuencias de la tala fuesen más serias que las previstas.⁷³

La decisión más reciente del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 27 pone especial énfasis en su doctrina relativa a la participación de los representantes de estas minorías en la toma de decisiones que afectan su forma tradicional de vida. El caso se refiere al derecho de pesca de los maori. En el siglo XIX, un tratado reconoció a los maori plenos derechos sobre sus pesquerías, pero hacia finales del siglo XX el impacto de las técnicas modernas de la pesca comercial llevó al gobierno a introducir un sistema de cuotas.⁷⁴ Después de una década de controversia, procesos y modificaciones de la legislación, se negoció un acuerdo global que reconocía ciertos derechos a los maori a cambio de la renuncia a todos los litigios pendientes. La denuncia fue presentada por representantes de la tribu maori que no aceptaron el acuerdo.

⁷⁰ Comité de Derechos Humanos, *Länsman (Jouni) y otros c. Finlandia*, párr. 10.3 (1997).

⁷¹ *Ibid.*, párrs. 10.4 y 10.5.

⁷² *Ibid.*, párr. 10.6.

⁷³ *Ibid.*, párr. 10.7.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, *caso Mahuika y otros c. Nueva Zelanda*, párrs. 5.1 y 5.3 (2000).

Con respecto al principio de participación, la decisión señala lo siguiente:

En la jurisprudencia que ha ido sentando con respecto al Protocolo Facultativo, el Comité ha insistido en que la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional (...)

El Comité observa que el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones.⁷⁵

En cuanto a la cuestión más difícil de la situación de los miembros de la población maori que no estaban de acuerdo con la solución aceptada por la mayoría, el Comité de Derechos Humanos consideró que debía examinarla desde dos perspectivas. La primera cuestión a resolver era hasta qué punto la medida impugnada respondía a los intereses de la población maori en su totalidad. La otra era determinar si la aplicación de la medida a los maoris disidentes era razonablemente justificada. Con respecto a la primera interrogante el Comité expresó lo siguiente:

En el proceso de consulta se prestó especial atención al significado cultural y religioso de la pesca para los maoríes, entre otras cosas garanti-

⁷⁵ *Ibíd.*, párrs. 9.5 y 9.6.

zando la posibilidad de que particulares y comunidades maoríes pudieran dedicarse a actividades pesqueras no comerciales. Aunque le preocupa que la solución alcanzada haya contribuido a dividir a los maoríes, el Comité llega a la conclusión de que el Estado Parte, al participar en amplias consultas antes de promulgar la nueva legislación y al atender específicamente a la sostenibilidad de las actividades pesqueras maoríes, ha adoptado las medidas necesarias para que la solución sobre las pesquerías y su promulgación como ley, incluido el sistema de gestión de cuotas, sean compatibles con el artículo 27.⁷⁶

Con respecto al segundo interrogante, el Comité de Derechos Humanos consideró que la respuesta dependía de la manera en que el acuerdo se pondría en práctica. La decisión advierte al respecto:

El Comité subraya que (...) las medidas que afecten a las actividades económicas de los maoríes deberán llevarse a cabo de forma que los autores [de la denuncia, o sea, los maoris que rechazaban el acuerdo] sigan gozando de su cultura y profesando y practicando su religión junto con otros miembros de su grupo. El Estado Parte está obligado a tener esto en cuenta cuando aplique en el futuro la Ley para resolver las reclamaciones (...) en materia de pesquerías.⁷⁷

En el 2000 el Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión sobre un caso relativo a los derechos de la comunidad Baster, mestizos descendientes de colonos afrikaans e indígenas khoi que residen en Namibia.⁷⁸ La comunidad está integrada por unas 35 mil personas y ocupa su territorio actual desde 1872, habla el idioma afrikaans y tiene instituciones políticas propias. Los representantes de la comunidad alegaron que la confiscación y privatización de

⁷⁶ *Ibid.*, párr. 9.8.

⁷⁷ *Ibid.*, párr. 9.9.

⁷⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *Diergaardt y otros c. Namibia*, párrs. 2.1 y 2.3 (2000).

tierras comunales “ha privado a [la comunidad] de los fundamentos de su subsistencia económica, que a su vez lo era de su identidad cultural, social y étnica”, y “pone en peligro la existencia tradicional de la comunidad, como empresa colectiva de explotación agropecuaria integrada fundamentalmente por ganaderos”, en violación del artículo 27.⁷⁹ El Comité consideró el alegato como infundado por las razones siguientes:

Como lo demuestra la jurisprudencia anterior del Comité, el derecho de los miembros de una minoría a disfrutar de su cultura conforme al artículo 27 comprende la protección de un modo particular de vida relacionada con el uso de los recursos de tierras mediante actividades económicas, tales como la caza y la pesca, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Sin embargo, en el presente caso el Comité no ha comprobado que los autores puedan acogerse al artículo 27 para sustentar su reclamación a favor del uso exclusivo de las tierras de pastoreo en cuestión. Esta conclusión está basada en la evaluación hecha por el Comité de la relación entre el modo de vida de los autores y las tierras a que se refieren sus denuncias. Aunque el vínculo de la Comunidad Rehoboth con las tierras en cuestión data de unos 125 años, no es el resultado de una relación que puede haber sido el origen de una cultura propia. Además, aunque la Comunidad Rehoboth tiene características propias en cuanto a sus formas históricas de autogobierno, los autores no han demostrado cómo esos factores pueden estar basados en sus prácticas de ganadería. Por consiguiente, el Comité concluye que no se ha violado el artículo 27 del Pacto en el presente caso.⁸⁰

El Comité de Derechos Humanos también concluyó que la prohibición del uso del idioma afrikaans en toda comunicación escrita y oral entre la administración pública y el público representaba un

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 3.1.

⁸⁰ *Ibíd.*, párr. 10.6. Se omite una cita a los casos *Kitok*, *Ominayak*, *Länsman (I)*, *Länsman (J)* y al párr. 7 de la Observación General No. 23.

trato discriminatorio incompatible con el artículo 26 del PIDCP.⁸¹ Seis miembros del Comité discreparon con la conclusión de que los hechos habían sido violatorios del artículo 26.

14.6 Los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas

i) El Convenio 169

El Convenio 169 de la OIT consagra los derechos de dos grupos: los pueblos indígenas y los pueblos tribales. El artículo primero del Convenio define como pueblo indígena:

A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas (art. 1.1 b).

La definición de pueblo tribal es: “pueblos (...) cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial” (art. 1.1. a). La presente sección se dedica al análisis de la problemática de los derechos de los pueblos y las poblaciones indígenas, de gran envergadura en el continente americano. En algunos países americanos existen pueblos tribales no indígenas, en particu-

⁸¹ *Ibid.*, párr. 10.10. Aparentemente el Comité de Derechos Humanos examinó este alegato a la luz del artículo 26 y no del artículo 27 por querer respetar los términos de los alegatos y argumentos formulados por los representantes de la comunidad Baster.

lar los descendientes de esclavos africanos que escaparon de la esclavitud durante la época colonial y se refugiaron en zonas aisladas donde preservan elementos significativos de su cultura tradicional.⁸² Por tanto, cabe advertir que las referencias a los pueblos indígenas en los párrafos siguientes, cuando se refieren a disposiciones del Convenio 169, son aplicables igualmente a los pueblos tribales.

El segundo párrafo del artículo primero agrega un corolario importante: “La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio” (art. 1.2).

Como se señaló, el artículo 27 del PIDCP reconoce expresamente los derechos de los individuos pertenecientes a una minoría y sólo implícitamente el derecho de la colectividad a una protección. El Convenio 169 contiene tanto disposiciones relativas a los derechos individuales de las personas pertenecientes a pueblos indígenas, como disposiciones sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas. No obstante, es menester reconocer que muchas de las disposiciones relativas a dichos pueblos no consagran derechos *per se*, sino que establecen obligaciones del Estado de carácter programático. De hecho, el Convenio entero está formulado en términos programáticos y no contiene ni una sola disposición que use la fórmula “tiene derecho” o su equivalente. En términos generales, la mayor parte del contenido del Convenio se refiere a los derechos normalmente clasificados como de carácter social, cultural y económico y pone cierto énfasis en el tema de la no discriminación.⁸³

Dos avances importantes logrados por el Convenio 169 se refieren al derecho a la participación y al derecho a la tierra. El derecho

⁸² Los cimarrones o maroons de Surinam son un ejemplo. Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Surinam (1985), pp. 64-65; caso de la Aldea Moiwana (admisibilidad) (2000).

⁸³ La Parte III (art. 20) se dedica al derecho al empleo; la Parte IV (artículos 21 a 23) a la formación profesional, artesanía e industriales rurales; la Parte V (artículos 24 y 25) a la seguridad social y salud; la Parte VI (artículos 26 a 31) a la educación y medios de comunicación. El derecho a no ser discriminado es reafirmado en los artículos 2.2, 3.1, 4.3.

de los pueblos a ser consultados en la toma de decisiones que les afectan está reconocido por los artículos 5, 6 y 7, que disponen al respecto:

Artículo 5

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

(...)

La tierra tiene un significado especial para los pueblos indígenas y el derecho a la tierra es el derecho que más los distingue de otros sujetos de derecho. La Parte II del Convenio, que contiene los artículos 13 a 19, está dedicada a este derecho. El principio general, consagrado por el párrafo primero del artículo 13, establece que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. El término “tierras”, advierte el párrafo 2, incluye “el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del

hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.” La parte medular de este derecho está consagrada en el artículo 14.1, que reza así:

Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

El artículo 16 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a ocupar sus tierras y a no ser obligados a abandonarlas. Los tres primeros párrafos establecen lo siguiente:

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.
2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.
3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.⁸⁴

⁸⁴ Los párrafos 4 y 5 rigen la obligación del Estado de compensar a los pueblos obligados a abandonar sus tierras.

El artículo 18 reconoce la obligación del Estado de “prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y (...) tomar medidas para impedir tales infracciones.”

El Convenio 169 también establece una cierta obligación a reconocer el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas; éste, al igual que el derecho a la tierra, es un derecho propio de los pueblos indígenas y tribales, que las demás minorías culturales, religiosas y lingüísticas no poseen. Los principios básicos están enunciados en los párrafos 1 y 2 del artículo 8, que rezan así:

Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. (...)

Dos artículos se refieren a la aplicación del derecho penal y a las sanciones penales a los miembros de las comunidades indígenas. El artículo 9 establece que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, y agrega: “Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” El artículo 10 dispone: “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales”, además, “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

ii) Los proyectos de declaración sobre los derechos de los indígenas

En el sistema universal, la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó en 1994 un proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas que se encuentra desde entonces bajo consideración por la Comisión de Derechos Humanos, paso previo a su examen por el Consejo Económico y Social y la Asamblea General. Al igual que el Convenio 169, este proyecto de declaración reconoce tanto derechos individuales como colectivos, con más énfasis en los derechos colectivos de las poblaciones indígenas. A diferencia del Convenio 169, gran parte de su contenido consiste en el reconocimiento de derechos subjetivos de aplicación inmediata mediante la fórmula “tienen derecho” o su equivalente. Pero –también a diferencia del Convenio 169– el proyecto carece de una definición de “población indígena”, sujeto de los derechos en él consagrados.

El derecho a la identidad está reconocido por el artículo 4 del proyecto que consagra el derecho de los pueblos indígenas a “conservar y reforzar sus propias características políticas, económicas, sociales y culturales, así como sus sistemas jurídicos (...)”, y por el artículo 8 que establece el “derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales”. Los actos o atentados contra este derecho están contemplados en el artículo 7 que dispone en su parte pertinente lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural, en particular a la prevención y la reparación de:

- a) todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;

- b) todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;
- c) toda forma de traslado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;
- d) toda forma de asimilación e integración a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo; (...)⁸⁵

Al igual que el Convenio 169, este proyecto de declaración contiene reiteradas referencias al derecho de los pueblos a ser consultados en la toma de decisiones que les afectan, aunque la forma como este instrumento reconoce tal derecho toma en cuenta el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos del derecho a la libre determinación. Varias disposiciones del proyecto sobre la participación de los indígenas en la vida nacional están condicionadas por la frase “si lo desean”. Además, las modalidades de participación contempladas no ponen énfasis en la participación directa de la comunidad indígena en la toma de decisiones, sino en el diálogo o la consulta entre las instancias estatales y las del pueblo indígena. El artículo 19, por ejemplo, dispone lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, en todos los niveles de adopción de decisiones, en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Asimismo, el artículo 20 dispone lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, mediante procedimientos determinados por ellos, en la elaboración de las medidas legislativas y administrativas que les afecten.

⁸⁵ Compárese con el artículo V del proyecto de declaración americana.

Los Estados obtendrán el consentimiento, expresado libremente y con pleno conocimiento, de los pueblos interesados antes de adoptar y aplicar esas medidas.

El derecho a la tierra está definido en términos amplios. El artículo 26 establece lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios, comprendido el medio ambiente total de las tierras, el aire, las aguas, los mares costeros, los hielos marinos, la flora y la fauna y los demás recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Ello incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de los recursos, y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos.

El derecho a la restitución de “las tierras, los territorios y los recursos” indígenas “que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento”, está plasmado en el artículo 27 del proyecto, junto con el derecho a indemnización en caso de que la restitución sea imposible. El artículo 30 del proyecto establece un vínculo entre el derecho a la tierra y el derecho a la participación (o autonomía) en la forma siguiente:

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se

otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.⁸⁶

El derecho colectivo de los pueblos indígenas a lo que tradicionalmente se conoce como la propiedad intelectual está reconocido por el artículo 29, con respecto a “ (...) sus ciencias, tecnologías y manifestaciones culturales, comprendidos los recursos humanos y los recursos genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños y las artes visuales y dramáticas”.⁸⁷ Un aspecto novedoso del proyecto es el hacer positivo el derecho de los pueblos a recuperar los restos humanos de sus antepasados (art. 13), así como los “bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran consentido libremente y con pleno conocimiento o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres” (art. 12).⁸⁸ El reconocimiento de una exención al servicio militar obligatorio es otra innovación digna de mención (art. 11.a).

En cuanto a la problemática de los eventuales conflictos entre las tradiciones indígenas y el derecho nacional, por una parte, y entre esas tradiciones y los derechos reconocidos por la normativa internacional como derechos humanos de toda persona por otra, el artículo 33 dispone que “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas características, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”. El artículo 43 agrega que “Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración

⁸⁶ Los artículos 25 y 28 consagran otros aspectos del derecho a la tierra y a los recursos naturales.

⁸⁷ Véase también el artículo XX del proyecto de declaración americana.

⁸⁸ El artículo VII del proyecto de declaración americana reconoce este derecho con respecto al “patrimonio histórico y arqueológico”. Véase también el párrafo 3 del artículo X del proyecto americano.

se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas”. No es evidente que estas disposiciones, en particular el artículo 33, limiten o condicionen la interpretación y aplicación de las demás disposiciones del proyecto de declaración. No está claro, por ejemplo, cómo los conflictos relativos al derecho de una persona nacida y criada en el seno de una determinada comunidad indígena a mantener su derecho a participar activamente en la comunidad y sus actividades, del tipo analizado por el Comité de Derechos Humanos en los casos Lovelace y Kitok (supra), serían resueltos a la luz de los principios establecidos en los artículos 33 y 43, y el derecho de la comunidad a “determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones,” reconocido por el artículo 31. Si se contrasta el enfoque de estas disposiciones con el del artículo 24.3 de la Convención sobre los derechos del niño, por ejemplo, que consagra enfáticamente la obligación de “abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños”, se nota que los artículos 33 y 43 establecen la obligación de desarrollar las normas propias de la comunidad en armonía con la normativa internacional, pero no contienen una prohibición de la aplicación de normas que infringen la normativa internacional.

En 1997 la CIDH adoptó un proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas. El primer artículo del proyecto, denominado “Ámbito de aplicación y definiciones”, es similar al primer artículo del Convenio 169. No obstante, este proyecto de declaración no contiene una definición objetiva del término pueblo indígena, lo que parece significar que la “autoidentificación”, calificada por el párrafo 2 de “criterio fundamental” sería, en la práctica, criterio único. El proyecto de declaración americana, al igual que el Convenio y el proyecto de declaración universal, consagra tanto los derechos colectivos de los pueblos indígenas como los derechos individuales de personas indígenas. Entre los derechos colectivos están el derecho a la personalidad jurídica y el derecho a “preservar, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos (...)” (arts. IV y V). A diferencia del Convenio y al igual que el proyecto universal, muchos artículos de este proyec-

to de declaración americana reconocen derechos subjetivos de aplicación inmediata.

En cuanto al derecho a la tierra, los elementos esenciales están consagrados en los tres primeros párrafos del artículo XVIII, que disponen lo siguiente:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento.
3. i) Sujeto a lo prescrito en 3.ii, cuando los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas surgen de derechos preexistentes a la existencia de los Estados, éstos deberán reconocer dichos títulos como permanentes, exclusivos, inalienables, imprescriptibles e inembargables.⁸⁹

El párrafo 4 reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a un marco legal efectivo de protección de sus derechos sobre recursos naturales en sus tierras”, y el 5 establece que cuando los recursos del subsuelo pertenecen al Estado, éste debe establecer procedimientos de consulta previa con los pueblos indígenas afectados para la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de dichos recursos, así como acuerdos justos relativos a la indemnización y la participación en los beneficios de tales actividades. El párrafo 6 prohíbe el traslado o reubicación de pueblos indígenas “sin el consentimiento libre, genuino, público e informado (...)”, y el párrafo 7 reconoce su derecho a la restitución de las tierras, territorios y recur-

⁸⁹ El inciso ii) admite la modificación de tales títulos “de común acuerdo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo con pleno conocimiento y comprensión por éstos de la naturaleza y atributos de dicha propiedad”.

sos que hayan sido confiscados, ocupados, usados o dañados.⁹⁰ El párrafo 8 reconoce la obligación del Estado de dar “máxima prioridad a la demarcación y reconocimiento de las propiedades y áreas de uso indígena”, y de “impedir y sancionar (...) toda intrusión o uso de dichas tierras por personas ajenas no autorizadas (...)”. El derecho a la protección del medio ambiente también está reconocido en forma pormenorizada en el artículo XIII.

El proyecto contempla el reconocimiento por el Estado del derecho de los pueblos indígenas. El segundo párrafo del artículo XVI dispone al respecto lo siguiente:

Los pueblos indígenas tienen el derecho de mantener y reforzar sus sistemas jurídicos, y de aplicarlos en los asuntos internos en sus comunidades, incluyendo los sistemas relacionados con asuntos como la resolución de conflictos, en la prevención del crimen y en el mantenimiento de la paz y armonía.

El tercer párrafo agrega que: “ (...) los asuntos referidos a personas indígenas o a sus intereses, serán conducidos (...) [con] observancia del derecho y costumbre indígena y, de ser necesario, el uso de su lengua”.

El principio de participación de los indígenas en las decisiones que les afecten está consagrado en varias disposiciones del proyecto. Este principio está reconocido en términos generales en el segundo párrafo del artículo XV dedicado al “Derecho a autogobierno”, que establece:

Los pueblos indígenas tienen el derecho de participar sin discriminación, si así lo deciden, en la toma de decisiones, a todos los niveles, con relación a asuntos que puedan afectar sus derechos, vidas y destino. Ello podrán hacerlo directamente o a través de representantes elegidos por ellos de acuerdo a sus propios procedimientos. Tendrán también el

⁹⁰ Los párrafos 6 y 7 admiten ciertas excepciones a estas reglas generales y establecen el derecho correspondiente de indemnización.

derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión; y a igualdad de oportunidades para acceder y participar en todas las instituciones y foros nacionales.

El artículo XXI, relativo al derecho al desarrollo, establece el requisito del consentimiento de los pueblos indígenas sobre los planes y proyectos que les afectan. Su artículo segundo establece al respecto lo siguiente:

Salvo que circunstancias excepcionales así lo justifiquen en el interés público, los Estados tomarán las medidas necesarias para que las decisiones referidas a todo plan, programa o proyecto que afecte derechos o condiciones de vida de los pueblos indígenas, no sean hechas sin el consentimiento y participación libre e informada de dichos pueblos, a que se reconozcan sus preferencias al respecto y a que no se incluya provisión alguna que pueda tener como resultado efectos negativos para dichos pueblos.

Con respecto a la protección del medio ambiente, el párrafo 4 del artículo XIII establece que “Los pueblos indígenas tienen derecho de participar plenamente en la formulación, planeamiento, ordenación y aplicación de programas gubernamentales para la conservación de sus tierras, territorios y recursos”.⁹¹ El artículo XVII dispone que “Las instituciones relevantes de cada Estado que sirvan a los pueblos indígenas, serán diseñadas en consulta y con la participación de los pueblos interesados para reforzar y promover la identidad, cultura, tradiciones, organización y valores de esos pueblos”.

Otros artículos reconocen el contenido específico, para los pueblos indígenas, de los derechos humanos ampliamente reconocidos con anterioridad, tales como la libertad religiosa (artículo X), los derechos de la familia y del niño (XI), los derechos de asociación,

⁹¹ El derecho a participar en la toma de decisiones relativas a la explotación de los recursos naturales del territorio indígena (párr. 5 del art. XVIII) se menciona arriba.

reunión, libertad de expresión y pensamiento (XIV), el derecho a la educación (IX), los derechos laborales (XIX), el derecho a la salud y al bienestar (XII), a la cultura, incluyendo su patrimonio histórico y arqueológico (VII) y su lengua (VIII).

En cuanto al tema de los eventuales conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos humanos del individuo, el párrafo segundo del artículo II dispone claramente que:

(...) nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos [los consagrados por la Declaración y la Convención Interamericana y “otros instrumentos internacionales de derechos humanos”] o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.

iii) La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)

La primera sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos sobre los derechos de un pueblo indígena fue la adoptada en el año 2001 por la Corte Interamericana en el caso de la comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. La controversia que dio lugar al caso versa sobre uno de los reclamos más frecuentemente formulados por las comunidades indígenas: la falta de demarcación de sus tierras y territorio.⁹² Al no existir en el sistema interamericano norma alguna sobre los derechos de los indígenas, el caso fue dirimido en el marco del derecho a la propiedad, a la protección judicial y al debido proceso.⁹³ A diferencia de la práctica seguida en otros casos,

⁹² Véase el caso Ominayak, por ejemplo.

⁹³ El 11 de septiembre de 2001, días después de la sentencia, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó la Declaración sobre la Democracia, cuyo artículo 9 reza: “La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y

en éste la Corte Interamericana no recurrió a otros instrumentos dedicados al tema específico de los derechos de los indígenas para interpretar el contenido de los derechos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana).⁹⁴ No obstante, reconoció que el contenido de algunos de estos derechos, como el de propiedad, debe interpretarse a la luz de las características especiales de los pueblos indígenas. La parte más pertinente de la sentencia incluye los párrafos siguientes:

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención –que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos–, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas,

de las diversas formas de intolerancia, *así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes*, y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana” (énfasis agregado).

⁹⁴ Véase, por ejemplo, el caso Niños de la Calle y la Opinión Consultiva No. 17 (Capítulo 13).

su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.⁹⁵

La violación del derecho de la comunidad a la propiedad consistió no sólo en la no delimitación de sus tierras, sino también en haber permitido la explotación de tierras que formaban parte de los territorios reclamados por la comunidad. Al respecto la Corte manifestó lo siguiente:

La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendido, la Corte

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Mayagna (sumo) Awas Tingni (Fondo), párrs. 148, 149 y 151.

estima que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado,

1. delimite, demarque y tittle el territorio de propiedad de la Comunidad; y
2. se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad.

En atención a lo anterior, y teniendo presente el criterio adoptado por la Corte en aplicación del artículo 29.b de la Convención (supra párr. 148), la Corte estima que, a la luz del artículo 21 de la Convención, el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tigni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.⁹⁶

La parte de la decisión relativa al derecho de la comunidad a la protección judicial de sus derechos también reconoce la obligación del Estado de tomar en cuenta el derecho consuetudinario de la comunidad indígena:

La Corte considera que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos en la Constitución Política y en la legislación nicaragüense, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrati-

⁹⁶ Ibid., párrs. 153-154.

vas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta.⁹⁷

iv) La jurisprudencia de la CIDH

Hace algunas décadas la jurisprudencia y la doctrina de la CIDH sobre los pueblos indígenas tenían un enfoque cuyos ejes eran la discriminación contra los indígenas y el derecho a una protección especial, sin reconocerlos como sujetos de derechos colectivos distintos de los derechos de las demás personas.⁹⁸ Con el informe sobre la población miskita de 1984, la CIDH comienza a reconocer a los indígenas como sujetos de derechos propios. Con respecto al derecho a la tierra, este organismo señala:

En el complejo esquema de valores de la población indígena, lo que da sentido a la vida es su intrínseca vinculación con su tierra, con su ganado, sus plantaciones, sus camposantos, su religión y un complejo nexo de otros elementos que se combinan para infundir al territorio un profundo contenido espiritual. En dicha cultura, el sentido de valor está profundamente vinculado al lugar de origen.⁹⁹

El informe reconoce el derecho de los miskitos “a elegir a sus autoridades”,¹⁰⁰ y anticipa el reconocimiento del derecho a la participación y un amplio derecho a preservar su cultura en el párrafo siguiente:

⁹⁷ *Ibíd.*, párr. 138.

⁹⁸ Véase, por ejemplo, doctrina de la CIDH, *Poblaciones Indígenas, Diez años de actividades 1971-1981*, pp. 329-330, OEA, Washington, 1982; caso 1802 (tribu Aché c. Paraguay), *ibíd.*, pp. 152-153.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 128, párr. 30.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 85, párr. 14.

Si bien el estado actual del Derecho Internacional no permite considerar que los grupos étnicos de la zona atlántica de Nicaragua posean un derecho a su autonomía política y libre determinación, sí está reconocida, en cambio, una protección legal especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de aquellos aspectos vinculados a la preservación de su identidad cultural. A ello deben agregarse los aspectos vinculados con la organización productiva, lo cual incluye, entre otros, el problema de las tierras ancestrales y comunales. No respetar esos derechos y valores culturales conduce a una asimilación forzosa con resultados que pueden ser desastrosos. Por ello, la Comisión considera que es fundamental lograr nuevas condiciones de coexistencia entre las minorías étnicas y el Gobierno (...). A juicio de la CIDH, la necesidad de preservar y garantizar la vigencia de estos principios en la práctica impone la necesidad de establecer un adecuado ordenamiento institucional como parte de la estructura del Estado nicaragüense. Dicho ordenamiento institucional sólo podrá cumplir eficientemente los fines asignados, en la medida en que el mismo sea diseñado por medio de una amplia consulta y ejecutado con la directa participación de las minorías étnicas de Nicaragua, a través de sus representantes libremente designados.¹⁰¹

La CIDH adoptó una decisión en 1985 que reconoció que la construcción de una autopista y la invasión de tierras tradicionales de los indígenas yanomami de la amazonia brasileña habían conllevado a graves violaciones del derecho a la vida y seguridad, residencia, salud y bienestar de dicho pueblo.¹⁰² Tomando en cuenta el artículo 27 del PIDCP y, sobre todo, los derechos reconocidos por la legislación del país en cuestión, la CIDH recomendó que se procediera a la delimitación del territorio de la población yanomami.¹⁰³

En años recientes, la CIDH ha adoptado dos decisiones importantes sobre los derechos de los indígenas. En el año 2000 adoptó

¹⁰¹ *Ibid.*, párr. 15 otros informes.

¹⁰² CIDH, caso Yanomami, párr. 10.

¹⁰³ *Ibid.*, párrs. 3 a 7 y párrafo resolutivo 3 b).

una decisión en el caso conocido como Masacre Caloto relativo al asesinato de 20 miembros de una comunidad indígena. Las ejecuciones, aparentemente vinculadas a un conflicto de tierras, afectaban en forma especial a los dirigentes de la comunidad, y después de la masacre se procedió a la destrucción de los ranchos, enseres y animales domésticos de la comunidad.¹⁰⁴ El Estado reconoció su responsabilidad sobre los hechos, de manera que la naturaleza de las reparaciones fue el tema central de la decisión. En estas circunstancias, y habida cuenta de que el Estado era parte en el Convenio 169, la CIDH consideró necesario tomar en cuenta normas relativas a los derechos de los indígenas. Las razones citadas fueron las siguientes:

En el presente caso, el Comité de Impulso reconoció que los sucesos de la masacre de Caloto afectaron al conjunto de la comunidad indígena Paez del norte del Cauca, y que las medidas a adoptarse para reparar el daño deben revestir un carácter preventivo y atender las pretensiones y reivindicaciones de esta comunidad. Por lo tanto, en el presente caso, la Comisión considera necesario interpretar las obligaciones establecidas en la Convención Americana a la luz de las obligaciones especiales de protección de la vida, la integridad física, la propiedad, la cultura, el medio ambiente y el trabajo de los pueblos indígenas o tribales previstas en el Convenio 169, la Carta Americana de Garantías Sociales y la resolución sobre la “Protección Especial de los Pueblos Indígenas.”¹⁰⁵

El Comité de Impulso concluyó que las violaciones del derecho a la vida, la integridad física y la libertad de las víctimas constituyeron también incumplimiento de “la obligación de brindar especial protección a la comunidad indígena”, y ratificó la conclusión del proce-

¹⁰⁴ CIDH, caso Masacre Caloto (Colombia), párr. 14.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, párr. 41. El Comité de Impulso estaba compuesto por representantes de las víctimas y del Estado y encargado de buscar una solución amistosa del asunto; la resolución mencionada fue adoptada por la CIDH en 1972.

so de solución amistosa que contempla la compra de tierras como medida de reparación social a favor de la comunidad.¹⁰⁶

En el año 2002, la CIDH adoptó una decisión sobre un caso presentado por dos hermanas indígenas relativo a su derecho a la tierra. En este caso, siendo el Estado aludido un miembro de la OEA que no era parte ni en la Convención Americana ni en el Convenio 169 de la OIT, el principal marco legal del examen del caso fue la Declaración Americana de 1948. No obstante, la CIDH señaló lo siguiente:

Al considerar las alegaciones planteadas por los peticionarios en este caso, la Comisión también desea aclarar que, al interpretar y aplicar la Declaración, es necesario considerar sus disposiciones en el contexto de los sistemas internacional e interamericano de derechos humanos en términos más amplios, a la luz de la evolución en el campo del derecho internacional en materia de derechos humanos desde que la Declaración fue redactada y con debida consideración de las demás normas pertinentes del derecho internacional aplicable a los Estados miembros contra los cuales se interponen debidamente denuncias de violación de la Declaración. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha respaldado análogamente una interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos que tenga en cuenta la evolución del corpus *juris gentium* del derecho internacional en materia de derechos humanos a lo largo del tiempo y en las condiciones del momento.¹⁰⁷

Con respecto a los indígenas como sujetos de derecho con características especiales, y el correspondiente derecho a una protección especial, la CIDH manifestó lo siguiente:

¹⁰⁶ *Ibid.*, párrs. 64-65, 66 y 77.

¹⁰⁷ CIDH, *Dann c. Estados Unidos de América*, párr. 96. Se citan, entre otras fuentes, las Opiniones Consultivas OC-10/89 y OC-16/99 de la Corte Interamericana.

En particular, un examen de los tratados pertinentes, de la legislación y la jurisprudencia relevante, revela la evolución a lo largo de más de 80 años de normas y principios de derechos humanos particulares aplicables a las circunstancias y al tratamiento de los pueblos indígenas. Elemento central de estas normas y principios es el reconocimiento de que la garantía del pleno y efectivo goce de los derechos humanos por los pueblos indígenas exigen considerar su situación y experiencia históricas, culturales, sociales y económicas. En la mayoría de los casos, esto ha incluido la identificación de la necesidad de que los Estados apliquen medidas especiales para indemnizar la explotación y discriminación a que estas sociedades han sido sujetas a manos de los no indígenas.¹⁰⁸

Por su parte, la Comisión desde su creación en 1959, ha reconocido y fomentado el respeto de los derechos de los pueblos indígenas en este continente. En la resolución de la Comisión de 1972 sobre el problema de la “Protección especial de las poblaciones indígenas. Medidas para combatir el racismo y la discriminación racial”, la Comisión proclamó que “por razones históricas y por principios morales y humanitarios, la protección especial de las poblaciones indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados”. Este concepto de protección especial ha sido desde entonces considerado en numerosos países y en informes individuales aprobados por la Comisión y, como se indicará más adelante, ha sido reconocido y aplicado en el contexto de numerosos derechos y libertades enmarcados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluidos el derecho a la vida, el derecho a un trato humano, el derecho a la protección judicial y a un juicio imparcial y el derecho a la propiedad.¹⁰⁹

¹⁰⁸ *Ibíd.*, párr. 125. Se cita el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas del año 2000, pp. 21 a 25.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, párr. 126. Se citan la decisión de la CIDH en el caso de los Yanomami, de 1985; el Informe de la CIDH sobre “la situación de derechos humanos de

Seguidamente reconoce el significado particular que tiene la tierra para los pueblos y las comunidades indígenas:

Quizás sea más fundamental aún el hecho de que la Comisión y otras autoridades internacionales hayan reconocido el aspecto colectivo de los derechos de los indígenas en el sentido de ser derechos que se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas. Y este reconocimiento se ha extendido al reconocimiento de la existencia de una conexión particular entre las comunidades de pueblos indígenas y las tierras y recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, cuya preservación es fundamental para la realización efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas en términos más generales y, por tanto, amerita medidas especiales de protección. La Comisión ha observado, por ejemplo, que la continua utilización de sistemas colectivos tradicionales de control y uso del territorio son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos indígenas, y que ese control de la tierra refiere a la vez a su capacidad de brindarle recursos para el sustento y al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido del mismo modo que para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.¹¹⁰

un segmento de la población nicaragüense de origen miskito”, 1983; el segundo y tercer informe de la CIDH sobre la situación de derechos humanos en Colombia, de 1993 y 1999, y el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

¹¹⁰ *Ibíd.*, párr. 128. Se citan el caso Yanomami; el Informe sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas; el art. 13 del Convenio 169; el Informe de la CIDH sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador de 1997, y el párr. 149 de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Awas Tingni.

A pesar de no haber sido todavía aprobado por la Asamblea General de la OEA, el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, y en particular su artículo XVIII sobre el derecho a la tierra, refleja el desarrollo de principios jurídicos internacionales, los que “en esta medida son debidamente considerados en la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Declaración Americana [de 1948] en el contexto de los pueblos indígenas.”¹¹¹ En vista de lo anterior, la CIDH llegó a la siguiente conclusión sobre el derecho a la tierra:

Con particular relevancia para el caso presente, la Comisión considera que los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen:

- el derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus formas y modalidades variadas y específicas de control, propiedad, uso y usufructo de los territorios y bienes;
- el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y
- en los casos en que los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas deriven de derechos previamente existentes a la creación de sus Estados, el reconocimiento por los Estados de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas y a que ese título sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien. Esto también implica el derecho a una justa indemnización en caso

¹¹¹ *Ibid.*, párr. 129. Se citan el art. 27 del PIDCP, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el caso *Ominayak*, y el párr. 7 de la Observación General No. 23; la Recomendación General XXIII del Comité para la eliminación de la discriminación racial; los arts. 14 y 15 del Convenio 169, y la sentencia en el caso *Awatitngni*.

de que esos derechos de propiedad y uso sean perdidos irrevocablemente.¹¹²

En el caso bajo consideración, las víctimas formaban parte de un pueblo indígena cuyo derecho a la tierra había sido extinguido, según decisiones de los tribunales competentes, habiendo recibido la compensación correspondiente. Las víctimas alegaron que su comunidad no estaba representada en los procesos judiciales y cuando solicitaron permiso para participar, éste les fue denegado. Asimismo, afirmaban que nunca habían renunciado a su derecho a la tierra.¹¹³ En tales circunstancias, era menester analizar los hechos a la luz del derecho a la propiedad y del derecho a la protección judicial de la propiedad. Al respecto, la CIDH manifestó lo siguiente:

La Comisión considera, primero, que los Artículos XVIII y XXIII de la Declaración Americana [Protección judicial y propiedad, respectivamente] obligan especialmente a los Estados miembros a garantizar que toda determinación de la medida en que los reclamantes indígenas mantienen intereses en las tierras de las que han poseído tradicionalmente título y que han ocupado y utilizado, se base en un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente.¹¹⁴

¹¹² *Ibíd.*, párr. 130. En el párr. 131 se recalca: “(...) este criterio incluye la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación (...)”

¹¹³ *Ibíd.*, párrs. 100-104, 115-119 y 122.

¹¹⁴ *Ibíd.*, párr. 140.

Con base en lo anterior, la CIDH consideró comprobado que las víctimas habían sido privadas de sus tierras ancestrales sin una oportunidad de participar plenamente en los procesos pertinentes, y que estos hechos, sumados a la ausencia de una justificación adecuada de la exclusión de las víctimas en los procesos, habían vulnerado el derecho a la propiedad, protección judicial e igualdad.¹¹⁵

¹¹⁵ *Ibid.*, párr. 172.

Capítulo 15

La igualdad de las personas y la prohibición de discriminación

15.1 Marco normativo básico

Declaración Universal de Derechos Humanos

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana)

Preámbulo

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo II. Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes 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.

Artículo 3

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos

1. Los Estados partes 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.

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

15.2 Normativa complementaria

Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial

Artículo 1

1. En la presente Convención la expresión “discriminación racial” denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Artículo 1

A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos

humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Convención de los derechos del niño

Artículo 2

1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término “discapacidad” significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a. El término “discriminación contra las personas con discapacidad” significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad,

antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

b. No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación.

El derecho internacional de trabajo incluye un número importante de tratados relativos a la igualdad y la discriminación. Entre ellos, los más relevantes incluyen el Convenio Internacional del Trabajo 100 relativo a la igualdad de remuneración, de 1953, y el Convenio Internacional del Trabajo 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958. Algunos instrumentos normativos también han sido adoptados en el seno de la Unesco, entre ellos la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1962.

15.3 Consideraciones generales

i) Igualdad y no discriminación

La igualdad de las personas, consagrada con elocuencia en el artículo primero de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Preámbulo de la Declaración Americana, es uno de los principios fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH). La importancia del principio de no discriminación

es tal que la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) aluden reiteradamente a éste.¹

Los conceptos de igualdad y de no discriminación están estrechamente vinculados, pero no son idénticos. La forma en que los principios de igualdad y de no discriminación han sido incorporados a los distintos instrumentos internacionales parece confirmar que son complementarios. La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra estos principios en artículos distintos. El primer artículo de la Declaración, con un enfoque jus naturalista, declara que las personas “nacen” iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona “tiene” los derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción. La relación entre los dos artículos sugiere que la idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las características mencionadas es una consecuencia de la idea reconocida en el primer artículo, en el cual todas las personas son iguales. Además, es posible concluir que el artículo 2 de la Declaración alude a dos corolarios legales del precepto filosófico reconocido en el artículo 1, a saber: como las personas son libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley, y ésta no debe permitir discriminación alguna.

La Declaración Americana emplea un vocabulario similar a la Declaración Universal de Derechos humanos, pero consagra ambos principios en un sólo artículo cuya redacción destaca la relación entre ellos. Su artículo II establece textualmente: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. La redacción del artículo 24 de la Convención Americana es similar a la del artículo II la Declaración Americana, pero la transformación de una frase en dos frases separadas por las palabras “En consecuencia” es más coherente con la idea de que la no discriminación es un corolario del principio de la igualdad de las perso-

¹ Carta de las Naciones Unidas artículos 1(3), 13 (b) 55 (4); Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), artículos 3 j) y 43 a).

nas. Se nota, también, que la palabra “discriminación” viene a sustituir la de “diferenciación”.

El artículo 26 del PIDCP reconoce la interrelación entre igualdad y no discriminación con una redacción equilibrada que da la debida importancia a ambos. El artículo reza: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación (...)”

A la hora de aplicar la normativa internacional, la relación entre los principios de igualdad y no discriminación reviste cierta importancia. En términos prácticos, la cuestión es si la normativa internacional prohíbe tan sólo el trato diferenciado de personas en razón de los criterios enumerados en las disposiciones sobre discriminación, o si las distinciones con respecto al ejercicio o disfrute de un derecho humano, basadas en otros criterios, vulneran el derecho internacional, en caso de ser arbitrarias o malintencionadas. Es verdad que la normativa internacional al respecto prohíbe la discriminación basada en la condición o condición social de la persona, criterio amplio que permite la evolución progresiva de un consenso social y legal sobre prácticas consideradas discriminatorias.² No obstante, esto último no resta relevancia a la cuestión de saber si el criterio de igual protección puede aplicarse directamente, sin necesidad de identificar el motivo del trato diferenciado, y de determinar si éste corresponde al concepto de condición social.

La jurisprudencia universal sobre esta cuestión se encuentra en proceso de evolución. Las decisiones adoptadas hace algunos años tendían a utilizar el singular al referirse a “El principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley” o “ El derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación”.³ No

² No obstante, hasta la fecha la jurisprudencia sobre el contenido del concepto de otra condición social es escasa.

³ Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.3; Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3.

obstante, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley.⁴

En una decisión adoptada en 1989 el Comité de Derechos Humanos manifestó que “las diferencias que pueden resultar de la aplicación uniforme de la legislación no constituyen por sí mismas discriminación prohibida”.⁵ En otra decisión adoptada en 1993 hizo una observación similar: “El Comité considera que en el ámbito del artículo 26 del Pacto no entran las diferencias resultantes de la aplicación equitativa de unas reglas comunes para el otorgamiento de prestaciones”.⁶ Este tipo de observación podría interpretarse en el sentido de que, sin una diferenciación basada en un criterio biológico –sexo o raza– o social, no hay violación del artículo 26. Pero en realidad ambas decisiones descansan sobre la conclusión de que las normas aplicadas eran objetivas y razonables, es decir, el mismo criterio utilizado para determinar si un trato diferenciado es discriminatorio o no.⁷ En su decisión reciente sobre el caso Müller y Engelhard, el Comité hizo una distinción entre la diferenciación basada en uno de los motivos enumerados en la segunda frase del artículo 26 del PIDCP y otras diferenciaciones que deben respetar el principio de igualdad, plasmado en la primera frase del mismo artículo. En ambos casos, según esta decisión, un trato diferenciado no viola el PIDCP si está basado en criterios razonables y objetivos, pero cuando ese trato diferenciado se basa en uno de los motivos mencionados expresamente en la prohibición de discriminación, la carga de la justificación es más onerosa. La decisión del Comité en el caso Fábryová, adoptada el mismo año, confirma que un trato

⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Toala c. Nueva Zelandia, párr. 11.6 (2001); Schmitz-de-Jong, párr. 7.2 (2001); Kavanaugh c. Irlanda, párr. 10.3 (2001).

⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3.

⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.5.

⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) párr. 12; Oulajin, párr. 7.4. Cabe agregar que el alegato rechazado en el caso Vos era de discriminación sexual, y en el caso Oulajin el Comité rechazó por falta de pruebas un alegato sobre efectos discriminatorios, es decir, discriminación *de facto*.

diferenciado que obedece a circunstancias netamente personales si fuere arbitrario puede vulnerar el artículo 26 del PIDCP (véase la sección 15.5).

La doctrina interamericana pone más énfasis en el principio de igualdad, retóricamente,⁸ y la jurisprudencia interamericana tiende a evaluar de la misma manera la objetividad y razonabilidad de las diferenciaciones de cualquier índole, incluso las que no corresponden a la nómina de criterios discriminatorios contenida en el artículo 1 de la Convención.⁹ Aún más, en una decisión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró una medida como violatoria de la Declaración Americana por hacer una “(...) diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría”.¹⁰

ii) Reseña de la normativa internacional sobre discriminación

La importancia trascendental del principio de no discriminación explica las reiteradas referencias a este principio en los instrumentos internacionales más relevantes sobre derechos humanos. El párrafo 2.1 del PIDCP prohíbe la discriminación basada en “(...) raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” con respecto a los derechos y las libertades consagrados por el PIDCP, y el artículo 26 extiende esa prohibición a los derechos reconocidos por el derecho interno. El artículo 3 del PIDCP, técnicamente superfluo pero políticamente importante, reitera la obligación del Estado de garantizar la igualdad del hombre y la mujer con respecto a los derechos y las libertades reconocidos por el

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-4/84, párrs. 55 y 56, *infra*.

⁹ Véanse, por ejemplo, los casos Marzoni, Marín Ramírez y La Tablada.

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso Interdicción de haitianos, párr. 177, *infra*.

PIDCP, y el párrafo 4 del artículo 23 establece la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio. El párrafo primero del artículo 14 declara: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, mientras que el párrafo tercero, relativo al debido proceso penal, establece que “(...) toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas (...)”. El artículo 24 reconoce el derecho de los niños y las niñas a protección sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,¹¹ y el artículo 25, que reconoce los derechos políticos de los ciudadanos, incorpora una referencia a la prohibición de discriminación por cualquier de los criterios enumerados en el artículo 2. Aun el artículo 4, sobre los estados de excepción, recalca que las consecuencias de los estados de excepción para la vigencia de los derechos humanos no deben discriminar con base en raza, color, sexo, idioma u origen social. La Convención Americana también prohíbe la discriminación con respecto a los derechos y las libertades consagradas en este instrumento (artículo 1.1) y en el derecho interno (artículo 24), y reconoce la igualdad de los cónyuges respecto al matrimonio (artículo 17.4), y el derecho de los acusados a las garantías del debido proceso en plena igualdad (artículo 8.2). Su artículo 27, al igual que el artículo 4 del PIDCP, prohíbe ciertas formas de discriminación durante los estados de excepción.

En el ámbito universal, la importancia del tema se evidencia en la adopción de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979.¹² El primer instrumento mencionado reconoce en lo esencial el derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los mismos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos, y

¹¹ Se omite la referencia a la “opinión política u otra” y a la “condición social”.

¹² La primera entró en vigor en 1969 y la segunda en 1981.

posteriormente por los respectivos Pactos Internacionales.^{*} Este instrumento pone cierto énfasis en el derecho a la propiedad y en el reconocimiento del derecho de acceso a todo lugar y servicio destinado al uso público (arts. 5.d, v y vi). La Convención sobre la discriminación contra la mujer reconoce su derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados por la Declaración Universal y por los dos Pactos Internacionales. Si bien no reconoce derechos nuevos, aclara el contenido de algunos de los ya consagrados por la normativa internacional. Reconoce expresamente, por ejemplo, la igualdad de la mujer con respecto a la libertad de domicilio y residencia (art. 15.2); el derecho de la mujer casada a mantener su nacionalidad (art. 9.1) y a escoger su apellido, profesión y ocupación (art. 16.1 g), y el derecho a firmar contratos y administrar bienes (art. 15.2). Algunas disposiciones que tienen un contenido más novedoso incluyen la obligación de prohibir el proxenetismo (art. 6), el reconocimiento de los derechos de la mujer rural (art. 14), y el derecho de la mujer a participar en la representación de su país a nivel internacional, así como su derecho a participar en las actividades de las organizaciones internacionales (art. 8). Ambas Convenciones describen en forma pormenorizada las obligaciones programáticas de los Estados con respecto a la eliminación de las raíces socioculturales de la discriminación.

En el ámbito interamericano, la igualdad de la mujer ha recibido una atención especial, primero con la adopción durante la primera mitad del siglo XX de una serie de instrumentos sobre sus derechos civiles y políticos,¹³ y recientemente con la adopción en 1994 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la

* Hace referencia al PIDCP y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). (Nota del editor.)

¹³ Por ejemplo, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer, de Montevideo (1933), la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer, y la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer, ambas de Bogotá (1945).

violencia contra la mujer. La adopción y entrada en vigor de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad también representa un avance en esta área.

Además de los instrumentos dedicados específicamente al tema de la discriminación, los instrumentos sobre otros temas vinculados a los derechos humanos invariablemente incluyen una disposición relativa a la discriminación. Se pueden citar, a título de ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el estatuto del refugiado de 1951 o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, de 1990. El Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra dispone que, en los conflictos armados sin carácter internacional,

Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo (numeral 1.)

Instrumentos como la Convención sobre el estatuto del refugiado y la Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migratorios y sus familiares (Convención sobre los trabajadores migratorios), que tienen por objeto el reconocimiento de los derechos de ciertas categorías de personas que no tienen la nacionalidad del Estado en cuyo territorio radican, poseen dos tipos de disposiciones sobre la igualdad y la no discriminación. En primer lugar, contienen normas similares a las contenidas en otros instrumentos, que prohíben la discriminación entre las personas protegidas (refugiados o trabajadores migratorios, según el caso) con base en los criterios usuales. La Convención de 1951 prohíbe la discriminación entre refugiados con base en su raza, religión o país de origen (art. 3), mientras que la Convención sobre los derechos de los trabajado-

res migratorios, que es un instrumento mucho más reciente, contiene una nómina de criterios más amplia que incluye, entre otros, el estatus civil (art. 7). En segundo lugar, estos dos instrumentos establecen una serie de regímenes de igualdad en función de la naturaleza del derecho en cuestión, y eventualmente, del estatus legal de la persona protegida. La Convención de 1951 establece que los derechos del refugiado son los mismos que los del nacional en cuanto a religión, acceso a los tribunales, educación primaria y seguridad social, y no inferior a los derechos otorgados a otros extranjeros en cuanto a libertad de circulación y asociación, vivienda, propiedad y empleo (arts. 4, 16 y 22; arts. 26, 15, 13, 17 y 21). La Convención sobre los trabajadores migratorios es muy extensa y compleja. Además de los numerosos derechos reconocidos como patrimonio de todo trabajador migratorio, establece un régimen de igualdad entre el nacional y todo trabajador migratorio con respecto a ciertos derechos, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y a condiciones de trabajo adecuadas, la seguridad social y la educación para sus hijos (arts. 18, 25, 27 y 30). Otro régimen de paridad con los nacionales se establece a favor de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, con respecto a la libertad de movimiento y de asociación, el derecho a la vivienda y a la protección de la unidad de la familia, entre otros (arts. 39, 40, 43.1 d y 44).

iii) El derecho a protección contra la discriminación

El Estado no sólo tiene el deber negativo de no incurrir en la discriminación, sino también una obligación positiva de proteger a las personas contra la misma. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos dice:

En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier discriminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discrimi-

minación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.¹⁴

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos confirma el derecho a la protección contra la discriminación. Su decisión en el caso Nahlik contiene la siguiente observación:

El Comité ha tomado nota de la alegación del Estado Parte de que la comunicación es inadmisibles (...) por referirse a una supuesta discriminación en el marco de un acuerdo privado respecto al cual el Estado Parte no tiene influencia alguna. El Comité observa que, en virtud de los artículos 2 y 26 del Pacto, el Estado Parte está obligado a velar porque ninguna de las personas que residan en su territorio y estén sometidas a su jurisdicción sea objeto de discriminación alguna y que, por consiguiente, los tribunales de los Estados Partes tienen la obligación de proteger a las personas contra la discriminación, tanto si se produce en la esfera pública como entre partes privadas en el sector paraestatal de, por ejemplo, el empleo. (...)¹⁵

No obstante, en la práctica la jurisprudencia desarrollada hasta la fecha se limita a alegatos de discriminación de parte de un órgano del Estado y a alegatos de discriminación de parte de entidades autónomas establecidas por la ley.¹⁶

iv) Alcance del capítulo

El tema de la igualdad de los cónyuges se trató en el Capítulo 12, relativo a la familia, y la problemática de las medidas de excepción

¹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párr. 1.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Nahlik c. Austria, párr. 8.2 (1996).

¹⁶ Comité de Derechos Humanos, caso B. de B. y otros c. Países Bajos, párr. 6.5 (1989).

discriminatorias será abordada en el Capítulo 16, sobre los estados de excepción. El Capítulo 5, relativo al debido proceso, contiene algunas referencias a la discriminación en la administración de justicia. Las partes del Capítulo 14 sobre los derechos de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas también contiene algunas referencias a la discriminación. Algunas referencias a la discriminación religiosa y política se encuentran en los Capítulos 8 y 11, sobre la libertad de religión y los derechos políticos, respectivamente.

Tanto la Convención sobre la eliminación de la discriminación racial como la Convención sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer establecen un comité integrado por expertos independientes para velar por el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Partes. El Comité sobre la eliminación de la discriminación racial tiene competencia para conocer casos, pero su jurisprudencia no es muy extensa. El Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer recién adquirió esta competencia con la entrada en vigor de un Protocolo en el año 2000, pero todavía no ha tenido oportunidad de desarrollar una jurisprudencia importante. En consecuencia, la jurisprudencia universal examinada en este capítulo es esencialmente la del Comité de Derechos Humanos.

15.4 Las formas de discriminación prohibidas

El artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos prohíbe la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. Los artículos 2 y 26 del PIDCP y el artículo 2 de la Convención Americana, prohíben la discriminación basada en los mismos criterios. La Convención sobre los derechos del niño agrega dos más, el origen étnico y el impedimento físico. Este instrumento también prohíbe la discriminación contra el niño con base en la raza,

el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica o el lugar de nacimiento de sus padres o uno de ellos.

Por fundamentales que sean los principios de igualdad y no discriminación, no son absolutos. La normativa internacional permite limitar el acceso a ciertos derechos en función del estatus de la persona. Los Estados no están obligados a extender los derechos políticos a los extranjeros. El derecho a entrar al territorio de un país es reservado a nacionales, o por lo menos a las personas que pueden considerar un país como “suyo” (véase el Capítulo 7). Ciertos derechos humanos, como el derecho a casarse, el derecho al trabajo, a votar y a presentarse a puestos electivos, son definidos como derechos privativos del adulto o la persona que haya alcanzado una cierta edad.

La Observación General No.15 del Comité de Derechos Humanos trata el tema de los derechos de los extranjeros. Esta Observación hace hincapié en la obligación que todos los Estados Partes asumen en virtud del párrafo primero del artículo 2, de garantizar los derechos consagrados por el PIDCP a toda persona bajo su jurisdicción. Si bien la discriminación con base en la nacionalidad no está prohibida expresamente, sólo el artículo 25, relativo a los derechos políticos, y hasta cierto punto el artículo 12.4 que reconoce del derecho a entrar a “su propio país”, la autoriza.¹⁷ Por tanto, concluye el Comité, los demás derechos deben estar garantizados “sin discriminación entre nacionales y extranjeros”.¹⁸ En el caso Gueye, el Comité concluyó que “(...) la nacionalidad adquirida mediante la independencia [de su país de origen] entra en el ámbito de la expresión ‘otra condición social’ que figura en la segunda oración del artículo 26”.¹⁹ Con respecto a los derechos de otro orden, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

¹⁷ El derecho a ingresar a un país es analizado en el Capítulo 8.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párr. 2. Véanse también los párrs. 4 y 7.

¹⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros c. Francia, párr. 9.4 (1989).

(PIDESC) admite la posibilidad de discriminar contra extranjeros, pero únicamente por parte de países en desarrollo y con respecto a los derechos económicos (art. 2.3). En el sistema interamericano, la discriminación basada en la nacionalidad está proscrita por la Carta de la OEA (arts. 3 j y 43 a).

Si bien los principales instrumentos sobre derechos humanos hacen caso omiso de la discriminación contra personas con discapacidad, otros instrumentos llenan este vacío. En el sistema universal, la Declaración de los derechos de los impedidos de 1975 establece que “El impedido tiene los mismos derechos civiles y políticos que los demás seres humanos (...)” (art. 4).²⁰ En términos más generales, su artículo 3 reconoce lo siguiente:

El impedido tiene esencialmente derecho a que se respete su dignidad humana. El impedido, cualesquiera sean el origen, la naturaleza o la gravedad de sus trastornos y deficiencias, tiene los mismos derechos fundamentales que sus conciudadanos de la misma edad, lo que supone, en primer lugar, el derecho a disfrutar de una vida decorosa, lo más normal y plena que sea posible.

Asimismo, el Principio 1 de los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental adoptados en 1991 establece lo siguiente:

4. No habrá discriminación por motivo de enfermedad mental. Por “discriminación” se entenderá cualquier distinción, exclusión o preferencia cuyo resultado sea impedir o menoscabar el disfrute de los derechos en pie de igualdad. Las medidas especiales adoptadas con la única finalidad de proteger los derechos de las personas que padezcan una enfermedad mental o de garantizar su mejoría no serán consideradas

²⁰ Este artículo contiene una referencia al párrafo 7 de la Declaración de 1971 de los derechos del retrasado mental, que establece un procedimiento especial para la protección de las personas que debido a la gravedad de su impedimento carecen de competencia para ejercer efectiva y plenamente todos sus derechos.

discriminación. La discriminación no incluye ninguna distinción, exclusión o preferencia adoptada de conformidad con las disposiciones de los presentes Principios que sea necesaria para proteger los derechos humanos de una persona que padezca una enfermedad mental o de otras personas.

5. Todas las personas que padezcan una enfermedad mental tendrán derecho a ejercer todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos pertinentes, tales como la Declaración de los Derechos de los Impedidos y el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluye que el artículo 2 del PIDCP prohíbe la discriminación basada en la discapacidad. La Observación establece al respecto:

Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza “el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna” basada en determinados motivos especificados “o cualquier otra condición social” se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad.²¹

En una decisión adoptada en el año 2001 el Comité de Derechos Humanos declaró inadmisibles alegatos de discriminación basados en discapacidad, pero por motivos que parecen indicar que el Comité tiene competencia para examinar alegatos de esta forma de discriminación.²²

²¹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párr. 5 (1994).

²² Comité de Derechos Humanos, caso *Walrevens c. Australia*, párr. 6.2.

A diferencia de estos instrumentos universales, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad no contiene una prohibición de discriminación propiamente dicha, ni garantiza un derecho a la protección contra la discriminación basada en la discapacidad, sino más bien establece una serie de obligaciones programáticas.

Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el PIDCP, ni la Convención Americana, consagran expresamente una prohibición de discriminación basada en el origen étnico. No obstante, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial dispone que el término “discriminación racial” incluye la discriminación basada en el origen nacional (art. 1). Cabe presumir que esta definición es válida también para otros instrumentos que contienen una prohibición de discriminación racial.

La discriminación con base en la orientación sexual ha sido un tema controvertido. En el caso *Thoonen*, el Estado Parte pidió al Comité de Derechos Humanos orientación a fin de saber si la orientación sexual puede considerarse “otra condición social”, a efectos de los artículos 2 y 26 del PIDCP.²³ El Comité no dirimió esta pregunta como tal, pero concluyó que “(...) la referencia al ‘sexo’ que figura en el párrafo 1 del artículo 2 y en el artículo 26, incluye la inclinación sexual”.²⁴

Hasta la fecha existe poca jurisprudencia sobre la discriminación basada en la edad. La normativa internacional reserva algunos derechos a los adultos y considera a las personas de la tercera edad como titulares de ciertos derechos especiales. Estas distinciones basadas en la edad se ubican dentro de la lógica de la “protección especial”.²⁵

²³ Comité de Derechos Humanos, caso *Thoonen c. Australia*, párrs. 6.9 y 6.10 (1994).

²⁴ *Ibid.*, párr. 8.7. Véase el Capítulo 7 para otros aspectos de la decisión.

²⁵ El derecho a trabajar y el derecho a casarse y a fundar una familia son reservados para adultos o personas que se aproximan a la mayoría de edad (véase el Capítulo 13). En el sistema interamericano el artículo 17 del Protocolo de

El Comité de Derechos Humanos reconoció la licitud de las medidas que establecen ciertas preferencias a favor de personas mayores, en particular los precios especiales para el transporte público.²⁶

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha elaborado una Observación General sobre la materia; basado en el artículo 2.2 del PIDESC, prohíbe la discriminación en términos idénticos a los del artículo 2.2 del PIDCP. La Observación General mencionada hace el análisis siguiente sobre la cuestión de saber si el PIDESC prohíbe la discriminación con base en la edad:

Otra cuestión importante es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Ni en el Pacto ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores prohibidos. (...)

Ahora bien, este hecho no es decisivo puesto que la discriminación basada en “cualquier otra condición social” podría interpretarse en el sentido que se aplica a la edad. El Comité observa que, si bien todavía no es posible llegar a la conclusión de que la discriminación por motivos de edad está en general prohibida por el Pacto, las situaciones en que se podría aceptar esta discriminación son muy limitadas. (...) En algunas de las pocas situaciones en que todavía se tolera esta discriminación, por ejemplo en relación con la edad obligatoria de jubilación o de acceso a la educación terciaria, existe una clara tendencia [en el derecho comparado] hacia la eliminación estos obstáculos.²⁷

San Salvador dispone que “Toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad”. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó los Principios a favor de las personas de edad en su resolución 46/91 de 1991.

²⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Schmitz-de-Jong c. Países Bajos, párr. 7.2 (2001).

²⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 6, párrs. 11-12 (1995).

15.5 La doctrina y la jurisprudencia universal sobre la discriminación

i) La doctrina del Comité de Derechos Humanos

En una Observación General adoptada en 1989, el Comité de Derechos Humanos tomó nota de que el PIDCP no contiene una definición de discriminación. Para llenar este vacío consideró útil tomar en cuenta las definiciones, sustancialmente idénticas, contenidas en las convenciones sobre la eliminación de la discriminación racial y la discriminación contra la mujer. Así, llegó a la conclusión siguiente:

(...) el Comité considera que el término “discriminación”, tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.²⁸

La Observación General No.18 incorporó también a la doctrina del Comité de Derechos Humanos el concepto de que no toda diferenciación de trato constituye discriminación, así como los criterios que permiten distinguir entre discriminación y mero trato diferenciado. El último párrafo de la Observación General establece: “Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del PIDCP”.²⁹ Esta doctrina, derivada de la juris-

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, parr. 7.

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Järvinen c. Finlandia, párr. 6.4 (1990).

prudencia del Comité en el caso Broeks, y presuntamente inspirada por la del sistema europeo, es la clave de la jurisprudencia desarrollada por el Comité.³⁰

El principio de igualdad y la prohibición de discriminación consagrados por el artículo 26 del PIDCP se aplican no sólo a los derechos de las personas, sino también a las obligaciones que la ley impone a los miembros de la sociedad.³¹ En el caso Snijders el Comité de Derechos Humanos comentó que “(...) las contribuciones personales previstas en el seguro deben calcularse objetivamente y sin arbitrariedad.”³²

ii) La relevancia del propósito de una medida en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos

La Observación General No.18 del Comité de Derechos Humanos, antes citada, dispone que un trato diferenciado no es discriminatorio si su propósito es “legítimo en virtud del Pacto”, y si los criterios de diferenciación son objetivos y razonables. De los tres supuestos mencionados, el de razonabilidad es el que más lugar ocupa en la jurisprudencia del Comité. La importancia del supuesto relativo a la licitud del propósito varía de un caso a otro, mientras que el supuesto de objetividad raras veces influye en sus decisiones.

En el caso Järvinen, el Comité de Derechos Humanos manifestó:

³⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Broeks c. Países Bajos, párr. 13 (1984). Véanse también Danning c. Países Bajos, párr. 13. (1984), y Zwann de Vries c. Países Bajos, párr. 13 (1984). La Corte Europea adoptó el criterio de “justificación objetiva y razonable” en su sentencia de 1968 sobre ciertos aspectos de la legislación relativa al uso de idiomas en la educación en Bélgica, citado en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana OC-4/84, párr. 56.

³¹ Comité de Derechos Humanos, caso B. de B. c. Países Bajos, párr. 6.5 (1989).

³² Comité de Derechos Humanos, caso Snijders c. Países Bajos, párr. 8.4 (1998).

Para determinar si la [práctica impugnada] estaba basada en criterios razonables y objetivos, el Comité consideró en especial la exposición de motivos de la Ley (...) y estimó que las nuevas disposiciones se concibieron para facilitar la administración del servicio sustitutivo. La Ley se basó en consideraciones prácticas y no tuvo ningún propósito discriminatorio.³³

Esta decisión parece equiparar el concepto de “propósito discriminatorio” con el de “propósito represivo”, en el sentido de ser conceptuados y diseñados con el objetivo de imponer una especie de sanción disfrazada a los miembros de un grupo determinado.³⁴

En el caso Adam, el Comité de Derechos Humanos recalcó que para considerar una medida compatible con el PIDCP, la licitud de su propósito es un requisito necesario pero no suficiente. La decisión establece al respecto lo siguiente:

El Estado parte afirma que no se ha infringido el Pacto porque al aprobar la Ley (...) los legisladores (...) no tenían el propósito de discriminar. Sin embargo, el Comité opina que el propósito de la asamblea legislativa no es el elemento que determina la infracción del artículo 26 del Pacto, sino más bien que ésta viene determinada por las consecuencias de la legislación promulgada. Sea cual fuere el motivo o la intención de la asamblea legislativa, una ley puede violar el artículo 26 del Pacto si sus efectos son discriminatorios.³⁵

El análisis de la jurisprudencia sugiere que el propósito de una medida puede considerarse un requisito de carácter liminar, que no siempre se analiza explícitamente. Si la medida no tiene un propósito manifiestamente contrario al PIDCP, hay que determinar si las distinciones establecidas son objetivas y razonables. Caso contrario

³³ Comité de Derechos Humanos, caso Järvinen c. Finlandia, párr. 6.4 (1990).

³⁴ *Ibid.*, párr. 6.6.

³⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Adam c. República Checa, párr. 12.7 (1996).

—si el propósito de una medida es manifiestamente contrario al PIDCP— no hace falta proseguir con la aplicación de los criterios de objetividad y razonabilidad. Si esta interpretación es cierta, significa que la definición operativa aplicada por el Comité de Derechos Humanos es, en el fondo, la misma aplicada en el sistema interamericano.³⁶

iii) La discriminación de jure basada en el sexo

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos relativa a la discriminación *de jure* basada en uno de los supuestos enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP se limita a casos de discriminación sexual. Una de las primeras decisiones del Comité sobre discriminación se refiere al derecho de residencia. El caso Aumeeruddy-Cziffra versa sobre una ley que reconocía el derecho de toda extranjera casada con un nacional a establecer residencia en el país, pero obligaba a los extranjeros casados con una nacional a solicitar un permiso de residencia, cuyo otorgamiento era discrecional. Haciendo caso omiso de la posibilidad de que la legislación pudiera interpretarse como medida a favor de una determinada clase de mujeres (las extranjeras casadas con nacionales) y descartando el argumento del Estado de que no tenía obligación alguna de admitir el ingreso de extranjeros al territorio nacional, el Comité concluyó que cuando un Estado decide reconocer el derecho de residencia a ciertos extranjeros, los criterios aplicables no pueden discriminar contra ninguno de los grupos mencionados por el artículo 26 del PIDCP.³⁷ La razonabilidad de esta diferenciación entre hombres y mujeres —o sea, las eventuales diferencias objetivas entre las circunstancias de los hombres y mujeres afectadas por la medida— no se analizó.

³⁶ Véase Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 7.

³⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Aumeeruddy-Cziffra c. Mauricio, párrs. 9.2 b)9.2.i), 6 a 9.2 b)9.2.i), 8 (1981).

En 1984 el Comité de Derechos Humanos adoptó las primeras de muchas decisiones relativas a la discriminación sexual en materia de seguridad social. Los casos *Broeks* y *Zwann de Vries* se refieren a disposiciones legislativas que privaban a la mujer casada del derecho a una pensión de desempleo, a menos que pudiera comprobar que era “sostén de la familia”. El Estado hizo hincapié en que la intención de esa ley no era discriminar, sino que sencillamente respondía a la situación económica y social imperante en la época de su promulgación, a saber: que la gran mayoría de hombres casados con empleo constituían la principal fuente de ingresos de la familia, lo que hacía innecesario proceder a una determinación caso por caso sobre si cada hombre casado era efectivamente el “sostén de la familia”.³⁸ El Comité aplicó por primera vez en este contexto la piedra angular de la jurisprudencia sobre discriminación, que establece lo siguiente:

El derecho de la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación alguna no hace discriminatorias todas las diferencias de trato. Una diferenciación basada en unos criterios razonables y objetivos no constituye la discriminación prohibida en el sentido del artículo 26.³⁹

Con respecto a la disposición impugnada, el Comité de Derechos Humanos observó que “Esta diferenciación, que parece basarse en el estado civil, constituye de hecho una diferenciación por razón de sexo, ya que coloca en situación de desventaja a la mujer casada en relación con el hombre casado”.⁴⁰ Así que, si bien el Comité invoca el criterio de razonabilidad para determinar si la medida debe considerarse discriminatoria, no procedió a un análisis de la relación

³⁸ Comité de Derechos Humanos, casos *Broeks*, *supra*, párr. 8.4; *Zwann de Vries*, *supra*, párr. 13 (1984).

³⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Broeks c. Países Bajos*, *supra*, párr. 13; *Zwann de Vries c. Países Bajos*, *supra*, párr. 13 (1984).

⁴⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Broeks c. Países Bajos*, *supra*, párr. 14; *Zwann de Vries c. Países Bajos*, *supra*, párr. 13 (1984).

entre la diferenciación y los objetivos de la ley. Más bien, la conclusión parece sustentarse en la presunción de que toda diferenciación basada en el sexo es, de por sí, irrazonable.⁴¹

En 1993, en el caso *Cavalcanti Araújo-Jongen*, el Comité de Derechos Humanos adoptó otra decisión sobre la misma legislación impugnada en los casos *Broeks y Zwann de Vries*, que limitaba el auxilio de desempleo a la mujer casada por no considerarla jefe de familia.⁴² Si bien una reforma legislativa había eliminado esta desigualdad, la demanda de la víctima por compensación durante el periodo en que no percibió la misma prestación no tuvo éxito porque en el momento de presentar la demanda tenía un nuevo empleo y el recurso sólo estaba disponible para personas desempleadas. El Comité consideró que el requisito de que una persona debe estar desempleada en el momento de solicitar esta prestación era razonable, en vista de los objetivos de la legislación, de manera que la denegación de la solicitud no había sido violatoria del artículo 26.⁴³ En 1989 el Comité adoptó una decisión sobre otra anomalía en el sistema de seguridad social del mismo país, producto de las reglas diseñadas a fin de reducir la superposición de dos pensiones de naturaleza distinta. El caso *Vos (H.S.)* trata sobre una mujer que había recibido una pensión de invalidez durante varios años. Cuando enviudó, la cuantía de su pensión se redujo en función de su nueva pensión de viudez, esta última otorgada únicamente a mujeres.⁴⁴ La situación era similar a la de los casos *Broeks y Zwann de Vries*, en la medida en que una viuda se encontraba en una situación de desventaja en relación con los viudos, en razón de su sexo.⁴⁵ No obstante, el Co-

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Broeks c. Países Bajos*, *supra*, párr. 14; *Zwann de Vries c. Países Bajos*, *supra*, párr. 13 (1984).

⁴² Comité de Derechos Humanos, caso *Cavalcanti Araujo-Jongen c. Países Bajos*, párr. 2.3 (1993).

⁴³ *Ibid.*, párr. 7.4.

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Vos (H.S.) c. Países Bajos*, párrs. 2.1 y 9.1 (1989).

⁴⁵ Con el agravante de que la viuda se había divorciado del cónyuge en cuestión 22 años antes.

mité concluyó que no había habido violación del PIDCP porque la legislación “se basa en criterios y objetivos razonables”, y que “el resultado desfavorable del cual se queja (...) se debe a la aplicación de una norma uniforme”.⁴⁶ El sustento de esta conclusión no está indicado expresamente, pero parece ser el hecho de que la desventaja de la mujer viuda fue el resultado de la interacción de dos normas (una de apoyo a las viudas y otra que limitaba la superposición de pensiones) las cuales, en forma separada, tenían objetivos aceptables y eran razonables.⁴⁷

En los últimos años el Comité de Derechos Humanos ha adoptado decisiones basadas en un análisis que, de nuevo, otorga más importancia al impacto de las normas que a sus motivos. En el caso Pauger, las mujeres viudas tenían automáticamente derecho a una pensión completa, mientras que la cuantía de la pensión otorgada a los viudos se calculaba en función de sus ingresos.⁴⁸ El Estado había adoptado un plan para introducir paulatinamente beneficios iguales para viudos y viudas.⁴⁹ No obstante, el Comité consideró que la diferenciación no podía considerarse razonable por estar basada en el sexo de los beneficiados.⁵⁰ El raciocinio del Comité es muy sencillo: “Ello significa en efecto que los hombres y mujeres, cuyas circunstancias sociales son similares, son tratados de forma diferente simplemente por motivos de sexo. Esta diferenciación no es razonable (...).”⁵¹ El Comité llegó a la misma conclusión en el caso Vos (A.P.J.), sobre una reforma a un complejo sistema de pensiones vi-

⁴⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H. S.) c. Países Bajos, párr. 12.

⁴⁷ Véase también Comité de Derechos Humanos, caso Byrne y Lazarescu c. Canadá, párrs. 6.2-6.4 (1999).

⁴⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Pauger c. Austria (No.415/1990), párr. 2.1 (1992).

⁴⁹ *Ibid.*, párrs. 5.1-5.2.

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 7.4. Véase también Pauger c. Austria (No. 716/1996), párr. 10.2 (1999).

⁵¹ Comité de Derechos Humanos, caso Pauger c. Austria, párr. 7.4 (1992). Una comunicación sobre el incumplimiento de este dictamen fue presentada al Comité y objeto de una decisión adoptada en 1998. Véase también el caso Vos (A.P.J.) c. Países Bajos, párr. 7.6 (1999).

gente en un país, la cual dividió la pensión que recibía el hombre casado para las necesidades de la pareja, otorgando una mitad al esposo y la otra a la esposa.⁵² Sin embargo, esto tuvo una repercusión negativa para los hombres que tenían derecho a una segunda pensión, pues la reforma no hizo el ajuste correspondiente en los criterios utilizados para calcular la cuantía de la prestación total de un hombre casado que recibía dos pensiones. En consecuencia, los hombres pasaron a percibir menos que la mujer que recibía dos pensiones.⁵³ El Comité concluyó que, si bien el motivo de la reforma era compatible con el PIDCP, hubiera sido perfectamente posible modificar la forma de calcular la prestación global del hombre casado para evitar esta desigualdad de trato, por lo que consideró esta consecuencia de la reforma violatoria del artículo 26 del PIDCP.⁵⁴ El raciocinio de las decisiones sobre los casos Pauger y Vos (A.P.J.) es tan difícil de armonizar con el de las decisiones en los casos Vos (H.S) y Cavalcanti Araujo-Jongen, que llevan a presumir que éstas pertenecen a una etapa ya superada en el desarrollo de la jurisprudencia del Comité sobre la materia.⁵⁵

En su reciente decisión en el caso Müller y Engelhard, relativa a legislación que dificultaba la adopción por un hombre del apellido de su esposa, el Comité de Derechos Humanos declaró que “Dada la importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, no se puede invocar el argumento de una tradición arraigada como la justificación general de un trato diferente entre hombre y mujer contrario al Pacto”.⁵⁶

⁵² Comité de Derechos Humanos, caso Vos (A.P.J.) c. Países Bajos, párr. 2.3 (1999).

⁵³ *Ibid.*, párr. 2.4.

⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 7.4, 7.6.

⁵⁵ Paradójicamente en ambos casos las víctimas eran hombres, mientras que los peticionarios en Vos (H.S) y Cavalcanti Araujo-Jongen eran mujeres.

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Müller y Engelhard C. Namibia, párr. 6.8 (2002).

iv) Discriminación basada en la nacionalidad

La doctrina del Comité de Derechos Humanos considera que la discriminación basada en la nacionalidad merece el mismo análisis que la discriminación basada en los criterios enumerados en el artículo 2, salvo cuando se trata del ejercicio de los derechos políticos y del derecho a entrar y residir en su propio país.⁵⁷ Es menester reconocer que esta doctrina se basa en una exégesis del artículo 2 del PIDCP –o sea, la discriminación relativa al ejercicio de los derechos consagrados en él– y no en el artículo 26 y los demás derechos reconocidos por la legislación interna. En la práctica, la jurisprudencia adoptada hasta la fecha concierne sobre todo a derechos que no figuran entre los consagrados por el PIDCP, tales como el derecho a la seguridad social y a la propiedad. No obstante, no existe ninguna decisión que reconozca como razonable y coherente con el PIDCP un trato diferenciado con base en la nacionalidad.

El caso Gueye se refiere a una diferencia en la cuantía de la pensión recibida por excombatientes en razón de su nacionalidad. El Comité de Derechos Humanos concluyó que dicha diferenciación era discriminatoria ya que “(...) la base para la concesión de la pensión fueron los (...) servicios prestados” al país, que eran idénticos en el caso de personas que retuvieron la nacionalidad y las que posteriormente la perdieron o la cambiaron.⁵⁸ El caso Simunek se refiere a una ley cuyo objetivo era compensar a las víctimas de confiscaciones discriminatorias realizadas en otra época. La legislación reconocía el derecho a una compensación, pero sujeto a restricciones basadas en la nacionalidad y residencia de las víctimas. La conclusión de que dichas restricciones no eran razonables también se sustenta en una comparación de los requisitos, las condiciones y las

⁵⁷ Véase Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, citada arriba; con respecto al derecho de residencia véase el Capítulo 8.

⁵⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Gueye y otros c. Francia, párr. 9.5 (1989).

limitaciones que afectan el goce del derecho reclamado en la actualidad y los supuestos que dieron origen al derecho subyacente. La decisión establece lo siguiente al respecto:

Al examinar si las condiciones para una restitución o indemnización son compatibles con el Pacto, el Comité debe considerar todos los factores pertinentes, inclusive el primitivo derecho del autor a la propiedad en cuestión y la naturaleza de las confiscaciones. El propio Estado Parte reconoce que las confiscaciones fueron discriminatorias, y ésta es la razón por la que se promulgó una legislación específica para prever una forma de restitución. El Comité observa que esa legislación no debe establecer una discriminación entre las víctimas de las confiscaciones iniciales, ya que todas las víctimas tienen derecho a una reparación sin distinciones arbitrarias. Teniendo en cuenta que el primitivo derecho de los autores a sus respectivas propiedades no implicaba la condición de ciudadano ni de residencia, el Comité estima que esas condiciones de ciudadano y residencia que figuran en la Ley N° 87/1991 no están justificadas. A este respecto el Comité señala que el Estado Parte no ha expuesto ninguna razón que justifique esas restricciones. Es más, se ha considerado que los autores y otras muchas personas que se hallan en su misma situación se marcharon de Checoslovaquia a causa de sus opiniones políticas, y que sus propiedades fueron confiscadas bien a causa de sus opiniones políticas, bien por haber emigrado del país. Esas víctimas de la persecución política buscaron una residencia y nacionalidad en otros países. Si se tiene en cuenta que el Estado Parte es el responsable de la partida de los autores, sería incompatible con el Pacto exigirles que regresen definitivamente al país como requisito previo para la restitución de sus propiedades o para el pago de una indemnización apropiada.⁵⁹

⁵⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *Simunek c. República Checa*, párr. 11.6 (1995). Véanse también *Adam c. República Checa*, párr. 12.6 (1996) y *Des Fours Walderode c. República Checa*, párr. 8.4 (2002).

En el caso Karakurt, el Comité de Derechos Humanos consideró que si bien los acuerdos internacionales que conferían un trato preferencial a los nacionales de los Estados Partes no eran forzosamente incompatibles con el PIDCP, las distinciones que establecían debían ser objetivas y razonables.⁶⁰ En el caso concreto, el Comité consideró que la nacionalidad de un trabajador extranjero no tenía ninguna implicación en su capacidad de representar los intereses de los trabajadores o funcionarios de una empresa, de manera que la legislación que sólo concedía el derecho a ocupar dichos puestos a los nacionales no era razonable y, por tanto, era discriminatoria.⁶¹ Cabe señalar que esta decisión trata sobre un extranjero que gozaba del derecho a residir y trabajar en el país en cuestión.

v) *La discriminación de facto*

El concepto de discriminación *de facto* se refiere a medidas que eventualmente pueden considerarse discriminatorias debido a sus efectos, a pesar de que la medida en sí sea “(...) neutral, en el sentido de aplicabl[e] a todos sin distinción”.⁶² En su Recomendación General No. XIV, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial indicó que “Cualquier distinción es contraria a la Convención si tiene el propósito *o el efecto* de menoscabar determinados derechos y libertades (...)”.⁶³ El efecto discriminatorio, según la Recomendación, consiste en “consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico”.⁶⁴ La Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos también establece, como se ha indicado, que la discrimi-

⁶⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Karakurt c. Austria, párr. 8.4 (2002).

⁶¹ *Ibid.*

⁶² Comité de Derechos Humanos, caso Bhinder c. Canadá, párr. 6.1 (1990).

⁶³ Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. XIV, párr.1 (énfasis agregado).

⁶⁴ *Ibid.*, párr. 2.

nación comprende medidas “(...) que tengan por objeto *o por resultado* anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.⁶⁵

En algunas decisiones del Comité de Derechos Humanos, la conclusión de que una discriminación no se ha sustanciado se explica con la fórmula “(...) las diferencias resultantes de la aplicación equitativa o uniforme de una regla común o neutral no son discriminatorias”.⁶⁶ No obstante, resulta difícil creer que ésta sea la verdadera razón para decidir, habida cuenta de la jurisprudencia que indica que el criterio de razonabilidad se aplica tanto a casos de posible discriminación *de facto* como a los de posible discriminación *de jure*. La decisión que mejor ilustra la posición del Comité sobre la discriminación *de facto* es la del caso Bhinder, que se refiere a un empleado público cuya religión le obligaba a usar turbante y quien perdió su empleo cuando rehusó usar un casco de seguridad.⁶⁷ Aplicando los criterios de la finalidad y razonabilidad, el Comité concluyó que “la legislación que requiere que los trabajadores empleados por el Estado federal estén protegidos de lesiones y descargas eléctricas mediante cascos de seguridad debe considerarse razonable y encaminada a fines objetivos [sic] que son compatibles con el Pacto”.⁶⁸

vi) Normas que establecen distinciones basadas en criterios no enumerados en los artículos 2 y 26 del PIDCP

La mayor parte de la jurisprudencia que no trata sobre la discriminación sexual se refiere a normas que establecen diferenciaciones

⁶⁵ Comité para la eliminación de la discriminación racial, Recomendación General No. XIV, parr. 7 (énfasis agregado).

⁶⁶ Comité de Derechos Humanos, caso Vos (H.S.) c. Países Bajos, párr. 11.3 (1989); Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.5 (1997).

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Bhinder c. Canadá, párrs. 1 a 2.3 (1990).

⁶⁸ *Ibid.*, párrs. 6.1-6.2.

basadas en criterios distintos a los mencionados en los artículos 2 y 26 del PIDCP, como el estatus civil o el parentesco. La mayoría de estos casos se refiere a restricciones al disfrute o ejercicio de derechos no consagrados por el PIDCP, tales como la seguridad social y la propiedad, o eventualmente el acceso a un recurso con respecto a derechos de esta índole. Por tanto, la norma aplicada generalmente es el artículo 26. La regla básica aplicada por el Comité de Derechos Humanos a este tipo de casos es la misma enunciada en el caso *Broeks* y reafirmada por la Observación General No.18, a saber: “no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”. El raciocinio de algunas decisiones permite identificar algunas reglas o criterios auxiliares que ayudan a diferenciar entre las medidas razonables y las arbitrarias, concepto este último que el Comité parece emplear como contrario de razonable.⁶⁹

Un elemento que se toma en cuenta en algunas decisiones es que el disfrute de un derecho o beneficio no debe estar sujeto a condiciones que no guardan relación con las que determinaron el reconocimiento y la existencia del derecho o beneficio en cuestión. Los casos *Gueye* y *Simunek*, citados arriba, ilustran este análisis.

El Comité de Derechos Humanos también manifestó, en el caso *Gueye*, que “(...) no cabe invocar una simple inconveniencia de tipo administrativo, ni la posibilidad de (...) algún abuso respecto a los derechos a las pensiones, para justificar un trato desigual”.⁷⁰ El tema de consideraciones de orden administrativo como justificación de una diferenciación entre grupos distintos surge en otros casos, a veces de manera expresa y otras veces tácitamente. En el caso *Järvinen* la legislación establecía un servicio militar obligatorio de ocho meses de duración. Los objetores de conciencia tenían las opciones de 11

⁶⁹ Comité de Derechos Humanos, casos *Balaguer c. España*, párr. 10.6 (1994); *Somers c. Hungría*, párr. 9.8 (1996); *Nahlik c. Austria*, párr. 8.4 (1996); *Snijders c. Países Bajos*, párr. 8.4 (1998).

⁷⁰ *Gueye*, *supra*, párr. 9.5.

meses de servicio militar sin portar armas o 12 meses de servicio alternativo de carácter civil. La exposición de motivos de la ley indicaba que el objetivo principal de la distinción era facilitar la administración del sistema de servicio alternativo.⁷¹ No obstante, el Comité consideró que la desventaja de algunos meses adicionales de servicio para objetores de conciencia era compensada por la eliminación de la evaluación de las creencias del objetor. Con base en esta consideración, concluyó que la legislación no tenía propósitos represivos y era razonable.⁷² La implicación de esta conclusión es que las consideraciones administrativas, en sí, no hubieran sido razón suficiente para justificar el trato diferenciado.

Otro factor que influye en la determinación de la razonabilidad de una diferenciación legislativa es su relación con otras disposiciones legislativas relativas a los derechos y las obligaciones de las mismas categorías de personas. En una decisión adoptada en 1994, el Comité de Derechos Humanos concluyó que una distinción basada en el parentesco de personas que comparten una vivienda, para efectos del cálculo de la cuantía de una pensión, era razonable porque obedecía a la existencia o no de una obligación legal de apoyo entre parientes.⁷³ En otra decisión adoptada el mismo año, el Comité decidió que para determinar la cuantía de la pensión de personas que viven en el exterior no era irrazonable tomar en cuenta los efectos de los tratados bilaterales en la materia.⁷⁴

Otra regla que se desprende de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos es que las desventajas que resultan de una decisión tomada libremente por los interesados, en general no se consideran discriminatorias. El caso *Danning* trata de un programa de

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, caso *Järvinen c. Finlandia*, párrs. 6.3-6.4 (1990).

⁷² *Ibid.*, párrs. 6.5-6.6.

⁷³ Comité de Derechos Humanos, caso *Doesburg Lanooij Neefs c. Países Bajos*, párr. 7.4. El Código Civil reconocía una obligación de apoyo mutuo entre padres e hijos, pero no entre hermanos.

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Van Oord y otro c. Países Bajos*, párr. 8.5 (1997).

pensiones de invalidez cuya cuantía varía en función del estatus civil del beneficiario. El peticionario, que vivía en una relación conyugal sin contrato de matrimonio, alegó que negar la pensión que se otorgaba a una persona casada constituía discriminación. El Comité concluyó que dicha diferenciación era razonable, porque “la decisión de adquirir una condición jurídica por el matrimonio, que en el derecho holandés establece determinados beneficios y también determinados deberes y responsabilidades, corresponde enteramente a las personas que cohabiten”.⁷⁵ Asimismo, el Comité consideró que el apoyo del Estado a escuelas públicas y la negación de subsidios para los gastos educativos para niños que asisten a escuelas privadas era razonable, subrayando que “la decisión de [estas familias] de escoger la educación privada no les fue impuesta por el Estado (...) sino que fue el resultado de una libre elección reconocida y respetada por el Estado (...)”.⁷⁶ La aplicación de esta regla parece estar limitada por el principio de que el ejercicio de un derecho fundamental no puede estar condicionado por la renuncia al ejercicio de otro. En el caso *Aumeeruddy-Cziffra*, antes mencionado, la legislación reconocía el derecho de las mujeres extranjeras casadas con nacionales a residir en el territorio nacional, pero no así a los hombres extranjeros casados con nacionales. En efecto, la legislación había obligado a las mujeres casadas con extranjeros a escoger entre su derecho a residir en su propio país y el ejercicio de sus derechos políticos, o su derecho a convivir con su familia.⁷⁷ El Comité no se pronunció sobre la cuestión de saber si la legislación sería compatible con el PIDCP si fuera aplicable a todos y todas, sin distinción, pero concluyó que, siendo aplicable únicamente a ciudadanas casadas con extranjeros,

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Danning*, c. Países Bajos, párr. 14. Véase también *Hoofdman* c. Países Bajos, párr. 11.4 (1998) (relativo a la negación de una pensión de viudez).

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Lindgren* y otros c. Suecia, párr. 10.3 (1990).

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Aumeeruddy-Cziffra* c. Mauricio, párr. 5.5-5.6 y 6.2 (1984).

era discriminatoria y, además, violatoria del derecho de la familia a protección.⁷⁸

Las inconsistencias accidentales en la aplicación de una norma, que no obedecen a una política establecida, generalmente no se consideran discriminación.⁷⁹ En el caso *Debreczeny*, el Comité de Derechos Humanos concluyó que el hecho de que algunos individuos aparentemente habían logrado esquivar la aplicación de una norma que les impedía acceder a ciertas funciones, sin más, no permitía concluir que la aplicación de la regla al peticionario era discriminatoria.⁸⁰ En los casos *De Groot y Hoelen*, el Comité llegó a una conclusión semejante con respecto a la aplicación del derecho penal.⁸¹

En muchos otros casos, el Comité de Derechos Humanos parece basar su conclusión sobre la razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación en la aplicación global de las circunstancias, sin aplicación de ningún otro criterio o esquema de análisis. En materia de seguridad social, por ejemplo, el Comité concluyó que la decisión de establecer un sistema de pensiones para excombatientes que habían sido prisioneros de guerra y no para civiles internados durante la misma guerra no era irrazonable.⁸² En el caso *Oulajin*, concluyó que era razonable una la ley que extendía beneficios a los menores a cargo de un contribuyente a condición de que éste participara per-

⁷⁸ *Ibid.*, párrs. 9.2 (b) 2 (i) 3 y 8, y 9.2 (b) (ii) 3 y 4.

⁷⁹ Comité de Derechos Humanos, caso *B. de B. y otros c. Países Bajos*, párr. 6.6.

⁸⁰ Comité de Derechos Humanos, caso *Debreczeny c. Países Bajos*, párr. 9.4 (1995).

⁸¹ Comité de Derechos Humanos, casos *De Groot c. Países Bajos*, párr. 6.5 (1995); *Hoelen c. Países Bajos*, párr. 4.2 (1999). La decisión en el caso *Byrne* también ilustra la renuencia del Comité a considerar discriminatorias las decisiones de tribunales cuyas consecuencias para las partes eran distorsionadas por el impacto de la legislación impositiva. *Byrne y Lazarescu c. Canadá*, párrs. 6.2-6.4 (1999).

⁸² Comité de Derechos Humanos, caso *Drake y otro c. Nueva Zelandia*, párr. 8.5 (1997).

sonalmente del sostenimiento y la educación de los menores.⁸³ En materia de remuneración en el caso Nahlik, el Comité consideró que el pago de una prima a los empleados de una agencia y no a los pensionados, no era necesariamente arbitrario o irrazonable.⁸⁴ En el caso Lestourneaud, concluyó que un sistema de asistencia jurídica que pagaba honorarios mayores por la defensa de casos penales que por demandas civiles era razonable porque las responsabilidades profesionales eran de otro orden.⁸⁵

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la compensación por propiedades confiscadas descansa en gran parte sobre la idea de que el disfrute de un derecho o beneficio no debe estar sujeto a condiciones ajenas a las que determinaron su reconocimiento y existencia, como se ha señalado con respecto al caso Simunek.⁸⁶ En el caso Somers, el Comité determinó, en primer lugar, que no había sido discriminatorio reconocer el derecho a una compensación parcial, habida cuenta de la carencia de recursos, del número importante de víctimas y, sobre todo, del hecho de que la decisión se aplicaba a todos los interesados.⁸⁷ La decisión también examinó otro aspecto de la ley que establecía una distinción en cuanto a la modalidad de compensación favorable a los beneficiarios que eran inquilinos de propiedad pública y deseaban comprarla. El Comité consideró esta disposición razonable porque el derecho interno reconocía a los inquilinos como titulares de ciertos derechos y obligaciones con respecto a la propiedad arrendada y, además, porque las consecuencias económicas para los demás beneficiados eran limitadas.⁸⁸ En el caso Drobek, el Comité concluyó que no había sido discriminatorio reconocer el derecho de compensación a las víctimas de un determinado régimen represivo, y no a las víctimas

⁸³ Comité de Derechos Humanos, caso Oulajin c. Países Bajos, párr. 7.4 (1997).

⁸⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Nahlik c. Austria, párr. 8.4 (1996).

⁸⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Lestourneaud c. Francia, párr. 4.2 (1999).

⁸⁶ Véase también Adam c. República Checa, párrs. 12.5-12.8.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, caso Somers c. Hungría, párr. 9.4 (1996).

⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 9.6 y 9.8.

de otro régimen.⁸⁹ No obstante, la decisión posterior del Comité sobre el caso Brok estableció que cuando la legislación reconoce el derecho a indemnización de las víctimas de confiscaciones practicadas por ambos regímenes represivos anteriores, una laguna en el alcance de esa legislación que privó a algunas víctimas del derecho a compensación había sido arbitraria y discriminatoria.⁹⁰

En cuanto al derecho a la educación, en los casos Blom y Lindgren el Comité determinó que la negación de subvenciones a escuelas privadas no constituía discriminación en contra de las familias que habían decidido inscribir a sus hijos en dichas escuelas.⁹¹ No obstante, en el caso Waldman, el Comité concluyó que sí era discriminatorio prestar apoyo a las escuelas establecidas por una iglesia y negarlo a las escuelas de otras religiones.⁹² El hecho del apoyo al sistema escolar de una minoría religiosa consagrado constitucionalmente era irrelevante para efectos de su compatibilidad con la normativa internacional,⁹³ el Estado no tiene obligación alguna de prestar asistencia a escuelas religiosas, pero al optar por hacerlo, cualquier decisión de apoyar a algunos y no a otros “debe basarse en criterios razonables y objetivos”.⁹⁴

El Comité de Derechos Humanos adoptó una decisión importante sobre el derecho a la nacionalidad en el caso Toala, que trata sobre el derecho de algunos originarios de Samoa a la nacionalidad neozelandesa. Samoa fue administrada por Nueva Zelanda de 1920

⁸⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Drobek c. Eslovaquia, párrs. 6.4-6.5 (1997).

⁹⁰ Comité de Derechos Humanos, caso Brok c. República Checa, párr. 7.4 (2002).

⁹¹ El raciocinio de las decisiones es distinto: en el caso Lindgren la conclusión se basa en el hecho de que los padres decidieron libremente no aprovechar la educación pública; en el caso Blom se basa en la idea de que era razonable no otorgar subsidios para programas no supervisados por las autoridades competentes. Véase Comité de Derechos Humanos, caso Blom c. Suecia, párrs. 10.2 y 10.3 (1988).

⁹² Comité de Derechos Humanos, caso Waldman c. Canadá, párr. 10.7 (2000).

⁹³ *Ibid.*, párr. 10.4.

⁹⁴ *Ibid.*, párr. 10.6.

a 1961, bajo el mandato de la Sociedad de Naciones. En 1982, el Comité Jurídico del Consejo Privado (máxima instancia judicial para los Estados miembros del Commonwealth) falló que todos los samoanos nacidos entre 1924 y 1949 –o sea, casi dos tercios de la población– tenían derecho a la nacionalidad neozelandesa. En cuestión de meses los dos países ratificaron un acuerdo bilateral sobre la materia, a fin de reducir el número de originarios de Samoa con derecho a dicha nacionalidad.⁹⁵ Los peticionarios, citando los debates legislativos relativos al entonces proyecto de ley, argumentaron que dicha legislación obedecía a propósitos racistas. El Comité concluyó que la ley no discriminaba con base en la raza, porque sólo afectaba la nacionalidad de los samoanos que no tenían lazos personales con Nueva Zelanda, mientras que reconocía la nacionalidad neozelandesa de los demás samoanos.⁹⁶ Asimismo, el Comité consideró que la medida no era arbitraria, porque sólo privaba de la nacionalidad neozelandesa a los samoanos que, en el momento de la promulgación de la ley, no vivían en Nueva Zelanda ni tenían otros lazos personales con ese país.

El derecho de los objetores de conciencia a estar exentos del servicio militar tampoco es reconocido por el PIDCP que ha dado lugar a una jurisprudencia relativamente importante sobre la discriminación. En el caso *Järvinen*, el Comité de Derechos Humanos concluyó que las diferencias de 3 a 4 meses entre la duración del servicio militar y la del servicio alternativo no eran discriminatorias. Como esta desventaja era compensada por una ventaja para los objetores, concluyó que el propósito no era contrario al PIDCP. En el caso *Foin*, el Comité llegó a la conclusión de que la imposición de un servicio alternativo de 24 meses, dos veces más largo que el servicio militar obligatorio, era violatoria del artículo 26 del PIDCP. Su razonamiento fue el siguiente:

⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, caso *Toala y otros c. Nueva Zelanda*, párrs. 11.5 y 11.6

⁹⁶ *Ibid.*, párr. 11.5.

A este respecto, el Comité reconoce que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio militar y el servicio nacional sustitutorio, y que esas diferencias pueden, en casos particulares, justificar un periodo de servicio más largo, si la diferenciación se basa en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio en cuestión o la necesidad de una formación especial para prestarlo. En el presente caso, sin embargo, las razones aducidas por el Estado Parte no mencionan ningún criterio de ese tipo, (...) sino que se basan en el argumento de que la duplicación de la duración del servicio es la única forma de poner a prueba la sinceridad de las convicciones del individuo. En opinión del Comité, este argumento no satisface el requisito de que, en el presente caso, la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. En estas circunstancias, el Comité considera que se ha violado el artículo 26, ya que el autor ha sido objeto de discriminación en razón de su convicción de conciencia.⁹⁷

En el caso *Brinkof*, el Comité de Derechos Humanos abordó la exención a miembros de una iglesia de la obligación de realizar cualquier servicio alternativo. El Estado sostuvo que la distinción entre los miembros de dicha religión y otros objetores de conciencia se justificaba por razones de conveniencia administrativa, es decir, porque los primeros “constituyen un grupo social muy compacto con normas estrictas de comportamiento, y la pertenencia a dicho grupo constituye una prueba sólida de que las objeciones al servicio militar y servicio civil sustitutivo se basan en convicciones religiosas auténticas”.⁹⁸ El Comité rechazó este argumento y concluyó que “conceder la exención a un solo grupo de objetores de conciencia y aplicarla a todos los demás no se puede considerar razonable”.⁹⁹ No

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Foin c. Francia*, párr. 10.3 (2000). Véase también *Maille c. Francia* y *Vernier y Nicolas c. Francia* (2000).

⁹⁸ Comité de Derechos Humanos, caso *Brinkof c. Países Bajos*, párr. 9.2 (1993). Véanse también las decisiones del Comité contra la eliminación de la discriminación racial en los casos *Yilmaz-Dogan c. los Países Bajos*, párr. 9.4 (1987) y *L.K. c. Dinamarca*, párr. 6.5 (1993).

⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 9.3.

obstante, consideró que el peticionario no había sido víctima de dicha discriminación, porque “no ha demostrado que (...) el trato privilegiado concedido a los Testigos de Jehová afectó negativamente sus derechos como objetor de conciencia al servicio militar”.¹⁰⁰

En el caso Wackenheim el Comité de Derechos Humanos determinó que la prohibición de la práctica de “lanzamiento de enanos” no podía considerarse una discriminación contra las personas afectadas por dicha condición, porque era necesaria para la protección del orden público. La parte del raciocinio del Comité que merece destacarse es el reconocimiento de que el concepto de orden público incluye la protección de la dignidad humana.¹⁰¹

vii) La discriminación en la administración de justicia

La aplicación de la ley penal a un individuo no es discriminatoria, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, a menos que se demuestren “circunstancias concretas que ponen de manifiesto una política deliberada de trato desigual”.¹⁰² No obstante, en el caso Kavanagh el Comité estableció que la amplísima discreción del fiscal invirtió la presunción sobre la razonabilidad de sus decisiones. Este caso no se refiere a la decisión de acusar o no a un individuo, sino a la de llevar a un acusado ante un tribunal ordinario o ante un tribunal especial. La decisión de llevar al peticionario ante un tribunal especial había sido discriminatoria, según la decisión, porque el Estado no presentó elementos que demostraran que tal decisión se fundaba en consideraciones objetivas y razonables.¹⁰³ La tipificación del delito también puede ser discriminatoria. El caso Thoonen se refiere a una legislación penal que tipificaba ciertos ac-

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Comité de Derechos Humanos, caso Wackenheim c. Francia, parr. 7.4 (200).

¹⁰² Comité de Derechos Humanos, caso De Groot c. Países Bajos, párr. 4.6 (1995).

¹⁰³ Comité de Derechos Humanos, caso Kavanagh c. Irlanda, párrs. 10.2 y 10.3 (2001).

tos sexuales como delictivos cuando eran cometidos entre dos varones, pero no cuando eran cometidos por una pareja heterosexual o entre dos mujeres.¹⁰⁴ Los argumentos a favor de la legislación fueron examinados detenidamente y rechazados por las razones descritas en el Capítulo 7, relativo al derecho a la intimidad. El Comité también concluyó que la discriminación basada en la orientación sexual está prohibida por los artículos 2 y 26 del PIDCP y que el Estado tenía la obligación, en consecuencia, de derogar la legislación en cuestión.¹⁰⁵

En algunos casos el Comité de Derechos Humanos ha considerado discriminatoria la manera en que los tribunales han tramitado o resuelto demandas de carácter civil o laboral. En el caso *Ato del Avellanal*, la discriminación era patente porque el Código Civil no reconocía la competencia de una mujer casada de emprender acciones legales sobre la propiedad del matrimonio. El Comité consideró la aplicación del artículo pertinente del Código como violatoria de los artículos 3, 14.1 y 26 del PIDCP.¹⁰⁶ En el caso *Fábryová*, el Comité estimó que la pérdida del derecho a un recurso por agotamiento del plazo había vulnerado el derecho a igual protección de la ley, cuando dicho agotamiento del plazo para la presentación del recurso resultó de un error de parte de las autoridades que debían notificar a la víctima de una decisión administrativa.¹⁰⁷ En el caso *Orijuela*, el Comité concluyó que las demoras en la resolución de recursos entablados por la víctima y la falta de ejecución de una decisión a su favor obedecía a motivos políticos y, por tanto, constituía discriminación en violación del artículo 26 del PIDCP.¹⁰⁸ Su conclusión se fundamentó en elementos de convicción de carácter circunstancial no refutados por el Estado.¹⁰⁹ En otros casos el Comité ha determi-

¹⁰⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Thoonen c. Australia* (1994).

¹⁰⁵ *Ibid.*, párrs. 8.7, 9 y 10.

¹⁰⁶ Comité de Derechos Humanos, caso *Ato del Avellanal c. Perú*, párr. 11 (1989).

¹⁰⁷ Comité de Derechos Humanos, caso *Fábryová c. República Checa*, párr. 9.2 (2002).

¹⁰⁸ Comité de Derechos Humanos, *Orijuela Valenzuela c. Perú*, párr. 6.4 (1993)

¹⁰⁹ *Ibid.*

nado que el trato de una parte por los tribunales ha sido violatorio de las disposiciones del artículo 14 que consagran el principio de igualdad, en particular la primera oración del primer párrafo y el acápite e) del tercer párrafo¹¹⁰ (véase el Capítulo 5).

viii) Trato preferencial o acción afirmativa

Tanto la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (art. 4), como la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer reconocen la licitud de la discriminación positiva en ciertas condiciones (art. 4.1). El Comité de Derechos Humanos adoptó esta posición en su Observación General No. 18, al establecer lo siguiente:

El Comité desea también señalar que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto.¹¹¹

¹¹⁰ Véase *Fei c. Colombia*, párrs. 8.4 y 9 (1995); *Bahamonde c. Guinea Ecuatorial*, párrs. 9.4, 9.5 y 10 (1993) y otras decisiones mencionadas en el Capítulo 5.

¹¹¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párr. 10.

En América Latina las políticas que favorecen grupos marginalizados se conoce también como la “discriminación positiva.” No obstante, hay quienes consideran este término inadecuado. Un Relator Especial ha comentado lo siguiente:

“Acción afirmativa” es un término de uso frecuente, pero desgraciadamente no siempre con el mismo significado. Si bien para algunos el concepto también encierra la “discriminación positiva”, es de suma importancia recalcar que ésta no tiene sentido. De acuerdo con la práctica general hoy en día de utilizar la palabra “discriminación” exclusivamente para designar “distinciones arbitrarias”, la “discriminación positiva” es un *contradictio in terminis*: la distinción en cuestión se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse “discriminación”, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse “positiva”. En cambio el término “acción afirmativa”, de uso más frecuente en el Reino Unido, es equivalente a “acción afirmativa”. En muchos otros países se conoce con el nombre de “políticas de preferencia”, “reservas”, “justicia compensatoria o distributiva”, “trato de favor”, etc.¹¹²

No hay jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos que aplique esta doctrina, aunque existen algunas decisiones que parecen aludir implícitamente a los límites del concepto de trato preferencial. En el caso Waldman, por ejemplo, el Comité descartó la explicación de que una medida que favorecía una cierta religión había sido adoptada en el siglo XIX a fin de proteger los derechos de una minoría religiosa. La decisión, como se señaló, consideró que el trato preferencial de esta minoría discriminaba contra personas pertenecientes a otras minorías religiosas que no se beneficiaban del mismo trato.¹¹³

¹¹² Naciones Unidas, El concepto y la práctica de la acción afirmativa, Informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de la ONU, E/CN.4/Sub.2/2001.15, párr. 6.

¹¹³ Comité de Derechos Humanos, caso Waldman c. Canadá, párr. 10.6 (2000).

15.6 La doctrina y la jurisprudencia interamericana

i) La doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana)

La Corte Interamericana analizó la problemática de la igualdad y la discriminación en su Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. El análisis de la Corte Interamericana parte de la consideración general que sigue:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.¹¹⁴

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana.(...)¹¹⁵

Adicionalmente, la Corte Interamericana suscribe los criterios para distinguir entre discriminación y trato diferenciado consagrados mucho antes por la Corte Europea. “Sólo es discriminatoria una distinción cuando ‘carece de justificación objetiva y razonable’”, señala

¹¹⁴ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, párr. 55 (1984).

¹¹⁵ *Ibíd.*, párr. 56.

la Opinión Consultiva.¹¹⁶ A modo de síntesis, la Corte concluye lo siguiente:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.¹¹⁷

Este párrafo contiene observaciones importantes sobre cada uno de los tres elementos de la definición operativa de discriminación. Primero, en cuanto al objetivo de la medida se observa que una “(...) distinción (...) está orientada legítimamente (...) si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas (...) vale decir, no puede perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”. Segundo, se indica que una diferenciación puede considerarse objetiva cuando “parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes”. Y, por último, se establece que una medida es razonable cuando “expres[e] de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma”.

Los proyectos de reforma constitucional incorporaban tres tipos de criterios que fueron analizados por la Corte Interamericana a la luz del artículo 24 de la Convención Americana. Uno de ellos era

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*, párr. 57.

una disposición que otorgaba la nacionalidad a la mujer extranjera –o en un versión alternativa, la persona extranjera– quien, al casarse con un nacional, perdía su propia nacionalidad. Otro facilitaba la naturalización de centroamericanos, españoles e iberoamericanos por nacimiento mediante una reducción del periodo de residencia obligatoria.¹¹⁸ Por último, el proyecto contenía un conjunto de requisitos relativos al conocimiento del idioma, la historia y los valores nacionales.

En cuanto a la diferenciación basada en el sexo, la Corte Interamericana consideró que el privilegio a favor de la mujer contenido en el proyecto era “consecuencia de la desigualdad” de la mujer en cuanto cónyuge y madre en la cultura jurídica anterior al siglo XX.¹¹⁹ No obstante, en vez de sopesar la posible validez de la preferencia como medida de discriminación positiva destinada a compensar una discriminación contra la mujer, la consideró más bien como un vestigio de una época pasada y, por tanto, incompatible con la igualdad de la mujer. La Corte tampoco analizó esta disposición del proyecto desde la diferenciación entre hombres y mujeres costarricenses con cónyuges extranjeros, perspectiva determinante en la decisión del Comité en el caso *Aumeeruddy-Cziffra*. La Corte concluyó que esa diferenciación era incompatible con la Convención, fundamentando su conclusión en una interpretación literal de las disposiciones de la Convención que prohíben toda discriminación basada en el sexo, así como en las raíces históricas antes mencionadas.

Con respecto a la diferenciación basada en la nacionalidad, la Corte Interamericana no dudó en declarar que “no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Esta-

¹¹⁸ *Ibíd.*, párr. 7.

¹¹⁹ *Ibíd.*, párrs. 64, 65.

do tiene el derecho y el deber de preservar”.¹²⁰ Sin embargo, consideró “menos evidente” la razonabilidad de la diferenciación entre naturales de Centroamérica, Iberoamérica o España y las personas que habían adquirido su nacionalidad de otro modo, es decir, sin tener en cuenta su origen. Por una parte, tomó nota de que esta diferenciación podría servir de resguardo contra la naturalización de personas que habían obtenido su nacionalidad con facilidad. Por otra, consideró que la trascendencia de la admisión de un extranjero a la vida nacional y la gran discrecionalidad que revestía el ejercicio de esta potestad tradicionalmente, hacía conveniente reconocer un margen de apreciación del Estado en esta materia. Frente a este margen de apreciación, la Corte declaró que “no puede concluirse que el proyecto contenga una orientación inequívocamente discriminatoria”.¹²¹

La Corte Interamericana consideró los demás requisitos razonables, señalando al respecto lo siguiente:

Estas exigencias se sitúan, *prima facie*, dentro de la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo deben valorarse las condiciones que garantizan la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad. Desde esa perspectiva, no puede considerarse irrazonable e injustificado que se exija demostrar aptitud para la comunicación en la lengua del país, ni tan siquiera, aunque con menor claridad, que se llegue a exigir “hablar, escribir y leer” la misma. Lo mismo puede decirse del “examen comprensivo acerca de la historia del país y sus valores”.¹²²

Pero agregó una advertencia importante:

¹²⁰ *Ibid.*, párr. 60.

¹²¹ *Ibid.*, párr. 61.

¹²² *Ibid.*, párr. 63.

No obstante, la Corte no puede menos que advertir que, en la práctica, y dado el amplio margen para la evaluación que inevitablemente rodea a pruebas o exámenes como los requeridos por la reforma, tales procedimientos pueden llegar a ser vehículo para juicios subjetivos y arbitrarios, y a constituir instrumentos de políticas discriminatorias que, aunque no se desprendan directamente de la ley, podrían producirse como consecuencia de su aplicación.¹²³

En una Opinión Consultiva más reciente, la Corte Interamericana reconoce la obligación positiva del Estado de adoptar medidas destinadas a compensar desventajas reales, es decir, las que no se desprenden de la ley. La Opinión Consultiva OC-16/99, relativa al derecho a la asistencia consular de extranjeros acusados de un delito, comenta al respecto lo siguiente:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.¹²⁴

¹²³ *Ibíd.* La advertencia recuerda la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso *Ignatane*, analizada en el Capítulo 12.

¹²⁴ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-6/99, El derecho a información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, párr. 119.

ii) *La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*

En el caso Hanríquez, la CIDH resumió la doctrina establecida por la Corte, así:

De acuerdo con lo dicho, una distinción implica discriminación cuando:

- a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares;
- b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable;
- c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue.¹²⁵

En este caso, los peticionarios alegaron que era discriminatoria la promulgación de una ley (Ley 24.043) que compensaba a las personas que habían sido detenidas sin cargo por el anterior régimen de facto (“por orden del PEN”, es decir, el poder Ejecutivo Nacional), así como a los civiles que cumplieron penas impuestas por tribunales militares, pero no a las personas detenidas arbitrariamente por orden de un tribunal ordinario. El análisis de la CIDH parte del reconocimiento de que la indemnización contemplada por la ley impugnada “(...) no es un pago *ex-gratia*” sino que “representa la reparación por la violación de una obligación internacional del Estado que, como tal, no es de facultativo sino de imperativo cumplimiento”.¹²⁶ La CIDH también tomó nota de que “las personas que optan por seguir el procedimiento *ex-ley* 24.043 gozan de ciertas prerrogativas, pero a cambio de ceder ciertos derechos, entre ellos el derecho de iniciar o proseguir un juicio por daños y perjuicios, derecho que de otra manera conservarían”.¹²⁷ En otras palabras, este procedimiento “(...) representa un ofrecimiento que el Estado hace a ciertas personas en

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ CIDH, caso Hanríquez y otros c. Argentina, párr. 47 (2000).

¹²⁷ *Ibid.*, párr. 49.

los términos de un arreglo: pago de una reparación bajo condición de que la persona en cuestión acepte ciertas condiciones (...) [principalmente la] renuncia a toda otra acción indemnizatoria contra el Estado por los hechos contemplados en la ley".¹²⁸

Con respecto a la finalidad de la ley y a la razonabilidad de la distinción entre diversas categorías de presos, la CIDH opinó lo siguiente:

En este contexto la CIDH analiza el argumento del Estado de que en el caso de personas privadas de libertad a la orden del PEN la detención es *prima facie* ilegítima mientras que en el de personas privadas de libertad por orden de juez competente, la detención no está *prima facie* viciada, lo que justifica un tratamiento distinto. Aquí es donde adquiere relevancia la señalada relación que debe existir entre la justificación y los efectos de la ley. Si la ley tuviera por objeto excluir del derecho a indemnización a las personas no contempladas en la misma, la Comisión no podría concordar con el argumento del Estado. En efecto, está ampliamente documentada por esta misma Comisión, y los peticionarios así lo han señalado, la situación de ausencia generalizada de garantías imperante en el Poder Judicial argentino durante la época de la dictadura. Las víctimas de los abusos incurridos por actos de ese Poder tienen el mismo derecho sustantivo a una reparación que la víctima de cualquier violación de un derecho recogido por la Convención.¹²⁹

La Comisión considera que los peticionarios no han alcanzado a demostrar que sus situaciones sean similares o análogas a las de aquellas personas procesadas junto con ellos y a las que se les concedió la indemnización. Por ende, la Comisión concluye que la forma en que los tribunales internos han aplicado la ley en el caso de los hermanos Hanríquez no viola el artículo 24 de la Convención.¹³⁰

En otro caso relativo a discriminación en la administración de

¹²⁸ *Ibíd.*, párr. 50.

¹²⁹ *Ibíd.*, párr. 51.

¹³⁰ *Ibíd.*, párr. 60.

justicia, el peticionario alegó que la compensación por daños y perjuicios monetarios adjudicada a la supuesta víctima en un caso laboral era inferior a la asignada a otras personas en circunstancias similares.¹³¹ La CIDH consideró que “El hecho de que no se le haya adjudicado la misma suma que a los otros demandantes no es en sí mismo discriminatorio. En efecto, el derecho a la igualdad ante la ley no puede asimilarse al derecho a un igual resultado de los procedimientos judiciales referentes a la misma materia (...)”¹³² En el caso *Marín Ramírez* la CIDH consideró que una limitación al derecho a recurrir decisiones del Consejo de Estado no era discriminatoria porque los objetivos –garantizar los principios de intangibilidad de la cosa juzgada, la seguridad jurídica y de jerarquía dentro del poder judicial– eran legítimos y no era irrazonable permitir la revisión de sentencias de cierta instancia y, al mismo tiempo, negar la revisión de las emanadas de las máximas autoridades del poder judicial.¹³³ El caso de *La Tablada* surgió de un ataque protagonizado por un grupo de civiles armados contra un cuartel militar. Se alegó, entre otras cosas, que el enjuiciamiento de los sobrevivientes era discriminatorio, porque muchos militares autores de graves delitos durante el anterior gobierno de facto se habían beneficiado de una amnistía. La CIDH desestimó el alegato de discriminación porque “los supuestos alegados por los peticionarios como violatorios del derecho a la igualdad ante la ley describen situaciones de hecho no comparables”.¹³⁴ Asimismo, en el caso *Peredo*, rechazó un alegato de discriminación con la observación de que “los peticionarios no han aportado siquiera los elementos mínimos para establecer un parámetro de comparación en el presente caso, por lo cual la Comisión carece de elementos que permitan concluir que en el presente caso se ha caracterizado una violación del derecho a la igualdad ante la ley”.¹³⁵

¹³¹ CIDH, caso *Marzioni c. Argentina*, párr. 5 (1996).

¹³² *Ibid.*, párr. 43. Véase también *García Saccone c. Argentina*, párr. 43 (1998).

¹³³ CIDH, caso *Marín Ramírez c. Colombia*, párr. 52 (1998).

¹³⁴ CIDH, caso *La Tablada c. Argentina*, párr. 285 (1997).

¹³⁵ CIDH, caso *Peredo c. México*, párr. 52 (2000).

Las estadísticas que indican una tendencia a imponer sentencias más graves en función de la raza del condenado y de su víctima no bastan para concluir que un sentenciado hubiera sido víctima de discriminación racial, en ausencia de evidencias de que en su juicio y sentencia influyeron prejuicios raciales.¹³⁶ Pero la ausencia de una investigación adecuada de los indicios de una posible existencia de prejuicios raciales en contra del acusado de parte de un miembro de un jurado, vulnera el derecho del primero a protección contra la discriminación.¹³⁷

La CIDH aplicó la Opinión Consultiva OC-4/84 a los derechos políticos en el caso Aylwin, resumiendo la doctrina con las palabras siguientes: “(...) los Estados pueden diferenciar situaciones y establecer categorías para determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable y justa relación con la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico”.¹³⁸

Tratándose del ejercicio de los derechos políticos, la CIDH consideró que, habida cuenta de su vínculo con “la garantía básica de la democracia representativa” y la efectividad de los demás derechos fundamentales, toda diferenciación debe ser no sólo razonable, sino necesaria. La decisión establece al respecto:

Toda diferenciación o restricción en esta materia requiere una justificación suficiente como necesaria, razonable y proporcionada para alcanzar la finalidad deseada por el Estado. Por tanto, al hablar de la posibilidad de diluir o reducir la capacidad efectiva del pueblo para elegir a sus representantes, mediante la designación de miembros de las cámaras legislativas sin legitimidad popular, se requiere un fin legítimo perseguido por el Estado (*rational test*) y que la medida asumida sea razonable y proporcional. En otras palabras, las restricciones o limi-

¹³⁶ CIDH, caso *Celestine c. Estados Unidos de América*, párr. 41 (1989).

¹³⁷ CIDH, caso *Andrews c. Estados Unidos de América*, párr. 185 (1996). Véase el Capítulo 5.

¹³⁸ CIDH, caso *Aylwin Azócar y otros c. Chile*, párr. 10.

taciones a los derechos humanos consagrados en la Convención deben justificarse por su “necesidad” en el marco de una sociedad democrática. Esta demarcación es, en definitiva (...) determinada por la justificación de las medidas, sus motivos, su razonabilidad y su proporcionalidad.¹³⁹

La CIDH consideró, además, que sólo un sistema electoral que respeta “la igualdad de trato a todos los ciudadanos en el ejercicio de su derecho a votar y ser elegidos” garantiza la libre expresión de la voluntad del pueblo, a tenor del artículo 23.1 b) de la Convención Americana”.¹⁴⁰ La participación en el gobierno de senadores vitalicios no electos por sufragio popular, según el Estado, era necesaria para facilitar la transición hacia la democracia. La CIDH consideró que el fin de la medida no era coherente con la Convención, observando que la explicación ofrecida por el Estado no podía considerarse “un verdadero fin estatal al servicio de los derechos humanos”, de manera que no cabía sopesar la necesidad y razonabilidad de la medida.¹⁴¹

La CIDH también ha adoptado jurisprudencia sobre la discriminación contra los extranjeros. La extradición de un extranjero por un país cuya constitución veda la extradición de nacionales no constituye discriminación, según la CIDH. La conclusión de este organismo descansa en la diferenciación entre nacionales y extranjeros establecida por el párrafo 5 del artículo 22 de la Convención Americana, que prohíbe la expulsión de nacionales.¹⁴² En el caso denominado Interdicción de haitianos, la CIDH concluyó que la política de Estados Unidos de interceptar en alta mar a barcos provenientes de Haití a fin de evitar la entrada a su territorio de haitianos en bús-

¹³⁹ *Ibíd.*, párr. 102. La penúltima frase parece ser una alusión tácita al principio plasmado en el segundo párrafo del artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 103 (citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos).

¹⁴¹ *Ibíd.*, párr. 105.

¹⁴² CIDH, caso *Tajudeen c. Costa Rica*, párr. 18 (1992).

queda de asilo era discriminatoria, porque los solicitantes de asilo provenientes de otros países sí eran llevados al territorio estadounidense cuando eran interceptados.¹⁴³ La decisión recalca que la práctica impugnada hacía una “diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría” y, por tanto, era violatoria del derecho a igualdad ante la ley, aún cuando el trato diferenciado no consistiera en la denegación de otro derecho fundamental.¹⁴⁴ Se aplicó en este caso el artículo II de la Declaración Americana.

En el caso Ferrer-Mazorra, la CIDH concluyó que la política de detención con duración indefinida y denegación del debido proceso aplicada a cierta categoría de inmigrantes ilegales admitidos en el territorio de Estados Unidos también era violatoria del artículo II de la Declaración Americana. El caso se refiere a personas admitidas por motivos humanitarios, quienes no cumplen con los requisitos para legalizar su situación migratoria pero que no podían ser devueltas a su país de origen. La legislación vigente les priva de la protección de los derechos constitucionales bajo el pretexto de que no tienen derecho a estar presentes en el territorio nacional. La CIDH concluyó que esta condición jurídica –la diferenciación entre los extranjeros “excluíbles” y cualquier otra persona presente en el país– no era razonable ni proporcionada.¹⁴⁵ La decisión establece, entre otras consideraciones, lo siguiente:

(...) la Declaración Americana, al igual que otros instrumentos internacionales de derechos humanos, no prescribe un derecho absoluto a la libertad. Por el contrario, la Declaración permite las privaciones del derecho a la libertad, potencialmente sobre una base extendida, sujeto al requisito de que dichas privaciones no sean arbitrarias y estén sujetas

¹⁴³ CIDH, caso Interdicción de haitianos c. Estados Unidos de América, párr. 177 (1996).

¹⁴⁴ *Ibid.*, párr. 178. Véase también García Saccone c. Argentina, párr. 43 (1998).

¹⁴⁵ CIDH, caso Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos de América, párrs. 241-242 (2000).

a revisión inmediata y periódica de acuerdo con los requisitos consagrados en su artículo XXV. Además, el Estado no ha ofrecido un fundamento claro sobre por qué no se pueden adaptar las circunstancias de los peticionarios a este régimen, y por qué deben ser privados del derecho a su libertad en su totalidad y sujetos a una discrecionalidad casi ilimitada del Ejecutivo respecto a la duración de su detención. Por lo tanto, la Comisión considera que el tratamiento de los peticionarios como extranjeros excluibles de acuerdo con la legislación del Estado es desproporcionado y, también por ello, incongruente con el artículo II de la Declaración.¹⁴⁶

La jurisprudencia más significativa de la CIDH relativa a la discriminación contra la mujer no se encuadra en el artículo 24 de la Convención Americana, sino más bien en el párrafo 4 del artículo 17, que consagra la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos. La decisión en el caso Morales de Sierra establece en parte lo siguiente:

(...) los artículos impugnados del Código Civil establecen distintas funciones para cada cónyuge. El marido es responsable del sustento financiero del hogar y la mujer es responsable del cuidado del hogar y de los hijos (artículo 110). La esposa puede trabajar fuera del hogar sólo en la medida en que ello no perjudique sus funciones legalmente definidas en él (artículo 113), en cuyo caso, su marido tiene derecho a oponerse a dichas actividades (artículo 114). El marido representa a la unión conyugal (artículo 109), controla el patrimonio conyugal (artículo 131), representa a los hijos menores y administra sus bienes (artículo 255). La Corte de Constitucionalidad caracterizó la reglamentación del matrimonio por el Estado como fuente de certeza y seguridad jurídica para cada cónyuge y defendió la distinción de funciones sobre la base de que las normas establecen preferencias que no son discriminatorias, sino protectoras.

¹⁴⁶ *Ibid.*, párr. 242.

La Comisión halla que, lejos de asegurar la “igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades” dentro del matrimonio, las disposiciones citadas institucionalizan desequilibrios en los derechos y deberes de los cónyuges. Si bien el artículo 110 sugiere una división de tareas entre las responsabilidades financieras del marido y las responsabilidades domésticas de la esposa, corresponde señalar que, de acuerdo con el artículo 111, la esposa con una fuente separada de ingreso tiene que contribuir al mantenimiento del hogar o sustentarlo en su totalidad, si su marido no puede hacerlo. El hecho de que la ley otorgue una serie de capacidades legales exclusivamente al marido establece una situación de dependencia *de jure* para la esposa y crea un desequilibrio incorregible en la autoridad de los esposos dentro del matrimonio. Además, las disposiciones del Código Civil aplican conceptos estereotipados de las funciones de la mujer y del hombre que perpetúan una discriminación *de facto* contra la mujer en la esfera familiar y que tienen el efecto ulterior de dificultar la capacidad de los hombres para desarrollar plenamente sus papeles dentro del matrimonio y de la familia. Los artículos en cuestión crean desequilibrios en la vida familiar, inhiben el rol del hombre respecto del hogar y los hijos y, en tal sentido, privan a éstos de una atención plena y equitativa de ambos padres. “Una familia estable es aquella que se basa en los principios de equidad, justicia y realización individual de cada uno de sus integrantes”.¹⁴⁷

Por tanto, concluye la CIDH, “el régimen conyugal vigente es incompatible con las disposiciones del artículo 17(4) de la Convención Americana, leído con referencia a los requisitos del artículo 16(1) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”.¹⁴⁸

¹⁴⁷ CIDH, caso Morales de Sierra c. Guatemala, párrs. 43 y 44.

¹⁴⁸ *Ibid.*, párr. 45.

15.7 Otra jurisprudencia sobre los derechos humanos de la mujer

Los derechos humanos propios de la mujer son muy pocos. Los que están consagrados expresamente en la normativa internacional consisten, básicamente, en algunos derechos de orden socioeconómico vinculados a la maternidad.¹⁴⁹ Algunos aspectos del derecho de la mujer a controlar su sexualidad y función reproductiva (más allá del derecho de acceso a la planificación familiar, reconocido por algunos instrumentos como parte del derecho a la salud)¹⁵⁰ son reconocidos por una Observación General adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2000. La Observación No. 28 indica que los Estados, en sus informes al Comité, deben incluir información sobre “el acceso al aborto en condiciones de seguridad” para mujeres que queden embarazadas como consecuencia de violación, así como información sobre el aborto forzado y la esterilización involuntaria, lo que implica el reconocimiento de los derechos correspondientes.¹⁵¹ La Observación también confirma que el derecho a la intimidad ampara a la mujer con respecto al control de su sexualidad y función reproductiva¹⁵² (véase el Capítulo 7).

No obstante, es menester reconocer que, empíricamente, las pautas de violaciones de los derechos fundamentales de los hombres y de las mujeres reflejan la desigualdad que caracteriza la relación entre ambos en toda sociedad humana. En otras palabras, las diferencias en el acceso al poder hacen que ciertos tipos de violación de los derechos humanos, si bien no afectan a ningún sexo en forma exclu-

¹⁴⁹ Véanse, por ejemplo, los artículos 4.2, 11.1 f), 11.2 a) y d), 12.1, 12.2 y 14.2 b) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

¹⁵⁰ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 12.1; Convención de los derechos del niño, artículo 22.2 f).

¹⁵¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 28, párr. 11.

¹⁵² *Ibid.*, párr. 20.

siva ni son monopolio de ninguno de ellos, se producen típicamente teniendo a la mujer en la posición de víctima y al varón en el papel de victimario. Además, el paradigma tradicional del derecho internacional de los derechos humanos como campo de derecho que rige las relaciones entre el individuo y el Estado, con el corolario de que la tipificación de un hecho como violación de un derecho humano requiere algún tipo de participación de parte de una institución o agente del Estado, ha determinado que gran parte de la violencia, represión y discriminación que afecta a la mujer dentro de la familia y la sociedad haya sido considerada ajena al campo de los derechos humanos. Lo anterior resultó en una falta de sensibilidad sobre la importancia del género en la respuesta de los órganos internacionales a los hechos puestos en su conocimiento. Por estas razones, la problemática de la protección de los derechos humanos de la mujer es más amplia que la de la discriminación.

Sin embargo, el cuadro de insensibilidad comienza a modificarse en la última década. En el sistema universal, en 1994 se nombra una Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer,¹⁵³ y en el año 2000 entra en vigor un Protocolo que permite al Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer conocer denuncias provenientes de víctimas de la Convención correspondiente.¹⁵⁴ En el sistema interamericano la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer es adoptada en 1994 y entra en vigor en 1995. En los campos conexos del derecho internacional humanitario y del derecho penal internacional, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, adoptado en 1998 y vigente desde 2001, reconoce diversas formas de violencia sexual como delitos de guerra o delitos de lesa humanidad (arts. 7.1 h, 8.2 b xxi y 8.2 c ii y vi).

¹⁵³ Comisión de Derechos Humanos, resolución 1994/45. La Relatora presentó un informe preliminar en 1995 y su primer informe completo en 1996 (E/CN.4/1995/42 y E/CN.4/1996/53, respectivamente).

¹⁵⁴ Este instrumento todavía no ha producido jurisprudencia.

En el sistema interamericano se nota una mayor sensibilidad sobre las violaciones de los derechos humanos de la mujer en la actividad de la CIDH. En 1998 se publica el primer informe temático sobre la “Condición de la mujer en las Américas”, y a partir de 1997 los informes sobre la situación de los derechos humanos en países específicos comienzan a incluir, por lo general, un capítulo sobre los derechos de la mujer.

Esta mayor sensibilidad hacia los derechos de la mujer se nota también en la jurisprudencia de la CIDH a partir de 1996, año en el cual se publican tres decisiones importantes. En el caso *Martín de Mejía*, la CIDH hace un análisis extensivo de la violencia sexual en cuanto tortura, que señala lo siguiente:

En relación al primer elemento, la Comisión considera que la violación es un abuso físico y mental que se perpetra como resultado de un acto de violencia. El tipo penal de violación contenido en el artículo 170 del Código Penal peruano confirma esta afirmación al establecer que “[e]l que, con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a practicar el acto sexual (...)”. El Relator Especial contra la Tortura ha señalado que la violación es uno de varios métodos de tortura física. Asimismo, se considera que la violación es un método de tortura psicológica pues tiene por objeto, en muchos casos, no sólo humillar a la víctima sino también a su familia o comunidad. En este sentido, el mencionado Relator Especial ha manifestado que –particularmente en Perú– “[...] [l]a violación parecería (...) ser un arma utilizada para castigar, intimidar y humillar”.

La violación produce un sufrimiento físico y mental en la víctima. Además de la violencia sufrida al momento que se perpetra, las víctimas habitualmente resultan lesionadas o, en algunos casos, aún quedan embarazadas. El hecho de ser objeto de un abuso de esta naturaleza les ocasiona asimismo un trauma psicológico que resulta, por un lado, del hecho de ser humilladas y victimizadas y por el otro, de sufrir la condena de los miembros de su comunidad, si denuncian los vejámenes de los que fueron objeto.

Raquel Mejía fue víctima de violación, y en consecuencia de un acto de violencia contra su integridad que le causó “penas y sufrimientos físicos y mentales”. Como surge de su testimonio, luego de ser violada “estaba en un estado de shock, sentada sola en [su] habitación”. No se animó a realizar la denuncia pertinente por miedo a sufrir el “ostracismo público”. “Las víctimas de abusos sexuales no denuncian estos hechos porque [se] sienten humilladas. Además nadie quiere reconocer públicamente que ha sido violada. No se sabe cómo puede reaccionar el marido. [Por otro lado] la integridad de la familia está en juego, los hijos pueden sentirse humillados de saber que esto le ha ocurrido a su madre”.

El segundo elemento establece que un acto para ser tortura debe haberse cometido intencionalmente, es decir con el fin de producir en la víctima un determinado resultado. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura incluye, entre otros fines, el castigo personal y la intimidación.

Raquel Mejía fue violada con el objeto de castigarla personalmente y de intimidarla. Según surge de su testimonio, el individuo que abusó sexualmente de su persona le manifestó que ella también había sido requerida como subversiva, al igual que su esposo. Le indicó que su nombre estaba en una lista de personas vinculadas al terrorismo y finalmente, le previno que su amistad con una ex-funcionaria del Gobierno anterior no le serviría de protección. En la segunda oportunidad, antes de marcharse la amenazó con volver y violarla nuevamente. Raquel Mejía se sintió aterrorizada no sólo por su seguridad sino también por la de su hija que dormía en la otra habitación y por la vida de su esposo.

El tercer requisito de la definición de tortura es que el acto debe haber sido perpetrado por un oficial público o por una persona privada a instigación del primero.

Según se ha concluido supra, el responsable de las violaciones de Raquel Mejía es un miembro de las fuerzas de seguridad que se hacía acompañar por un número importante de soldados.

Por lo tanto, la Comisión, habiendo establecido que en el presente caso se conjugan los tres elementos de la definición de tortura, concluye que el Estado peruano es responsable de la violación al artículo 5 de la Convención Americana.¹⁵⁵

La CIDH también consideró que los hechos constituyeron una violación del derecho a la intimidad, dignidad y honra, tema analizado en el Capítulo 7.

En el caso Ortiz, la CIDH concluyó que no tenía elementos suficientes para determinar si el alegato de violación era fundado, pero que sí había elementos que comprobaban que la víctima había sido torturada, y que de todas formas la violación era una forma de tortura. La parte más innovadora de esta decisión es el reconocimiento tácito de que la manera como las autoridades respondieron a la denuncia de violación constituía otra privación de los derechos humanos. La CIDH comentó al respecto lo siguiente:

El Fiscal Especial Linares mencionó reiteradamente en entrevistas de prensa que la Hermana Ortiz no se había sometido a un examen ginecológico. Las declaraciones de Linares se concentraron de manera limitativa en la alegación de que había sido violada, tema sensitivo y de alto contenido moral, y no en el caso general de secuestro y tortura que estaba bien documentado. Por otra parte, Linares continuó exigiendo que la Hermana Ortiz se sometiera a un examen ginecológico años después de las presuntas torturas y violaciones. En esa fecha tardía, el examen habría sido inútil y habría constituido más bien, de por sí, un acosamiento.¹⁵⁶

¹⁵⁵ CIDH, caso Martín de Mejía c. Perú, pp. 198-200 (1996). Una decisión más reciente sobre este tema, González c. México, se analizó en el Capítulo 2.

¹⁵⁶ CIDH, caso Ortiz c. Guatemala, párr. 104 (1996).

El caso denominado X y Y –por respeto a los intereses morales de las víctimas– trata sobre la revisión vaginal de mujeres como condición necesaria para la visita con contacto físico a presos. En el caso concreto, se habían descubierto explosivos plásticos en la celda del preso que iba a ser visitado. Su esposa e hija rechazaron la oportunidad de visitarlo a través de un ventanilla, lo que habría eliminado el requisito de la revisión vaginal. El análisis de la CIDH incluye lo siguiente:

La Comisión no cuestiona la necesidad de requisas generales antes de permitir el ingreso a una penitenciaría. Sin embargo, las revisiones o inspecciones vaginales son un tipo de requisa excepcional y muy intrusiva.

(...) una inspección vaginal (...) implica una invasión del cuerpo de la mujer.

La Comisión estima que para establecer la legitimidad excepcional de una revisión o inspección vaginal, en un caso particular, es necesario que se cumplan cuatro condiciones: 1) tiene que ser absolutamente necesaria para lograr el objetivo de seguridad en el caso específico; 2) no debe existir alternativa alguna; 3) debería, en principio, ser autorizado por orden judicial; y 4) debe ser realizada únicamente por profesionales de salud.¹⁵⁷

En el año 2001 la CIDH adoptó una decisión novedosa e importante sobre la violencia doméstica. La víctima había sufrido agresiones de parte de su entonces esposo durante varios años, que culminaron en 1983 en una tentativa de homicidio y en dos agresiones más en los meses siguientes que la dejaron parapléjica.¹⁵⁸ Después de ocho años, el exesposo fue condenado a quince años de prisión por tentativa de homicidio, pena que fue reducida a diez

¹⁵⁷ CIDH, caso X y Y c. Argentina, párrs. 68, 71 y 72 (1996).

¹⁵⁸ CIDH, caso Maia Fernández c. Brasil, párr. 2 (2001).

años por la ausencia de antecedentes penales. Posteriormente la sentencia fue anulada como resultado de un recurso presentado en forma extemporánea, procediéndose a un nuevo juicio que terminó, en primera instancia, con una condena de diez años y seis meses que también fue apelada. En el momento en que la CIDH adoptó su decisión, habían pasado más de 17 años sin condena firme y el acusado había estado en libertad. La falta de sentencia firme impidió a la víctima obtener reparación civil. Llamando el caso “emblemático de muchos otros”, la CIDH observó “Que el Estado ha tomado algunas medidas destinadas a reducir el alcance de la violencia doméstica y la tolerancia estatal de la misma, aunque dichas medidas no han aún conseguido reducir significativamente el patrón de tolerancia estatal, en particular a raíz de la ineffectividad de la acción policial y judicial en el Brasil, respecto a la violencia contra la mujer”.¹⁵⁹ La “(...) dilación injustificada y tramitación negligente” del caso vulneró los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. La Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer también fue aplicada por primera vez en este caso, llevando a la conclusión de que los “actos omisivos y tolerantes de la violación infligida” vulneraban las obligaciones del Estado consagradas por el artículo 7 de la misma.

15.8 La prohibición de discriminación racial como norma perentoria y la palabra como hecho material de una violación

Hoy día la normativa y doctrina internacionales reconocen la obligación de los Estados de tipificar la violación de ciertos derechos humanos como delito y de investigar y sancionar penalmente las violaciones sujetas a su jurisdicción (véase el Capítulo 6). Este tipo de obligación fue reconocida por primera vez por la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio de 1948, y

¹⁵⁹ *Ibid.*, párrs. 57 y 60.3.

con respecto a las graves infracciones del derecho humanitario, por los Convenios de Ginebra de 1949.¹⁶⁰ Los grandes tratados sobre derechos humanos adoptados en 1966 y 1969 consagran expresamente la obligación de prohibir conductas violatorias de los derechos humanos únicamente con respecto a la discriminación (art. 26 del PIDCP),¹⁶¹ la incitación a la discriminación y la propaganda a favor de la guerra. El artículo 20 del PIDCP establece en su párrafo segundo lo siguiente: “Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Asimismo, el párrafo 5 del artículo 13 de la Convención Interamericana dispone: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

El hecho de que ambos instrumentos coincidan en reconocer la obligación de prohibir la apología del odio nacional, racial y religioso significa que la discriminación y la violencia basadas en la nacionalidad, raza o religión ocupan un lugar especial en el orden público internacional. No es mera coincidencia que la definición de genocidio aluda a ciertos actos motivados por la intención de “destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso” (art. II, Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, véase el Capítulo 1). Esa interpretación se confirma, en cuanto a la discriminación racial, con la conocida sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso denominado *Barcelona Traction*, que reconoce la discriminación racial como norma que vincula a la comunidad internacional en su conjunto.¹⁶²

¹⁶⁰ Capítulo IX del I Convenio, VIII del II Convenio, artículos 129 y 130 del III Convenio y artículo 147 del IV Convenio.

¹⁶¹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos no establece expresamente esta obligación.

¹⁶² Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Judgement*, Internacional Court of Justice, párrs. 33-34 (1970).

Estas consideraciones, que surgen de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y el holocausto, quizás explican el hecho de que la jurisprudencia universal considera a las injurias raciales como discriminación e incluso como trato inhumano o degradante. En el caso *Pinkney*, el Comité de Derechos Humanos consideró que los alegatos sobre insultos raciales podrían ser violatorios del derecho de un preso a un trato humano.¹⁶³ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial considera las injurias raciales como una forma de discriminación racial.¹⁶⁴

¹⁶³ Comité de Derechos Humanos, caso *Pinkney c. Canadá*, párrs. 23-27 (1981). El Comité también concluyó que los alegatos no eran sustanciados.

¹⁶⁴ Comité para la eliminación de la discriminación racial, caso *Ahmad c. Dinamarca*, párrs. 6.2-6.3 (2000). Véase también *L. K. c. Países Bajos*, párr. 6.3 (1993), incitación a la discriminación racial y a actos de violencia contra personas de otro color u origen étnico.

Capítulo 16

Los estados de excepción

16.1 El marco normativo básico

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

Artículo 4

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana)

Artículo 27. Suspensión de garantías

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que ameace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la presente Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

16.2 Normativa complementaria

Principios rectores de los desplazamientos internos

Principio 7

1. Antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas via-

bles para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos.

2. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

3. Si el desplazamiento se produce en situaciones distintas de los estados de excepción debidos a conflictos armados y catástrofes, se respetarán las garantías siguientes:

a) la autoridad estatal facultada por la ley para ordenar tales medidas adoptará una decisión específica.

b) se adoptarán medidas adecuadas para facilitar a los futuros desplazados información completa sobre las razones y procedimientos de su desplazamiento y, en su caso, sobre la indemnización y el reasentamiento;

c) se recabará el consentimiento libre e informado de los futuros desplazados;

d) las autoridades competentes tratarán de involucrar a las personas afectadas, en particular las mujeres, en la planificación y gestión de su reasentamiento;

e) las autoridades legales competentes aplicarán medidas destinadas a asegurar el cumplimiento de la ley cuando sea necesario; y

f) se respetará el derecho a un recurso eficaz, incluida la revisión de las decisiones por las autoridades judiciales competentes.

16.3 Consideraciones preliminares

i) Naturaleza de esta norma y reseña de la normativa pertinente

A diferencia de los demás capítulos, éste no se refiere a un derecho o libertad, sino a la facultad de los Estados de suspender algunas de sus obligaciones en materia de derechos humanos o, si se

quiere, al principio de que las medidas tomadas por los Estados para hacer frente a graves crisis que pueden eventualmente surgir en la vida de una nación, por excepcionales que sean, son –o deben ser– herramientas para salvaguardar la vigencia de los derechos humanos y el Estado de derecho, y no instrumentos para suprimir, ni pretextos para sacrificar estos principios. La naturaleza de esta disposición es reconocida por las primeras líneas de la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos, que señalan lo siguiente:

El artículo 4 del Pacto reviste la mayor importancia para el sistema de protección de los derechos humanos reconocidos en el Pacto. Por una parte, autoriza a los Estados Partes a suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones que les incumben en virtud del Pacto. Por otra, somete tanto la adopción misma de la medida de suspensión, así como sus consecuencias materiales, a un régimen específico de salvaguardias.¹

Llama la atención el hecho de que este principio figura en sólo dos de los instrumentos que forman parte del principal marco de referencia de este libro, en el PIDCP y en la Convención Americana, y no aparecen ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana). La ausencia de referencias a este principio en estas dos grandes declaraciones de derechos humanos puede parecer lógica en la medida en que el principio está formulado como el reconocimiento de la facultad del Estado de “suspender unilateralmente y temporalmente algunas de las obligaciones” contraídas en virtud de la ratificación del tratado respectivo.² Las declaraciones no fueron redactadas con el objeto de definir obligaciones vinculantes, fue con el correr del tiempo y su creciente aceptación por la comunidad internacional que estas normas se fueron transformando de imperativo moral y objetivo político en norma legal. La ausencia

¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 1.

² *Ibid.*

de una disposición relativa a la suspensión de estas obligaciones en esos dos instrumentos internacionales, por tanto, no es sorprendente. Llama la atención, sin embargo, el hecho de que con la notable excepción del Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (Convenio Europeo), son muy pocos los tratados sobre derechos humanos que consagran este principio.

El Convenio 29 sobre Trabajo Forzoso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1930 parece ser el primer instrumento internacional en reconocer este principio. Su artículo 2.2 enumera cinco prácticas que no son consideradas trabajo forzoso a efectos del Convenio, entre ellas los “trabajos o servicios que se exigen en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros (...) y, en general, todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de la existencia de toda o parte de la población” (art. 2.2 d).³ Si bien esta excepción toma la forma de una exclusión de la definición de trabajo forzoso y no una suspensión de obligaciones, habida cuenta de su carácter temporal puede considerarse el antecedente de la institución jurídica reconocida por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana. El artículo 2.2 del Convenio 29 es una disposición sencilla, notándose la ausencia en ella de varias salvaguardias que fueron incorporadas posteriormente en el PIDCP y en la Convención Americana, tales como el principio de legalidad y la prohibición de discriminación. Se nota, asimismo, que el concepto de amenaza a “las condiciones o las condiciones normales de la existencia” establece un umbral para la suspensión de la obligación muy inferior al establecido por los tratados más modernos.

Aparte del Convenio Europeo, ningún otro tratado de derechos humanos contiene una disposición análoga a los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana.⁴ La ausencia en otros instrumen-

³ Para las demás excepciones véase el Capítulo 3 sobre trabajo forzoso.

⁴ El artículo 32.2 del Convenio de 1951 sobre el Estatuto del Refugiado establece una excepción al derecho a no ser expulsado sin debido proceso en caso de “razones imperiosas de seguridad nacional”, pero esta disposición se

tos sobre derechos humanos de disposiciones que permitan la suspensión de obligaciones no sólo destaca el carácter excepcional de esta institución, sino que incide en la aplicación de los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana mediante la cláusula común a ambos instrumentos que establece que la suspensión no afecta “las demás obligaciones que les impone el derecho internacional” (arts. 4.1 y 27.1). Este tema se aborda más adelante.

ii) La finalidad e importancia de los estados de excepción

Las autoridades y los órganos universales e interamericanos de protección de los derechos humanos reconocen unánimemente que la finalidad de esta institución jurídica es la preservación del Estado de derecho y del principio de legalidad. En su último informe, el Relator Especial de las Naciones Unidas encargado de la materia manifiesta lo siguiente:

Por lo expuesto, resulta decisivo ubicar a esta institución dentro del campo del derecho y desterrar así erróneas concepciones que emparentan al estado de excepción con la potestad discrecional de ejercer el poder en situaciones de crisis. Lejos de ello, por tratarse de una institu-

refiere a casos individuales y no a la imposición de un régimen de limitada vigencia de los derechos fundamentales de las personas protegidas por el Convenio. El artículo 3.2 de la Declaración de 1967 sobre el asilo territorial establece: “Podrán hacerse excepciones al principio anterior [no devolución] sólo por razones fundamentales de seguridad nacional o para salvaguardar a la población, como en el caso de una afluencia en masa de personas”, pero en la actualidad la efectividad de esta disposición no contractual parecería reducida gracias a la normativa y la doctrina más modernas relativas a la responsabilidad del Estado sobre la devolución de personas cuya vida o integridad están en peligro (véanse los Capítulos 1, 2 y 8). El instrumento regional africano análogo a la Convención Americana y al Convenio Europeo, la Carta Africana de Derechos Humanos y Derechos de los Pueblos, no contempla la suspensión de obligaciones por motivo de estados de excepción.

ción jurídica, su aplicación no sólo está condicionada a la existencia de una emergencia grave que afecte al conjunto de la población sino que, además, debe cumplir con determinados requisitos específicos, como son por ejemplo la declaración oficial del estado de excepción, la proporcionalidad de las medidas adoptadas, etc., elementos éstos que definen su legalidad. En definitiva, estos requisitos, además de imponer limitaciones concretas al ejercicio de las facultades extraordinarias o al ejercicio de los llamados “poderes de crisis”, obran, en la práctica, a la manera de garantías jurídicas, explícitas o implícitas, para preservar la vigencia de los derechos humanos en dichas circunstancias.

En síntesis, la preexistencia de normas que el propio Estado de derecho prevé (y de alguna manera mantiene en reserva en los periodos ordinarios) nos está definiendo la naturaleza jurídica de los estados de excepción. De allí que, cualquiera sea la significación política o de otra índole que se atribuya o reconozca a esta institución, en tanto recurso extremo del derecho, no puede estar ajena a sus reglas y principios.⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), en la primera opinión consultiva dedicada a este tema, ha señalado lo siguiente:

La suspensión de garantías constituye también una situación excepcional, según la cual resulta lícito para el gobierno aplicar determinadas medidas restrictivas a los derechos y libertades que, en condiciones normales, están prohibidas o sometidas a requisitos más rigurosos. Esto no significa, sin embargo, que la suspensión de garantías comporte la suspensión temporal del Estado de derecho o que autorice a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse.⁶

⁵ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre Estados de Excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 45 y 47.

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 24.

iii) Consideraciones semánticas

El análisis del presente tema ha sido caracterizado por cierta confusión semántica. El artículo 27 de la Convención Americana utiliza el verbo “suspender” con relación a tres diferentes sustantivos: el título es “Suspensión de garantías”; el primer párrafo se refiere a la suspensión de obligaciones y el párrafo segundo se refiere a la suspensión de derechos. El tercer párrafo del artículo 27 usa la expresión “derecho de suspensión” para referirse a esta institución. La Corte Interamericana hace el comentario siguiente con respecto a esas tres locuciones:

Quando la palabra “garantías” se utiliza en el párrafo segundo, es precisamente para prohibir la suspensión de las “garantías judiciales indispensables”. Del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una “suspensión de garantías” en sentido absoluto, ni de la “suspensión de los derechos” ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.⁷

No obstante, a pesar de su imprecisión la Corte Interamericana decide emplear la expresión “suspensión de garantías” consagrada por el título del artículo 27.⁸

El PIDCP también emplea el verbo “suspender”, primero con referencia a las obligaciones consagradas por él y, en el segundo párrafo del artículo 4, con referencia a artículos del mismo Pacto. El tercer párrafo, al igual que el artículo 27.3 de la Convención, denomina “derecho de suspensión” a la facultad o institución jurídica reconocida por este artículo. El concepto de “suspensión de artículos” del

⁷ *Ibid.*, párr. 18.

⁸ La expresión “suspensión de garantías” es exacta en la medida en que por garantías se entienden las consagradas por la normativa internacional en cuanto normas de carácter internacional, y no las garantías correspondientes consagradas por el derecho interno.

instrumento internacional es sin duda más exacto que el concepto de “suspensión de derechos”. Sin embargo, la cláusula que mejor capta la verdadera naturaleza de las consecuencias jurídicas de las medidas autorizadas por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana es la que aparece en el tercer párrafo de ambos artículos y que se refiere a “las disposiciones [del instrumento internacional] cuya aplicación haya suspendido (...)”.

La primera Observación General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 4 empleaba reiteradamente la expresión “suspensión de derechos”. La Observación General No. 29, adoptada 20 años más tarde, emplea varias expresiones más idóneas, tales como suspensión de obligaciones, suspensión de la vigencia de los derechos protegidos por el PIDCP, “adopción de medidas de suspensión” y “facultades excepcionales” autorizadas por el artículo 4 del PIDCP.⁹

iv) La suspensión de obligaciones y el derecho consuetudinario

Cabe preguntarse si la institución de suspensión de obligaciones o los principios que la conforman tienen alguna vigencia como principio general de derecho o norma de derecho consuetudinario. Los tres instrumentos que la reconocen establecen como condición expresa que las medidas de suspensión “no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”. Esta norma parece coherente con la idea de que el alcance y los efectos de esta institución estarían circunscritos al conjunto de obligaciones y derechos establecidos por cada uno de estos tratados. La doctrina relativa a esta cláusula establece que se aplica tanto a obligaciones de carácter contractual establecidas por otros tratados, como a las que forman parte del derecho internacional general.¹⁰ Es ampliamente reconocido, por ejemplo, que estas cláusulas desautorizan toda suspensión de una norma sobre derechos humanos que

⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párrs. 1 y 3.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 9.

surtiría efectos incompatibles con las normas del derecho internacional humanitario, y no sólo el derecho positivo vinculante para los Estados Partes en los distintos convenios y protocolos sino también la parte del derecho internacional humanitario reconocida como derecho consuetudinario vinculante para todos los Estados.¹¹

La cuestión de saber si esta cláusula se aplica a las grandes declaraciones sobre derechos humanos resulta más compleja. El carácter vinculante de la Declaración Americana para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) ha sido reconocido por los órganos del sistema interamericano desde hace mucho tiempo, y la opinión más autorizada reconoce también la obligatoriedad de muchos –sino todos–, los derechos consagrados por la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, si las obligaciones consagradas por estas declaraciones forman parte del derecho consuetudinario o derecho internacional general, y si la vigencia de la institución de suspensión de obligaciones se limita a las obligaciones consagradas por los pactos que la establecen, la suspensión de artículos del PIDCP o de la Convención Americana tendría consecuencias muy limitadas porque, por lo general, los derechos consagrados por estos tratados también forman parte del derecho consuetudinario.

Esta conclusión parece un contrasentido, pues si esta institución fue incorporada al PIDCP y a la Convención Americana, fue para surtir un efecto jurídico determinado. Ahora bien, cabe recordar que la obligatoriedad de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana no era ampliamente reconocida en la época de la elaboración de los Pactos Internacionales* y de la Convención Americana. La conversión de las obligaciones plasmadas en estas declaraciones en obligaciones legalmente vinculantes

¹¹ Véase, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 9, y la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso La Tablada, párr. 170 (1997).

* Se refiere al PIDCP y al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). (Nota del editor.)

fue, justamente, el objetivo principal de la elaboración de estos tratados. Asimismo, la definición de los límites y las restricciones a los derechos consagrados por la normativa internacional –tema que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana tratan en forma muy general– fue otro objetivo de la elaboración del PIDCP y de la Convención Americana. Si esta problemática es abordada desde una perspectiva histórica, no es posible descartar a priori la idea de que el desarrollo de la doctrina relativa a la obligatoriedad de la Declaración Universal y la Declaración Americana en las décadas posteriores a la adopción del PIDCP y la Convención Americana –así como la doctrina relativa al derecho consuetudinario en campos conexos como el derecho humanitario– haya tenido como consecuencia una ampliación del universo de los derechos y las obligaciones que no pueden suspenderse durante un estado de excepción.

La hipótesis contraria tampoco puede estar excluida a priori. Habida cuenta de los estrechos vínculos entre la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP, y entre la Declaración Americana y la Convención Americana, sería lógico suponer que los principios establecidos en los artículos 4 y 27 tengan validez y puedan aplicarse a los derechos y las obligaciones plasmadas en las declaraciones Universal y Americana.

La doctrina universal, y en especial la interamericana, concuerdan en que los principios consagrados por los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana tienen una aplicación más amplia. El último informe del Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas encargado durante más de una década del tema de estados de excepción, señala que:

En realidad, todos los sistemas jurídicos del mundo prevén la posibilidad de que se puedan adoptar medidas especiales para hacer frente a situaciones de crisis. Ello explica que, tanto el derecho interno de los Estados (cualquiera sea su fundamento teórico), como el derecho internacional admiten que, en tales circunstancias, las autoridades competentes puedan suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y

única finalidad de restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales.¹²

Asimismo, el Relator Especial señala que, a partir de las disposiciones de los artículos 4 del PIDCP, 27 de la Convención y 15 del Convenio Europeo, así como de la doctrina pertinente, se “ha consolidado una suerte de estándar internacional de reglas y principios aplicables a las situaciones de excepción, inspirado en los que ya fueron establecidos por la [primera Relatora] en su informe de 1982 y que fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos, y que ha constituido su marco jurídico de referencia, tanto en su actividad de supervisión internacional como en sus actividades de asesoramiento a los Estados(...)”.¹³ La Comisión de Derechos Humanos, como indica el Relator Especial, adoptó una resolución que considera que el artículo 4 del PIDCP representa un “principio general de derecho”, al indicar que hay ciertos derechos que es menester respetar aun durante un estado de emergencia.¹⁴

En el ámbito regional, casi todos los Estados miembros de la OEA son hoy día partes en la Convención Americana. No obstante, en América Latina durante la época caracterizada por gobiernos de facto y estados de excepción, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) tuvo muchas oportunidades para pronunciarse sobre los estados de excepción vigentes en países en los cuales la Convención Americana no era aplicable.¹⁵ Un resumen de esta doctrina publicado en 1981 indica que la CIDH considera el estado de

¹² Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 42.

¹³ *Ibid.*, párr. 24.

¹⁴ Comisión de Derechos Humanos, resolución 1983/18, quinto párrafo preambular.

¹⁵ Haciendo alusión a esta época, el Relator Especial de las Naciones Unidas observó que “en muchos casos, los estados de excepción se habían transformado en el instrumento jurídico mediante el cual se pretendía ‘legalizar’ los peores abusos y las más perniciosas arbitrariedades”, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 3.

excepción como una institución jurídica ampliamente reconocida por el derecho constitucional comparado y compatible, en principio, con el derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶ Un informe sobre la situación de derechos humanos en Paraguay señala lo siguiente:

Es usual que las Constituciones, sobre todo en los países de la América Latina, establezcan o autoricen, para casos de grave peligro o de anormalidad política o económica, un régimen de legalidad extraordinaria, transitorio en esencia, como el que en algunas partes se denomina estado de sitio, y en otras estado de emergencia o de turbación del orden público, o de “medidas prontas de seguridad”, régimen que obedece primordialmente a la necesidad de investir al Gobierno de todas aquellas facultades y poderes especiales que requiere para enfrentar y superar con eficacia y prontitud esas situaciones de peligro o anormalidad.

La institución –sobra decirlo– es en sí perfectamente legítima (...)¹⁷

Asimismo, la CIDH ha considerado que los principios establecidos por el artículo 27 de la Convención Americana, 4 del PIDCP y 15 del Convenio Europeo representan una especie de codificación de las condiciones necesarias que permiten considerar las consecuencias de dichas medidas como lícitas. En 1974 la CIDH indicó al respecto lo siguiente:

La Comisión no ignora las razones que militan en favor del reconocimiento de poderes extraordinarios al Ejecutivo en situaciones excepcionales, tales como las que se generan por una conmoción interna o un ataque exterior; pero toma en consideración que la doctrina más

¹⁶ CIDH, Estados de emergencia, *Diez años de actividades 1971-1981*, pp. 323-325. Véase también un análisis con el mismo título publicado en el Informe Anual 1980-1981, p. 115.

¹⁷ CIDH, Informe sobre los derechos humanos en Paraguay, párrs. 18-19, 1978, p. 18 (citado en *Diez años de actividades*, p. 324).

admitida en materia internacional, por ser la que inspira la Convención Americana de San José de Costa Rica (art. 27), así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 4), y la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos (art. 15) ponen límites precisos al ejercicio de esos poderes extraordinarios en defensa de los derechos humanos, y cree necesario armonizar las necesidades de la defensa del orden institucional regularmente establecido, con la protección de los atributos fundamentales de la personalidad.¹⁸

La CIDH confirmó esta posición en el Informe publicado en el año 2002, en el cual manifiesta: “Si bien la Declaración Americana no prevé explícitamente la posibilidad de restringir o suspender los derechos en ella protegidos, la Comisión ha considerado que los criterios de derogación derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran las deliberaciones continentales sobre la cuestión y son debidamente consideradas y aplicadas en el contexto de la Declaración.”¹⁹

Si se admite que los principios plasmados en los artículos 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana pueden aplicarse a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana, cabe preguntarse si tendría una aplicabilidad más amplia extendiéndose a otros instrumentos internacionales. Esta hipótesis parece dudosa, porque la extensión de esta institución o conjunto de principios a otros instrumentos debilitaría la regla según la cual la suspensión de ciertos artículos del PIDCP o de la Convención Americana no debe afectar las obligaciones que emanan de otras fuentes de derecho. No obstante, existen principios generales de derecho que producen efectos que, hasta cierto punto, son similares a los principios incorporados en los artículos 4 y 27.

¹⁸ CIDH, Informe Anual 1974, citado en Informe sobre los derechos humanos en Paraguay, párr. 21 (véase también el párr. 23). Esta posición fue reafirmada en el informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay publicado en 1987, pp. 18-19.

¹⁹ CIDH, Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 2002, párr. 50.

La existencia y naturaleza de estos principios está confirmada por la doctrina de los órganos competentes de la OIT con respecto al tema de la libertad sindical. Cabe recordar que ninguno de los Convenios en la materia contiene una disposición relativa a la suspensión de obligaciones (véase el Capítulo 11). Asimismo, cabe recordar que la libertad de asociación es reconocida como obligación de todo Estado miembro de la Organización, independientemente de su ratificación de los Convenios en la materia. La doctrina confirma, en primer lugar, un principio general de derecho que reconoce la imposibilidad material de cumplimiento de una norma como descargo de responsabilidad legal para su infracción.²⁰ El informe de la Comisión especial que investigó la situación de los derechos laborales bajo el gobierno de facto griego, contiene el siguiente análisis de esta cuestión:

Puede afirmarse que los alegatos basados en un estado de excepción o de necesidad en el derecho consuetudinario internacional corresponden en lo esencial –en particular en el marco particular de la comunidad internacional– a los alegatos de fuerza mayor o legítima defensa en los sistemas jurídicos nacionales. Por lo general, al invocar la fuerza mayor hay que demostrar la fuerza irresistible de las circunstancias. La invocación de la legítima defensa requiere que se demuestren la inminencia de un peligro y la relación proporcional entre el peligro y las medidas de defensa adoptadas. Tanto el principio general del derecho derivado de la práctica nacional como el derivado de la costumbre internacionales [se] basan en el supuesto de que el incumplimiento de una obligación jurídica puede justificarse únicamente cuando existe

²⁰ El artículo 61 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados también reconoce la imposibilidad como motivo que permite suspender la aplicación de un tratado. Los demás motivos reconocidos por los artículos 57 y 62, respectivamente, son el consentimiento de todas las partes –supuesto inimaginable en caso de un tratado sobre derechos humanos– y el “cambio fundamental de circunstancias” no previsto por las partes en el momento de la celebración del tratado.

imposibilidad de proceder de modo diferente al que resultó contrario de la ley. Hay que probar, además, que la acción que se trata de justificar mediante tales circunstancias se limita, tanto en el tiempo como en el espacio, a lo inmediatamente necesario.²¹

Adicionalmente, al determinar si ciertos hechos deben considerarse violatorios de las obligaciones de un Estado, el Comité de Libertad Sindical ha adoptado un enfoque algo flexible que le permite tomar en cuenta la existencia y naturaleza de un estado de excepción. En una oportunidad, este Comité señaló que: “En lo que concierne a los países que se encuentran en un periodo de crisis política o que acaban de pasar una época de perturbaciones graves (guerra civil, revolución, etc.) el Comité, al examinar las diversas medidas adoptadas por los gobiernos, inclusive contra organizaciones sindicales, ha considerado necesario tener presente tales circunstancias para pronunciarse sobre el fondo de las quejas”.²² Ciertos elementos de la libertad sindical, tales como el derecho de los sindicalistas al debido proceso, deben respetarse en toda circunstancia.²³

A juzgar por la doctrina citada, la aplicación de estos principios generales a los instrumentos que no reconocen la institución de suspensión de obligaciones puede producir resultados que no son radicalmente diferentes a aquellos resultantes de la aplicación del artículo 4 del PIDCP o 27 de la Convención Americana.

²¹ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Boletín Oficial, vol. LIV, No. 2, 1971, anexo especial, párr. 110. Un memorándum sobre las consecuencias de un estado de guerra en las obligaciones de los Estados Partes en los distintos convenios preparados por la OIT en 1945 indica que la idea de que la fuerza mayor excusa el incumplimiento de las obligaciones consagradas en dichos instrumentos parecía ser un “principio general” de derecho. Reproducido y comentado en *El Código Internacional de Trabajo*, OIT, 1952, vol.1, p. XCVI.

²² OIT, Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 197.

²³ *Ibid.*, párrs. 99 y 100. Véase el Capítulo 11 sobre libertad sindical.

16.4 Las causales y la necesidad de los estados de excepción

El PIDCP permite a los Estados Partes tomar medidas de excepción “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación (...).” La Convención Americana lo autoriza “En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado (...).”

i) La doctrina y la jurisprudencia universales

Un informe presentado en 1982 por la primera Relatora Especial de las Naciones Unidas encargada del tema señala que lo que ella llama “el principio de la amenaza excepcional”, consiste esencialmente en una síntesis de la doctrina de la Corte Europea en los casos *Lawless*, *Grecia e Irlanda c. el Reino Unido*. Dicho principio contiene cuatro elementos, a saber:

1. La situación de crisis debe ser actual, o [al menos], inminente. (...)
2. Es preciso que la situación de peligro alcance un grado tal que las medidas y restricciones normales autorizadas por los instrumentos en época de normalidad no basten a todas luces para mantener el orden público.
3. La situación de peligro debe afectar, por una parte, a toda la población, (...)
4. Es preciso por último que haya una amenaza para la propia existencia de la nación, es decir, “para la existencia organizada para la comunidad que constituye la base del Estado, tanto si se trata de la integridad física de la población como de la integridad territorial o del funcionamiento de las instituciones” (fórmula mantenida por el Tribunal Europeo desde el asunto *Lawless*).²⁴

²⁴ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1982/15, párr. 55.

El informe final del Relator Especial nombrado en 1985 para hacer seguimiento del tema indica que distintos tipos de situaciones pueden poner en peligro la vida de una nación, en particular las catástrofes naturales o ambientales, los conflictos armados y “aquellas situaciones de tensiones o perturbaciones internas en las que pueden estar presentes actos de violencia o de confrontación que justifiquen la implantación de un estado de excepción, sin que la intensidad de las hostilidades permita encuadrar la crisis dentro del concepto de ‘conflicto armado’”.²⁵ No obstante, lo importante no es el carácter de la amenaza, sino su gravedad, actualidad o inminencia e impacto sobre la sociedad.²⁶ Haciendo eco de la primera Relatora, este Relator Especial considera que la suspensión es lícita únicamente en caso de “perturbaciones graves que pongan en peligro los intereses vitales de la población y representen una amenaza para la vida organizada de la comunidad, frente a las cuales las medidas restrictivas permitidas por la constitución y las leyes en circunstancias ordinarias resultan manifiestamente insuficientes; (...) o en caso de amenaza real o inminente de dichas perturbaciones (...)”.²⁷

La Observación General sobre el artículo 24 adoptada por el Comité de Derechos Humanos en el año 2001 contiene el siguiente análisis de dicha cláusula:

No todo disturbio o catástrofe constituye una situación excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, como se exige en el párrafo 1 del artículo 4. (...) En virtud del Pacto, aun en un conflicto armado las disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto se permitirán sólo en la medida en que la situación constituya un peligro para la vida de la

²⁵ Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/ Sub.2/1997/19, párrs. 35 y 39. Véase también el párr. 5 de la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos que se refiere a “una catástrofe natural, una manifestación en gran escala con incidentes de violencia o un accidente industrial de grandes proporciones”.

²⁶ Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial sobre estados de excepción, párr. 36.

²⁷ *Ibíd.*, párr. 82.

nación. Cuando los Estados Partes consideren la posibilidad de invocar el artículo 4 en situaciones distintas de un conflicto armado, deberán ponderar cuidadosamente el motivo por el cual esa medida es necesaria y legítima en las circunstancias del caso. En varias ocasiones, el Comité ha expresado su preocupación en relación con algunos Estados Partes que parecen haber suspendido la vigencia de los derechos protegidos por el Pacto, o cuyo derecho interno parece permitir esa suspensión en situaciones no contempladas en el artículo 4.²⁸

Las observaciones del Comité de Derechos Humanos a los informes de los Estados Partes también arrojan luz sobre la forma en que este requisito debe ser interpretado y aplicado. En la conclusión del examen de un informe sobre Bolivia, por ejemplo, los miembros del Comité “observaron que (...) las autoridades bolivianas habían invocado como justificación los graves desórdenes de carácter político y social y señalaron que las manifestaciones de protesta o de huelga general no respondían a las condiciones necesarias para la proclamación de un estado de sitio, tal como se enuncian en el párrafo 1 del artículo 5 del Pacto”.²⁹ El Comité volvió al tema en su examen del informe siguiente de Bolivia para indicar que “(...) la expresión ‘conmoción interna’ es demasiado amplia” para justificar la declaración de un estado de excepción.³⁰ Con respecto a Camerún, los miembros del Comité subrayaron que una tasa elevada de criminalidad “no podía justificar el mantenimiento del estado de emergencia, según el Pacto”.³¹ En términos generales, el Comité ha insistido en más de una oportunidad en que el PIDCP sólo permite la suspensión de obligaciones cuando las dificultades que el país en-

²⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 3.

²⁹ Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Bolivia, A/44/40, párr. 414 (1989).

³⁰ Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Bolivia, A/52/40, párr. 204 (1997).

³¹ Comité de Derechos Humanos, Informe sobre Camerún, A/44/40, párr. 461.

frenta son tan graves que pueden considerarse un peligro para “la vida” o “la existencia” de la nación.³²

El principio de necesidad tiene una doble función respecto a los estados de excepción: en primer lugar, la imposición de un régimen de excepción debe ser necesario y, en segundo lugar, cada medida específica tomada en el marco del estado de excepción también debe ser necesaria. El efecto de la suspensión de obligaciones consagradas por el PIDCP o la Convención Americana es permitir al Estado evitar la responsabilidad internacional por medidas que, por naturaleza, son incompatibles con las obligaciones consagradas por dichos instrumentos. En otras palabras, el efecto de la declaración de un estado de excepción y la “suspensión” de obligaciones es permitir la toma de medidas que, en tiempos normales, serían violatorias de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos. Inversamente, la imposición de un régimen de excepción o de suspensión es justificada únicamente cuando las restricciones de los derechos humanos permitidos en tiempos normales no bastan para hacer frente a los peligros o las amenazas existentes. Es decir, un estado de excepción sólo puede considerarse necesario en la medida en que se puede concluir que las limitaciones y restricciones permitidas por los artículos 6 a 27 del PIDCP no serían adecuadas y eficaces para superar un determinado peligro para la vida de la nación. La Observación General señala al respecto lo siguiente:

La cuestión de cuándo pueden suspenderse los derechos, y en qué medida, no puede separarse del texto del párrafo 1 del artículo 4 del Pacto, según el cual las disposiciones que suspendan obligaciones contraídas por los Estados Partes en virtud del Pacto deben adoptarse únicamente “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”. Esta condición significa que los Estados Partes deben justificar escrupulosamente no sólo su decisión de proclamar el estado de

³² Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el Informe de Colombia, A/52/40, párr. 288; Observaciones finales sobre el Informe de Croacia, A/56/40, párr. 9.

excepción sino también las medidas concretas que adopten sobre la base de esa declaración. (...) ³³

Como señala el Relator Especial, el carácter temporal de la suspensión de obligaciones está “implícito en la naturaleza misma del estado de excepción”. La Observación General No. 29 destaca que “las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal”. El ejercicio de su competencia para vigilar la puesta en práctica del PIDCP ha brindado al Comité de Derechos Humanos oportunidades para insistir sobre el carácter temporal de los estados de excepción y sobre la necesidad de retornar a la plena vigencia de todos los derechos reconocidos por el PIDCP tan pronto como sea posible. ³⁴ El Comité recomendó en una oportunidad que “(...) en el futuro, toda proclamación de un estado de excepción fije un plazo de vigencia estrictamente limitado (...)”. ³⁵ El Relator Especial recomienda que la duración de una declaración de estado de excepción no debe exceder de tres meses, a fin de garantizar que no se extienda más allá de lo que las circunstancias lo justifiquen. ³⁶

ii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

La jurisprudencia interamericana sobre la problemática de los estados de excepción no es extensa. En muchos casos, los hechos

³³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 5.

³⁴ Véanse, por ejemplo, sus Observaciones finales sobre los informes de Irlanda, Egipto, el Reino Unido (con respecto a Irlanda del Norte) e Israel, A/48/40, párr. 603; A/48/40 párr. 704; A/49/40, párrs. 429-430; A/53/40 párr. 307, respectivamente.

³⁵ Comité de Derechos Humanos, observaciones finales sobre el Informe de Líbano, A/52/40, párr. 341 (1997).

³⁶ Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4.Sub.2/1997/19, párrs. 69 y 75.

que han sido denunciados ante el sistema interamericano han sido violaciones de derechos y obligaciones que no pueden suspenderse en circunstancia alguna, lo que ha hecho innecesario examinar la licitud del estado de excepción. En algunos informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se señala que el estado de excepción ha sido utilizado para fines incompatibles con los valores básicos que subyacen en el sistema de protección de los derechos humanos (véase la sección 16.9), o se concluye que no se reunieron las condiciones necesarias para la proclamación de un estado de excepción, sin fundamentar esa conclusión en un análisis de los hechos pertinentes.

No obstante, un informe de la CIDH publicado en 1983 concluye que “la seguridad del Estado nicaragüense estaba realmente amenazada por las incursiones de grupos de exmiembros de la Guardia Nacional, lo que justificaba la declaración del estado de emergencia y su mantenimiento”.³⁷ En un caso más reciente, la CIDH consideró la declaración de un estado de emergencia en Perú como *prima facie* legítima, en razón de que “Las continuas incursiones del grupo armado habían provocado un estado de permanente zozobra sobre la población (...)”.³⁸ La CIDH ha concluido en más de una oportunidad que los estados de excepción declarados en ciertas épocas en el Paraguay no se ajustaban a las causales previstas por, en este caso, el derecho consuetudinario interamericano en la materia, por no haber existido ni guerra, ni invasión ni “incidentes sociales graves”.³⁹

³⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, párr. 12, p. 123 (1983).

³⁸ CIDH, caso Alarcón y otros c. Perú, párr. 87 (1997). Véase también el caso sobre Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (Perú), párrs. 218-219 (2001).

³⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987, pp. 23-24. Véase también el Informe de 1978, p. 17.

16.5 Las obligaciones no susceptibles de suspensión o “derechos intangibles”

Tanto el PIDCP como la Convención Americana establecen que ciertos derechos deben ser respetados integralmente, aún durante un estado de excepción. Ambos instrumentos incluyen en esta categoría el derecho a la vida, a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, y la libertad de conciencia y de religión. El artículo 4.2 del PIDCP prohíbe, adicionalmente, la suspensión de los artículos que consagran el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica y la prisión por deudas; el artículo 27.2 de la Convención Americana prohíbe la suspensión del derecho a un nombre y a la nacionalidad, los derechos del niño y de la familia, y los derechos políticos. El segundo párrafo del artículo 27 de la Convención Americana también contiene una cláusula de gran importancia, que excluye la suspensión de “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Esta cláusula ha sido analizada en dos Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana, y ocupa un lugar central en la jurisprudencia interamericana. Dichas Opiniones serán analizadas más abajo.

i) La doctrina universal

Desde hace muchos años los estudiosos de los estados de excepción se han empeñado en proponer argumentos e interpretaciones destinados a reducir el impacto de las medidas de excepción en los derechos no enumerados en los artículos 4.2 y 27.2.⁴⁰ En el año 2001, el Comité de Derechos Humanos se pronunció al respecto en términos que, por su trascendencia, conviene citar textualmente:

⁴⁰ Véanse, por ejemplo, los “Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos” reproducidos en el documento E/CN.4/1985/4; las Directrices para

En las disposiciones del Pacto que no figuran en el párrafo 2 del artículo 4, hay elementos que, a juicio del Comité, no pueden ser objeto de suspensión legítima con arreglo al artículo 4. A continuación figuran algunos casos ilustrativos.

a) Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Aunque este derecho, reconocido en el artículo 10 del Pacto, no se mencione separadamente en la lista de derechos que no pueden ser suspendidos en virtud del párrafo 2 del artículo 4, el Comité estima que el Pacto expresa una norma de derecho internacional general cuya aplicación no puede ser objeto de suspensión. Esto se sustenta en la referencia que se hace en el preámbulo del Pacto a la dignidad inherente a los seres humanos y en la estrecha relación existente entre los artículos 7 y 10.

b) Las prohibiciones de la toma de rehenes, los secuestros o la detención no reconocida son disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión. El carácter absoluto de estas prohibiciones, aun en situaciones excepcionales, se justifica por su condición de normas de derecho internacional general.

c) A juicio del Comité, la protección internacional de los derechos de las personas pertenecientes a minorías comprende elementos que deben respetarse en toda circunstancia. Esto se refleja en la prohibición del genocidio en el derecho internacional, en la inclusión de una cláusula de no discriminación en el propio artículo 4 (párr. 1) así como en el carácter de disposición cuya aplicación no puede suspenderse del artículo 18.

la elaboración de legislación sobre los estados de excepción, contenidas en el cuarto Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas encargado del tema, E/CN.4/Sub.2/1991/28, y el proyecto de Declaración de normas humanitarias mínimas, reproducido en E/CN.4/1996/80. Los tres documentos son mencionados expresamente por el Comité de Derechos Humanos en la nota 6 de la Observación General No. 29.

d) Como confirma el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, la deportación o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el derecho internacional, en forma de desplazamiento forzado de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, constituye un crimen de lesa humanidad. El derecho legítimo a suspender la aplicación del artículo 12 del Pacto durante un estado de excepción no puede aceptarse jamás como justificación de esas medidas.

e) La proclamación de un estado de excepción de conformidad con el párrafo 1 del artículo 4 no podrá invocarse en caso alguno como justificación por un Estado Parte para incurrir, en violación del artículo 20, en propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.⁴¹

Con respecto al derecho a la vida, la Observación señala que “al ser imposible la suspensión de la totalidad de las disposiciones del artículo 6 del Pacto, cualquier imposición de la pena de muerte durante un estado de emergencia no debe contradecir las disposiciones del Pacto y, consecuentemente, ha de cumplir *inter alia* con todos los requisitos de los artículos 14 y 15”.⁴² El Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias ha indicado que un estado de excepción no puede justificar la imposición de la pena de muerte tras procesos caracterizados por violaciones flagrantes de las garantías procesales del acusado.⁴³

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 13. El apartado d) hace referencia al apartado d) del párrafo 1 y al apartado d) del párrafo 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁴² *Ibid.*, párr. 15. En sus observaciones finales sobre Jordania, el Comité instó a las autoridades “para que no ejecutaran a las personas condenadas a la pena capital en aplicación de leyes de excepción”, A/46/40, párr. 616 (1991).

⁴³ Naciones Unidas, Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, Informe sobre una misión a Perú, E/CN.4/1994/7/Add.2, párr. 126.

De otro lado, la Observación indica que ni el recurso de hábeas corpus, ni el derecho de todo acusado a un proceso con las debidas garantías, pueden suspenderse:

Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto. Como ciertos elementos del derecho a un juicio imparcial están explícitamente garantizados por el derecho humanitario internacional en tiempo de conflicto armado, el Comité no encuentra ninguna justificación para suspender dichas garantías durante cualquier otra situación de excepción. A juicio del Comité, dichos principios y la disposición sobre recursos efectivos exigen que los principios fundamentales del derecho a un juicio imparcial se respeten durante un estado de excepción. Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito, y se debe respetar la presunción de inocencia. Con el objeto de proteger los derechos que no pueden ser objeto de suspensión, se sigue de este mismo principio que el derecho de acceso a los tribunales, para que éstos decidan sin demora sobre la legalidad de cualquier clase de detención, no debe ser afectado por la decisión del Estado Parte de suspender ciertas garantías del Pacto.⁴⁴

⁴⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 16. Al final de párrafo aparece la nota siguiente: "Véanse las observaciones finales del Comité sobre el informe de Israel (1998) (CCPR/C/79/Add.93, párr. 21): 'El Comité considera que la aplicación actual de la detención administrativa es incompatible con los artículos 7 y 16 del Pacto, ninguno de los cuales se puede suspender en situaciones de emergencia pública (...) Sin embargo, el Comité subraya que un Estado Parte no puede apartarse del requisito de una revisión judicial efectiva de la detención'. Véase también la recomendación que el Comité formula a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías acerca de un proyecto de tercer protocolo facultativo del Pacto: 'El Comité tiene el convencimiento de que los Estados Partes entienden, por lo general, que no se debe restringir en situaciones de excepción el derecho al hábeas corpus y al amparo. Además, el Comité opina que los recursos a que se refieren los párrafos 3 y 4 del artículo 9, interpretados junto con el artículo 2, son inherentes al Pacto considerado en conjunto' (...) A/49/40 vol. I, anexo XI, párr. 2."

La normativa y la doctrina interamericanas hacen énfasis en la intangibilidad de los recursos judiciales necesarios para asegurar que el estado de excepción y las medidas de excepción respeten los requisitos establecidos por la Convención. La Observación General No. 29 ratifica esta importante interpretación en los párrafos siguientes:

El párrafo 3 del artículo 2 del Pacto exige a los Estados Partes en el Pacto que proporcionen recursos para cualquier violación de las disposiciones del Pacto. Aunque esta cláusula no se mencione entre las disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión enumeradas en el párrafo 2 del artículo 4, constituye una obligación inherente del Pacto en su conjunto. Incluso si los Estados Partes pueden, durante un estado de excepción y en la estricta medida que la situación exige, introducir ajustes en el funcionamiento práctico de los procedimientos relativos a los recursos judiciales o de otra índole, deben conformarse a la obligación fundamental de garantizar un recurso efectivo, en virtud del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto.

Es inherente a la protección de los derechos expresamente reconocidos como no susceptibles de suspensión en el párrafo 2 del artículo 4, que han de ser garantizados mediante garantías procesales, generalmente de carácter judicial. Las disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser el objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de los derechos que no son susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada (...).⁴⁵

iii) La doctrina y la jurisprudencia interamericanas

El artículo 27.2 de la Convención, como se señaló, excluye no sólo la suspensión de ciertos derechos sino también “las garantías

⁴⁵ *Ibíd.*, párrs. 14-15.

judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. La Corte Interamericana interpretó el contenido de esta cláusula en dos Opiniones Consultivas adoptadas en 1987. La consulta examinada en la primera Opinión era determinar si el recurso de hábeas corpus constituye, de acuerdo con dicha cláusula, una de las garantías que no pueden suspenderse durante un estado de emergencia. La Corte Interamericana consideró que, si bien el principal derecho tutelado por el hábeas corpus es la libertad personal, también garantiza la integridad personal de aquéllas privadas de libertad y, por ende, su derecho a la vida, ambos derechos protegidos expresamente por el artículo 27.2.⁴⁶

La conclusión de la Corte Interamericana se basa en otra consideración que tiene implicaciones profundas, a saber: que es menester preservar este recurso no sólo porque tutela algunos derechos u obligaciones clasificados de no suspendibles, sino también porque sirve para preservar el principio de legalidad. Tras recordar que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”, la Corte Interamericana hace el siguiente análisis al respecto:

Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción, aún dentro de la situación de excepcionalidad jurídica vigente.

La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede adoptarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites

⁴⁶ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párrs. 33 y 35.

temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionadas, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de Derecho, el ejercicio del control de legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecua a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el hábeas corpus adquiere una nueva dimensión fundamental.⁴⁷

La Opinión también indica que la referencia a garantías judiciales “ (...) implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial (...)”.⁴⁸

La segunda consulta sobre la cláusula de “las garantías judiciales indispensables” se refería a su relación con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. Esta Opinión descansa en la doctrina establecida en la Opinión Consultiva OC-8/87, sobre todo en cuanto a la necesidad de preservar el principio de legalidad durante todo estado de excepción, que la Corte Interamericana resume de la manera siguiente:

Así entendidas, las “ (...) garantías (...) que se derivan de la forma democrática de gobierno”, a que se refiere el artículo 29.c), no implican solamente una determinada organización política contra la cual es ilegítimo atentar (Ibíd., párr. 20), sino la necesidad de que ella esté amparada por las garantías judiciales que resulten indispensables para el control de legalidad de las medidas tomadas en situación de emergencia, de manera que se preserve el Estado de Derecho (Ibíd., párr. 40).⁴⁹

⁴⁷ Ibíd., párrs. 38-40 (la cita inicial es a la Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 32).

⁴⁸ Ibíd., párr. 30.

⁴⁹ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 37 (las referencias entre paréntesis a la Opinión Consultiva OC-8/87 son del original).

La conclusión se enuncia en el párrafo siguiente:

La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquéllas a las que ésta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.⁵⁰

Seguidamente, la Corte Interamericana agrega que: “Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquéllos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades”.⁵¹

La doctrina surgida de estas Opiniones ha sido aplicada en varias sentencias recientes de la Corte Interamericana.⁵² En algunas de ellas, la Corte Interamericana ha declarado que impedir el acceso de funcionarios judiciales a recintos bajo jurisdicción militar produce una suspensión implícita del recurso de hábeas corpus, incompatible con el artículo 27.2 de la Convención.⁵³ La jurisprudencia de la CIDH subraya que la suspensión de ciertos derechos no afecta la obligación del Estado de investigar cabalmente las violaciones de los derechos humanos cometidas durante el estado de excepción, ni de sancionar a los responsables.⁵⁴

⁵⁰ *Ibid.*, párr. 38.

⁵¹ *Ibid.*, párr. 39.

⁵² Veanse, por ejemplo, Corte Interamericana, sentencias *Neira Alegría c. Perú (Fondo)*, párrs. 82-83 (1995); *Castillo Petruzzi c. Perú (Fondo)*, párrs. 131 y 185-187 (1999); *Durand y Ugarte c. Perú (Fondo)*, párrs. 99-106.

⁵³ Corte Interamericana, casos *Neira Alegría (supra)*, párrs. 77 y 84; *Durand y Ugarte (supra)*, párr. 108.

⁵⁴ CIDH, caso *Mavares c. Venezuela*, párr. 114. En este caso la CIDH también concluyó que, además de vulnerar el derecho a la vida, la muerte de un joven durante el estado de excepción constituyó una violación del artículo 27.2 de la Convención Americana, párr. 141.

16.6 La suspensión y las demás obligaciones impuestas por el derecho internacional

Tanto el artículo 4.1 del PIDCP como el artículo 27.1 de la Convención contienen una cláusula que limita la facultad del Estado de tomar medidas de excepción al imponer que éstas se tomen “(...) siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”. Esta disposición puede considerarse una manifestación del principio general de derecho internacional de los derechos humanos plasmada en el segundo párrafo del artículo 5 del PIDCP y 29 de la Convención Americana, según el cual ninguna disposición de un tratado sobre derechos humanos puede interpretarse ni aplicarse de tal modo que limite o restrinja la vigencia y el goce de derechos reconocidos por otras fuentes, sean nacionales o internacionales, positivas o consuetudinarias”.⁵⁵ Este principio ha sido citado frecuentemente para sustentar la interpretación de que, además de los derechos y las obligaciones enumerados en los párrafos 2 de los artículos 4 y 27, hay otros derechos que no pueden nunca ser objeto de suspensión. Como se observa, el tema de esta sección está muy vinculado con el de la sección anterior.

Esta materia está relacionada también con la abordada en las observaciones preliminares del presente capítulo, a saber: determinar si el estado de excepción y suspensión de obligaciones es una institución jurídica que forma parte del derecho consuetudinario, o más bien una facultad del Estado cuyos efectos se limitan a los instrumentos que lo reconocen. Se volverá sobre ello después de considerar las observaciones del Comité de Derechos Humanos al respecto. Comenta el Comité:

⁵⁵ Este principio está consagrado en términos más amplios por la Convención Americana, cuyo artículo 29 c) lo aplica también a “otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado. Por otra parte, el párrafo 1 del artículo 4 establece que ninguna disposición que suspenda obligaciones contraídas en virtud del Pacto puede ser incompatible con las demás obligaciones que impone a los Estados Partes el derecho internacional, especialmente las normas del derecho internacional humanitario. El artículo 4 del Pacto no puede interpretarse como justificación para suspender la aplicación de disposiciones del Pacto si tal suspensión entrañase la infracción de otras obligaciones internacionales del Estado, contraídas ya sea en virtud de un tratado o del derecho internacional general. Esto también se refleja en el párrafo 2 del artículo 5 del Pacto, con arreglo al cual no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos en otros instrumentos so pretexto de que el Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.⁵⁶

(...) Los Estados Partes no pueden en ningún caso invocar el artículo 4 del Pacto como justificación de actos que violan el derecho humanitario o normas imperativas de derecho internacional, por ejemplo, la toma de rehenes, la imposición de castigos colectivos, la privación arbitraria

⁵⁶ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 9.

de la libertad o la inobservancia de los principios fundamentales de juicio imparcial, en particular la presunción de inocencia.⁵⁷

Los convenios internacionales del trabajo sobre la libertad sindical no contienen disposiciones que autoricen suspensión alguna de los derechos ahí contemplados.⁵⁸ La doctrina del Comité de Libertad Sindical indica que, aun durante una guerra civil o bajo un estado de sitio, los sindicalistas no deben ser detenidos sin un procedimiento judicial regular, incoado lo más rápidamente posible y celebrado con respeto de las garantías del debido proceso.⁵⁹ El derecho a recurrir a la justicia para impugnar la disolución de un sindicato, u otras injerencias en la independencia de los sindicatos, es otro elemento de la libertad sindical que el Comité considera debe respetarse aún durante una situación de emergencia.⁶⁰ Esta doctrina es válida tanto para los Estados partes en los convenios sobre la materia, como para los demás Estados miembros de la OIT.

La doctrina de la CIDH hace hincapié en que, en caso de conflicto armado, las medidas excepcionales que el Estado puede decretar nunca pueden justificar violaciones del derecho internacional humanitario.⁶¹

16.7 La necesidad de las medidas específicas

Uno de los baluartes más valiosos contra el abuso de los estados de excepción es el requisito de que cada medida de excepción debe ser necesaria. La expresión “principio de proporcionalidad” es

⁵⁷ *Ibíd.*, párr. 11.

⁵⁸ OIT, Comité de Libertad Sindical, *La libertad sindical*, párr. 186.

⁵⁹ *Ibíd.*, párrs. 99 y 100.

⁶⁰ *Ibíd.*, párrs. 193 y 199.

⁶¹ CIDH, caso La Tablada c. Argentina, párr. 170 (1997).

empleado en este contexto como sinónimo del principio de necesidad.⁶²

i) La doctrina universal

La Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos contiene las siguientes observaciones sobre este requisito:

Un requisito fundamental de cualesquiera disposiciones que suspendan la aplicación del Pacto, conforme a lo establecido en el párrafo 1 del artículo 4, es que esas disposiciones se adopten en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación. Este requisito guarda relación con la duración, el ámbito geográfico y el alcance material del estado de excepción y de cualesquiera disposiciones excepcionales aplicadas en razón de la emergencia. La suspensión de algunas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto en situaciones de excepción es claramente distinta de las restricciones o limitaciones permitidas aun en circunstancias normales conforme a diversas disposiciones del Pacto.* Sin embargo, la obligación de limitar cualesquiera suspensiones a las estrictamente necesarias según las exigencias de la situación refleja un principio de proporcionalidad común a las facultades de suspensión y de limitación. Es más, el solo hecho de que una suspensión permisible de la aplicación de una determinada disposición pueda de por sí justificarse por las exigencias de la situación no elimina el requisito de que deba mostrarse que las medidas concretas adoptadas como consecuencia de esa suspensión son necesarias en razón de las exigencias de la situación. En la práctica, esto asegurará que ningún artículo del Pacto, por válida que sea su suspensión, sea completamente inaplicable al comportamiento de un Estado Parte. Al examinar los informes de los Estados Partes, el Comité ha expresado su preocupación por el he-

⁶² Véanse, por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 4, e Informe final del Relator Especial sobre estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19.

* Véanse, por ejemplo, los artículos 12 y 19 del PIDCP (nota del texto citado).

cho de que no se presta suficiente atención al principio de proporcionalidad.

(...)

El hecho de que algunas de las disposiciones del Pacto se hayan enumerado en el párrafo 2 del artículo 4 como disposiciones que no pueden ser objeto de suspensión no significa que otros artículos del Pacto puedan ser suspendidos discrecionalmente, aun cuando exista una amenaza a la vida de la nación. La obligación en derecho de restringir todas las medidas de suspensión a las estrictamente limitadas a las exigencias de la situación impone tanto a los Estados Partes como al Comité el deber de proceder a un análisis minucioso en relación con cada artículo del Pacto, sobre la base de una evaluación objetiva de la situación de hecho.⁶³

ii) La doctrina y jurisprudencia interamericanas

En la primera de las Opiniones Consultivas que abordan el tema de los estados de excepción la Corte Interamericana hizo hincapié en la importancia de este requisito al señalar lo siguiente:

Habida cuenta de que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, además, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas emergencias deben ser ajustadas a “las exigencias de la situación”, resulta claro que lo permisible en unas de ellas podría no serlo en otras. La juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto

⁶³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párrs. 4 y 6. El párr. 4 termina con una referencia a las observaciones finales sobre un informe de Israel, párr. 11, CCPR/C/79/Add.93 (1998).

de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto de ella.⁶⁴

La jurisprudencia de la CIDH, en particular la referente a una serie de casos relativos al derecho a la libertad personal en Perú, considera que el impacto de las medidas de excepción debe ser controlado y limitado para evitar que afecte la esencia de los derechos suspendidos. En el caso Alarcón y otros, la CIDH consideró la declaración de un estado de emergencia *prima facie* como legítima,⁶⁵ pero no así las medidas adoptadas que afectaron la libertad personal. El análisis de la CIDH merece citarse en extenso:

No obstante la legitimidad *prima facie* de esta medida, la facultad de detener no constituye una facultad ilimitada para las fuerzas de seguridad, por medio de la cual pueden proceder a detener arbitrariamente a los ciudadanos. La suspensión de la orden judicial para detener a una persona no implica que los funcionarios públicos quedan desvinculados de los presupuestos legales necesarios para decretar legalmente tal medida, ni que se anulen los controles jurisdiccionales sobre la forma en que se llevan a cabo las detenciones.

La suspensión de la garantía a la libertad personal, autorizada por el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, nunca puede llegar a ser total. Existen principios subyacentes a toda sociedad democrática que las fuerzas de seguridad deben observar para formalizar una detención, aún bajo un estado de emergencia. Los presupuestos legales de una detención son obligaciones que las autoridades estatales deben respetar, en cumplimiento del compromiso internacional de proteger y respetar los derechos humanos, adquirido bajo la Convención.

⁶⁴ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 22.

⁶⁵ CIDH, caso Alarcón y otros c. Perú, párr. 87 (1997). Véase también el caso Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas c. Perú, párrs. 218-219 (2001).

Tales presupuestos son, en primer lugar, que las autoridades estatales siguen vinculadas al principio de legalidad y razonabilidad: las personas sólo pueden ser detenidas si han participado, o se sospecha que han participado, en actos tipificados como delito. Esto implica que las fuerzas de seguridad deben encontrarse en posesión de indicios o evidencias que puedan sustentar racionalmente la posible participación de la persona en un hecho delictivo.

En segundo lugar, con base en los principios anteriores, la detención policial o militar, como medida cautelar, debe tener como único propósito evitar la fuga de un sospechoso de un acto delictivo, y poder asegurar así su comparecencia ante un juez competente, para que sea juzgada dentro de un plazo razonable o, en su caso, puesto en libertad. Un Estado no puede imponer penas sin la garantía del juicio previo. En un Estado democrático de derecho, donde se respeta la separación de poderes, toda pena debe ser impuesta judicialmente, y únicamente tras haber establecido la culpabilidad de una persona dentro de un juicio llevado con todas las garantías. La existencia de una situación de emergencia no autoriza al Estado a desconocer la presunción de inocencia, ni tampoco confiere a las fuerzas de seguridad el ejercicio de un *ius puniendi* arbitrario y sin límites.⁶⁶

En un informe adoptado hace dos décadas, la CIDH aplicó la regla derivada de la doctrina europea y luego incorporada a la doctrina universal, que establece que una medida específica puede considerarse necesaria únicamente si no hay alternativas que tendrían menos impacto en los derechos humanos. La CIDH manifestó al respecto que “La evacuación forzada de cerca de ocho mil quinientas personas, en algunos casos en medio de la noche y realizada por militares armados, para crear una zona militar” sólo es justifica-

⁶⁶ *Ibid.*, párrs. 88-91. Véanse también Castillo Pezo y otros c. Perú, párrs. 106 y 146 (1999), y Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas, párrs. 220-222.

⁶⁷ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, p. 125, párr. 20 (1984).

ble en ausencia de otra alternativa para resolver una grave emergencia”.⁶⁷ Los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos, y en particular el Principio 7 reproducido en la sección 16.2, fueron elaborados precisamente para indicar las medidas que permiten limitar el impacto del desplazamiento en los derechos humanos de las personas afectadas, a fin de que no excedan lo estrictamente necesario.

16.8 La declaratoria

i) La doctrina y jurisprudencia universales

El artículo 4 del PIDCP limita la facultad de suspender obligaciones en estados de excepción “cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”. La importancia y función de este requisito es, como explica el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No. 29, la de preservar el Estado de derecho. Al respecto señala lo siguiente:

Este último requisito es esencial para el mantenimiento de los principios de legalidad e imperio de la ley cuando son más necesarios. Al proclamar un estado de excepción cuyas consecuencias pueden entrañar la suspensión de cualquier disposición del Pacto, los Estados deben actuar dentro del marco constitucional y demás disposiciones de ley que rigen esa proclamación y el ejercicio de las facultades de excepción (...)⁶⁸

Más adelante, la Observación recalca que “Las garantías relacionadas con la institución de la suspensión, según se definen en el artículo 4 del Pacto, se basan en los principios de legalidad y del Estado de derecho inherentes al Pacto en su conjunto”.⁶⁹ Es menes-

⁶⁸ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 2.

⁶⁹ *Ibid.*, párr. 16.

ter, por tanto, preservar la esencia del derecho a un recurso ante los tribunales.⁷⁰ En sus observaciones sobre el informe de un Estado, el Comité de Derechos Humanos manifestó preocupación por el hecho de que “(...) los tribunales no tengan facultades para examinar la legalidad de la declaración del estado de excepción de las diferentes medidas adoptadas durante el tiempo en que estuvo en vigor”.⁷¹ El vínculo entre la proclamación del estado de excepción y la preservación del Estado de derecho también es resaltado en la observación siguiente:

El Comité insiste en que no se proclame el estado de excepción a menos que se puedan aplicar las condiciones previstas en el artículo 4 y se haga la proclamación obligatoria en virtud de dicho artículo. Disposiciones constitucionales y legislativas deben garantizar que los tribunales supervisen el cumplimiento del artículo 4 del Pacto.⁷²

Ahora bien, el incumplimiento de este requisito no afecta la aplicabilidad de los demás requisitos del artículo 4, ni exime al Estado de la obligación de cumplirlos. Al analizar la situación en Chechenia en 1995, el Comité de Derechos Humanos afirmó que el artículo 4 del PIDCP era aplicable al conflicto “(...) independientemente del hecho de que no se haya declarado oficialmente el estado de emergencia (...)”.⁷³ De alguna manera se puede considerar que el Estado, al poner en práctica ciertas medidas que afectan los derechos humanos, tiene la obligación de declarar un estado de excepción conforme con los requisitos del artículo 4. Al examinar el caso relativo a un país dividido en dos Estados que formalmente estaban en guerra el uno contra el otro, el Comité consideró que la mera

⁷⁰ *Ibíd.*, párrs. 15 y 16.

⁷¹ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Sri Lanka, A/50/40, párr. 447 (1995).

⁷² Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Colombia, A/52/40, párr. 38 (1997).

⁷³ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Rusia, A/50/40, párr. 388 (1995).

invocación de consideraciones de seguridad nacional no permite soslayar el principio *pacta sunt servanda*, y que la única forma de obviar las cláusulas del PIDCP que rigen las restricciones a las libertades públicas –sin incurrir en la responsabilidad internacional– era mediante la declaración de estado de excepción conforme con el artículo 4.⁷⁴ Tras el examen del informe de un Estado Parte, el Comité recalcó que “los derechos garantizados por el Pacto sólo pueden ser suspendidos de conformidad con el artículo 4 del mismo”.⁷⁵ Asimismo, el Comité rechazó los argumentos de un régimen militar en el sentido de que una serie de medidas de carácter excepcional se mantenían “(...) porque son anteriores a la entrada en vigor del Pacto y constituyen parte esencial del régimen”, y recordó que “El Pacto excluye toda medida contraria a las obligaciones del Estado Parte salvo en las situaciones excepcionales previstas en el artículo 4 (...)”.⁷⁶ En otra oportunidad, el Comité lamentó que “(...) algunas partes de la India hayan tenido que ser declaradas zonas de disturbios durante muchos años (...) y que en estas zonas, el Estado Parte esté aplicando de hecho el estado de excepción sin recurrir al párrafo 3 del artículo 4 del Pacto”.⁷⁷

El Relator Especial ha señalado que el principio de legalidad es “(...) Consustancial a la naturaleza de la institución del estado de derecho que tiene el estado de excepción”, y que requiere “la necesaria preexistencia de normas que lo regulan” y “la existencia de mecanismos de control, tanto internos como internacionales, que verifican su conformidad a las mismas”.⁷⁸ Para asegurar la efectividad de los

⁷⁴ Comité de Derechos Humanos, caso Park c. República de Corea, párr. 10.4 (1998).

⁷⁵ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Iraq, A/53/40, párr. 98 (1997).

⁷⁶ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de Nigeria, A/51/40, párr. 278 (1996).

⁷⁷ Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales sobre el informe de la India, A/52/40, párr. 434 (1997).

⁷⁸ Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, Informe final, E/CN.4/Sub.2/1997/19, párr. 50.

mecanismos de control nacional, el Relator considera que la legislación debe establecer que ninguna medida de excepción puede “restringir la jurisdicción de los tribunales”:

- i) para examinar la compatibilidad de la declaración del estado de excepción con las leyes, la constitución y las obligaciones que impone el derecho internacional, y para determinar que dicha declaración es ilegal o inconstitucional, en caso de que haya incompatibilidad;
- ii) para examinar la compatibilidad de cualquier medida adoptada por una autoridad pública con la declaración del estado de excepción;
- iii) para iniciar actuaciones jurídicas destinadas a hacer respetar o proteger cualesquiera derechos reconocidos por la constitución o la ley fundamental y el derecho nacional e internacional, cuya efectividad no sea afectada por la declaración de excepción (...)⁷⁹

ii) La doctrina interamericana

La Corte Interamericana ha considerado improcedentes los alegatos que pretenden justificar la imposición de medidas excepcionales basándose en la existencia de una situación de emergencia que amenazaba la seguridad nacional, cuando no hubo declaración de un estado de emergencia.⁸⁰

La CIDH ha indicado que la declaratoria debe contener información concreta que permita apreciar la naturaleza y gravedad de la amenaza, tal como identidad, actividades y localización de los grupos u organizaciones cuya existencia es citada como justificación

⁷⁹ *Ibíd.*, párr. 151.

⁸⁰ Corte Interamericana, caso Baena Ricadro c. Panamá (Fondo), párrs. 89 y 94. Véase también la decisión de la CIDH en el caso Parada Cea c. El Salvador, párr. 64 (1999).

para la proclamación de un estado de excepción.⁸¹ En una oportunidad, la CIDH señaló que la puesta en práctica de medidas de emergencia –el traslado forzoso de la población de una zona de conflicto– antes de la proclamación de un estado de emergencia, había provocado “un clima de terror y confusión” entre la población afectada con evidentes consecuencias para sus derechos humanos.⁸² No obstante, habida cuenta de que el estado de emergencia fue declarado diez semanas más tarde, y fue debidamente motivado, la CIDH no concluyó que la tardanza en efectuar la proclamación hubiera sido violatoria de la Convención.⁸³

16.9 La desnaturalización de la suspensión

En su último informe el Relator Especial de las Naciones Unidas describe las circunstancias históricas por las cuales el sistema universal de protección de derechos humanos decidió considerar los estados de excepción como un tema de actualidad, de la siguiente manera:

Además, esta verdadera proliferación de estados de excepción tenía lugar en el marco de la confrontación ideológica de la guerra fría y de la que muchísimos gobiernos se sirvieron para combatir su propia disidencia interna. Acontecía con muchísima frecuencia que quienes disentían con un gobierno no eran tratados como legítimos opositores sino como enemigos internos, agentes del enemigo internacional, y por lo tanto, factores de riesgo e inseguridad para la nación. (...)

⁸¹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 23 (1987).

⁸² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, párr. 33, p. 129 (1984).

⁸³ *Ibid.*, párrs. 31-35.

Lo que surge de estas experiencias es que, en todo los casos, la proclamación del estado de excepción, o la aplicación lisa y llana de medidas de esta naturaleza, fue el instrumento jurídico de que se sirvieron muchos dictadores para suprimir los derechos humanos de la mayoría de la población y aniquilar toda forma de oposición política.⁸⁴

Frente a tales deformaciones de esta institución jurídica, cuyo objeto legítimo es la defensa de los derechos humanos y del Estado de derecho, es menester recordar que la facultad de suspender obligaciones está sujeta, no sólo a los requisitos y las condiciones establecidos por el artículo 4 del PIDCP y 27 de la Convención Americana, sino también al principio general establecido por el artículo 5 del PIDCP y 29 a) de la Convención, según el cual “Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él”.⁸⁵

i) La doctrina universal

Como bien señala el Relator Especial de las Naciones Unidas, tanto la normativa internacional como el derecho comparado permiten a las autoridades competentes “(...) suspender el ejercicio de ciertos derechos con la sola y única finalidad de restablecer la nor-

⁸⁴ Naciones Unidas, Relator Especial sobre estados de excepción, Informe E/CN.4/Sub.2/1997/19, párrs. 4-5. El primer estudio sobre el tema fue autorizado en 1979, *ibíd.*, párr. 12.

⁸⁵ La disposición correspondiente de la Convención Americana se completa y reafirma por el artículo 30, que reza: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

malidad y garantizar el goce de los derechos humanos más fundamentales”.⁸⁶ La Observación General No. 29 afirma que “El restablecimiento de un estado de normalidad, en que se pueda asegurar de nuevo el pleno respeto del Pacto, debe ser el objeto primordial del Estado Parte que suspende la aplicación del Pacto”, y señala expresamente que el artículo 5.1 del PIDCP sirve para “(...) impedir el abuso de las facultades excepcionales del Estado”.⁸⁷

ii) La doctrina interamericana

El artículo 29 a) de la Convención Americana reproduce el principio antes mencionado en términos sustancialmente idénticos, a saber: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella (...)”. Este principio está complementado por otro contenido en el apartado c), que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “(...) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

El posible impacto de los estados de excepción en la democracia es un tema de importancia trascendental en la doctrina interamericana. En la Opinión Consultiva OC-8/87, la Corte Interamericana, después de recordar el artículo 29 de la Convención Americana, declaró que “La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.⁸⁸

⁸⁶ Naciones Unidas, Relator Especial sobre Estados de excepción, informe, E/CN.4/Sub.2/1997/19. párr. 42.

⁸⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 3.

⁸⁸ Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-8/87, párr. 20.

En algunas oportunidades, la CIDH ha considerado ilegítimo un estado de excepción por atentar contra estos valores básicos. En el caso del Paraguay, la CIDH concluyó “(...) que la adopción de una medida tan grave como es la implantación del estado de sitio está dirigida a impedir el libre juego de las instituciones democráticas que la Constitución afirma establecer y defender”.⁸⁹ Asimismo, manifestó que:

La ausencia de causales que justifiquen la implantación del estado de sitio, la vigencia por casi treinta y tres años de tan grave medida, la afectación de derechos que la Constitución no autoriza a suspender o restringir y la ausencia de recursos judiciales de los individuos frente a los poderes del Presidente, son todos elementos que permiten a la Comisión concluir que el estado de sitio no ha sido en Paraguay un instrumento para afrontar situaciones excepcionales, sino una herramienta al servicio de una dictadura (...).⁹⁰

La Asamblea General de la OEA también adoptó una resolución en este sentido, en la cual instó al gobierno de Chile a que dejara de emplear el estado de emergencia con el objeto de violar los derechos humanos.⁹¹

16.10 La prohibición de medidas discriminatorias

Tanto el artículo 4 del PIDCP como el artículo 27 de la Convención Americana estipulan que las medidas de excepción no pueden entrañar discriminación basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y origen social. Esta nómima no comprende todas las

⁸⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, p. 24 (1987).

⁹⁰ *Ibid.*, párr. 25.

⁹¹ Organización de Estados Americanos (OEA), resolución 31/124 del 15 de diciembre de 1976.

formas de discriminación prohibidas por los artículos de los mismos instrumentos sobre la igualdad de las personas y la prohibición de discriminación. Por ejemplo, no se menciona la discriminación basada en la opinión, ni en el origen nacional. La ausencia de una prohibición a priori de tales formas de discriminación durante los estados de excepción no implica, evidentemente, que la aplicación de medidas de excepción que discriminan con base en tales criterios pudiera considerarse legítima. Por el contrario, existe una presunción contra la licitud de toda forma de discriminación y sería sumamente difícil demostrar que no existen alternativas al empleo de medidas discriminatorias, o que las únicas alternativas comportarían consecuencias aún más graves para el goce de los derechos humanos.

La única jurisprudencia sobre este aspecto de la problemática de los estados de excepción parece ser la contenida en el informe elaborado por la CIDH hace dos décadas sobre la reubicación forzosa de varias comunidades de indígenas miskitos durante el conflicto armado que se desarrolló en Nicaragua. La CIDH concluyó que la medida no constituyó discriminación racial, porque era necesaria y no había sido tomada con ánimo de castigo ni retaliación.⁹² No obstante, la CIDH advirtió que la prórroga de tales medidas más allá de las circunstancias que las justificaban, o la negativa de reparar sus consecuencias después del cese de la emergencia, permitiría concluir que se había incurrido en discriminación incompatible con la Convención Americana.⁹³

⁹² CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, p. 128, párrs. 30-31 (1984).

⁹³ *Ibíd.*, parr. 31.

16.11 La notificación de las medidas

La Observación General No. 29 insiste sobre la importancia de la obligación de los Estados Partes del PIDCP de notificar a los demás Estados Partes toda suspensión:

En virtud del párrafo 3 del artículo 4, los Estados Partes se han comprometido a observar un régimen de notificación internacional cuando hagan uso de su derecho de suspensión con arreglo al artículo 4. Un Estado Parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Dicha notificación es esencial no solamente para que el Comité pueda desempeñar sus funciones, especialmente la de evaluar si las medidas tomadas por el Estado Parte eran las estrictamente requeridas por las exigencias de la situación, sino también para permitir que los Estados Partes cumplan con su obligación de velar por el cumplimiento de las disposiciones del Pacto. (...) la notificación de los Estados Partes deberá incluir información detallada sobre las medidas adoptadas, una clara explicación de los motivos por los que se hayan adoptado, e ir acompañada de una documentación completa sobre las disposiciones jurídicas. Se necesitarán notificaciones adicionales si un Estado Parte posteriormente adopta medidas adicionales bajo el artículo 4, por ejemplo prolongando la duración de un estado de excepción. El requisito de la notificación inmediata también se aplica, en su caso, a la terminación de la suspensión. (...) El Comité hace hincapié en la obligación de la notificación internacional inmediata toda vez que un Estado haga uso del derecho de suspensión. (...) ⁹⁴

⁹⁴ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29, párr. 17 (se omite una nota).

Cabe destacar que el Secretariado de las Naciones Unidas no es más que un canal de comunicación para este efecto, y que los Estados Partes en el PIDCP forman una especie de comunidad en la cual cada uno tiene legítimo interés en la forma como los demás Estados cumplen las obligaciones consagradas por el PIDCP.

Fuentes bibliográficas

Instrumentos normativos

Instrumentos de las Naciones Unidas

Tratados

Carta de las Naciones Unidas firmada el 26 de junio 1945; entró en vigor el 24 de octubre de 1945

Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, adoptada por la Asamblea General en su resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948; entró en vigor el 12 de enero de 1951

Convención sobre el Estatuto de Refugiado, adoptada el 28 de julio de 1951 por una Conferencia de Plenipotenciarios; entró en vigor el 22 de abril de 1954

Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, adoptada por una Conferencia de Plenipotenciarios el 7 de septiembre de 1956; entró en vigor el 30 de abril de 1957

Convención sobre el derecho internacional de rectificación, abierta a la firma por la Asamblea General en su resolución 630 (VII) del 16 de diciembre de 1952; entró en vigor el 24 de agosto de 1962

Convención para reducir los casos de apatridia [sic], adoptada el 30 de agosto de 1961 por una Conferencia de Plenipotenciarios; entró en vigor el 13 de diciembre de 1975

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX) del 21 de diciembre de 1965; entró en vigor el 4 de enero de 1969

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1956; entró en vigor el 23 de marzo de 1976
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 3 de enero de 1976
- Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, la Asamblea General tomó nota con aprobación en su resolución 2198 (XXI) del 16 de diciembre de 1966; entró en vigor el 4 de octubre de 1967
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, adoptada el 23 de mayo de 1969; entró en vigor el 27 de enero de 1980
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General en su resolución 34/180 del 18 de diciembre de 1979; entró en vigor el 3 de septiembre de 1981
- Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/46 de 10 de diciembre de 1984; entró en vigor el 26 de junio de 1987
- Convención sobre los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989; entró en vigor el 2 de septiembre de 1990
- Segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989; entró en vigor el 11 de julio de 1991
- Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990; entró en vigor el 1º de julio de 2003
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, adoptado por la Asamblea General en su resolución A/RES/54/263 del 25 de mayo de 2000; entró en vigor el 18 de enero de 2002

Convención contra la delincuencia organizada transnacional y su Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/25 del 15 de noviembre de 2000

Declaraciones

Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948

Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV) del 20 de noviembre de 1959

Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960, aprobada por la Asamblea General en su resolución 1514 (XV) del 14 de diciembre de 1960

Declaración sobre asilo territorial, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2312 (XXII) del 14 de diciembre de 1967

Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2625 (XXV) del 24 de octubre de 1970

Declaración de los derechos del retrasado mental, proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI) del 20 de diciembre de 1971

Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX) del 14 de diciembre de 1974

Declaración de los derechos de los impedidos, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX) del 9 de diciembre de 1975

Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975

Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, proclamada por la Asamblea General en su resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981

Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General en su resolución 47/133 del 18 de diciembre de 1992

Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992

Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos, aprobada por la Asamblea General en su resolución 53/144 del 8 de marzo de 1999

Otros instrumentos

Principios de derecho internacional reconocidos por el estatuto y por las sentencias del Tribunal de Nüremberg, Comisión de Derecho Internacional, 1950

Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, adoptadas en 1955 por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y aprobadas por el Consejo Económico y Social en 1957 y 1977

Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimo-

- nios, aprobada por la Asamblea General en su resolución 2018 (XX) del 1° de noviembre de 1965
- Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 diciembre de 1979
- Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 37/194 del 18 de diciembre de 1982
- Salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, adoptadas por el Consejo Económico y Social en su resolución 1984/50 del 25 de mayo de 1984
- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.
- Las Reglas Mínimas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente y por la Asamblea General en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985
- Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988
- Principios sobre la eficaz prevención e investigación de ejecuciones extralegales, arbitrarias o sumarias, recomendados por el Consejo Económico y Social en su resolución 1989/65 del 24 de mayo de 1989
- Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General en su resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990

Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad) adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990

Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113 de 14 de diciembre de 1990

Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de las armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990.

Principios básicos sobre la función de los abogados, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990

Directrices sobre la función de los fiscales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, 1990

Principios a favor de las personas de edad, adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/91, 1991

Principios sobre la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991

Principios rectores de los desplazamientos internos, E/CN.4/1998/53/Add.2, 1998

Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General en su resolución 55/89 del 4 de diciembre de 2000

Proyectos normativos

Conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (Principios Joinet), E/CN.4/Sub.2/1997/20 Rev.1 Anexo II

Proyecto de declaración sobre los derechos de las poblaciones indígenas, E/CN.4/SUB.2/1994/2/Add.1

Proyecto de declaración de normas humanitarias mínimas, E/CN.4/1996/80

Proyecto de principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de los derechos humanos a interponer recursos y obtener reparaciones, E/CN.4/2000/62

Instrumentos de la Organización de Estados Americanos (OEA)

Tratados

Carta de la OEA, suscrita en Bogotá, 1945

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la Novena Conferencia Internacional en su resolución XXIV, 1948

Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer y Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer, ambas de Bogotá, 1945

Convención sobre asilo diplomático, 1954

Convención sobre asilo territorial de Caracas, 1954

Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada por la Conferencia Interamericana especializada en derechos humanos el 22 de noviembre de 1969; entró en vigor el 18 de julio de 1978

Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 9 de diciembre de 1985; entró en vigor el 28 de febrero de 1987

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito el 17 de noviembre de 1988; entró en vigor el 16 de noviembre de 1999

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General de la OEA el 8 de junio de 1990; entró en vigor el 28 de agosto de 1991

Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, adoptada por la Asamblea General de la OEA el 9 de junio de 1994; entró en vigor el 28 de marzo de 1996

Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada el 9 de junio de 1994; entró en vigor el 5 de marzo de 1995

Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada el 7 de junio de 1999; entró en vigor el 14 de septiembre de 2001

Otros instrumentos y proyectos normativos interamericanos

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana en abril de 1948

Proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1997

Declaración sobre la libertad de expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1998

Carta Democrática Americana, aprobada por la Asamblea General el 11 de septiembre de 2001

Instrumentos de la Organización Internacional de Trabajo

Convenio 29 relativo al trabajo forzoso u obligatorio, 1930

Convenio 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948

Convenio 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949

Convenio 110 sobre las condiciones de trabajo de trabajadores en plantaciones, 1958

- Convenio 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, 1973
- Convenio 141 sobre organizaciones de trabajadores rurales, 1975
- Convenio 151 sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978
- Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, 1989
- Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999
- Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998

Otros instrumentos internacionales

- Tratado de derecho penal internacional de Montevideo, firmado el 23 de enero de 1889
- Convenio relativo a la edad mínima para trabajo en minas de Berlín, 1890
- Acuerdo sobre extradición, aprobado en Caracas por el Congreso Bolivariano, 1911
- Tratado de Versalles, aprobado el 28 de junio de 1919
- Declaración sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Sociedad de Naciones, 1924
- Convención sobre la esclavitud, adoptada por la Sociedad de Naciones el 25 de septiembre de 1926; entró en vigor el 9 de marzo de 1927
- Convención de Montevideo sobre la nacionalidad de la mujer, 1933
- Convenios de Ginebra, aprobados por la Conferencia Diplomática para elaborar convenios internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, del 12 de agosto de 1949; entraron en vigor el 21 de octubre de 1950
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de víctimas de conflictos no internacionales (Protocolo II) de 1977
- Declaración de Cartagena, adoptada por el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá, 22 de noviembre de 1984

Declaración de Viena, adoptada por la Segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993

Convenio de La Haya sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional, 29 mayo 1993; entró en vigor el 1° de mayo de 1995

Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) aprobado el 17 de julio de 1998; entró en vigor el 1° de julio de 2002

Doctrina

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte

Opinión Consultiva OC-4/84, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización

Opinión Consultiva OC-5/85, La colegiación obligatoria de periodistas

Opinión Consultiva OC-6/86, La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-7/86, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta

Opinión Consultiva OC-8/87, El hábeas corpus bajo suspensión de garantías

Opinión Consultiva OC-9/87, Garantías judiciales en estados de emergencia

Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Opinión Consultiva OC-11/90, Excepciones al agotamiento de los recursos internos

Opinión Consultiva OC-16/99, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal

Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño

Corte Internacional de Justicia

Opinión Consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares. ICJ, Reports 1996

Comité de Derechos Humanos

Observación General No. 6, art. 6, 1982

Observación General No. 7, art. 7, 1982

Observación General No. 12, art. 1, 1984

Observación General No. 13, art. 14, 1984

Observación General No. 15, La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto, 1986

Observación General No. 16, art. 17, 1988

Observación General No. 19, art. 23, 1990

Observación General No. 20, art. 7, 1992

Observación General No. 22, art. 18, 1993

Observación General No. 23, art. 27, 1994

Observación General No. 25, art. 25, 1996

Observación General No. 27, art. 12, 1999

Observación General No. 28, art. 3, 2000

Observación General No. 29, art. 4, 2002

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Observación General No. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párr. 1 del art. 2 del PIDESC),1990

Observación General No. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1º del art. 11 del PIDESC),1991

- Observación General No. 5, Personas con discapacidad, 1994
Observación General No. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, 1995
Observación General No. 7, El derecho a una vivienda adecuada (párr. 1 del art. 11 del PIDCP): los desalojos forzosos, 1997
Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada (art. 11), 1999
Observación General No. 13, El derecho a la educación (art. 13), 1999
Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12) 2000

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial

- Recomendación General XXIII, Relativa a los derechos de las poblaciones indígenas, 1997
Recomendación General XXVII Relativa a la discriminación de los romaníes, 2000

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Acusaciones fiscales, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982
Derechos humanos, derechos políticos y democracia representativa en el sistema interamericano, Informe Anual CIDH, 1990-1991
Estados de emergencia, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982
Estados de emergencia, Informe Anual 1980-1981
Limitaciones a la libertad de expresión e información, Informe Anual 1980-1981
Poblaciones indígenas, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982

Presunción de inocencia, *Diez años de actividades, 1971-1981*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, Washington, 1982

Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Abolición del trabajo forzoso, Estudio general de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y recomendaciones, 1979

Alto al trabajo forzoso, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 2001

El Código Internacional de Trabajo, OIT, 1952, vol. 1

Libertad de asociación y negociación colectiva, OIT, 1994

La libertad sindical, OIT, 1996

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados

Directrices del ACNUR sobre los criterios y estándares aplicables con respecto a la detención de solicitantes de asilo, 1999

Directriz No. 2, Pertenencia a un determinado grupo social dentro del contexto del artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967, HCR/GIP/02/02, 2002

Manual de procedimientos y criterios para la determinación de la condición de refugiado, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, 1997

Resolución No. 6 (XXVIII) del Comité Ejecutivo sobre *non-refoulement*, 1977

Resolución No. 44 (XXXVII) del Comité Ejecutivo sobre la detención de los refugiados y de las personas que buscan asilo, 1986

Resolución No. 82 (XLVIII) del Comité Ejecutivo, conclusión sobre la salvaguardia de la institución de asilo, 1997

Otros

CICR, Comentario del protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios, S. Junod, CICR y Plaza & Janés de Colombia, 1998

Declaración de Cartagena sobre los refugiados, 1984

Guatemala: memoria del silencio. Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, tomo V, Guatemala, 1999.

Informe final del Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1997/19

Jurisprudencia

Corte Internacional de Justicia

Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América), Corte Internacional de Justicia, sentencia del 27 de junio de 1986

Caso Barcelona Traction, segunda fase, sentencia del 5 de febrero de 1970

Comité de Derechos Humanos¹

A. c. Australia, No. 560/1993, Informe A/52/40 (1997)

A.P. c. Italia, No. 204/1986, Selección de decisiones vol. II

A.R.J. c. Australia No. 692/1996, Informe A/52/40 (1997)

¹ Nota: los Informes A/50/40 y A/52/40, que normalmente deberían haber sido publicados en los años 1995 y 1997, respectivamente, fueron publicados en el año 1999. Para evitar confusiones, aquí se citan como si hubieran sido publicados a tiempo, así: A/50/40 (1995) y A/52/40 (1997). Asimismo, el In-

- A.R.S. c. Canadá, No. 91/1981, Selección de decisiones, vol. I
 Adam c. República Checa, No. 586/1994, Informe A/51/40 (1996)
 Aduayom y otros c. Togo, Nos. 422, 423 y 424/1990, Informe A/52/40, 1997
 Agrupación del Lago Lubicon c. Canadá, No. 167/1984, Informe A/44/40 (1989)
 Almeida de Quinteros y otra c. Uruguay – Véase Quinteros c. Uruguay
 Altesor c. Uruguay, No. 10/1977, Selección de decisiones, vol. I
 Arhuacos c. Colombia, No. 612/1995, Informe A/52/40 (1997)
 Arredondo c. Perú, No. 688/1996, Informe A/55/40 (2000)
 Ashby c. Trinidad y Tobago, No. 580/1994, A/57/40 (2002)
 Ato de Avellanal c. Perú, No. 202/1986. Informe A/44/40 (1989)
 Aumeeruddy-Cziffra y otras c. Mauricio, No. 35/1987, Selección de decisiones, vol. II
- B. de B. y otros c. Países Bajos, No. 273/1988, Informe A/44/40 (1989)
 Barnes y Barnes c. Nueva Zelandia, No. 601/1994, Informe A/52/40 (1997)
 Bahamonde c. Guinea Ecuatorial, No. 469/1991, Informe A/49/40 (1994)
 Bailey, M. c. Jamaica, No. 334/1988, Informe A/48/40 (1993)
 Balaguer Santana c. España, No. 417/1990, Informe A/49/40 (1994)
 Ballantyne y otros c. Canadá, 359 y 385 /1989, Informe A/48/40 (1993)
 Bazzano c. Uruguay, No. 5/1977, Selección de decisiones, vol. I
 Bennett c. Jamaica, No. 590/1994, Informe A/54/40 (1999)

forme A/51/40, que debería haber sido publicado en 1996, fue publicado en el año 1997. Cabe señalar también que las decisiones contenidas en un informe no corresponden a todas las adoptadas en un año calendario, sino a las adoptadas durante el último periodo de sesiones de un año y los dos primeros del año siguiente. Por ejemplo, las decisiones contenidas en el Informe A/56/40 (2001) comprenden las adoptadas en el 70º periodo de sesiones, celebrado entre octubre y noviembre de 2000, y en el 71º y 72º periodos, en los meses de marzo y abril, y julio, del año 2001.

- Ben Said c. Noruega, No. 767/1997, Informe A/55/40 (2000)
- Berry c. Jamaica, No. 330/1988, A/49/40 (1994)
- Bhinder c. Canadá, No. 208/1986, Informe A/45/40 (1990)
- Birindwa y Tshishimbi c. Zaire, Nos. 241 y 242/1987, Informe A/45/40 (1990)
- Blom c. Suecia, No.191/1985, Selección de decisiones vol. II
- Bolaños c. Ecuador, No. 238/1987, Informe A/44/40 (1989)
- Brinkof c. Países Bajos, No. 402/1990, Informe A/48/40 (1993)
- Broeks c. Países Bajos, No.172/1984, Selección de decisiones, vol. II
- Brok c. República Checa, No. 774/1997, A/57/40 (2002)
- Brown c. Jamaica, No. 775/1997, Informe A/54/40 (1999)
- Brown y Parish c. Jamaica, No. 665/1995, Informe A/54/40 (1999)
- Buckle c. Nueva Zelanda, No. 858/1999, A/56/40 (2001)
- Burrell c. Jamaica, No. 546/1993, Informe A/51/40 (1996)
- Bwala c. Zambia, No. 314/1988, Informe A/48/40 (1993)
- Byrne y Lazarescu c. Canadá, No. 742/1997, Informe A/53/40 (1998)
- C.B.D. c. Países Bajos, No. 394/1990, Informe A/47/40 (1992)
- C.E.A. c. Finlandia, No. 316/1988, Informe A/46/40 (1991)
- Cadoret y otros c. Francia 2211/1987 y 323/1988, Informe A/46/40 (1991)
- Campbell c. Jamaica, No. 248/1987, Informe A/47/40 (1992)
- Campbell, c. Jamaica, No. 307/1988, Informe A/48/40 (1993)
- Campora c. Uruguay, No. 66/1980, Selección de decisiones, vol. II
- Canepa c. Canadá, No. 558/1993, Informe A/52/40 (1997)
- Cañón García, c. Ecuador, No. 319/1988, Informe A/47/40 (1992)
- Casanovas c. Francia, No. 441/1990, Informe A/49/40 (1994)
- Cavalcanti Araujo-Jongen c. Países Bajos, No. 418/1990, Informe A/49/40 (1994)
- Celeberti c. Uruguay, No. 56/1979, Selección de decisiones, vol. I
- Celepli c. Suecia, No. 456/1991, Informe A/49/40 (1994)
- Celis Laureano y otra c. Perú, No. 540/1993, Informe A/51/40 (1996)
- Collins, T. c. Jamaica, No. 356/1989, Informe A/48/40 (1993)
- Collins, W. c. Jamaica, No.240/1987, Informe A/47/40 (1992)
- Compass c. Jamaica, No. 375/1989, Informe A/49/40 (1994)

- Conteris c. Uruguay, No.139/1983, Selección de decisiones, vol. II
 Coeriel c. Países Bajos, No. 453/1991, Informe A/50/40 (1995)
 Comunidad Rehoboth Baster c. Namibia – ver Diergaardt y otros c. Namibia
 Cubas c. Uruguay, No. 70/1980, Selección de decisiones, vol. I
 Curie c. Jamaica, 377/1989, Informe A/49/40 (1994)
 Chira Vargas c. Perú, No. 906/2000, Informe A/57/40 (2002)
 Chongwe c. Zambia, No. 821/1998, Informe A/56/40 (2001)
- Daley c. Jamaica, No. 750/1997, Informe A/53/40 (1998)
 Danning c. Países Bajos, No.180/1984, Selección de decisiones, Vol. II
 Debreczeny c. Países Bajos, 500/1992, Informe A/51/40 (1996)
 Des Fours Walderode c. República Checa, No. 747/1997 (2002)
 De Groot c. Países Bajos, No. 578/1994, Informe A/50/40 (1995)
 Delgado Páez c. Colombia No. 195/1985, Informe A/45/40 (1990)
 Dermit Barbero c. Uruguay, No. 84/1981, Selección de decisiones, vol. II
 Dias c. Angola, No. 711/1996, Informe A/55/40 (2000)
 Diergaardt y otros c. Namibia, No. 760/1997, Informe A/56/40 (2001)
 Doesburg Lanooij Neefs c. Países Bajos, No. 425/1990, Informe A/49/40 (1994)
 Drake y Drake c. Nueva Zelandia, No. 601/1994, A/52/40 (1997)
 Drobek c. Eslovaquia, No. 643/1994, Informe A/52/40 (1997)
 Drescher Caldas c. Uruguay, No. 43/1979, Selección de decisiones, vol. II
 Domukovsky y otros c. Georgia, Nos. 623, 624, 626 y 627/1995, Informe A/53/40 (1998)
- Estrella c. Uruguay, No.107/1986, Selección de decisiones, vol. II
- Fábryová c. República Checa, No. 765/1997, Informe A/57/40 (2002)
 Fals Borda y otros c. Colombia – Véase Guerrero c. Colombia
 Faneli c. Italia, No. 75/1980, Selección de decisiones, vol. II
 Faurisson c. Francia, No. 550/1993, Informe A/52/40 (1997)

- Fei c. Colombia, No. 514/1992, Informe A/50/40 (1995)
Fillastre y otro c. Bolivia, No. 336/1988, Informe A/47/40 (1992)
Foin c. Francia, No. 666/1995, Informe A/55/40 (2000)
Forbes c. Jamaica, No. 649/1995, Informe A/54/40 (1999)
Francis y otros c. Trinidad y Tobago, No. 899/1999, A/57/40 (2002)
Freemantle c. Jamaica, No. 625/1995, Informe A/55/40 (2000)
- G. T. c. Australia, No. 706/1996, Informe A/53/40 (1998)
Gallimore c. Jamaica, No. 680/1996, Informe A/54/40 (1999)
García Fuenzalida c. Ecuador, No. 480/1991, Informe A/51/40 (1996)
Gauthier c. Canadá, No. 633/1995, Informe A/53/40 (1998)
Gedumbe c. República Democrática del Congo, 1997/2002
Gillot c. Francia, No. 932/2000, A/57/40 (2002)
Giry c. República Dominicana, No. 193/1985, Informe A/45/40 (1990)
Gómez c. España, No. 701/1996, Informe A/55/40 (2000)
González del Río c. Perú, No. 263/1987, Informe A/48/40 (1993)
Gordon c. Jamaica, No. 237/1987, Informe A/48/40 (1993)
Grant c. Jamaica, No. 597/1994, Informe A/51/40 (1996)1994
Griffin c. España, No. 493/1992, Informe A/50/40 (1995)
Griffiths c. España, No. 274/1988, Informe A/48/40 (1993)
Guerrero c. Colombia, No. 46/1979, Selección de decisiones, vol. I
Guesdon c. Francia, No. 219/1986, A/45/40 (1990)
Gueye y otros c. Francia, No. 196/1985, Informe A/44/40 (1989)
- H.C.M.A. c. Países Bajos, No. 213/1986 A/44/40 (1989)
Hamilton c. Jamaica, No. 616/1995, Informe A/54/40 (1999)
Hammel c. Madagascar, No. 155/1983, Selección de decisiones, vol. II
Hartikainen c. Finlandia, No. 40/1978, Selección de decisiones, vol. I
Harward c. Noruega, No. 451/1991, Informe A/49/40 (1994)
Hendricks c. Países Bajos, No. 201/1985, A/44/40 (1989)
Henry, R. c. Jamaica, No. 230/1987, Informe A/47/40 (1992)
Henry (N.) c. Jamaica, No. 610/1995, Informe A/54/40 (1999)

Henry y Douglas c. Jamaica, No. 571/1994, Informe A/51/40 (1996)
 Hill y Hill c. España, No. 526/1993, Informe A/52/40 (1997)
 Hoelen c. Países Bajos, No. 873/1999, Informe A/55/40 (2000)
 Hoofdman c. Países Bajos, No. 602/1994, Informe A/53/40 (1998)
 Hopu y Bessert c. Francia, No. 549/1993, Informe A/52/40 (1997)

I.P. c. Finlandia, No. 450/1991, Informe A/48/440 (1993)
 Ignatane c. Latvia, No. 884/1999, Informe A/56/40 (2001)

J.B. y otros c. Canadá, No. 118/1982, Selección de decisiones, vol. II
 J.L. c. Australia, No. 491/1992 Informe A/47/40 (1992)
 J.P. c. Canadá, No. 446/1991, Informe A/47/40 (1992)
 J.P.K. c. Países Bajos, No. 401/1990, Informe A/47/40 (1992)
 J.R.T y W.G. Party c. Canadá, No.104/1981, Selección de
 decisiones, vol. II
 J.v.K. y otros c. Países Bajos, No. 483/1991, A/ 47/40 1992
 Jansen-Gielen c. Países Bajos No. 846/1999, Informe A/56/40 (2001)
 Järvinen c. Finlandia, No. 295/1988, Informe A/45/40 (1990)
 Jayawardena c. Sri Lanka, No. 916/2000, Informe A/57/40 (2002)
 Jensen c. Australia, No. 762/1997, Informe A/56/40 (2001)
 Jiménez Vaca c. Colombia, No. 859/1999 (A.57/40 (2002)
 Johnson, Clive c. Jamaica, No. 592/1994, Informe A/54/40 (1999)
 Johnson, Colin c. Jamaica, No. 653/1995, Informe A/54/40 (1999)
 Johnson, E. c. Jamaica, No. 588/1994, Informe A/51/40 (1996)
 Joslin y otras c. Nueva Zelanda, No. 902/1999, Informe
 A/57/40 (2002)
 Judge c. Canadá No. 829/1998, Informe A/58/40 (2003)

K.L. c. Dinamarca, No. 59/1979 Selección de decisiones, vol. I
 Kalenga c. Zambia, No. 326/1988, Informe A/48/40 (1993)
 Kall c. Polonia, No. 552/1993, Informe A/52/40 (1997)
 Karakurt c. Austria, No. 965/2000, A/57/40 (2002)
 Karker c. Francia, No. 833/1998, Informe A/56/40 (2001)
 Karttunen c. Finlandia, No. 387/1989, Informe A/48/40 (1993)
 Kavanagh c. Irlanda, No. 819/1998, Informe A/56/40 (2001)

- Kelly (P.) c. Jamaica, No. 253/1987, Informe A/46/40 (1991)
- Kelly (P.A.) c. Jamaica, No. 537/1993, Informe A/51/40 (1996)
- Kennedy c. Trinidad y Tobago, No. 845/1998, A/57/40 (2002)
- Kim c. República de Corea, No. 574/1994, Informe A/53/40 (1998)
- Kindler c. Canadá, No. 470/1991, Informe A/48/40 (1993)
- Kitok c. Suecia, No. 197/1985, Selección de decisiones, vol. II
- Kivenmaa c. Finlandia, No. 412/1990, Informe A/49/40 (1994)
- Kulomin c. Hungría, No. 521/1992, Informe A/51/40 (1996)
- L. P. c. República Checa, No. 946/2000, A/57/40 (2002)
- Landinelli Silva c. Uruguay, No. 34/1987, Selección de decisiones, vol. I
- Länsman, I. y otros c. Finlandia, No. 511/1992, Informe A/50/40 (1995)
- Länsman, J. y otros c. Finlandia, No. 671/1995 Informe A/52/40 (1997)
- Lantsova c. Federación de Rusia, No. 763/1997, Informe A/57/40 (2002)
- Laptsevich c. Belarus, No. 780/1997, Informe A/55/40 (2000)
- La Vende c. Trinidad y Tobago, No. 554/1993, Informe A/53/40 (1998)
- Leehong c. Jamaica, No. 613/1995, Informe A/54/40 (1999)
- Lestourneaud c. Francia, No. 861/1999, Informe A/55/40 (2000)
- Levy c. Jamaica, No. 719/1996
- Lewis (N.) c. Jamaica, No. 708/1996, Informe A/52/40 (1997)
- Lichtensztein c. Uruguay, No. 77/1980, Selección de decisiones, vol. I
- Lindgren y otros c. Suecia, No. 298 y 299/1998, Informe A/46/40 (1991)
- Lindon c. Australia, No. 646/1995, Informe A/53/40 (1998)
- Little c. Jamaica, No. 283/1988, Informe A/47/40 (1992)
- López Burgos c. Uruguay, 1981, No. 52/1979, Selección de decisiones, vol.
- Lovelace c. Canadá, No. 24/1977, Selección de decisiones, vol. I
- Lubuto c. Zambia, No. 390/1990, Informe A/51/40 (1996)
- Lumley c. Jamaica, No. 662/1995, Informe A/54/40 (1999)

- M.A.B. y otros c. Canadá, No. 570/1993, A/49/40 (1994)
- M.G.B. y otro c. Trinidad y Tobago, No. 268/1987, A/45/40 (1990)
- Mahuika c. Nueva Zelandia No. 547/1993, Informe A/56/40 (2001)
- Maille c. Francia, No. 689/1996, Informe A/55/40 (2000)
- Maleki c. Italia, No. 699/1996, Informe A/53/40 (1998)
- Magana c. Zaire, No. 90/1981, Selección de decisiones, 1983
- Maroufidou c. Suecia, No. 58/1979, Selección de decisiones, vol. I
- Marshall c. Jamaica, No. 730/1996, A/54/40 (1999)
- Mazou c. Camerún, No. 630/1995 Informe A/57/40 (2002)
- Mbenge c. Zaire, No. 16/1977, Selección de decisiones, vol. II
- MacLawrence c. Jamaica, No. 702/1996, Informe A/52/40 (1997)
- McLeod c. Jamaica, No. 734/1997, Informe A/53/40 (1998)
- MacTaggart c. Jamaica, No. 749/1997, Informe A/53/40 (1998)
- Mónaco y otra c. Argentina, No. 400/1990, Informe A/50/40 (1995)
- Moraël c. Francia, No. 207/1986, Informe A/44/40 (1989)
- Morrison, E. c. Jamaica, No. 635/1995, Informe A/53/40 (1998)
- Morrison, M. c. Jamaica, No. 663/1995, Informe A/54/40 (1999)
- Mpaka-Nsusu c. Zaire, No. 157/1983, Selección de decisiones,
vol. II
- Mukong c. Camerún, No. 458/1991, Informe A/49/40 (1994)
- Mukunto c. Zambia, No. 768/1997, Informe A/53/40 (1998)
- Müller y Engelhard c. Namibia, No. 919/2000, Informe A/57/40 (2002)
- Muñoz Hermosa c. Perú, No. 203/1986, Informe A/44/40 (1989)
- Nahlik c. Austria, No. 608/1995, Informe A/51/40 (1996)
- Neptune c. Trinidad y Tobago, No. 523/1992, Informe A/51/40 (1996)
- Ng. c. Canadá, No. 469/1991, Informe A/49/40 (1994)
- Ngalula y otros c. Zaire, No.138/1983, Selección de decisiones,
vol. II
- O.F. c. Noruega, No.158/1983, Selección de decisiones, vol. II
- Ominiyak c. Canadá,1990 – Véase Agrupación del Lago Lubicon
c. Canadá
- Orijuela Valenzuela c. Perú, No. 309/1988, Informe A/48/40 (1993)
- Osbourne c. Jamaica, No. 759/1997, Informe A/55/40 (2000)

Oulajin y otro c. Países Bajos, No. 406 y 426/1990, Informe A/48/40 (1993)

P.J.N. c. Países Bajos, No. 510/1992, Informe A/ 49/40 (1994)

Paraga c. Croacia, No. 727/1996, Informe A/56/40 (2001)

Párakányi c. Hungría, No. 410/1990, Informe A/47/40 (1992)

Park c. República de Corea, No. 628/1995, Informe A/53/40 (1998)

Patera c. República Checa, No. 946/2000, Informe Anual a/57/40 (2002)

Pauger c. Austria, No.415/1990, Informe A/47/40 (1992)

Pauger c. Austria, No. 716/1996, Informe A/53/40 (1998)

Peart y Peart c. Jamaica, No. 464/1991, Informe A/50/40 (1995)

Peltonen c. Finlandia, No. 492/1992, Informe A/49/40 (1994)

Pennent c. Jamaica, No. 647/1995, Informe A/54/40 (1999)

Perera c. Australia, No. 536/1993, Informe A/50/40 (1995)

Perkins c. Jamaica, No. 733/1997, Informe A/53/40 (1998)

Piandong y otros c. Filipinas, No. 869/1999, Informe A/56/40 (2001)

Pietroroia c. Uruguay, No. 44/1979, Selección de decisiones, vol. I

Phillip c. Trinidad y Tobago, No. 594/1992, Informe A/54/40 (1999)

Pinkney c. Canadá, No. 7/1987, Selección de decisiones, vol. I

Pinto c. Trinidad y Tobago, No. 232/1987, Informe A/45/40 (1990)

Población mikmaq c. Canadá No. 205/1986, A/46/40 (1991)

Polay c. Perú, No. 577/1994, Informe A/53/40 (1998)

Potter c. Nueva Zelanda, No. 632/1995, Informe A/52/40 (1997)

Pratt y Morgan c. Jamaica, Nos. 210/1986 y 225/1987, Informe A/ 44/40 (1989)

Prince c. Jamaica, No. 269/1987, Informe A/47/40 (1992)

Quinteros Almeida c. Uruguay, No. 107/1981, Selección de decisiones, vol. II

R.L.A.W. c. Países Bajos, No. 372/1989, A/46/40 (1991)

Reid, Carlton c. Jamaica, No. 250/1987, Informe A/45/40 (1990)

Reid (G.W.) c. Jamaica, No. 355/1989, Informe A/49/40 (1994)

Richards c. Jamaica, No. 535/1993, Informe A/52/40 (1997)

- Ricketts c. Jamaica, No. 667/1995, Informe A/57/40 (2002)
- Robinson (F.) c. Jamaica, No. 223/1987, Informe A/44/40 (1989)
- Robinson (M.) c. Jamaica, No. 731/1996, Informe A/55/40 (2000)
- Rodríguez c. Uruguay, No. 322/1988, Informe A/49/40 (1994)
- Rogerson c. Australia, No. 802/1998, Informe A/57/40 (2002)
- Rojas García c. Colombia, No. 687/1996, Informe A/56/40 (2001)
- Ross c. Canadá, No. 736/1997, Informe A/56/40 (2001)
- Sahadath c. Trinidad y Tobago, No. 604/1996, Informe A/57/40 (2002)
- Sahadeo c. Guyana, No. 728/1996, A/57/40 (2002)
- Sala de Tourón c. Uruguay – Véase Tourón c. Uruguay
- Saldías de López c. Uruguay - Véase López Burgos c. Uruguay
- Salgar de Montejo c. Colombia – Véase Guerrero c. Colombia
- Sánchez López c. España, No. 777/1997, A/55/40 (2000)
- Schmitz-de-Jong, c. Países Bajos, No. 855/1999, A/56/40 (2001)
- Sendic c. Uruguay, No. 63/1979, Selección de decisiones, vol. I
- Setelich c. Uruguay – Véase Sendic c. Uruguay,
- Sextus c. Trinidad y Tobago, No. 818/1998, Informe A/56/40 (2001)
- Shalto c. Trinidad y Tobago, No. 447/1991, Informe A/50/40 (1995)
- Shaw c. Jamaica, No. 704/1996, Informe A/53/40 (1998)
- Simpson c. Jamaica, No. 695/1996, A/57/40 (2002)
- Simunek c. República Checa, No. 516/1992, Informe A/50/40 (1995)
- Singer c. Canadá, No. 455/1991, Informe A/49/40 (1994)
- Singh c. Canadá, No. 761/1997, Informe A/52/40 (1997)
- Smart c. Trinidad y Tobago, No. 672/1995, Informe A/53/40 (1998)
- Smith c. Jamaica, No. 282/1988, Informe A/48/40 (1993)
- Smith y Stewart c. Jamaica, No. 668/1995, Informe A/54/40 (1999)
- Snijders c. Países Bajos, No. 651/1996, Informe A/53/40 (1998)
- Sohn c. República de Corea, No. 518/1992, Informe A/50/40 (1995)
- Solórzano c. Venezuela, No. 156/1983, Selección de decisiones, vol. II
- Somers c. Hungría, No. 566/1993, Informe A/51/40 (1996)
- Sooklal c. Trinidad y Tobago, No. 928/2000, A/57/40 (2002)

- Soriano de Bouton c. Uruguay, No. 37/1978, Selección de decisiones vol. I
- Spakmo c. Noruega, No. 666/1995 A/55/40 (2000)
- Steadman c. Jamaica, No. 528/1993, Informe A/52/40 (1997)
- Stephens c. Jamaica, No. 373/1989, A/51/40 (1997)
- Stewart c. Canadá, No. 538/1993, Informe A/52/40 (1997)
- Teesdale c. Trinidad y Tobago, No. 677/1996, Informe A/57/40 (2002)
- Terán Jijón c. Ecuador, No. 277/1988, Informe A/47/40 1992
- Taylor, D. c. Jamaica, No. 705/1996, Informe A/53/40 (1998)
- Taylor, P. c. Jamaica, No. 707/1996, Informe A/52/40 (1997)
- Thomas, A. c. Jamaica, No. 272/1989, Informe A/47/40 (1992)1992
- Thomas, D. c. Jamaica, No. 800/1998, Informe A/54/40 (1999)
- Thomas, M. c. Jamaica, No. 532/1993, Informe A/53/40 (1998)
- Thompson c. S. Vicente y las Grenadinas, No. 806/1998, Informe A/56/40 (2000)
- Toonen c. Australia, No. 488/1992, Informe A/49/40 (1994)
- Toala y otros c. Nueva Zelanda, No. 675/1995, Informe A/56/40 (2001)
- Tomlin c. Jamaica, No. 589/1994, Informe A/51/40 (1996)
- Torregrossa y otros c. España, No. 866/1999, Informe A/56/40 (2001)
- Torres c. Finlandia, No. 291/1988, Informe A/45/40 (1990)
- Torres Ramírez c. Uruguay, No. 4/1977, Selección de decisiones, vol. I
- Tourón c. Uruguay, No. 32/1978, Selección de decisiones, vol. I
- Tshishimbi c. Zaire, No. 542/1993, Informe A/52/40 (1997)
- V.M.R.B c. Canadá, No. 236/1987, A/44/40 (1989)
- Valentini y otros c. Uruguay – Véase Bazzano c. Uruguay
- Van Alphen c. Países Bajos, No. 305/1988, Informe A/45/40 (1990)
- Van der Houwen c. Países Bajos, No. 583/1994, A/50/40 (1995)
- Van Duzen c. Canadá, No. 50/1979, Selección de decisiones, vol. I
- Van Meurs c. Países Bajos, No. 215/1986, Informe A/45/40 (1990)

- Van Oord y otro c. Países Bajos, No. 658/1995, Informe A/52/40 (1997)
- Vasilskis c. Uruguay, No. 80/1980, Selección de decisiones, vol. II
- Vernier y Nicolas c. Francia, No. 694/1996, A/55/40 (2000)
- Villacrés Ortega c. Ecuador, No. 481/1991, Informe A/52/40 (1997)
- Vos, A.P.J. c. Países Bajos, Informe A/53/40 (1998)
- Vos, H.S. c. Países Bajos, No. 218/1986, Informe A/44/40 (1989)
- Voulanne c. Finlandia, No. 265/1987, Informe A/44/40 (1989)
- W.B.E. c. Países Bajos, No. 432/1992, Informe A/48/40 (1993)
- Wackenheim c. Francia, No. 854/1999, Informe A/57/40 (2002)
- Waldman c. Canadá, No. 694/1996, Informe A/55/40 (2000)
- Walker y Richards c. Jamaica, No. 639/1996, Informe A/52/40 (1997)
- Walrevens c. Australia, No. 832/1998, Informe A/52/40 (1997)
- Weinberger c. Uruguay, No. 28/1978, Selección de decisiones, vol. I
- Werenbeck c. Australia, No. 579/1994, Informe A/52/40 (1997)
- Westerman c. Países Bajos, No. 682/1996, Informe A/55/40 (2000)
- Whyte c. Jamaica, No. 732/1997, Informe A/53/40 (1998)
- Winata c. Australia, No. 930/2000, Informe A/56/40 (2001)
- Wolf c. Panamá, No. 289/1988, Informe A/47/40 (1992)
- Wright, C. c. Jamaica, No. 349/1989, Informe A/47/40 (1992)
- Wright y Harvey c. Jamaica, No. 459/1991, A/51/40 (1996)
- Yaseen y Thomas c. Guyana, No. 676/1996, Informe A/53/40 (1998)
- Zwann de Vries c. Países Bajos, No.182/1984, Informe A/42/40(1987)

Comité contra la Discriminación Racial

- Ahmad c. Dinamarca, No.16/1999 (2000)
- L.K. c. Dinamarca, No. 4/1991 1993
- Yilmaz-Dogan c. los Países Bajos, No.1/1984 (1987)

Comité contra la Tortura

Elmi c. Australia, No. 120/1998 A/54/44 (1999)
G.R.B c. Suecia, No. 83/1997, A/53/44 (1998)
M.B.B. c. Suecia, No. 104/1998 A/54/44 (1999)
M.P.S. c. Australia, No. 138/1999 A/57/44 (2002)
Núñez Chipana c. Venezuela, No. 110/1998 A/54/44 (1999)
Tapia Páez c. Suecia, No. 39/1996 A/53/44 (1998)

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Baena Ricardo (Fondo), sentencia del 2 de enero de 2001
Bámaca Velásquez (Fondo), sentencia del 25 de noviembre de 2000
Barrios Altos (Fondo), sentencia del 14 de marzo de 2001
Blake (Excepciones preliminares), sentencia del 2 de julio de 1996
Blake (Fondo), sentencia del 24 de enero de 1998
Cantoral Benavides (Fondo), sentencia del 18 de agosto de 2000
Castillo Páez (Fondo), sentencia del 3 de noviembre de 1997
Castillo Petruzzi y otros (Fondo), sentencia del 30 de mayo de 1999
Cesti Hurtado (Fondo), sentencia del 29 de septiembre de 1999
Cesti Hurtado (Reparaciones), sentencia del 31 de mayo de 2001
Comunidad Mayagna Awas Tingni (Fondo), sentencia del 31 de agosto de 2001
Durand y Ugarte (Fondo), sentencia del 16 de agosto de 2000
Gangaram Panday (Fondo), sentencia del 4 de diciembre de 1991
Genie Lacayo (Fondo), sentencia del 29 de enero de 1997
Ivcher Bronstein (Fondo), sentencia del 6 de febrero de 2001
Loayza Tamayo (Fondo), sentencia del 17 de septiembre de 1997
Neira Alegría y otros (Fondo), sentencia del 19 de enero de 1995
Niños de la Calle (Fondo), sentencia del 19 de noviembre de 1999
Las Palmeras (Excepciones preliminares), sentencia del 3 de febrero de 2000
Paniagua Morales (Fondo), sentencia del 8 de marzo de 1998
Suárez Rosero (Fondo), sentencia del 12 de noviembre de 1997

Suaréz Rosero (Interpretación de la sentencia sobre reparaciones),
sentencia del 29 de mayo de 1999
Tribunal Constitucional (Perú) (Fondo), sentencia del 31 de enero
de 2001
La última tentación de Cristo (Fondo), sentencia del 5 de febrero de
2001
Velásquez Rodríguez (Excepciones preliminares), sentencia del 26
de junio de 1987
Velásquez Rodríguez (Fondo), sentencia del 29 de julio de 1988
Villagrán Morales y otros - Véase Caso Niños de la Calle

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Caso 1802 (Paraguay), *Diez años de actividades*
Caso 2141 (Estados Unidos), Informe Anual 1980-1981
Caso 2711 (Uruguay), Informe Anual 1982-83

Abella c. Argentina – Véase caso La Tablada
Aguado Montealegre c. Nicaragua, caso 10.198, Informe 29/89
Alarcón y otros c. Perú, caso 10.942, Informe 40/97 (1997)
Aldea Moiwana, caso 11.821, Informe 26/00 (1999)
Alejandre y otros c. Cuba – Véase caso “Hermanos al rescate”
Aylwin Azócar y otros c. Chile, caso 11.863, Informe 137/99 (1999)
Andrews c. Estados Unidos, caso 11.139, Informe 57/96 (1997)

Baptiste c. Grenada, caso 11.743, Informe 38/00 (1999)
Bolaños Quinóñez c. Ecuador, caso 10.580, Informe 10/95 (1995)
Bomchil y otro c. Argentina, casos 9777 y 9718 (Informe Anual 1987-
1988)
Bravo Mena c. México, caso 10.956, Informe 14/73 (1993)
Bronstein y otros c. Argentina, caso 11.205 y otros, Informe 2/97 (1997)
Briggs c. Trinidad y Tobago, caso 11.815, Informe 58/99 (1998)
Bustios Saavedra c. Perú, caso 10.548, Informe 38/97 (1997)

- Cabrejos Bernuy c. Perú, caso 11.800, Informe 110/00 (2000)
- Calvalcante y otros c. Brasil, casos 11.07 y otros, Informe 55/01 (2000)
- Caso Carandirú c. Brasil, caso 11.291, Informe 34/00 (1999)
- Carranza c. Argentina, caso 10.087, Informe 30/97 (1997)
- Castillo Pezo y otros c. Perú, caso 10.471 y otros, Informe 51/99 (1998)
- Cayard c. Haití, caso 2976, resolución 15/83 (1982-1983)
- Celestine c. Estados Unidos, caso 10.031, resolución No. 23/89 (1989-1990)
- Coard y otros c. Estados Unidos de América, caso 10.951, Informe 109/99 (1999)
- Congo c. Ecuador, caso 11.427, Informe 63/99 (1998)
- Comadres c. El Salvador, caso 10.948, Informe 13/96 (1995)
- Chanfeau Orayce y otros c. Chile, caso 11.505 y otros, Informe 25.98 (1997)
- Caso Chumbivilcas (Perú), caso 10.559, Informe 1/96 (1995)
- Da Silva c. Brasil, caso 11.589, Informe 9/00 (1999)
- Dann y Dann c. Estados Unidos de América, caso 11.140, Informe 75/02 (2002)
- De Oliviera c. Brasil, caso 11.287, Informe 24/98 (1997)
- De la Cruz Gómez c. Guatemala, caso 10.606, Informe 11.98 (1997)
- De los Santos Mendoza y otros c. Uruguay, caso 10.029, Informe 29/92 (1992-1993)
- Deeb c. Haití, caso 9040, resolución No. 43/83, Informe Anual 1983-1984
- Desapariciones (Guatemala), caso 10.588 y otros, Informe 40/00 (1999)
- Disabled Peoples' International c. Estados Unidos – Véase caso Richmond Hill
- Domínguez c. Estados Unidos, caso 12.285, Informe No. 62/02 (2002)

Edwards y otros c. Bahamas, caso 12.067 y otros, Informe 48/01 (2000)

Ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de personas (Perú), caso 10.245 y otros, Informe 101/01 (2001)

Ejido Morelia (México), caso 11.411, Informe 48/97 (1997)

Ellacuría y otros c. El Salvador - Véase caso de los Jesuitas

Estado de Nuevo León (México), caso 10.180, Informe 8/91 (1990-1991)

Estiverne c. Haití, caso 9855, resolución 20/88 (1987-1988)

Feldman y otros c. Colombia, caso 11.010, Informe 15/95 (1995)

Ferrer-Mazorra y otros c. Estados Unidos, caso 9903, Informe 51/01 (2000)

Figuredo Planchart c. Venezuela, caso 11.298, Informe 50/00 (1999)

Finca La Exacta (Guatemala), caso 11.382, Informe 57/02 (2002)

Firminech c. Argentina, caso 10.037, Informe 17/89 (1988-1989)

Fuentes Guerrero c. Colombia, caso 11.519, Informe 61/99 (1998)

Gallardo Rodríguez c. México, caso 11.430, Informe 43/96 (1996)

Garcés Valladares c. Ecuador, caso 11.778, Informe 64/99 (1998)

García Pérez y familia c. Perú, caso 11.006, Informe 27/94 (1994)

García Saccone c. Argentina, caso 11.671, Informe 8/98 (1997)

García Farjado y otros c. Nicaragua, caso 11.381, Informe 100/01 (2001)

García Franco c. Ecuador, caso 10.258, Informe 1/97 (1997)

Garza c. los Estados Unidos, caso 12.243, Informe 52/01 (2000)

Giménez c. Argentina, caso 11.245, Informe 12/96 (1995)

Gómez López c. Guatemala, caso 11.303, Informe 29/96 (1996)

Gómez López c. Venezuela, caso 11.703, Informe 82/98 (1998)

González c. México - Véase Hermanas González c. México

Guarcas Cipriano c. Guatemala, caso 11.275, Informe 140/99 (1999)

Guardado c. El Salvador, caso 10.915, Informe 8/94 (1993)

Hanríquez y otros c. Argentina, caso 11.784, Informe 73/00 (2000)

Hermanos al Rescate c. Cuba, caso 11.589, Informe 86/99 (1999)

Hermanas González c. México, caso 11.565, Informe 53/01 (2000)
Hernández Hernández c. México, caso 11.543, Informe 1/98 (1998)
Hernández Lima c. Guatemala, caso 11.297, Informe 28/96 (1996)
Herrera y otros c. Argentina, caso 10.147 y otros, Informe 28/
92(1992-1993)

Interdicción de haitianos, caso 10.675, Informe 51/96 (1999)
Isaza Echeverri y otro c. Colombia, caso 11.712, Informe 64/01 (2000)

Jesuitas (El Salvador), caso 10.488, Informe 136/99 (1999)
Jueces de Chiriquí (Panamá), caso 10.026, Informe 28/94 (1994)

Knights y otros c. Grenada, caso 12.028, Informe 47/01 (2000)

Lallion c. Grenada, caso 11.765, Informe 55/02 (2002)
Lamey y otros c. Jamaica, casos 11.846 y otros, Informe 49/01 (2000)
Levoyer Jiménez c. Ecuador, caso 11.992, Informe 66/01 (2001)
Lizardo Cabrera c. República Dominicana, caso 10.832, Informe
35/96 (1997)
López González c. Perú, caso 11.031, Informe 111/00 (2000)
López Aurelli y otros c. Argentina, caso 9850, Informe 74/90
(1990-1991)
Lovato Rivera c. El Salvador, caso 10.574, Informe 5/94 (1993)

M-19, caso 11.142, Informe 26/97 (1997)
Malary c. Haití, caso 11.335, Informe 78/02 (2002)
Manríquez c. México, caso 11.509, Informe 2/99 (1998)
Masacre Caloto (Colombia), caso 11.101, Informe 36/00 (1999)
Masacre de Riofrío (Colombia), caso 11.654, Informe 62/01 (2000)
Marín Ramírez c. Colombia, caso 11.403, Informe 48/98 (1998)
Marzioni c. Argentina, caso 11.673, Informe 39/96 (1996)
Mavares c. Venezuela, caso 11.068, Informe 49/96 (1997)
Martín de Mejía c. Perú, caso 10.970, Informe 5/96 (1995)
Medina Charry c. Colombia, caso 11.221, Informe 3/98 (1997)

Menores Detenidos (Honduras), caso 11.491, Informe 41/99 (1998)
Mejía y otros c. Guatemala, caso 10.553, Informe 32/96 (1996)
Miranda c. México, caso 11.739, Informe 50/99 (1998)
Morales de Sierra c. Guatemala, caso 11.625, Informe 4/01 (2000)

Oropeza c. México, caso 11.740, Informe 130/99 (1999)
Ortiz c. Guatemala, caso 10.526, Informe 31/96 (1996)
Oviedo c. Paraguay, caso 12.013, Informe 88/99 (1999)

Palacios c. Argentina, caso 10.194, Informe 105/99 (1999)
Parada Cea c. El Salvador, caso 10.480, Informe 1/99 (1998)
Peredo Valderrama c. México, caso 11.103, Informe 42/00 (1999)
Piché Cuca c. Guatemala, caso 10.975, Informe 36/93 (1993)
Prada González y otro c. Colombia, caso 11.710, Informe 63/01
(2000)
Procesos electorales (México), caso 9768 y otros, Informe 1/90
(1989-1990)

Remolcadora 13 de marzo (Cuba), caso 11.436, Informe 47.96 (1996)
Ribón Ávila y otros c. Colombia – Véase caso M-19
Richmond Hill (Estados Unidos), caso 9213, Informe 3/96 (1995)
Riebe Star y otros c. México, caso 11.610, Informe 49/99 (1998)
Ríos Brito c. Argentina, caso 10.109, resolución No. 26/88 (1987-
1988)
Ríos Montt c. Guatemala, caso 10.804, Informe 30/93 (1993)
Roach y Pinkerton, caso 9647, Informe 3/87 (1986-1987)
Robles Espinoza e hijos c. Perú, caso 11.317, Informe 20/99 (1998)
Romero c. El Salvador, caso 11.481, Informe 37/00 (1999)
Ruiz Dávila c. Perú, caso 10.491, Informe 41/97 (1997)

Salinas Sedo y otros c. Perú, caso 11.084, Informe 27/94 (1994)
San Agustín c. México, caso 11.509, Informe 9/97 (1996)
Sequieras Mangas c. Nicaragua, caso 11.218, Informe 52/97 (1997)
Soria Espinosa c. Chile, caso 11.725, Informe 133/99 (1999)

La Tablada, caso 11.137, Informe 55/97 (1997)

Tajudeen c. Costa Rica, caso 10.289, Informe 2/92 (1991)

Tames c. Brasil, caso 11.516, Informe 60/99 (1998)

Thomas c. Jamaica, caso 12.069, Informe 50/01 (2001)

Tordecilla c. Colombia, caso 10.337, Informe 7/00 (1999)

Ul Musicue y Coicue c. Colombia, caso 9853, Informe 4/98 (1997)

Unión Patriótica (Colombia), caso 11.227, Informe No. 5/97 (1996)

Velásquez y otros c. Guatemala – Véase caso Desapariciones (Guatemala)

Vila-Masot c. Venezuela, caso 11.216, Informe No.87/98 (1998)

Whitbeck Piñol c. Guatemala, caso 10.804 b, Informe 21/94 (1994)

X y Y c. Argentina, caso 10.506, Informe 38/96 (1996)

Yanomami (Paraguay), caso 7615, resolución 12/85 (1984-1985)

Corte Europea de Derechos Humanos

Irlanda c. Reino Unido, CEDH, sentencia del 18 de enero de 1978,
Serie A

Organización Internacional de Trabajo (OIT)

Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y
recomendaciones, 2001

Informe de la Comisión de Expertos en aplicación de convenios y
recomendaciones, 2003

Otras fuentes

Fuentes del sistema universal

Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre informes de Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Observaciones finales sobre un informe de Argelia, A/53/40
- Observaciones finales sobre un informe de Argentina, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de Australia, A/55/40
- Observaciones finales sobre un informe de Azerbaiyán, A/57/40
- Observaciones finales sobre un Informe de Belarús, A/53/40, 1997
- Observaciones finales sobre un informe de Bélgica, A/54/40, vol. 1, 1998
- Observaciones finales sobre un informe de Camerún, A/49/40, (1994)
- Observaciones finales sobre un informe de Canadá, CCPR/C/79/Add.105, A/54/40
- Observaciones finales sobre un informe de Colombia, A/52/40
- Observaciones finales sobre un informe de Costa Rica, A/49/40
- Observaciones finales sobre un informe de Croacia, A/56/40
- Observaciones finales sobre los informes de Chile, A/54/40, 1999
- Observaciones finales sobre un informe de China relativo a Hong Kong, A/55/40
- Observaciones finales sobre un informe de Dinamarca, CCPR/CO/70/DNK, A/55/40
- Observaciones finales sobre un informe de Egipto, A/48/40
- Observaciones finales sobre un informe de Eslovaquia, A/52/40
- Observaciones finales sobre un informe de Estados Unidos, A/50/40
- Observaciones finales sobre un informes de Georgia, A/57/40
- Observaciones finales sobre un informe de Guatemala, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de Guyana, CCPR/CO/70/G
- observaciones finales sobre un informe de India, A/52/40
- Observaciones finales sobre informes de Israel, A/48/40 y A/53/40
- Observaciones finales sobre un informe de Irán, A/48/40

- Observaciones finales sobre un informe de Iraq, A/53/40
- Observaciones finales sobre un informe de Irlanda, A/48/40
- Observaciones finales sobre un informe de Jamaica, CCPR/CO/70/J
- Observaciones finales sobre un informe de Japón, A/54/40 vol. I
- Observaciones finales sobre un informe de Jordania, A/46/40, 1991
- Observaciones finales sobre un informe de Kirguistán, A/55/40, vol. I
- Observaciones finales sobre un informe de Lesotho, A/54/40, 1999
- Observaciones finales sobre un informe del Líbano, A/52/40
- Observaciones finales sobre un informe de Libia, A/54/40, 1998
- Observaciones finales sobre un informe de Marruecos, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de México, CCPR/C/79/
Add.109, A/54/40
- Observaciones finales sobre un informe de Moldova, A/57/40
- Observaciones finales sobre un informe de Nigeria, A/51/40, 1996
- Observaciones finales sobre un informe de Noruega, CCPR/C/79/
Add.112, A/49/40
- Observaciones finales sobre un informes de Noruega, A/55/40, 1999
- Observaciones finales sobre un informe de los Países Bajos, A/56/40
vol. 1
- Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido, A/57/40,
vol. 1
- Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido sobre Hong
Kong, A/57/40
- Observaciones finales sobre un informe del Reino Unido sobre Ir-
landa de Norte, A/57/40
- Observaciones finales sobre un informe de la República Checa,
A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de la República de Corea,
A/55/40
- Observaciones finales sobre un informe de República Dominicana
- Observaciones finales sobre un informe de la R.P.D. Corea, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de Rusia, A/50/40
- Observaciones finales sobre un informe de Siria, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de Sri Lanka, A/50/40, 1995
- Observaciones finales sobre un informe de Suecia, CCPR/CO/74/SWE

- Observaciones finales sobre un informe de Tanzania A/53/40, 1998
- Observaciones finales sobre un informe de Trinidad y Tobago, CCPR/CO/70/TTO
- Observaciones finales sobre un informe de Ucrania, A/57/40
- Observaciones finales sobre un informe de Uzbekistán, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informes de Venezuela, A/56/40
- Observaciones finales sobre un informe de Vietnam, A/57/40, 2001
- Observaciones finales sobre un informe de Zimbabwe, A/53/40, 1998

Observaciones finales del Comité de Derechos del Niño sobre informes de Estados Partes en la Convención sobre los Derechos del Niño

- Observaciones finales sobre el informe de Belice, A/55/41
- Observaciones finales sobre los informes de Bolivia A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Costa Rica A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Chile, CRC/C/15/Add/173
- Observaciones finales sobre el informe de Ecuador, CRC/C/15/Add. 93
- Observaciones finales sobre el informe de Honduras, A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Irán, CRC/C/15/Add.123
- Observaciones finales sobre el informe de México, A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Nicaragua A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Perú, A/55/41
- Observaciones finales sobre el informe de Polonia, CRC/C/15/Add.194
- Observaciones finales sobre el informe de la República de Corea, CRC/C/15/Add.197
- Observaciones finales sobre el informe de Trinidad y Tobago, A/53/41
- Observaciones finales sobre el informe de Venezuela, A/55/41

Otras fuentes del sistema universal

- Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes, OIT/OIM, 2002

- Comité de Derechos Humanos, recomendación a la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, A/49/40 vol. I, anexo XI
- Comité de los Derechos del Niño, Recomendación sobre artículo 38 de la Convención, 1999, A/55/41, p. 6
- Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 21, La igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares (1994)
- Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General No. 23, Vida política y pública (1997)
- Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, Recomendación General, No. 24, art. 12 - La mujer y la salud (1999)
- Declaración de Viena, adoptada por la segunda Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos celebrada en Viena (1993)
- Directrices para la elaboración de legislación sobre los estados de excepción, elaboradas por el Relator Especial sobre derechos humanos y estados de excepción, E/CN.4/Sub.2/1991/28
- Documento final de la Conferencia Internacional Consultiva sobre la educación escolar en relación con la libertad de religión, de convicciones, la tolerancia y la no discriminación (2001)
- Eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, E. Odio Benito, Serie de Estudios No. 2 (1989)
- Estudio sobre la igualdad en la administración de justicia, M. Abu Rannat (1972)
- Estudio del derecho de todo individuo a no ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado, H. Santa Cruz (1964)
- Estudio sobre el derecho a la libre determinación en su desarrollo histórico y actual, E/CN.4/Sub.2/404/Rev.1, publicado en 1981
- Estudio sobre la implementación de las resoluciones de las Naciones Unidas relativas al derecho a la libre determinación, E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 (1980)
- Estudio sobre la discriminación en materia de libertad de religión y de prácticas religiosas (1960)

- Informe de la Comisión Especial sobre Grecia, Boletín Oficial de la OIT, vol. LIV, No. 2, 1971, anexo especial
- Informe del Departamento de Asuntos Políticos de las Naciones Unidas, Seminario sobre democracia y derechos humanos, Ginebra, noviembre 2002
- Relator Especial sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, Informes A/56/253, E/CN.4/2002/73, E/CN.4/2002/73 Add.1 (Informe sobre una visita a Argentina), E/CN.4/2003/66, E/CN.4/2003/66/Add.1 (Informe sobre una visita a Argelia)
- Relator especial sobre ejecuciones sumarias o extrajudiciales, Informe para 1992, E/CN.4/1992/30, E/CN.4/1994/7/Add.2 (Informe sobre una misión a Perú)
- Relator Especial sobre el concepto y práctica de la acción afirmativa, Informe E/CN.4/Sub.2/2001. 15
- Relatora Especial sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones
- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre genocidio, Informe, E/CN.4/Sub.2/1985/6
- Relator Especial sobre libertad de opinión y expresión, E/CN.4/2002/75
- Representante Especial del Secretario General sobre personas desplazadas, E/CN.4/2003/86
- Relatora Especial sobre la violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado, E/CN.4/Sub.2/2000/3
- Relator Especial para Irak, E/CN.4/1993/45
- Relator Especial para Sudán, Informe E/CN.4/1994/48
- Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los estados de excepción (Informe Questiaux) E/CN.4/Sub.2/1982/15
- Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los estados de excepción, Informe E/CN.4/1985/4 (contiene los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación

y derogación del PIDCP elaborados por una reunión de expertos internacionales), y E/CN.4/Sub.2/1991/28 (contiene el proyecto de directrices para la elaboración de legislación sobre los estados de excepción realizado por el Relator Especial)

Trabajos preparatorios de la Convención sobre los derechos del niño, E/CN.4/1349 y E/CN.4/1989/48

Fuentes del sistema interamericano

Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de derechos humanos en distintos países

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Bolivia, 1981

Informe sobre la situación de derechos humanos en Brasil, 1997

Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado, 2000

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, 1981

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Cuba, 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile, 1985

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, 1997

Informe sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador, 1978

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 1983

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1979

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1988,

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1993

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1994

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Haití, 1995

Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 1998

Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1978

- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Nicaragua, 1981
- Informe sobre los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen miskito, 1984
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1978
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, 1987
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Perú, 2000
- Informe sobre la situación de los derechos humanos en Surinam, 1985
- Quinto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 2001
- Tercer Informe sobre los derechos humanos en Colombia, 1999

Informes especiales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Informe sobre la condición de la mujer en las Américas, 1998
- Informe sobre la situación de derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, 2000
- Informe sobre terrorismo y derechos humanos, 2002

Otros documentos contenidos en los Informes Anuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Estudio comparativo del proyecto de convención americana y el PIDCP Dunshee de Abranches, Relator de la CIDH, Anuario de la CIDH, 1968
- Informe sobre Argentina, Diez años de actividades de la Comisión Interamericana
- Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Chile, Informe Anual 1979-1980

- Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Uruguay, Informe Anual 1979-1980
- Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Chile, Informe Anual 1983-1984
- Informe sobre El Salvador, Informe Anual 1990-1991
- Informe sobre El Salvador, Informe Anual 1991
- Informe sobre Guatemala, Informe Anual 1982-1983
- Informe sobre la situación de haitianos en República Dominicana, Informe Anual 1991
- Informe sobre la evolución de la situación de los derechos humanos en Paraguay, Informe Anual 1979-1980
- Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Informe Anual 1994, Cap. V, Parte V
- Informe de la Relatoría para la libertad de expresión, Informe Anual CIDH, 1999, vol. III; Informe Anual CIDH, 2000, vol. III, e Informe Anual CIDH, 2001, vol. III

Otras fuentes interamericanas

- Actas y documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, 1969
- Declaración de la quinta reunión de ministros de relaciones exteriores de la OEA (Declaración de Santiago), 1959, Informe Anual CIDH 1960-1961
- Estudio sobre Delitos Políticos, OEA, 1959
- Resolución No. 31/124 de la Asamblea General de la OEA, 15 de diciembre de 1976
- Resolución No. 666 (XIII/83) de la Asamblea General de la OEA, 1983
- Resolución No. MRE/RES.1/91 de una reunión de los ministros de Relaciones Exteriores de la OEA