



NACIONES UNIDAS



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Guatemala

Insumos para la formación en derechos humanos y administración de justicia

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

Insumos para la formación en derechos humanos y administración de justicia



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Guatemala

Insumos para la formación en derechos humanos y administración de justicia

Basado en el documento “Derechos humanos en la
administración de justicia: un manual de derechos humanos para
jueces, fiscales y abogados”

Elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los
Derechos Humanos en cooperación con la Asociación Internacional de Abogados
Naciones Unidas - Nueva York y Ginebra - 2003



NACIONES UNIDAS
DERECHOS HUMANOS
OFICINA DEL ALTO COMISIONADO

Guatemala

Fotografías: Minugua

Impreso en Guatemala - diciembre 2010
Documento para distribución gratuita

Índice

Presentación.....	i
Capítulo 1	
Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el rol de la profesión legal: Una introducción general.....	1
Objetivos de aprendizaje.....	1
Preguntas.....	1
1. Introducción.....	2
2. Origen, significado y alcance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	2
2.1 La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	2
2.2 La dimensión ética de los derechos humanos.....	4
2.3 Los derechos humanos y su impacto en la paz, la seguridad y desarrollo a nivel nacional e internacional.....	5
2.4 Las fuentes del derecho.....	6
2.4.1 <i>Los Tratados Internacionales</i>	8
2.4.2 <i>Derecho Internacional Consuetudinario</i>	9
2.4.3 <i>Principios generales de derecho reconocidos por la comunidad de naciones</i>	12
2.4.4 <i>Medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho</i>	13
2.5 El concepto de <i>corpus juris</i> de los derechos humanos.....	14
2.6 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: inquietudes comunes y diferencias básicas.....	14
2.7 Reservas y declaraciones interpretativas a los tratados internacionales de derechos humanos.....	15
2.8 Restricciones en el ejercicio de los derechos.....	17
2.9 Suspensiones de obligaciones jurídicas internacionales.....	17

2.10 Responsabilidad internacional del Estado con respecto a violaciones de derechos humanos.....	19
3. Empresas y derechos humanos.....	22
4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el nivel nacional.....	23
4.1 Incorporación de Derecho Internacional en los sistemas jurídicos nacionales.....	23
4.2 La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las cortes nacionales: algunos ejemplos prácticos.....	25
5. Papel de los profesionales del derecho en la implementación de los derechos humanos.....	28
6. Observaciones finales.....	29

Capítulo 2

Los principales instrumentos universales de derechos humanos y los mecanismos para su implementación..... 31

Objetivos de aprendizaje.....	31
Preguntas.....	31
1. Introducción.....	32
1.1 Alcances del capítulo.....	32
1.2 Mecanismos de control basados en los tratados internacionales.....	32
1.3 Derechos civiles y políticos y económicos, sociales y culturales.....	34
2. Principales tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas y su implementación.....	36
2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 y sus dos Protocolos, 1966 y 1989.....	36
2.1.1 Obligaciones de los Estados Parte.....	36
2.1.2 Derechos reconocidos.....	37
2.1.3 Restricciones permitidas al ejercicio de los derechos.....	39
2.1.4 Suspensiones permitidas a las obligaciones jurídicas.....	41
2.1.5 Mecanismo de implementación.....	43

2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, y su Protocolo, 2009.....	44
2.2.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	45
2.2.2 <i>Derechos reconocidos</i>	46
2.2.3 <i>Limitaciones permitidas al ejercicio de los derechos</i>	46
2.2.4 <i>Mecanismo de implementación</i>	48
2.3 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989 y sus dos Protocolos Facultativos, 2000.....	49
2.3.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	50
2.3.2 <i>Derechos reconocidos</i>	50
2.3.3 <i>Restricciones permitidas al ejercicio de los derechos</i>	53
2.3.4 <i>Mecanismo de implementación</i>	54
2.4 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.....	54
2.4.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	55
2.4.2 <i>Derechos reconocidos</i>	56
2.4.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	57
2.5 Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, 1984 y su Protocolo, 2002.....	58
2.5.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	58
2.5.2 <i>Derechos reconocidos</i>	59
2.5.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	60
2.6 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, y su Protocolo, 1999.....	63
2.6.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	63
2.6.2 <i>Derechos reconocidos</i>	64
2.6.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	65
2.7 Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948.....	66
2.7.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	66
2.7.2 <i>Ámbito jurídico de la Convención</i>	67
2.7.3 <i>Crímenes internacionales: desarrollo legal reciente</i>	68
2.8 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990.....	70
2.8.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	70
2.8.2 <i>Derechos reconocidos</i>	70
2.8.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	71

2.9 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008.....	72
2.9.1 Obligaciones de los Estados Parte.....	72
2.9.2 Derechos reconocidos.....	72
2.9.3 Mecanismo de implementación.....	73
2.10 Convención Internacional para la protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2010.....	74
2.10.1 Obligaciones de los Estados Parte.....	74
2.10.2 Derechos reconocidos.....	74
2.10.3 Mecanismo de implementación.....	75
3. Otros instrumentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.....	76
3.1 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 1981.....	76
3.2. Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, 1990.....	77
3.3 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 1988.....	77
3.4 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990.....	77
3.5 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, 1982.....	78
3.6 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979.....	78
3.7 Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), 1990.....	79
3.8 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 1990.....	79
3.9 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores (Reglas de Beijing), 1985.....	79
3.10 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, 1985.....	80
3.11 Declaración sobre la protección de todas para las personas contra las desapariciones forzadas, 1992.....	80
3.12 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, (“Declaración sobre defensores de derechos humanos”) 1998.....	80

3.13 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2005.....	81
4. Instrumentos adoptados por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.....	82
5. Mecanismos extra-convencionales de monitoreo de las Naciones Unidas para la vigilancia de los derechos humanos.....	82
5.1 Procedimientos especiales I: Mandatos temáticos o por país.....	83
5.2 Procedimientos especiales II: El procedimiento de denuncia 1503.....	84
6. Observaciones finales.....	85

Capítulo 3

Los principales instrumentos de derechos humanos en el sistema interamericano y los mecanismos para su implementación.... 87

Objetivos de aprendizaje.....	87
Preguntas.....	87
1. Introducción.....	88
2. El sistema interamericano de protección de derechos humanos.....	88
2.1 Carta de la Organización de Estados Americanos, 1948 y el Protocolo de Buenos Aires, 1970.....	88
2.2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.....	89
2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, y sus Protocolos de 1988 y 1990.....	90
2.3.1 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	91
2.3.2 <i>Derechos reconocidos</i>	92
2.3.3 <i>Restricciones permitidas en el ejercicio de los derechos</i>	94
2.3.4 <i>Suspensiones permitidas a las obligaciones jurídicas internacionales</i>	96
2.3.5 <i>Mecanismo de implementación</i>	97
3. Otros tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos y su implementación.....	102

3.1 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985.....	102
3.1.1 <i>El alcance de la Convención</i>	102
3.1.2 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	103
3.1.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	103
3.2 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994.....	104
3.2.1 <i>El ámbito de la Convención</i>	104
3.2.2 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	104
3.2.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	105
3.3 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994.....	105
3.3.1 <i>El ámbito de la Convención</i>	106
3.3.2 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	106
3.3.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	106
3.4 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.....	107
3.4.1 <i>El ámbito de la Convención</i>	108
3.4.2 <i>Obligaciones de los Estados Parte</i>	108
3.4.3 <i>Mecanismo de implementación</i>	108
4. Observaciones finales.....	109

Capítulo 4

Independencia e imparcialidad de jueces, fiscales y abogados..... 111

Objetivos de aprendizaje.....	111
Preguntas.....	111
Instrumentos jurídicos relevantes.....	112
1. Introducción.....	112
2. El papel de los jueces, fiscales y abogados en la defensa del Estado de Derecho.....	113
3. Desafíos a la independencia e imparcialidad de los profesionales del Derecho.....	114
4. Derecho Internacional y la independencia e imparcialidad de la judicatura.....	116
4.1 Derecho internacional aplicable.....	116

4.2 Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, 1985.....	117
4.3 Nociones de independencia e imparcialidad: vínculos y diferencias básicas.....	117
4.4 Noción de independencia institucional.....	118
4.4.1 <i>Independencia respecto de cuestiones administrativas</i>	119
4.4.2 <i>Independencia en materia financiera</i>	119
4.4.3 <i>Independencia en la toma de decisiones</i>	119
4.4.4 <i>Competencia jurisdiccional</i>	120
4.5 Noción de independencia individual.....	121
4.5.1 <i>Nombramiento</i>	122
4.5.2 <i>Estabilidad laboral</i>	125
4.5.3 <i>Seguridad financiera</i>	126
4.5.4 <i>Ascenso</i>	127
4.5.5 <i>Responsabilidad</i>	128
4.5.6 <i>Libertad de expresión y asociación</i>	133
4.5.7 <i>Capacitación y formación</i>	133
4.5.8 <i>Seguridad frente a ataques a su vida e integridad personal</i>	134
4.5.9 <i>El derecho y la obligación de garantizar procedimientos judiciales justos y emitir decisiones razonadas</i>	134
4.6 Noción de imparcialidad.....	136
4.7 Tribunales militares y otras cortes y tribunales especiales.....	139
5. El Derecho Internacional y la independencia de los fiscales.....	143
5.1 Independencia e imparcialidad.....	143
5.2 Directrices sobre la función de los fiscales	143
5.3 Calificaciones profesionales.....	144
5.4 Situación y condiciones de servicio.....	145
5.5 Libertad de expresión y asociación.....	145
5.6 La función en los procedimientos penales.....	146
5.7 Responsabilidad.....	147
6. El Derecho Internacional y la independencia de los abogados.....	148
6.1 Derecho Internacional aplicable.....	148
6.2 Deberes y responsabilidades.....	149

6.3 Garantías para el ejercicio de los abogados.....	149
6.4 Los abogados y las libertades fundamentales.....	151
6.4.1 Permiso del Ejecutivo para ejercer la profesión legal.....	151
6.4.2 El derecho de reunión pacífica.....	152
6.4.3 El derecho a la libertad de asociación.....	153
6.4.4 El derecho a la libertad de expresión.....	154
6.5 Códigos de conducta profesional.....	155
7. Observaciones finales.....	156

Capítulo 5

Derecho a la igualdad y a la no discriminación en la administración de justicia..... 157

Objetivos de aprendizaje.....	157
Preguntas.....	157
Instrumentos legales importantes.....	158
1. Introducción.....	159
1.1 Discriminación: Una violación seria y persistente a los derechos humanos.....	159
1.2 Rol de jueces, fiscales y abogados en la protección de las personas contra la discriminación.....	160
1.3 Breve reseña de la historia del derecho internacional aplicable.....	161
1.4 Propósito y alcance del presente capítulo.....	162
2. Disposiciones jurídicas universales que garantizan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.....	162
2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.....	162
2.2 Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948.....	163
2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.....	165
2.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.....	167
2.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 1965.....	168

2.6 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.....	169
2.7 Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979.....	170
2.8 Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, 1981.....	171
2.9 Declaración de los Derechos sobre las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992.....	172
2.10 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990.....	173
2.11 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008.....	173
3. Disposiciones jurídicas del sistema interamericano de protección a los derechos humanos que garantizan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación.....	174
3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.....	174
3.2 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1988.....	175
3.3 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994.....	176
3.4 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999.....	176
4. Estados de excepción y prohibición de la discriminación.....	177
5. Significado general de igualdad y no discriminación.....	179
6. Jurisprudencia internacional sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación.....	182
6.1 Raza, color y origen étnico.....	183
6.1.1 Denigración racial.....	183
6.1.2 Derecho a la libertad de locomoción y residencia.....	184
6.1.3 Discriminación racial y étnica en la aplicación de la ley.....	184
6.1.4 Discriminación racial en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales..	185
6.2 Género.....	186
6.2.1 Derecho a entablar acción judicial respecto a los bienes durante el matrimonio.....	186
6.2.2 Derecho al respeto de la vida privada y familiar.....	186

6.2.3 <i>Derechos de pensión preferencial</i>	188
6.2.4 <i>Beneficios de seguridad social</i>	189
6.2.5 <i>Asignación de permiso parental</i>	189
6.2.6 <i>Adquisición de ciudadanía</i>	190
6.2.7 <i>Equidad en el matrimonio</i>	191
6.3 Idioma.....	192
6.4 Religión o pensamiento.....	193
6.4.1 <i>Objeción de conciencia al servicio militar</i>	193
6.4.2 <i>Obligación de utilizar equipo de seguridad en el trabajo</i>	195
6.4.3 <i>Falta de personalidad jurídica para actuar ante los tribunales</i>	196
6.5 Propiedad.....	196
6.6 Nacimiento y cualquier otra condición	197
6.6.1 <i>Beneficios de seguridad social para parejas casadas/no casadas</i>	197
6.6.2 <i>Derechos de herencia</i>	198
6.6.3 <i>Condiciones de nacimiento y ascendencia para candidatos presidenciales</i>	200
6.7 Origen nacional.....	201
6.8 Orientación sexual.....	202
6.9 Niñez.....	204
6.10 Tercera edad.....	204
6.11 Minorías.....	205
6.11.1 <i>Derecho a la cultura propia</i>	205
6.11.2 <i>Derecho a residir en una reserva nativa</i>	206
7. Acción afirmativa.....	207
8. Observaciones finales.....	210

Presentación

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala –OACNUDH-, en el marco de su mandato, realiza actividades que persiguen mejorar la comprensión y aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos por parte de las instituciones estatales, de tal forma que sean incorporados efectivamente en las normas, la jurisprudencia y en la formulación de políticas públicas. Con base en este objetivo, también emprende acciones orientadas a contribuir a fortalecer el conocimiento de miembros claves del sistema de justicia sobre los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

En este contexto, la OACNUDH consideró importante contar con una herramienta de formación y capacitación sobre la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito de la administración de justicia dirigida a jueces, fiscales, defensores públicos, abogados y estudiantes.

Para tal propósito, la OACNUDH en Guatemala realizó la traducción de cinco capítulos seleccionados del Manual “Derechos humanos en la administración de justicia: Un manual de derechos humanos para jueces, fiscales y abogados”, cuya versión original en inglés fue publicada por la OACNUDH en cooperación con la Asociación Internacional de Abogados, en el año 2003, con el fin de coadyuvar a la capacitación de profesionales del Derecho en varios países¹. Además se ha actualizado su contenido y se le ha dado prevalencia a ciertos aspectos, como el sistema interamericano de derechos humanos, teniendo en cuenta el contexto latinoamericano.

Los capítulos escogidos abordan las nociones y conceptos generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el papel de las y los profesionales del Derecho; los principales instrumentos universales y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los mecanismos para su implementación; la independencia e imparcialidad de los jueces, fiscales y abogados; y el derecho a la igualdad y a la no discriminación en la administración de justicia.

El capítulo 1 se titula “Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el rol de la profesión legal: una introducción general” y aborda el origen, significado y alcance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Además, hace referencia a sus fuentes y a su dimensión ética, así como a su relación con el Derecho Internacional Humanitario. Este capítulo también analiza la responsabilidad internacional del Estado con respecto a violaciones de derechos humanos y esgrime algunas consideraciones sobre el dinámico y novedoso campo de las empresas y los derechos humanos. Cabe destacar que el capítulo trata la incorporación de Derecho Internacional en los sistemas jurídicos nacionales y explica varios ejemplos prácticos. Finalmente, el capítulo se refiere al rol de profesionales del derecho en la implementación de los derechos humanos.

¹ La versión completa del Manual en inglés puede ser consultada en el sitio web de OACNUDH: www.ohchr.org

Los principales instrumentos universales de derechos humanos y los mecanismos para su implementación son tratados en el capítulo 2. A lo largo de esta sección del Manual, se reseñan las obligaciones de los Estados Parte, los derechos reconocidos y los mecanismos de implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, Convención sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familias, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Convención para la Protección de todas las Personas contra la Desaparición Forzada. Asimismo, se hacen breves anotaciones sobre otros instrumentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y sobre otros adoptados por el Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente. Por último, se describen los mecanismos extra-convencionales de monitoreo de las Naciones Unidas para la vigilancia de los derechos humanos.

En el capítulo 3 se abordan “Los principales instrumentos de derechos humanos en el sistema interamericano y los mecanismos para su implementación”. Este capítulo se inicia con una introducción a las provisiones sobre derechos humanos contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Seguidamente, se trata el ámbito de varios tratados a nivel interamericano, las obligaciones que bajo estos contraen los Estados Parte y los mecanismos para su implementación.

La “Independencia e imparcialidad de jueces, fiscales y abogados” es el tema del capítulo 4. Se aborda a profundidad el rol de los jueces, fiscales y abogados en la defensa del Estado de Derecho, los desafíos a la independencia e imparcialidad de los profesionales del Derecho, así como el Derecho Internacional aplicable.

El capítulo 5 se titula “El derecho a la igualdad y a la no discriminación en la administración de justicia”. Esta sección identifica a la discriminación como una violación seria y persistente a los derechos humanos y destaca el rol de los jueces, fiscales y abogados en la protección de las personas contra la discriminación. Se incluyen las disposiciones jurídicas universales y regionales que garantizan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación, y una amplia selección de estándares internacionales sobre no discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión y cualquier otra condición social, origen nacional, orientación sexual y niñez. Además, se hacen algunas consideraciones sobre los conceptos de minorías y acción afirmativa.

La OACNUDH espera que este Manual se convierta en una herramienta de consulta y referencia y un instrumento de formación y capacitación para los operadores de justicia, desde sus respectivos ámbitos de actuación: estudiantes, jueces, fiscales, defensores públicos y abogados.

Capítulo 1

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el rol de los profesionales del derecho: Una introducción general

Objetivos de aprendizaje

- *Asegurar que los lectores adquieran un conocimiento básico sobre el origen, propósito y dimensión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;*
- *Familiarizar a los lectores con la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el nivel nacional y comenzar a generar en ellos conciencia del importante rol que desempeñan los profesionales del derecho en esta materia.*

Preguntas

- *¿Qué es un derecho humano?*
- *¿En general, por qué son importantes los derechos humanos?*
- *¿Por qué son importantes los derechos humanos en el país donde usted se desempeña profesionalmente?*
- *En su rol de juez, fiscal, y/o abogado, ¿cómo ve usted su rol como promotor y protector de los derechos humanos en el ejercicio de sus deberes profesionales?*
- *¿Qué problemas específicos, si hubiere alguno, enfrenta en relación con la protección de los derechos humanos en el país/países donde trabaja?*

1. Introducción

En décadas recientes, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido un creciente impacto en los sistemas jurídicos nacionales en todo el mundo y, por ende, también ha influido en el trabajo diario de jueces, fiscales y abogados nacionales. Esta situación evolutiva, que difícilmente pudo haber sido prevista medio siglo atrás, requiere que cada Estado involucrado, así como los profesionales del derecho, contemplen cuidadosamente diferentes formas para asegurar que las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos humanos de los Estados sean efectivamente implementadas. En diferentes ámbitos, esto puede constituir un reto para los profesionales del derecho debido a conflictos en la aplicación de diferentes leyes, la falta de acceso a la información y la necesidad de una mayor capacitación.

El objetivo del presente manual es, por lo tanto, transmitir un conocimiento básico, así como habilidades para la implementación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a jueces, fiscales y abogados, profesionales del derecho sin los cuales no puede existir una protección eficiente y verdadera de los derechos de las personas en el ámbito nacional. Con este objetivo, el presente capítulo proporcionará una visión general e introductoria de los conceptos básicos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, mientras que los restantes capítulos incluirán información y análisis más detallados sobre los estándares de derechos humanos que son de particular relevancia para la administración de justicia.

2. Origen, significado y alcance del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

2.1 La Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos

El anhelo de la humanidad por el respeto, la tolerancia y la igualdad se remontan tiempo atrás en la historia. Sin embargo es curioso notar, que a pesar que nuestras sociedades, en cierta medida, han dado grandes pasos en los campos tecnológico, político, social y económico, las quejas de la sociedad contemporánea, en cuanto a esa tolerancia e igualdad, siguen siendo las mismas desde hace cientos y hasta miles de años.

En lo que se refiere a la protección de los derechos y libertades de la persona en el *nivel internacional*, el trabajo comenzó en el siglo diecinueve con el fin de declarar ilegal la esclavitud y mejorar la situación de los enfermos y heridos en tiempo de guerra¹. Al final de la Primera Guerra Mundial, diversos tratados fueron suscritos con países aliados o con los Estados que estaban en proceso de formación, con el

¹ A.H. Robertson, *Human Rights in the World* (Manchester, Manchester University Press, 1972), pp. 15-20.

propósito de darle una protección especial a las minorías². Alrededor de la misma época, en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue fundada con el fin de mejorar las condiciones de los trabajadores. A pesar de que el objetivo inicial de la OIT fue de carácter humanitario, existieron también, entre otras, razones políticas para su creación, ya que se temía que a menos que las condiciones del creciente número de trabajadores mejoraran, estos generarían disturbios sociales, inclusive una revolución, lo que pondría a su vez en peligro la paz y armonía del mundo³.

Tras las atrocidades cometidas durante la Segunda Guerra Mundial, la imperiosa necesidad de mantener la paz y la justicia para los seres humanos precipitó una búsqueda de métodos para fortalecer la cooperación internacional, incluyendo aquella encaminada tanto a la protección del ser humano contra el ejercicio arbitrario del poder del Estado, como al mejoramiento del nivel de vida. Los fundamentos de un nuevo ordenamiento jurídico internacional basado en estos propósitos y en ciertos principios fundamentales fueron establecidos en San Francisco el 26 de junio de 1945 con la adopción de la Carta de las Naciones Unidas. En el Preámbulo de la Carta, primero se reafirma “(...) la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”. Segundo, el Preámbulo también, entre otros aspectos, expresa la determinación de “ (...) promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Tercero, uno de los cuatro propósitos de las Naciones Unidas es, de acuerdo con el Artículo 1(3) de la Carta,

“3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión (...)”.

Otras disposiciones de la Carta que contienen referencias a los derechos humanos son: Artículos 13 (1)(b), 55(c), 62(2), 68, y 76(c). Es de particular importancia resaltar que, de acuerdo con una lectura en conjunto de los Artículos 56 y 55(c), los Estados Miembros de las Naciones Unidas tienen una obligación jurídica de “(...) tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de (...)” “(...)el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Este importante deber legal condiciona la participación de los Estados Miembros a través del programa de derechos humanos de las Naciones Unidas.

Con la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, las referencias lacónicas a los “derechos humanos y libertades fundamentales” existentes en la Carta, fueron aclaradas y su contenido se hizo más preciso. La Declaración

² Ibid., pp. 20-22.

³ Sobre la historia de la OIT, ver la página web de la OIT: <http://www.ilo.org/public/spanish/about/history.htm>

Universal reconoce los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales y, a pesar de que inicialmente no fue concebido como un documento vinculante por sí mismo, en la actualidad, su contenido es considerado como jurídicamente obligatorio para los Estados, bien sea como derecho internacional consuetudinario, principios generales de derecho o como principios fundamentales de humanidad. La Corte Internacional de Justicia en su dictamen en el caso que concernía a los rehenes de Teherán claramente invocó “los principios fundamentales enunciados en la (...) Declaración” como una obligación legal de Irán; en particular, en lo referente a la privación ilegal de la libertad y “el constreñimiento físico en condiciones de penuria”⁴.

Las devastantes experiencias de la Primera y Segunda Guerra Mundial resaltaron la necesidad imperiosa de proteger a la persona humana del ejercicio arbitrario del poder del Estado y de promover el progreso social y mejorar el nivel de vida dentro de un contexto de mayor libertad.

2.2 La dimensión ética de los derechos humanos

La propia naturaleza del concepto de derechos humanos consiste en que estos pertenecen al individuo en su calidad de ser humano, el cual no puede ser privado de esta *sustancia* bajo ninguna circunstancia. Por ende, estos derechos son intrínsecos a la condición humana. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dan expresión a esta base ética fundamental en los primeros párrafos de sus preámbulos, al reconocer “(...) la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Ésta, entonces, es una expresión del principio de *universalidad* de los derechos humanos, incluyendo el derecho a la igual protección de la ley, que es un principio fundamental que informa todo el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En lo que se refiere al nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también reconoce expresamente, en el segundo párrafo de su preámbulo, que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Como lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre el *Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías*, los derechos protegidos por la Convención no pueden, per se, ser suspendidos ni siquiera en estados de emergencia porque estos son “consustanciales con la persona”⁵. Es así que, según la Corte, lo que podría “suspenderse o impedirse” en virtud de la Convención es el “pleno y efectivo ejercicio” de los derechos contenidos en ella⁶.

4 Ver *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Sentencia, ICJ Reports 1980, Pág. 42, párr. 91. Traducción libre del original en inglés.

5 Ver Corte IDH, *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27(2), 25(1) y 7(6))*, Opinión Consultiva OC-8/87 de Enero 30, 1987, Series A, No. 8, párr. 18 en Pág. 7.

6 *Ibid.*, Loc. Cit.

Consecuentemente, los derechos humanos son una obligación de los Estados para con los individuos dentro de su jurisdicción; y, en algunos casos, también pueden ser una obligación con grupos de personas. El principio de *derechos universales e inalienables de todos los seres humanos* está basado de forma sólida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Los derechos humanos son inherentes al ser humano. Los derechos humanos son por lo tanto derechos universales e inalienables de todos los seres humanos.

Los seres humanos no pueden ser privados de la esencia de sus derechos (inalienabilidad). Solamente el ejercicio de algunos de estos derechos puede ser limitado en ciertas circunstancias.

El hecho de que los derechos humanos se originen en la naturaleza única de los seres humanos significa que ellos deben ser objeto de efectiva protección jurídica a nivel nacional e internacional.

2.3 Los derechos humanos y su impacto en la paz, seguridad y desarrollo nacional e internacional

Como ya fue explicado, fueron las tragedias de las dos Guerras Mundiales las que llevaron a la comunidad internacional a crear una organización mundial con el propósito de avanzar en la paz y la justicia, entre otras cosas, a través del fomento de la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La lección evidente a ser extraída de la Segunda Guerra Mundial es que cuando el Estado sigue una política deliberada de negación de los derechos fundamentales a las personas dentro de su territorio, no solamente peligra la seguridad interna de ese Estado, sino que también, en situaciones muy serias, hay un efecto secundario que pone en peligro la paz y seguridad de otros Estados. Esta lección duramente aprendida ha sido confirmada, desde esa época, en numerosas ocasiones en cada lugar del mundo. Una protección efectiva de los derechos humanos, promueve la paz y la estabilidad a nivel nacional, no sólo permitiendo que las personas disfruten de sus derechos y libertades básicas sino también proveyendo un marco democrático, cultural, económico, político y social básico dentro del cual los conflictos pueden ser resueltos pacíficamente. Así mismo, una efectiva protección de los derechos humanos es, en consecuencia, una condición esencial para la paz y justicia en el nivel internacional, ya que ésta tiene salvaguardas inherentes que ofrecen a la población formas de reducir la tensión social en el nivel nacional antes de que alcance proporciones que creen una amenaza en una escala mayor.

De la lectura, en particular, del Artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y de los primeros párrafos del preámbulo de la Declaración Universal y de los dos Pactos Internacionales, queda claro que sus redactores estaban al tanto del hecho esencial que la efectiva protección de los derechos humanos en el nivel local es la base de la justicia, la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo.

Más recientemente, el nexo entre el Estado de Derecho, la efectiva protección de los derechos humanos y el progreso económico, inter alia, fueron enfatizados por el Secretario General de las Naciones Unidas en el Informe emitido con motivo de la Declaración del Milenio, donde resaltó que:

“84. Hoy en día está generalmente aceptado que el éxito económico depende en considerable medida de la calidad del gobierno de un país. El buen gobierno se basa en el imperio de la ley, en unas instituciones estatales eficaces, en la transparencia y responsabilidad en la gestión de los asuntos públicos, en el respeto de los derechos humanos y en la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan. Si bien es posible discutir cuáles son sus formas idóneas, no puede ponerse en duda la importancia de esos principios”⁷.

Una efectiva protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales conduce a la paz y la seguridad nacional e internacional.

Una efectiva protección de los derechos humanos provee una cultura democrática básica que permite que los conflictos sean resueltos de forma pacífica.

El progreso económico depende en gran medida de la buena gobernanza y la efectiva protección de los derechos humanos.

2.4 Las fuentes del derecho

El tercer párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que es:

“(…) esencial que los derechos humanos sean protegidos por un *régimen de Derecho*, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión” (énfasis agregado).

Esto significa que para permitir que la persona humana disfrute en su totalidad de sus derechos, ***estos derechos deben ser efectivamente protegidos por el sistema jurídico nacional***. El principio del régimen de derecho puede, de esta manera, ser descrito como un principio predominante en el campo de la protección de los derechos humanos ya que en donde éste está ausente, el respeto por los derechos humanos es ilusorio. Es interesante notar a este respecto, que de acuerdo al Artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, “cada Estado Miembro (...) debe aceptar el principio del imperio del derecho”. Este principio fundamental es por lo tanto legalmente obligatorio para los 48 Estados

⁷ NU doc. A/54/2000, *Nosotros los Pueblos: la Función de las Naciones Unidas en el Siglo XXI, Informe del Secretario General*, párr. 84.

Miembros de la organización, un hecho que ha influenciado la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos⁸.

En consecuencia, jueces, fiscales y abogados tienen un rol crucial en asegurar que los derechos humanos sean efectivamente implementados en el nivel nacional. Esta responsabilidad requiere que los miembros de estas profesiones jurídicas se familiaricen adecuadamente con el derecho nacional e internacional de los derechos humanos.

Mientras el acceso a fuentes del derecho a nivel nacional no debiera representar un obstáculo mayor, la situación es más compleja a nivel internacional, en donde existen numerosas fuentes del derecho y jurisprudencia en diversas áreas.

Con algunas variaciones, la siguiente sección describirá la jerarquía de las fuentes del derecho tal como aparecen en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. A pesar de que se puede estar en desacuerdo con la clasificación de las fuentes presentada por esta disposición legal, ésta sirve como punto inicial. De acuerdo con el artículo 38(1) del Estatuto, las fuentes son:

- “convenciones internacionales”;
- “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”;
- “los principios generales de derecho reconocidos por” la comunidad de naciones⁹;
- “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia (...) como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

Sin ser exhaustiva, la próxima sección indicará las características esenciales de las principales fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, debe notarse que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las decisiones judiciales, así como las cuasi judiciales y las observaciones generales adoptadas por los órganos de vigilancia, cobran una especial relevancia para comprender la extensión de las obligaciones jurídicas de los Estados.

⁸ Corte Europea de DH, caso Golder, sentencia del 21 de Febrero 1975, Serie A, No. 18 párr. 34 en Pág. 17. La Corte estableció que una “de las razones por la que los gobiernos firmantes decidieron ‘tomar los primeros pasos para hacer cumplir algunos de los Derechos incluidos en la Declaración Universal’ fue su profunda creencia en el régimen de derecho”; de esta manera pareció “natural y de conformidad con el principio de la buena fe (...) tener presente esta vasta y aclamada consideración al interpretar los términos del artículo 6(1) de la Convención Europea “de acuerdo con el contexto y a la luz del objeto y propósito de la Convención”. Aún más refiriéndose a las referencias con respecto al Estado de Derecho contenidas en el Estatuto del Consejo de Europa, la Corte concluyó que “en materia civil uno puede escasamente concebir el estado de derecho sin que exista la posibilidad de acceder a las cortes” (Traducción libre del original en inglés).

⁹ El Artículo 38(1)(c) arcaicamente se refería a “naciones civilizadas”.

Los derechos humanos deben ser protegidos efectivamente por los sistemas jurídicos nacionales.

Los jueces, fiscales y abogados tienen un rol crucial en asegurar que los derechos humanos sean efectivamente protegidos a nivel nacional.

*Las principales fuentes de Derecho Internacional son las **convenciones internacionales, el derecho internacional consuetudinario, y los principios generales de derecho.***

2.4.1 Los tratados internacionales

En el campo de los derechos humanos, las herramientas más importantes para jueces, fiscales y abogados, en adición al derecho interno, son sin duda *las obligaciones derivadas de los tratados* de las que es titular el Estado. Un “tratado” es generalmente *un acuerdo celebrado por escrito entre Estados* y regido por el derecho internacional¹⁰. También puede ser un acuerdo entre, por ejemplo, las Naciones Unidas y un Estado para un propósito específico. Los tratados tienen diversos nombres como *convención, convenio, protocolo o pacto* aunque los efectos jurídicos en cualquiera de ellos son los mismos. A nivel internacional, un Estado da su consentimiento de obligarse por un tratado, principalmente, por medio de una *ratificación, aceptación, aprobación o adhesión*¹¹; únicamente de manera excepcional el consentimiento de obligarse se expresa a través de la *firma*¹². Sin embargo, la función de la firma de un tratado es frecuentemente la de la autenticación del texto, creando una obligación sobre el Estado en cuestión de “abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustran el objeto y el fin” de un tratado al menos hasta el momento en que “haya manifestado su intención de no llegar a ser parte” de éste¹³.

Una vez un tratado entra en vigor y es obligatorio para los Estados Parte, éstos deben ejecutar las obligaciones del tratado “de buena fe” (*pacta sunt servanda*)¹⁴. Esto implica, entre otras cosas, que un Estado no puede excusarse de sus responsabilidades al tenor del derecho internacional, invocando disposiciones de su derecho interno como medio de justificación para el incumplimiento de sus obligaciones jurídicas de carácter internacional. Además, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la responsabilidad de los Estados es *estricta* en el sentido en que los Estados son responsables por las violaciones de sus obligaciones derivadas de los tratados *aún cuando éstas no sean intencionales*.

Los tratados de derechos humanos son tratados que crean derechos de naturaleza objetiva en el sentido en que crean normas generales idénticas para todos los Estados Parte. Estas normas deben ser aplicadas por cada Estado Parte sin consideración del estado de implementación en otros Estados Parte. En otras

10 Artículo 2(1)(a) Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

11 Ibid., Artículo 2(1)(b).

12 Ibid., Artículo 12.

13 Ibid., Artículo 18(a).

14 Ibid., Artículo 26.

palabras, el principio tradicional de *reciprocidad*, no aplica a los tratados de derechos humanos¹⁵.

El hecho de que los tratados de derechos humanos han sido celebrados con el propósito de asegurar una protección efectiva de los derechos de la persona dota de una particular importancia el curso del proceso interpretativo. Por lo tanto, al explicar el significado de las disposiciones de un tratado de derechos humanos, es de suma importancia para los jueces el adoptar una ***aproximación interpretativa integradora y teleológica***, mediante una búsqueda de una interpretación que respete los derechos e intereses de la persona y que preserve el sentido lógico dentro del contexto total del tratado.

Sobre este tema, cabe apuntar que las obligaciones contenidas en distintos tratados son complementarias y acumulativas; es decir, que el contenido de un instrumento no puede ser invocado para limitar el contenido o alcance de un derecho reconocido por otro. Este principio, contenido en el principio *pacta sunt servanda*, está consagrado expresamente por los principales tratados de derechos humanos.

Ejemplos de tratados que son fuente del derecho en el campo de los derechos humanos son los dos Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los que serán abordados con mayor detalle más adelante. Por ahora, es suficiente mencionar a este respecto, que los Comités creados bajo los términos de cada tratado para monitorear su implementación, han adoptado, hasta el momento, diferentes observaciones que sirven como una invaluable guía interpretativa para abogados nacionales e internacionales.

Las obligaciones que se derivan para los Estados por virtud de tratados internacionales deben ser ejecutadas de buena fe.

*En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la responsabilidad de los Estados es **estricta** en el sentido en que los Estados son responsables por las violaciones de las obligaciones derivadas de los tratados, aún cuando éstas no sean intencionales.*

Un tratado de derechos humanos debe ser interpretado sobre la base de una aproximación integradora y teleológica, mediante la búsqueda de una interpretación que respete los derechos e intereses del individuo y que preserve el sentido lógico dentro del contexto total del tratado.

2.4.2 Derecho internacional consuetudinario

Siguiendo la jerarquía de las fuentes de derecho del artículo 38(1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los jueces pueden aplicar, en segundo lugar, “la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Las obligaciones jurídicas derivadas de la costumbre internacional que son

¹⁵ Corte Europea de DH, Aplicación No. 788/60, Austria c. Italia, decisión del 11 Enero 1961 sobre la admisibilidad, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, Pág. 140.

obligatorias para los Estados se crean si existe evidencia de dos elementos:

- actos que constituyen una “práctica generalizada” de los Estados; y
- la creencia de que esta práctica es considerada como obligatoria por la existencia de una norma jurídica que así lo requiere (*opinio juris*)¹⁶.

El juez tendrá que evaluar la existencia de un elemento *objetivo*, consistente en la práctica generalizada, y un elemento *subjetivo*, a saber, que existe la creencia entre los Estados de que la práctica es de naturaleza jurídica obligatoria¹⁷.

Con respecto a la aplicación práctica, de acuerdo con el fallo de la Corte Internacional de Justicia en el caso de *La Plataforma Continental en el Mar del Norte*, por lo menos en lo que se refiere a la formación de una nueva norma de derecho consuetudinario sobre la base de lo que inicialmente fue únicamente una regla convencional, el paso del tiempo puede ser relativamente corto, aunque

“(…) un requisito indispensable será que dentro del periodo en cuestión, aunque corto, la práctica por parte de los Estados, incluyendo, en especial la de aquellos cuyos intereses se ven especialmente afectados, debe ser ambas cosas, extensiva y virtualmente uniforme en el sentido de la disposición invocada; - y aún mas, debe haber ocurrido de una manera que muestre un reconocimiento general que existía cierta norma de derecho u obligación legal”¹⁸.

En el subsiguiente caso de *Nicaragua c. los Estados Unidos de América*, la Corte Internacional de Justicia parece haber suavizado su posición en su estricta interpretación del elemento objetivo de la práctica de los Estados, y al mismo tiempo le puso mayor énfasis a la *opinio juris* para la creación de la costumbre. En su razonamiento, que se relaciona con el uso de la fuerza, la Corte estableció, en particular:

“186. No debe esperarse que en la práctica de los Estados la aplicación de las reglas impugnadas sea perfecta, en el sentido en que los Estados deben abstenerse, con total consistencia, de usar la fuerza o intervenir en los asuntos internos de los otros Estados. La Corte no considera que, para que una norma sea establecida como consuetudinaria, la práctica correspondiente debe ajustarse con un rigor absoluto a la norma. Para deducir la existencia de normas consuetudinarias, la Corte cree que es suficiente que la conducta de los Estados deba, en general, ser consistente con estas normas, y que ellos mismos consideren los comportamientos contrarios a esa norma como violaciones de la misma y no como indicaciones del reconocimiento de una nueva norma. Si un Estado actúa prima facie de una manera incompatible con una regla reconocida, pero defiende su conducta apelando a excepciones o justificaciones contenidas en la misma regla, independiente de si la conducta de ese Estado es justificable o no sobre esa base, el significado de esa actitud es confirmar

¹⁶ Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Sentencia, ICJ Reports 1969, Pág. 44, Párr. 77.

¹⁷ *Ibid.*, Loc. Cit.

¹⁸ Traducción libre del original en inglés. *Ibid.*, Pág. 43, párr. 74.

y no debilitar la regla”¹⁹.

Importa en este momento analizar cuáles principios jurídicos para la protección de la persona humana fueron considerados como parte del derecho internacional consuetudinario por parte de la Corte Internacional de Justicia.

En su Opinión Consultiva de 1951 sobre *Reservas a la Convención sobre Genocidio*, la Corte, de manera importante, sostuvo que “los principios subyacentes en la Convención son principios que son reconocidos (...) como vinculantes para los Estados, aún en ausencia de obligaciones convencionales”²⁰. Además, se deriva del Preámbulo de la Convención que esta fue de “carácter universal” con respecto a “la condena del genocidio y (...) a la cooperación requerida para liberar a la humanidad de tan odioso flagelo”²¹. Finalmente, la Corte resaltó que la Convención fue aprobada por una resolución que fue adoptada unánimemente por los Estados²². Así, en 1951, el *crimen de genocidio* ya era, sin lugar a dudas, parte del derecho consuetudinario internacional, aplicado por todos los Estados.

Más adelante, en el caso de la *Barcelona Traction*, la Corte Internacional de Justicia significativamente hizo una “distinción esencial” entre “obligaciones de un Estado debidas a la comunidad internacional como un conjunto, y aquellas que surgen *vis-à-vis* otro Estado en el campo de la protección diplomática”²³. Agregó que “por su naturaleza, la primera es asunto de todos los Estados”, y a “la luz de la importancia de los derechos en cuestión, todos los Estados tienen un interés legal en su protección; estas son obligaciones *erga omnes*”²⁴. En opinión de la Corte, tales “obligaciones, en el derecho internacional contemporáneo, se derivan, por ejemplo, de la prohibición de actos de agresión y de genocidio, como también de los principios y reglas concernientes a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección de ser sometido a esclavitud o discriminación racial”²⁵.

Agregó que mientras algunos “de los derechos de protección correspondientes han entrado en el cuerpo del derecho internacional general (...); otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi-universal”²⁶.

Finalmente, y como ha sido indicado anteriormente, en el *dictum* de los rehenes en el caso Teherán, la Corte estableció que:

“Privar ilegalmente a los seres humanos de su libertad y someterlos al constreñimiento físico en condiciones de penuria es en sí mismo manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de Naciones

19 *Actividades Militares y Paramilitares en y en contra de Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, Fondo, Sentencia, ICJ Reports 1986, Pág. 98, párr. 186.

20 Traducción libre del original en inglés. *Reservas a la Convención sobre Genocidio, Opinión Consultiva*, ICJ Reports 1951, Pág. 23.

21 Traducción libre del original en inglés. *Ibid.*, Loc. Cit.

22 *Ibid.*

23 Traducción libre del original en inglés. *Barcelona Traction, Compañía de Luz y Electricidad, Limitada, Sentencia*, ICJ Reports 1970, Pág. 32, párr. 33.

24 Traducción libre del original en inglés. *Ibid.*, Loc. Cit.

25 Traducción libre del original en inglés. *Ibid.*, Pág. 32, párr. 34.

26 Traducción libre del original en inglés. *Ibid.*, Loc. Cit.

Unidas, como también con los principios fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos²⁷.

En consecuencia, sin lugar a dudas, hay ciertas obligaciones de derechos humanos que forman parte del derecho consuetudinario internacional. Mientras la Corte Internacional de Justicia ha mencionado de manera expresa los crímenes de genocidio y agresión, así como la prohibición de discriminación racial, esclavitud, detención arbitraria y trabajo forzado como parte de un *corpus* de derecho universalmente obligatorio, ésta no ha limitado el alcance del derecho únicamente a estos elementos.

- **Resoluciones de la Asamblea General:** Puede no ser una tarea fácil el identificar la costumbre internacional. Sin embargo, en ciertas circunstancias, puede considerarse que las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas tienen valor jurídico, a pesar de no ser legalmente vinculantes por sí mismas. Por ejemplo, este es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Por consiguiente, a pesar de no ser una fuente de derecho en estricto sentido, éstas pueden proveer *evidencia* de derecho consuetudinario. Sin embargo, esto dependerá en gran medida tanto del contenido, como del *grado de precisión de las normas y contenido en éstas, y los medios previstos para el control de su aplicación*; también dependerá del *número de países que han votado a favor de las mismas, y de las circunstancias para su adopción*²⁸. Una pregunta de particular relevancia a este respecto sería *si la resolución concerniente ha sido adoptada aisladamente o si forma parte de una serie de resoluciones en la misma materia con un contenido consistente y universal*.
- **Normas imperativas (*jus cogens*):** Finalmente, se debe destacar que algunas normas jurídicas, tales como la prohibición de la esclavitud, pueden ser consideradas tan fundamentales, que son llamadas *normas imperativas* de derecho internacional. De acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado es simplemente “nulo, si al momento de su celebración, está en conflicto con una norma imperativa de derecho internacional”. De acuerdo con el mismo artículo, una norma de esta naturaleza es descrita como “una norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”.

2.4.3 Principios generales del derecho reconocidos por la comunidad de naciones

Esta tercera fuente de derecho citada por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia ayuda a asegurar, que en casos en los que los tratados internacionales y el derecho consuetudinario provean una base insuficiente para que la Corte pueda

27 Traducción libre del original en inglés. *ICJ Reports 1980*, Pág. 42, párr. 91.

28 Para algunos de estos elementos, ver p. ej. *Les résolutions dans la formation du droit international du développement*, Colloque des 20 et 21 novembre 1970, L'institut universitaire de hautes études internationales, Genève, 1971 (Études et travaux, No 13), Pág. 9, 30-31 (intervención del Profesor Virally).

tomar una decisión, ésta podrá invocar otras fuentes.

Un principio general de derecho, como fuente de derecho internacional, es una proposición jurídica tan fundamental que puede ser encontrada en los sistemas jurídicos más significativos del mundo. Si existe evidencia que, en sus derechos internos los Estados se adhieren a un principio jurídico en particular, que provee un derecho humano o que es esencial para su protección, esto ilustra la existencia de *un principio de derecho vinculante* bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Jueces y abogados pueden así observar otros sistemas jurídicos para determinar si un principio de derechos humanos en particular es tan frecuentemente aceptado que puede considerarse que se ha convertido en un principio general de derecho internacional. Por lo tanto, analogías de derecho interno han sido usadas, por ejemplo, en el campo de los principios que gobiernan el proceso judicial, como en el caso de la cuestión de la prueba²⁹.

2.4.4 Medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho

Como medios auxiliares para la determinación de reglas de derecho, el artículo 38 del Estatuto menciona “las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia”. Como se mencionó previamente, en el campo de los derechos humanos, las decisiones judiciales son de particular importancia para un entendimiento completo del derecho. Sin embargo, ni la Corte Internacional de Justicia, ni los órganos de vigilancia internacional en el campo de los derechos humanos están obligados a sostener decisiones judiciales previas³⁰. Aunque esto es lo que usualmente se hace, es de particular importancia para los órganos de vigilancia en el campo de los derechos humanos, el conservar la flexibilidad requerida para ajustar decisiones anteriores a las siempre cambiantes necesidades sociales, las cuales, a nivel internacional, no pueden ser fácilmente atendidas a través de la legislación³¹. Es suficiente agregar en este contexto que la referencia a “decisiones judiciales” puede también significar decisiones judiciales tomadas por cortes nacionales y que a mayor jerarquía de la corte, mayor peso tendrá la decisión. A pesar de esto, es muy factible que los órganos de vigilancia al interpretar el Derecho de los Derechos Humanos, lo hagan con independencia de las leyes nacionales.

En lo que se refiere a “las doctrinas de los publicistas de mayor competencia”, debe ser recordado que el artículo 38 fue redactado en un tiempo en el que la jurisprudencia internacional en derechos humanos no existía. Aunque la interpretación y aplicación de este derecho debe basarse principalmente en textos legales y jurisprudencia relevante, los escritos “de los publicistas de mayor competencia” pueden desde luego, en algunas circunstancias, contribuir a una mejor comprensión del derecho y su implementación práctica. Sin embargo, es aconsejable tener un cuidado considerable antes de basarse en artículos de carácter jurídico y principios

29 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 1979), 3rd edn. 1979, Pág. 18.

30 Con referencia a la Corte Internacional de Justicia, ver artículo 59 del Estatuto.

31 Ver Por ej. el caso en el que la Comisión Europea de Derechos Humanos cambió su decisión anterior de acuerdo a la cual una persona jurídica, como una iglesia, no podía presentar un caso bajo el artículo 9(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos alegando una violación del “derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, *Comm. Eur. DH, Application No. 7805/77, X. and Church of Scientology c. Sweden, decisión del 5 mayo 1979 sobre la admisibilidad de la petición*, 16 DR, Pág. 70.

y observaciones adoptados por órganos privados por fuera del marco de los órganos oficiales de los tratados, ya que estos pueden no reflejar correctamente el estatus del derecho a ser interpretado y aplicado.

2.5 El concepto de *corpus juris* de los derechos humanos

El concepto de *corpus juris* de los derechos humanos es un aporte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la doctrina internacional. En su opinión consultiva OC-16/1999, manifestó que “El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)”³².

2.6 Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: inquietudes comunes y diferencias básicas

A pesar de que este Manual tiene el propósito de transmitir conocimiento y habilidades sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no sobre el Derecho Internacional Humanitario, es importante expresar algunos elementos de la relación entre estos dos cercanos y unidos campos del derecho.

Mientras que tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el Derecho Internacional Humanitario pretenden proteger al individuo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos provee ***un tratamiento no discriminatorio para todos siempre, bien sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra u otro momento de conmoción***. Por otra parte, el Derecho Internacional Humanitario, intenta asegurar un grado de protección mínimo a las víctimas de los conflictos armados, tales como el enfermo, el herido, el náufrago y los prisioneros de guerra, ***mediante la prohibición del sufrimiento humano excesivo y la destrucción material a la luz de la necesidad militar***³³. A pesar de que los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales adoptados en 1977 le garantizan ciertos derechos fundamentales al individuo en las situaciones específicas de conflictos armados internacionales o internos, ninguno de los campos de aplicabilidad ***personal, temporal o material*** del Derecho Internacional Humanitario es tan amplio como el demarcado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁴. En este sentido, el Derecho Humanitario es, en su naturaleza, menos igualitario, aunque el principio de no discriminación es garantizado con referencia al goce de los derechos reconocidos por esta rama del derecho³⁵.

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva 16-1999*, párr. 115.

33 *Seguridad del Estado, Derecho Humanitario y Derechos Humanos, Informe Final*, San José, Costa Rica, Comité Internacional de la Cruz Roja/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1984, Pág. 7.

34 J. Patnogić and B. Jakovljević, *International Humanitarian Law in the Contemporary World*, Sanremo, Italy, International Institute of Humanitarian Law (Collection of Publications 10), 1991, Pág. 28.

35 Ver Pág. ej. artículo 3 común de los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949; artículo 75 del Protocolo Adicional a los Convenios del 12 de agosto de 1949, y relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I); y artículo 2(1) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y el relativo a la Protección de Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional (Protocolo II).

En esta etapa, es de primordial importancia enfatizar que, en conflictos armados con o sin carácter internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario aplican *simultáneamente*. En cuanto a las modificaciones a la implementación de las garantías de derechos humanos que pueden ser autorizadas en lo que se conoce comúnmente como *estados de excepción*, estas serán tratadas brevemente en la sección 2.8, más adelante.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aplicable en todo momento, esto es, en tiempo de paz y en tiempos de conflicto, incluyendo conflictos armados, sin importar su carácter nacional o internacional.

*Esto significa que existirán situaciones en las que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario serán aplicables **simultáneamente**.*

2.7 Reservas y declaraciones interpretativas a los tratados internacionales de derechos humanos

Al evaluar la extensión exacta de determinada obligación jurídica de un Estado bajo un tratado de derechos humanos, es necesario establecer si el Estado ha hecho alguna *reserva*, o una *declaración interpretativa* en el momento de la ratificación o adhesión. La mayoría de los tratados de derechos humanos que se abarcan en este Manual aceptan la formulación de reservas, aunque tienen diferentes maneras de regular la materia. Al decidir si un Estado ha realizado una verdadera reserva en lugar de una declaración sobre la forma en que un Estado interpreta una disposición o una declaración política, el Comité de Derechos Humanos, que vigila la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ha establecido en su Observación General No. 24, que tendrá que tenerse presente “(...) la *intención* del Estado y no la forma del instrumento”³⁶ (énfasis agregado). A pesar de que el Pacto no contiene un artículo específico que regule la cuestión de las reservas, el Comité de Derechos Humanos ha establecido que el que no se prohíban las reservas no significa que se permitan todas ellas, pero que esta materia se rige por el derecho internacional³⁷. Usando como fundamento el artículo 19(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Comité ha establecido que la cuestión de la interpretación y aceptabilidad de las reservas se gobierna por la prueba del objeto y fin³⁸. Esto significa, por ejemplo, que las reservas deben ser específicas y transparentes para que el Comité, quienes estén sometidos a la jurisdicción del Estado que formula la reserva y los demás Estados Parte, puedan tener claro cuáles son las obligaciones de derechos humanos que han sido o no contraídas. De la misma manera, una resolución a este respecto no debe tener carácter general sino que ha

36 Ver Observación General No. 24, en UN doc. HRI/GEN/1/Rev.7, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Organos Creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos* (en adelante referido como *Recopilación de las Observaciones Generales de las Naciones Unidas*), Pág. 187, párr. 3.

37 *Ibid.*, Pág. 188, párr. 6.

38 *Ibid.*, Loc. Cit.

de referirse a una disposición concreta del Pacto e indicar en términos precisos su ámbito en relación con él³⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente estipula en su artículo 75, que ésta “sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados”. En su Opinión Consultiva sobre *El Efecto de las Reservas*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que el artículo 75 sólo tiene sentido si se entiende que éste permite a los Estados cualesquiera reservas que consideren apropiadas, en el entendido que “éstas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado”⁴⁰. Mas allá de lo anterior, en su opinión Consultiva sobre *Restricciones a la Pena de Muerte*, la Corte expresó en relación con los derechos que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia a la luz del artículo 27(2) de la Convención que “en esa perspectiva, toda reserva destinada a permitir al Estado la suspensión de uno de esos derechos fundamentales, cuya derogación está en toda hipótesis prohibida, debe ser considerada como incompatible con el objeto y fin de la Convención y, en consecuencia, no autorizada por ésta”⁴¹. Sin embargo, la Corte aceptó que “otra sería la situación, en cambio, si la reserva persiguiera simplemente restringir algunos aspectos de un derecho no derogable sin privar al derecho en conjunto de su propósito básico”⁴².

Al interpretar y aplicar tratados internacionales, los jueces, fiscales y abogados nacionales pueden tener, en consecuencia, que considerar las obligaciones jurídicas del Estado que sean relevantes a la luz de las reservas y las declaraciones interpretativas.

El rango de una obligación jurídica estatal bajo un tratado internacional de derechos humanos puede tener que ser considerada a la luz de cualquier reserva o declaración interpretativa existente.

Bajo la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las reservas deben ser compatibles con el objeto y propósito del Tratado.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, la Convención Anti-Minas, entre otros, prohíben las reservas de carácter general.

39 Ibid., Pág. 192, párr. 19.

40 Corte IDH, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 de septiembre 24, 1982, Series A, No 2, Pág. 10, párr. 35.

41 Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte (Arts. 4(2) y 4(4) Convención Americana Sobre Derechos Humanos)* Opinión Consultiva OC-3/83 de septiembre 8, 1983, Pág.18, párr. 61.

42 Ibid., en Pág. 18.

2.8 Restricciones en el ejercicio de los derechos

El **ejercicio** – aunque no la sustancia en sí – de ciertos derechos, tales como el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho a la libertad de circulación y el derecho a la vida privada, la familia y la correspondencia, está generalmente acompañado por ciertas restricciones que pueden ser impuestas, por ejemplo, para proteger los derechos y libertades de otros, la seguridad nacional, la salud pública o la moral⁴³. Estas restricciones son el resultado de una cuidadosa valoración de intereses. Éstas muestran el balance alcanzado entre, por una parte, los **intereses de las personas** al maximizar el disfrute de los derechos que les pertenecen, y por otra parte, el interés de la sociedad en general, esto es, **el interés general**, en imponer ciertas restricciones en el ejercicio de los derechos, siempre que éstas sean tomadas **de acuerdo con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática** para cierto **propósito legítimo y específico**. Al interpretar y aplicar estas restricciones en un caso determinado, será, en consecuencia, necesario realizar un cuidadoso análisis sobre la **proporcionalidad de la medida restrictiva o medidas concernientes, tanto de una manera general como aplicada al caso individual**.

Las restricciones en el ejercicio de los derechos humanos son el resultado de un cuidadoso balance entre el interés individual y el interés general, y para estar ajustadas a la ley, deben:

- *Ser definidas por ley;*
- *Ser impuestas para uno o más propósitos legítimos y específicos;*
- *Ser necesarias para uno o más de estos propósitos en una sociedad democrática (proporcionalidad).*

Para que la restricción se considere necesaria, tanto en general como aplicada al caso individual, debe responder a una clara y establecida necesidad social. No es suficiente que la restricción sea deseada o que simplemente no perjudique el funcionamiento del orden constitucional democrático.

2.9 Suspensiones de obligaciones jurídicas internacionales

Al interpretar y aplicar las restricciones en el ejercicio de los derechos humanos contenidas en los tres principales tratados de derechos humanos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y las Convenciones Americana y Europea sobre Derechos Humanos) en *situaciones particularmente severas de crisis cuando la vida*

⁴³ Ver p.ej. artículos 12(3), 13, 18(3), 19(3), 21, 22(2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículos 11 y 12(2) de la Carta Africana de Derechos Humanos de las Personas y de los Pueblos; artículos 11(2), 12(3), 13(2), 15 y 16(2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y artículos 8(2)-11(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

de la nación está en peligro, los jueces, fiscales y abogados nacionales tendrán que considerar también la posibilidad de que el Estado en cuestión haya modificado la extensión de sus obligaciones jurídicas internacionales recurriendo a suspensiones *temporales*. Importa destacar que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 4), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 27) y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Art. 15) prevén la posibilidad de que los Estados acudan a suspensiones en situaciones particularmente serias de emergencia. Sin embargo, la Carta Africana de Derechos Humanos de los Pueblos no tiene la correspondiente disposición de emergencia, y esta ausencia es por ende vista por la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos “como una expresión del principio que restringir los derechos humanos no es una solución a las dificultades nacionales”, y que “el ejercicio legítimo de los derechos humanos no representa ningún peligro a un Estado democrático gobernado por el estado de derecho”⁴⁴.

En los tratados en los que existe, la facultad de suspender está sujeta a ***estrictos requisitos de forma y de fondo***, y nunca tiene la intención de otorgarles a los Gobiernos poderes ilimitados para sustraerse de sus obligaciones convencionales. En particular, un ***principio de proporcionalidad calificado*** consiste en que, de acuerdo a todos los tratados anteriormente citados, las restricciones a las que se acuda deben ser “estrictamente requeridas por la exigencia de la situación”. Es importante anotar, aún más, que algunos derechos, como el derecho a la vida y el derecho a estar libre de la tortura, no pueden bajo ninguna circunstancia ser derogados. Además, tampoco pueden ser suspendidas las obligaciones del Estado correlativas a los mismos. La lista de derechos no derogables encontrada en el segundo párrafo de los artículos referidos *no* es exhaustiva. En otras palabras, no se puede argumentar *a contrario* que, porque un derecho no está expresamente consagrado como no derogable, los Estados Parte pueden proceder a imponer restricciones extraordinarias en su goce.

Como los artículos de suspensiones generan restricciones extraordinarias en el ejercicio de los derechos humanos, los jueces tanto nacionales como internacionales, deben ser conscientes de su obligación de interpretar estos artículos de una manera estricta para que los derechos individuales no sean minados en su substancia. Al maximizar en todo momento el goce de los derechos humanos, los Estados están más propensos a superar sus situaciones de crisis de una manera positiva, constructiva y sostenible.

44 Ver la decisión sin fecha: *CADHP, Cases os Amnesty Internacional, Comité Loosli Bachelard, Lawyers Committee for Human Rights. Association of Members of the Episcopal Conference of East Africa c. Sudan. No. 48/90, 50/91 y 89/93*, párr. 79; el texto usado es el que se encuentra en la siguiente página web: http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/48-90_50-91_52-91_89-93.html. (Traducción libre del original en inglés.)

Bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos respectivamente, los Estados Parte tienen la facultad, en ciertas situaciones particularmente difíciles, de suspender algunas de sus obligaciones jurídicas.

La facultad de suspender está sujeta a requisitos estrictamente formales y de fondo.

Algunos derechos fundamentales no pueden nunca, bajo ninguna circunstancia, ser derogados; ni suspendidas las obligaciones jurídicas internacionales correlativas a los mismos.

La facultad de suspender debe ser interpretada de forma tal que no mine la substancia de los derechos individuales.

Las suspensiones no son permitidas en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2.10 Responsabilidad internacional del Estado con respecto a violaciones de derechos humanos

Bajo el Derecho Internacional, los Estados incurrirán en responsabilidad al no cumplir con sus obligaciones jurídicas de **respetar** y **garantizar**, esto es, *asegurar* el goce efectivo de los derechos humanos reconocidos bien sea en un tratado que obliga al Estado o en otra fuente de derecho. Como lo explicó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Velásquez Rodríguez*, todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho Internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁴⁵. Mientras la Corte estaba, en esta sentencia, explicando el significado del artículo 1(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también estableció una regla general de derecho aplicable al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en su conjunto.

La obligación de respeto implica que el Estado y sus agentes se abstengan de cometer abusos en el ejercicio de sus funciones. Tal obligación se deriva de los atributos inherentes al ser humano que son, por su esencia, superiores al poder del Estado. Por esto, el deber de respeto se traduce en limitaciones al poder público en relación con los particulares.

Los agentes por los que un Estado es responsable incluyen ciertos grupos

⁴⁵ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Julio 29, 1988, Series C, No. 4, Pág. 34, párr. 164.

de individuos como agentes ministeriales del Estado, jueces, oficiales de policía, oficiales de prisión, oficiales de aduana, profesores, empresas con control estatal y otros grupos similares. Esto significa que los Estados están bajo la obligación de **prevenir, investigar, sancionar**, y, cuando sea posible, **restablecer los derechos** que han sido violados y/o **proveer una reparación**⁴⁶.

La obligación de garantía exige, por otro lado, el establecimiento de medidas concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos⁴⁷. Tales medidas incluyen medidas legislativas que sirvan para garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos, así como el establecimiento de recursos efectivos ofrecidos en caso de violación de estos derechos.

De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos también tiene un importante **efecto sobre terceros**, ya que los Estados pueden ser responsables por no haber tomado una acción razonable para **prevenir que individuos de carácter privado o grupos** ejecuten actos que violen los derechos humanos, o **proveer una adecuada protección contra dichas violaciones bajo el derecho interno**⁴⁸. Como lo sostuvo la Corte Europea de Derechos Humanos con respecto al derecho al respeto a la vida privada y de la familia contenido en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,

“(…) es esencial que al proteger al individuo de la interferencia arbitraria por parte de las autoridades públicas, no sólo se obligue al Estado a abstenerse de dicha interferencia: en adición a esta tarea primariamente negativa, pueden haber obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo a la vida privada o en familia (...). Estas obligaciones pueden involucrar la adopción de medidas diseñadas a asegurar el respeto por la vida privada inclusive en la esfera de las relaciones entre los individuos”⁴⁹.

Los Estados Parte del Convenio Europeo tendrán, por lo tanto, que proporcionar “una protección práctica y efectiva” en su derecho interno, en donde valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada estén en juego, como por ejemplo, para proteger a las personas en contra del abuso sexual⁵⁰, o en casos de castigo corporal por parte de miembros de la familia que constituyan una violación al artículo 3 del Convenio⁵¹.

De esta manera, debe ponerse a disposición de las personas los mecanismos para acceder a un recurso efectivo, investigar y juzgar la violación, sancionar a los autores y reparar adecuadamente a las víctimas. A las Cortes nacionales -elementos

46 Ver Pág. ej. *Ibid.*, Pág. 35, Párr. 166. Sobre obligaciones de proveer una protección efectiva del derecho a la vida bajo el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ver Por ej. Observación General No. 6, en la *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 39-40.

47 Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 3, “La aplicación del Pacto a nivel nacional”, párrafo 1.

48 Ver sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de Julio 29, 1988, Series C, No. 4*, Pág. 37, paras. 176-177; y sobre el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, UN doc. *AGRO, A/47/40, Informe HRC, Pág. 201*, Párr. 2. Sobre el nivel Europeo, ver Pág. ej. *Corte Europea de DH, Caso de A. c. the United Kingdom, Sentencia del 23 de Septiembre 1998, Reports 1998-VI*, at Pág. 2692 et seq.

49 Traducción libre del original en inglés. *Corte Europea de DH, Caso de X. y Y. c. los Países Bajos, Sentencia del 26 de septiembre 1985, Series A, No 91*, Pág. 11, párr. 23.

50 *Ibid.*, Pág. 14, párr. 30 y Pág. 13, párr. 27.

51 *Corte Europea de DH, Caso de A. c. el Reino Unido, Sentencia de 23 septiembre 1998, Reports 1998-VI*, concerniente la responsabilidad del Reino Unido por la paliza de un niño por parte de su padre adoptivo.

fundamentales de los sistemas de protección de derechos humanos – les corresponde asegurar la existencia de un recurso efectivo contra los actos que violen los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, las leyes y los tratados internacionales aprobados y ratificados por el Estado.

Con respecto al deber de *garantizar* para todos, dentro de la jurisdicción correspondiente, el derecho a la vida, la Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido que este implica el deber primario de crear disposiciones de derecho penal efectivas que disuadan la comisión de ofensas en contra de la persona protegida por la maquinaria legal que vela por la prevención, supresión y sanción, y, además, que su deber:

“También se extiende en circunstancias apropiadas a una obligación positiva por parte de las autoridades de tomar medidas operacionales preventivas para proteger un o unos individuos cuya(s) vida(s) está(n) en riesgo de las acciones criminales de otro individuo (...)”⁵².

Estas decisiones son importantes en el sentido en que expanden el rango de las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados, más allá de la esfera estrictamente pública, al campo de la vida privada, permitiendo de ese modo una protección más adecuada y efectiva en contra de varias formas de violaciones de derechos humanos, tales como abusos físicos y mentales de menores, mujeres y personas con discapacidad.

El establecimiento de los sistemas internacionales de protección de la persona humana es de hecho “subsidiario” a los sistemas nacionales disponibles para salvaguardar al individuo, ya que estos suponen únicamente procedimientos contenciosos y una vez todos los recursos internos han sido agotados⁵³. De esta manera, un Estado sólo incurrirá en responsabilidad internacional por violaciones a los derechos humanos si fracasa en proporcionarle a la víctima un recurso adecuado y efectivo a través del trabajo de sus mismas cortes o autoridades administrativas. La regla a nivel internacional sobre el agotamiento de todos los recursos internos *efectivos* antes de que la petición de una víctima pueda ser considerada por un órgano de vigilancia de carácter judicial o cuasi judicial, ha sido introducida, precisamente, para permitir que el mismo Estado repare los errores cometidos.

52 Traducción libre del original en inglés. Corte Europea de DH, *Caso de Mahmut Kaya c. Turquía*, Sentencia de 28 marzo 2000, Párr. 85. El texto utilizado es el que se encuentra en la página web de la Corte: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/>

53 Pronunciamiento sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos, Corte Europea de HR, *Caso de Handyside*, Sentencia del 7 de Diciembre 1976, Series A, Vol. 24, Pág. 22, párr. 48.

*Siempre que los Estados estén obligados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tienen una **estricta** obligación jurídica de garantizar la efectiva protección de derechos humanos a todas las personas dentro de su jurisdicción.*

*La obligación jurídica del Estado de proteger los derechos humanos implica una obligación de **prevenir, investigar y sancionar** las violaciones a los derechos humanos, así como restaurar los derechos cuando sea posible y/o **proporcionar reparación**.*

*Los Estados tienen igualmente una obligación jurídica no sólo de proveer protección en contra de violaciones a los derechos humanos cometidas por las autoridades públicas, sino también de asegurar la existencia de una adecuada protección en su derecho interno contra las violaciones a los derechos humanos cometidas por **individuos particulares**.*

3. Empresas y derechos humanos

En años recientes ha existido una vasta discusión sobre la cuestión de si, y hasta que punto, entidades diferentes a los Estados, tales como las compañías multinacionales, pueden y deben ser consideradas responsables por no cumplir con normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ejercicio de sus diferentes actividades. Mientras que quedó claro en la subsección anterior que los Estados tienen un deber de asegurar que su derecho interno también ofrezca recursos adecuados en contra de serias violaciones a los derechos humanos cometidas por personas de carácter particular, este razonamiento parecería ser igualmente aplicable a las actividades de las empresas. Sin embargo, esto no es, por supuesto, lo mismo que decir que estas empresas, *en sí mismas*, incurren en una responsabilidad jurídica internacional por sus actos ilegales.

La discusión a nivel internacional sobre la responsabilidad jurídica de las empresas de garantizar los derechos humanos ofrece una riqueza de ideas, entre las cuales se encuentran, los estándares para proteger a los trabajadores de abusos, o al medio ambiente de un daño y destrucción innecesarios. Sin embargo, el desarrollo del derecho en este importante campo está todavía en sus inicios, y los argumentos propuestos en esta etapa pertenecen al campo de la *lex ferenda*. Para avanzar en esta discusión, el **Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales** fue nombrado en 2005 y continúa desarrollando el tema.

Ya que el objetivo de este Manual es explicar las obligaciones jurídicas de

los Estados bajo el derecho internacional, no se entrará en mayores consideraciones sobre las posibles responsabilidades jurídicas de las empresas de proteger los derechos humanos. Sin embargo, jueces, fiscales y abogados pueden ser confrontados con estos problemas en el ejercicio de su deber profesional a nivel local. Aunado a cualquier deber que las empresas puedan tener para proteger derechos individuales y el medio ambiente bajo el derecho interno, también es útil para los miembros de las diferentes profesiones del derecho, estar conscientes del hecho que estas discusiones están teniendo lugar en el nivel internacional y que existe, como mínimo, un deber ético bajo el derecho internacional para las empresas de manejar sus negocios de tal manera que respete los derechos humanos básicos⁵⁴.

Los Estados tienen una obligación jurídica de asegurar una adecuada protección en su derecho interno en contra de las violaciones de derechos humanos cometidas por las corporaciones empresariales.

Las empresas en sí mismas pueden a su vez tener una obligación jurídica en el campo de los derechos humanos derivada del derecho interno.

En el nivel internacional, se considera que las empresas tienen, como mínimo, una responsabilidad ética de respetar derechos humanos fundamentales.

4. Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el nivel nacional

4.1 Incorporación del Derecho Internacional en los sistemas jurídicos nacionales

Como se indicó anteriormente y como está previsto en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un Estado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de un tratado. Por otra parte, los Estados son libres de escoger su propia modalidad para la implementación efectiva de sus obligaciones internacionales y para ajustar su legislación nacional a estas obligaciones. Como los sistemas jurídicos nacionales difieren considerablemente en este sentido, a pesar de tener ciertas similitudes, será necesario para cada juez, fiscal o abogado nacional, el informarse de la manera en que el Estado ha incorporado las obligaciones jurídicas internacionales en el derecho interno. Abajo, se dará una explicación meramente general de las diferentes maneras en que un Estado puede modificar su ley local para armonizarla con sus obligaciones jurídicas internacionales.

⁵⁴ Lectura sugerida sobre el asunto de empresas y derechos humanos. Michael Addo, *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporation* (The Hague, Kluwer Internacional, 1999); y Alan Dignam y David Allen, *Company Law and the Human Rights Act 1998* (London, Butterworth, 2000).

- Primero, de acuerdo con la teoría *monista*, de la que existen de hecho varias versiones divergentes⁵⁵, el derecho internacional y el derecho interno pueden en términos generales ser descritos como parte de un mismo sistema jurídico. Esto significa que una vez un Estado ha ratificado un tratado para la protección de la persona humana, los términos de ese tratado *automáticamente* se convierten en normas obligatorias de derecho interno.
- Segundo, de acuerdo a la teoría *dualista*, el derecho interno y el derecho internacional son sistemas jurídicos diferentes. El derecho interno es supremo, y para que los jueces locales sean competentes en la aplicación de las normas internacionales del tratado, éste debe ser *específicamente adoptado o traspuesto* en el derecho interno. Por lo tanto, un tratado de derechos humanos ratificado por el Estado concerniente no puede en principio ser invocado por jueces locales a menos que sea incorporado en el derecho interno, proceso que normalmente requiere de un Acto del Parlamento.

Sin embargo, estas teorías han sido criticadas por no reflejar la conducta de los órganos nacionales e internacionales y han perdido campo gradualmente. Para los profesionales del derecho, es por lo tanto más importante el enfatizar la práctica por encima de la teoría⁵⁶. Cambios en el rol, en la percepción interna y en el entendimiento del derecho internacional en general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular, han llevado a un incremento en el uso de esta normativa en cortes nacionales. Uno de los propósitos de este Manual es, por lo tanto, el preparar a jueces, fiscales y abogados para que se adapten y contribuyan a estos cambios fundamentales. La siguiente es una lista de algunos de los principales medios a través de los cuales las normas internacionales de derechos humanos pueden ser incluidas en el derecho interno o, de otra forma, aplicadas por cortes nacionales y otras autoridades competentes:

- **Constituciones:** Varias constituciones contienen numerosas disposiciones de derechos humanos, que pueden seguir el texto de por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o las convenciones regionales de derechos humanos. El uso de ese lenguaje común permite que jueces, fiscales y abogados recurran a la jurisprudencia de cortes internacionales y otros órganos de vigilancia al interpretar el significado de sus propias disposiciones constitucionales u otras disposiciones.
- **Otra legislación nacional:** Varios Estados adoptan una legislación específica ya sea para clarificar, para elaborar sus disposiciones constitucionales o bien para adaptar sus leyes nacionales a sus obligaciones jurídicas internacionales. Al transformar el derecho internacional al derecho interno, los mismos términos legales son frecuentemente usados, permitiendo en consecuencia que los profesionales del derecho se inspiren en la jurisprudencia internacional o

55 Ver Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press, 3rd edn., 1979), Pág. 34.

56 Sobre monismo y dualismo Higgins establece que “por supuesto, cualquiera sea la posición que se tome, sigue existiendo el problema de qué sistema prevalece cuando existe un choque entre los dos”; y que “en el mundo real la respuesta frecuentemente depende del tribunal que la responde (bien sea un tribunal de derecho internacional o nacional) dependiendo de la pregunta elaborada”; en su modo de ver diferentes “cortes abordan el problema de manera diferente”, ver Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It* (Oxford, Clarendon Press, 1994), Pág. 205.

en la jurisprudencia de otros Estados.

- **Incorporación:** Es también común para los Estados el incorporar tratados de derecho internacional en su derecho interno mediante la promulgación de una ley nacional. Este es por ejemplo el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Reino Unido, donde fue incorporado en la ley Británica por virtud de la *Ley de Derechos Humanos de 1998*, que entró en vigor el 2 de octubre de 2000.
- **Aplicación automática:** En algunos Estados, los tratados tienen preeminencia sobre leyes domésticas y son por lo tanto aplicables de manera automática en las cortes nacionales tan pronto como han sido ratificados por el Estado en cuestión.
- **Interpretación del derecho:** Al interpretar principios de derecho, los jueces pueden estar gobernados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional.
- **Al existir un vacío legal:** En algunos países puede existir una ausencia de legislación nacional con respecto a derechos humanos; pero, dependiendo de las circunstancias, los jueces y abogados pueden contar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como con la jurisprudencia internacional relevante – o la jurisprudencia nacional de otros países –, para aplicar algunos principios básicos para la protección de la persona humana.

Numerosos esfuerzos han sido efectuados en años recientes – a través de los programas de asistencia técnica de las Naciones Unidas, y a través de varios talleres dictados por organizaciones regionales tales como la Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa – para asistir a los Estados a armonizar sus leyes con las obligaciones jurídicas internacionales, y también para capacitar a los profesionales del derecho con el fin de permitirles que los derechos humanos sean una realidad viviente dentro de sus respectivas jurisdicciones. Numerosos institutos de derechos humanos independientes y organizaciones no-gubernamentales (ONG) tienen igualmente amplios programas de capacitación para los diferentes profesionales del derecho.

Los Estados no pueden invocar su derecho interno para justificar violaciones de derecho internacional, pero son libres de escoger las modalidades para implementar esta normativa.

4.2 La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las cortes nacionales: algunos ejemplos prácticos

Un número creciente de tribunales nacionales tanto en países que tienen el sistema de derecho anglosajón como el sistema de derecho romano- hoy en día interpreta y aplica regularmente los estándares internacionales de derechos humanos. Los siguientes casos muestran como esos estándares pueden influenciar las decisiones

tomadas por las cortes nacionales.

Alemania: En un caso que involucraba a un pianista americano que pertenecía a la Iglesia de Cientología y al gobierno de Baden-Württemberg, la Corte Administrativa de Apelaciones de ese lugar consideró los casos de procedencia para la apelación del demandante a la luz no solo de la ley alemana común, sino también del artículo 9 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y los artículos 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La disputa se originó de las negociaciones entre un agente que actuó en representación del gobierno y el pianista, en torno a la participación de este último en un concierto celebrado durante la presentación pública del programa marco para el Campeonato Mundial de Atletismo. Las negociaciones fueron suspendidas cuando se supo que el pianista en cuestión era miembro de la Iglesia de Cientología. En una respuesta por escrito a una pregunta formulada por el Parlamento de Baden-Württemberg, el Ministerio de Cultura y Deportes, conjuntamente con el Ministerio de la Familia, la Mujer, la Educación y las Artes, explicaron que la promoción estatal de eventos culturales debía ser cuestionada cuando las personas que en ellos actuaran fueran miembros activos y auto proclamados de la Iglesia de Cientología u otros grupos similares. Por esta razón, declinaban el involucramiento del pianista como se había previsto originalmente. El pianista argumentó que su derecho a la libertad de religión había sido violado por la respuesta de los Ministerios. Sin embargo, la Corte Administrativa de Apelaciones concluyó que la protección que brinda el artículo 9 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no había sido contravenida. En cuanto a la supuesta violación del artículo 26 del Pacto Internacional, la Corte encontró, de igual manera, que este tampoco había sido violado, dado que la respuesta ministerial no tenía como resultado un tratamiento discriminatorio hacia el pianista, basado en sus creencias o en sus convicciones religiosas. La respuesta se limitaba al anuncio de un procedimiento específico a seguir en el futuro, en relación al otorgamiento de subvenciones disponibles para la organización de eventos por terceras personas/agentes. Por esta razón, y considerando que el demandante en este caso no era el beneficiario de ninguna subvención, se estimó innecesario aclarar si él podía ampararse bajo la protección dada por el artículo 26 del Pacto Internacional, para el caso que una postulación para una subvención se rechazara sobre la base mencionada.⁵⁷

Nueva Zelanda: El caso de 1994, *Simpson c. Ministerio Público*, uno de los casos más famosos de derechos humanos en Nueva Zelanda, se originó en un presunto allanamiento injustificado a la casa del demandante, lo cual, según se argumentó, violó la Carta de Derechos de Nueva Zelanda de 1990. En esta decisión, la Corte de Apelaciones enfatizó que el propósito de la Carta de Derechos era el

“(…) afirmar, proteger y promover los derechos humanos y libertades fundamentales en Nueva Zelanda y afirmar el compromiso de Nueva Zelanda con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De

⁵⁷ Urteil vom 15. Oktober 1996, Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, 10 S 1765/96, en particular, págs. 11-16; en cuanto al artículo 26 del Pacto Internacional, ver Pág. 16.

estos propósitos, se entiende como implícito que los recursos efectivos deben estar disponibles para cualquier persona frente a la alegación de una violación que la Carta de Derechos garantiza”⁵⁸.

Cuando ha habido una violación de los derechos de una persona inocente, la compensación monetaria es, en opinión de la Corte, un recurso apropiado y correcto, de hecho el único efectivo⁵⁹. Como fue observado por la Corte, esto “era consistente con una aproximación basada en los derechos de la Carta de Derechos y la jurisprudencia internacional sobre remedios para violaciones de derechos humanos”, y se hizo referencia, entre otras cosas, a la jurisprudencia sobre recursos, tanto del Comité de Derechos Humanos como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁰.

Reino Unido: El caso más prominente, decidido en años recientes, en el que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos jugó un rol importante fue el caso de *Pinochet*, decidido por la Cámara de los Lores el 24 de marzo de 1999, y que se originó en una petición para que el Senador Chileno – y antiguo Jefe de Estado Chileno – fuera extraditado del Reino Unido a España para ser juzgado por crímenes de tortura, conspiración para torturar, toma de rehenes y conspiración para tomar rehenes, así como conspiración para asesinar – actos cometidos mientras él estaba aún en el poder. Las obligaciones derivadas de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos Degradantes de 1984, fueron incorporadas en la ley del Reino Unido por la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988, que entró en vigor el 29 de septiembre de 1988. La Convención contra la Tortura como tal, fue ratificada el 8 de diciembre de 1988. Por virtud de estos cambios, la tortura, sin importar el lugar del mundo en el que ocurra, se convirtió en una ofensa criminal enjuiciable en el Reino Unido. La cuestión discutida en la Cámara de los Lores, en segunda instancia, giró en torno a si las ofensas eran o no extraditables y sobre la afirmación, de si el Senador Pinochet era inmune para el juicio por cometer esos crímenes⁶¹. El asunto de la doble criminalidad se convirtió en una cuestión importante, a la mayoría de los Lores les parecía que el Senador Pinochet podía ser extraditado únicamente por cargos concernientes a actos que fueran criminales en el Reino Unido *en el momento de su comisión*. Una mayoría de los Lores concluyó que la inmunidad del Estado con respecto a la tortura ha sido excluida por la Convención contra la Tortura, y que las ofensas de tortura y conspiración para torturar cometidas después del 8 de diciembre de 1988 eran de carácter extraditable, con una minoría de la Cámara de los Lores sosteniendo que las cortes inglesas tenían jurisdicción extraterritorial desde el 29 de septiembre de 1988 fecha en la que la Sección 134 de la Ley de Justicia Criminal de 1988 entró en vigor.

Esta decisión permitió que el Ministro del Interior del Reino Unido continuara con el procedimiento concerniente a las partes que eran relevantes de la petición española para la extradición del Senador Pinochet. Sin embargo, el 2 de marzo del

58 Traducción libre del original en inglés. *Simpson c. Attorney General* (1994) 1 HRNZ en 42-43

59 *Ibid.*, en 43.

60 *Ibid.*, Loc. Cit.

61 Ver la definición de la pregunta por el Lord Bron Wilkinson, *House of Lords, Sentencia del 24 de marzo de 1999 – Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet; Regina v. Evans and Another and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (On Appeal for a Divisional Court of the Queen’s Bench Division)*; esta sentencia se encuentra en la siguiente página web: <http://www.publications.parliament.uk>

2000, después de que los médicos expertos concluyeran que el antiguo Jefe de Estado no estaba en condiciones para comparecer a juicio, el Ministro del Interior decidió que no sería extraditado a España y que quedaba libre para dejar el Reino Unido. A pesar de su resultado final, este caso fue famoso en el derecho internacional de los derechos humanos por haber confirmado el desvanecimiento de la noción de la inmunidad estatal para crímenes internacionales como resultado de la entrada en vigor de la Convención contra la Tortura.

Sudáfrica: El ejemplo de Sudáfrica es notable por haber, una vez colapsado el régimen del *apartheid*, promulgado una constitución fuertemente influenciada por los estándares internacionales de derechos humanos, la cual contiene, en su capítulo 2, una detallada Carta de Derechos, que incluye un amplio espectro de derechos, tales como el derecho a la igualdad, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, las libertades de expresión, asamblea y asociación, derechos políticos, derechos del medio ambiente, derecho a la propiedad, derecho a acceder a una vivienda adecuada, derecho a los servicios de salud, suficiente agua y comida, seguridad social, derechos de los niños, derecho a la educación básica, derecho al acceso a las cortes y derechos del arrestado, detenido y acusado.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido un considerable impacto en el desarrollo del derecho a nivel nacional y es hoy en día frecuentemente invocado y aplicado por las cortes nacionales.

5. Papel de los profesionales del derecho en la implementación de los derechos humanos

Como consecuencia del desarrollo jurídico en las última décadas, los derechos humanos han dejado de ser una actividad marginal, y en cambio, se han convertido “en un área del derecho que es fundamental para todos y la cual permea toda la actividad legal, económica y social, en derecho público y privado”⁶². Es particularmente interesante, la importancia del derecho de los derechos humanos para abogados corporativos y comerciales también, que ha sido reconocida⁶³. A pesar de que la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en muchas dimensiones del derecho interno ha crecido a un paso constante, su verdadero potencial está aún por ser explorado⁶⁴.

Es la labor profesional y el deber de los jueces, fiscales y abogados alrededor

62 Ver la editorial de Lord Goldsmith QC and Nicholas R. Cowdery QC, “The Role of the Lawyer in Human Rights”, in *HRI News (Newsletter of the IBA Human Rights Institute)*, vol 4, No. 2, 1999, Pág.1.

63 *Ibid.*, Loc. Cit. Ver también Nicholas R. Cowdery QC, “Human Rights in Commercial Practice – an IBA Perspectiva”, *Ibid.*, pp. 16-18, y Stephen Bottomley, “Corporations and Human Rights”, *Ibid.*, pp. 19-22.

64 Ver la referencia al discurso del Juez Kirby, *Ibid.*, Pág. 10.

del mundo el explorar este potencial, y en todo momento usar sus respectivas competencias para asegurar que **un Estado de derecho justo** prevalezca, incluyendo el respeto por los derechos del individuo. Mientras este Manual se concentra en su totalidad en proveer conocimiento y constituirse como una guía para los profesionales del derecho en su trabajo diario, el Capítulo 4 se concentrará en las reglas específicas y principios que condicionan el trabajo de jueces, fiscales y abogados. Estas reglas y principios deben ser consistentes y meticulosamente aplicados, ya que los jueces, fiscales y abogados tienen que desempeñar el rol individual más importante al aplicar el derecho nacional e internacional de los derechos humanos. Su trabajo constituye el pilar principal de una protección efectiva de los derechos humanos, sin el cual estos nobles principios dirigidos a proteger al individuo en contra del abuso del poder tienen una alta probabilidad de ser minados en todo o parte de su contenido.

6. Observaciones finales

El presente capítulo ha proporcionado una síntesis del desarrollo moderno de la protección internacional de la persona humana, que se originó en un mundo devastado que anhelaba un orden jurídico nacional e internacional que fuera **pacífico, seguro y justo**. En adición, se han explicado algunas de las nociones básicas que son relevantes al derecho internacional de los derechos humanos y se ha ofrecido una descripción, aunque general, del rol que deben desempeñar los profesionales del derecho en sus campos de competencia para ser capaces de usar las herramientas legales disponibles de una manera efectiva y así proteger a la persona humana en contra de los abusos del poder. Debemos ahora tornar nuestra atención a un sucinto examen sobre los términos y funcionamiento de los principales convenios de derechos humanos universales y regionales.

Capítulo 2

Los principales instrumentos universales de derechos humanos y los mecanismos para su implementación

Objetivos de aprendizaje

- *Familiarizar a los lectores con los principales tratados universales de derechos humanos y sus mecanismos de implementación y destacar el contenido de otros instrumentos jurídicos relevantes.*
- *Proveer un entendimiento básico de cómo estos instrumentos pueden ser utilizados por profesionales del derecho principalmente a nivel nacional, pero también, a nivel internacional.*

Preguntas

- *¿Alguna vez han enfrentado, en sus actividades profesionales como jueces, fiscales o abogados, algún caso de una persona acusada, un defendido, un demandado o un cliente, que alega la violación de sus derechos humanos?*
- *¿Cuál fue su respuesta?*
- *¿Tenía conocimiento de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos podría servir de orientación para resolver el problema?*
- *¿Tenía conocimiento de que la presunta víctima podría, en última instancia, presentar sus quejas ante un órgano de vigilancia internacional?*
- *¿De no ser así, si hubiera tenido conocimiento de ello, hubiera cambiado la manera de responder a las posibles violaciones de sus derechos humanos?*
- *¿Alguna vez ha presentado un caso en contra de su país ante un órgano internacional en representación de una posible víctima de una violación de derechos humanos?*
- *¿De ser así, cuál fue la resolución del caso?*
- *¿Cuál fue su experiencia, en general, en la presentación de dicha queja?*

1. Introducción

1.1 Alcances del capítulo

Este capítulo proveerá información básica sobre el alcance de la **protección sustantiva** y de los **mecanismos de implementación** de algunos de los principales tratados de derechos humanos que existen a nivel universal. Dado que en años recientes el número de estos tratados se ha incrementado a un ritmo constante, sólo será posible, dentro de este marco limitado, ocuparse de las convenciones que tienen un alcance general en cuanto a que reconocen una larga lista de derechos y de algunas convenciones que han sido adoptadas con el objetivo específico de enfocarse en prácticas tales como el genocidio, la tortura, la discriminación racial y la discriminación en contra de las mujeres. Esta selección se ha hecho tomando en cuenta que éstos son los tratados que más probablemente, los jueces, los fiscales y los abogados en ejercicio van a tener que interpretar y aplicar durante el ejercicio diario de sus responsabilidades jurídicas.

Por ello, el capítulo abordará, en primera instancia, los principales tratados aprobados dentro del marco de las Naciones Unidas. En segunda instancia, presentará brevemente algunas de las principales resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pues, aunque por sí mismas no son vinculantes, sus contenidos tienen un valor político y moral significativo que constituye una importante fuente de orientación e inspiración para los jueces, los fiscales y los abogados locales. Luego, se hará una breve referencia a algunos instrumentos adoptados por el Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Finalmente, este capítulo proveerá información básica sobre los mecanismos extraconvencionales de las Naciones Unidas para el monitoreo de los derechos humanos, que aplica para todos sus Estados Miembros sobre la base de su compromiso legal de “tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de [los propósitos de promover] [e]l respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (Art. 56 de la Carta de las Naciones Unidas leído en conjunto con el Art. 55(c) del mismo instrumento).

1.2 Mecanismos de control basados en los tratados internacionales

Cada uno de los tratados examinados en este capítulo tiene un sistema distinto para su implementación, que va desde **procedimientos de presentación de informes** hasta mecanismos judiciales y cuasi-judiciales incluyendo **la interposición de quejas** presentadas por individuos o grupos de individuos y, en algunos casos, incluso por otros Estados. Esta diversidad de procedimientos pueden considerarse complementarios en varios aspectos; y, aunque tienen objetivos inmediatos ligeramente distintos, el objetivo global de la protección de los derechos humanos es idéntico en todos los casos.

En términos generales, los procedimientos de presentación de informes tienen la función de realizar monitoreos regulares y sistemáticos del progreso alcanzado en la implementación de las obligaciones previstas en los tratados, con el fin de crear un diálogo entre el órgano internacional de vigilancia y el Estado Parte, asistiendo a este último para introducir los ajustes requeridos por las obligaciones internacionales convencionales, en la legislación y en la práctica nacional. Estos informes son examinados y discutidos en público y en presencia de los representantes de cada Estado Parte. Si bien es cierto que el fin de este diálogo es llegar a una mejora **general** de la situación de derechos humanos en el país afectado, no hay posibilidad de obtener una reparación **individual** en caso de violaciones a derechos humanos. Así mismo, existe una tendencia creciente por parte de las organizaciones no gubernamentales (ONG) a estar cada vez más involucradas en el trabajo de los diversos comités. Estas organizaciones son importantes fuentes de información relacionadas con la situación de derechos humanos en los países bajo escrutinio y usualmente tienen un conocimiento especializado sobre los aspectos legales y fácticos discutidos en los comités. Por ello, pueden hacer contribuciones indirectas útiles y necesarias para las discusiones.

En la preparación de los informes periódicos para los diversos órganos de vigilancia, los Estados Parte están obligados a proveer información detallada, no sólo sobre el estado formal de la legislación bajo su jurisdicción, sino también sobre su aplicación práctica. Al preparar estos informes, los Estados Parte bien pueden necesitar la asistencia de diversos profesionales del derecho⁶⁵.

En cuanto a los procedimientos cuasi judiciales y estrictamente judiciales, éstos sólo entran a funcionar por medio de una queja (comunicación, petición) presentada por un individuo o, bajo algunos tratados, por un grupo de individuos o incluso por los Estados Parte. Su objetivo específico es el de **reparar** posibles violaciones de derechos humanos en el **caso particular** presentado ante los tribunales o comités y, en donde se requiera, de instar a los Estados a modificar su legislación para armonizarla con sus obligaciones jurídicas internacionales. Un sinnúmero de cambios en el derecho interno se han realizado en muchos países como resultado de procedimientos legales internacionales, bien sea universales o regionales.

No obstante, es necesario enfatizar que los **procedimientos internacionales jamás pueden considerarse como un reemplazo de los procedimientos legales existentes a nivel nacional**. Los derechos humanos se convierten en una realidad, a nivel nacional, por medio de las autoridades nacionales y, como se enfatizó en el Capítulo 1, los procedimientos de quejas internacionales son subsidiarios a los sistemas nacionales existentes para salvaguardar a la persona: proveen un instrumento más cuando los mecanismos internos que garantizan la protección de los estándares de derechos humanos han fracasado.

⁶⁵ Para ver cómo redactar estos informes, ver *Manual de Preparación de Informes sobre los Derechos Humanos*, publicado por Naciones Unidas, Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR) y el Centro de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 464 pp. (de ahora en adelante, *Manual de Preparación de Informes*). Igualmente, varios Comités han preparado sus propios manuales.

Los mecanismos internacionales de control basados en los tratados internacionales de derechos humanos consisten en procedimientos de presentación de informes y el examen de peticiones individuales o interestatales.

Los procedimientos internacionales para la protección de los derechos humanos y de las libertades son subsidiarios a los procedimientos existentes en el sistema jurídico nacional de cada Estado.

Los procedimientos internacionales nunca pueden considerarse como un reemplazo a los procedimientos legales nacionales para la protección de los derechos humanos a nivel nacional.

1.3 Derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales

La interdependencia de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales ha sido enfatizada por las Naciones Unidas desde sus inicios. Es importante dejar de lado la frecuente distinción que se hace entre los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales por el otro. De acuerdo con esta distinción, lo que los Estados deben hacer básicamente con el fin de respetar los derechos civiles y políticos es ***abstenerse*** de asesinar, desaparecer de manera forzada, torturar y realizar otras prácticas similares; mientras que, con el fin de implementar el otro grupo de derechos, tendrían que llevar a cabo acciones ***positivas*** concretas.

Sin embargo, como ya se ha señalado en el Capítulo 1, existen múltiples situaciones que también imponen a los Estados ***obligaciones positivas*** para cumplir con sus deberes internacionales en el campo de los derechos civiles y políticos. Cuando uno examina, desde un punto de vista puramente práctico, las razones por las que en muchos países hay personas que siguen siendo asesinadas y sujetas a otras formas de trato ilegal, resulta claro que las violaciones de derechos humanos persisten precisamente porque los Estados no han tomado decididamente las acciones positivas requeridas para poner fin a estas prácticas. Rara vez, dichas prácticas desaparecen por sí solas, y el que los Estados asuman una posición de inacción no es, por lo tanto, una manera adecuada y suficiente de garantizar que estén cumpliendo con sus obligaciones internacionales. Los Estados deben también emprender esfuerzos significativos para organizar elecciones libres y democráticas periódicamente y para establecer y mantener un sistema judicial eficiente, independiente e imparcial.

La necesidad imperativa de acciones positivas que aseguren el cumplimiento de las obligaciones internacionales de derechos humanos es un factor importante que debe ser considerado en todo momento por parte de jueces, fiscales y abogados en el ejercicio de sus responsabilidades profesionales.

En este sentido, cabe recordar que los Estados Parte deben garantía y respeto

a las obligaciones internacionales de derechos humanos. Esas obligaciones a las que se han comprometido, surgen a partir de la ratificación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como del reconocimiento por parte de sus constituciones.

La obligación de garantía implica una obligación de tomar medidas para que:

- Se prevengan violaciones a los derechos humanos.
- Se investiguen y sancionen las violaciones a los derechos humanos.
- Se repare el derecho violado, cuando sea posible.

Para el cumplimiento de las obligaciones mencionadas, es necesario que:

- Se organice el aparato estatal de forma que pueda asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.
- Las leyes nacionales sean modificadas, cuando sea necesario, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales y que estas leyes sean efectivamente implementadas en la práctica por todas las autoridades y entidades públicas.
- Se realicen actividades concretas para que todas las personas puedan disfrutar libremente de sus derechos.
- Se establezcan los mecanismos necesarios para que los individuos tengan acceso a los recursos internos adecuados para la protección de sus derechos fundamentales.

La obligación de respetar deriva del hecho de que hay ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. De esta manera, el ejercicio del poder estatal está limitado al respeto estricto a los derechos humanos.

Con el fin de respetar y garantizar efectivamente los derechos civiles y políticos, no es suficiente que los Estados simplemente se abstengan de actuar. Los Estados deben tomar acciones positivas firmes con el fin de cumplir con sus obligaciones jurídicas en este campo.

2. Principales tratados sobre derechos humanos de las Naciones Unidas y su implementación

2.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966 y sus dos Protocolos, 1966 y 1989

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo reconocen “la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos” y fueron adoptados por la Asamblea General en 1966, entrando en vigor el 23 de marzo de 1976. El Pacto estableció un órgano experto, el Comité de Derechos Humanos, que tiene autoridad: (1) para revisar informes de los Estados Parte; (2) para adoptar Observaciones Generales sobre el significado de las disposiciones del Pacto; (3) bajo ciertas condiciones, tratar comunicaciones interestatales; y finalmente, (4) para recibir comunicaciones individuales bajo el Protocolo Facultativo⁶⁶.

Para septiembre de 2010, 166 Estados habían ratificado el Pacto⁶⁷ y 113 Estados⁶⁸ eran parte del Primer Protocolo Facultativo⁶⁹. A la misma fecha, 48 Estados habían declarado bajo el artículo 41(1) del Pacto que reconocían las comunicaciones interestatales. Este artículo entró en vigor el 28 de marzo de 1979.

En 1989, la Asamblea General adoptó el Segundo Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, buscando la abolición de la pena de muerte. El Protocolo entró en vigor el 11 de julio de 1991 y para septiembre de 2010, 72 Estados lo habían ratificado.

2.1.1 Obligaciones de los Estados Parte

Bajo el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cada Estado Parte “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 (...) 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”⁷⁰. Como lo ha enfatizado el Comité de Derechos Humanos en su Observación General No. 3, el Pacto no “se limita” en consecuencia “al *respeto* de los derechos humanos, sino que los Estados Parte se han comprometido también a *garantizar* el goce de esos derechos para *todas* las personas sometidas a

66 Para mayor información sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus mecanismos de presentación de informes, ver Fausto Pocar, “El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, en *Manual de Preparación de Informes*, pp. 131-235.

67 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 9-92.

68 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 11-96.

69 Para una actualización en las ratificaciones ver Estado de Ratificaciones de los Principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos en la siguiente página web de NU: www.ohcr.org o en www.treaties.un.org.

70 De anotarse que, como lo indican las palabras “o de otra índole”, y como se explicará más adelante en el Capítulo 13 de este Manual, esta lista de bases de discriminación prohibidas no es exhaustiva.

su jurisdicción”, un compromiso que, en principio “se refiere a todos los derechos reconocidos en el Pacto”⁷¹ (énfasis agregado).

Tras la ratificación de un tratado que busque la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, los Estados tienen una obligación jurídica de modificar su legislación con el fin de que ésta se encuentre en armonía con sus nuevas obligaciones internacionales.

Los Estados también deben continuar garantizando que sus obligaciones jurídicas sean efectivamente implementadas por todos los órganos relevantes, incluyendo todas las cortes de derecho.

2.1.2 Derechos reconocidos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza una larga lista de derechos y libertades. Algunos de ellos no se encuentran bajo los temas cubiertos por este Manual y por ello no serán discutidos en detalle. Sin embargo, se hará referencia en los pies de página a cualquier Observación General adoptada por el Comité de Derechos Humanos relacionada con artículos específicos. Estas observaciones proveen información sobre la comprensión e interpretación que tiene el Comité de los artículos en cuestión. Además, el segundo volumen de los informes anuales del Comité a la Asamblea General contiene *opiniones* y *decisiones* adoptadas por el Comité bajo el Protocolo Facultativo, el cual incluye información indispensable para los jueces, fiscales y abogados en relación con la interpretación de los términos del Pacto⁷².

71 Observación General No. 3 (Artículo 2) en NU doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por Órganos creados en virtud de Tratados de Derechos Humanos* (de ahora en adelante *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*), Pág. 112, párr. 1. Los textos de la Observaciones Generales también se encuentran publicados en los informes anuales del Comité de Derechos Humanos; su texto también puede encontrarse en la siguiente página web: www.ohcr.org.

72 En los primeros años de la existencia del Comité, sus informes anuales a la Asamblea General consistían en un solo volumen que contenía, tanto los resúmenes de las discusiones de los informes periódicos, como las opiniones y decisiones adoptadas bajo el Protocolo Facultativo.

El derecho a la libre determinación

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contienen un artículo en común, el 1(1), que proclama el derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual ellos “(...) establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Adicionalmente, el artículo 1(2) en común provee que “todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” y que “en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia”. El derecho a la libre determinación en el sentido más amplio es, en consecuencia, considerado como una condición previa para el goce absoluto de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Este artículo común también puede leerse a la luz de la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas durante el proceso de descolonización en 1960 y que equiparaba “(...) la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación” a la negación de los derechos humanos y a la violación de la Carta de las Naciones Unidas (párrafo operativo 1).

La siguiente es una lista amplia de los derechos garantizados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- el derecho a la vida – Art. 6⁷³;
- el derecho a estar libre de torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, incluyendo la prohibición de ser sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos – Art. 7⁷⁴;
- el derecho a estar libre de esclavitud, de trata de esclavos y de servidumbre – Art. 8(1) y (2);
- el derecho a estar libre de trabajo forzoso u obligatorio – Art. 8(3);
- el derecho a la libertad y a la seguridad personales, incluyendo el estar libre de ser sometido a detención o prisión arbitrarias – Art. 9⁷⁵;
- el derecho de las personas privadas de libertad a ser tratadas humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano – Art. 10⁷⁶;
- el derecho a circular libremente y a escoger libremente su residencia – Art.12(1)⁷⁷;
- el derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio – Art. 12(2);
- el derecho a no ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio

73 Observación General No. 6, en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, pp. 143-144 y Observación General No. 14, *Ibid.*, pp. 158-159.

74 Observación General No. 7, *Ibid.*, pp. 145-146, la cual es reemplazada y desarrollada por la Observación General No. 20, *Ibid.*, pp. 173-175.

75 Observación General No. 8, *Ibid.*, Pág. 147.

76 Observación General No. 9, *Ibid.*, pp. 148-149, la cual es reemplazada y desarrollada por la Observación General No. 21, *Ibid.*, pp. 179-182.

77 Observación General No. 27.

- país – Art. 12(4);
- algunas salvaguardas legales en contra de expulsiones ilegales de extranjeros legalmente establecidos en el territorio de un Estado Parte – Art. 13⁷⁸;
- el derecho a un juicio justo por un tribunal independiente e imparcial en casos penales y civiles– Art. 14⁷⁹;
- prohibición de las leyes *ex post facto* y de la aplicación retroactiva de las penas más graves de las que hubieran sido impuestas cuando se cometió el delito – Art. 15;
- el derecho a ser reconocido como persona ante la ley – Art. 16;
- el derecho a no ser sujeto a injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques contra su honra y reputación – Art. 17;⁸⁰;
- el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión – Art. 18⁸¹;
- el derecho a la libertad de opinión y de expresión – Art. 19⁸²;
- prohibición de propaganda a favor de la guerra y de apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia – Art. 20⁸³;
- el derecho a la reunión pacífica – Art. 21;
- el derecho a la libertad de asociación – Art. 22;
- el derecho a contraer matrimonio libremente, a fundar una familia, a iguales derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo– Art. 23⁸⁴;
- el derecho del niño a una protección especial sin discriminación; el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a una nacionalidad – Art. 24⁸⁵;
- el derecho a la participación popular en asuntos públicos; el derecho a votar en elecciones periódicas por medio de sufragio universal e igual y por voto secreto, así como el derecho de tener acceso a las funciones públicas – Art. 25⁸⁶;
- el derecho a la igualdad ante la ley e igual protección de la ley – Art. 26⁸⁷;
- el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, religión e idioma – Art. 27⁸⁸;

2.1.3 Restricciones permitidas al ejercicio de los derechos

Algunos de los derechos mencionados anteriormente, tales como el derecho a la libertad de locomoción (Art.12(3)), el derecho a manifestar la religión y creencias (Art.18(3)), el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión (Art. 19(3)), a

78 Observación General No. 15, Ibid., pp. 159-161.

79 Observación General No. 13, Ibid., pp. 154-157.

80 Observación General No. 16, Ibid., pp. 162-164.

81 Observación General No. 22, Ibid., pp. 179-182.

82 Observación General No. 10, Ibid., Pág. 150.

83 Observación General No. 11, Ibid., Pág. 151.

84 Observación General No. 19, Ibid., pp. 171-172.

85 Observación General No. 17, Ibid., pp. 165-167.

86 Observación General No. 25, Ibid., pp. 195-199.

87 Sobre el tema de la no discriminación en general ver, en particular, Observación General No. 18, Ibid., pp. 168-170. En relación con la obligación de los Estados Parte de garantizar igualdad de derechos entre hombres y mujeres, ver también la Observación General No. 4, Ibid., Pág. 141, la cual ha sido reemplazada por la Observación General No. 28 (Artículo 3-La igualdad de derechos entre hombres y mujeres), Ibid., pp. 207-214.

88 Observación General No. 23, Ibid, pp. 183-186.

la reunión pacífica (Art. 21), y a la libertad de asociación (Art. 22(2)), pueden ser restringidos para cumplir con algunos objetivos específicamente definidos, tales como la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral o el respeto de los derechos fundamentales de los demás.

No obstante, las restricciones sólo pueden ser legalmente impuestas si ***están previstas por la ley y son necesarias en una sociedad democrática para uno o más de los fines legítimos definidos en las disposiciones en cuestión***. Es cierto que la referencia a una “sociedad democrática” sólo se encuentra en los artículos 21 y 22(2) con respecto a las restricciones que pueden ser impuestas al ejercicio del derecho a la reunión pacífica y el derecho a la libertad de asociación respectivamente, mientras que están ausentes de las disposiciones sobre restricciones relacionadas con el derecho a la circulación, el derecho a manifestar la religión y creencias y el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, de una interpretación de estas disposiciones a la luz de un contexto más amplio del Pacto mismo, así como de su objetivo y propósito, se concluye que esta noción es parte intrínseca de todas las disposiciones sobre restricciones y, en consecuencia, condicionará su interpretación⁸⁹.

Como se mencionó en el Capítulo 1, las disposiciones sobre restricciones reflejan intereses individuales y generales cuidadosamente sopesados que también tienen que ser balanceados entre ellos cuando las restricciones se aplican a un caso en particular. Esto significa no sólo que las leyes que proveen una posibilidad de restringir el ejercicio de los derechos deben ser ***proporcionales al fin legítimo señalado*** por sí mismas, sino también que el criterio de proporcionalidad debe ser respetado ***cuando es aplicado a un individuo específico***.

La subsidiariedad del sistema internacional para la protección de los derechos humanos significa que, en primera medida, las autoridades nacionales son las llamadas a analizar la necesidad legítima para cualquiera de las restricciones impuestas sobre el ejercicio de los derechos humanos, así como su necesidad y proporcionalidad. La supervisión internacional adicional de las medidas tomadas entra en juego sólo en conexión con el análisis de los informes de los Estados Parte o de las peticiones individuales presentadas bajo el Primer Protocolo Facultativo.

⁸⁹ Ver Anna-Lena Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception - With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-Law of the International Monitoring Organs* (La Haya/Bostón/Londres, Martinus Nijhoff Publishers), 1998, pp. 112-114, en particular el razonamiento en la Pág 113.

Los criterios que hay que verificar con el fin de establecer si el ejercicio de un derecho ha sido legalmente limitado son:

- *El principio de legalidad, en el sentido que la medida restrictiva debe estar fundamentada en la ley;*
- *El principio de un fin legítimo en una sociedad democrática; según el cual las restricciones sobre el ejercicio de los derechos humanos no pueden ser legalmente justificadas bajo el Pacto por razones que no estén expresamente contenidas allí o por propósitos ajenos a la protección efectiva de los derechos humanos;*
- *El principio de proporcionalidad, según el cual la interferencia en el ejercicio del derecho del individuo debe ser necesaria para el fin o fines legítimos. Por ello no es suficiente que la medida sea simplemente razonable o quizás aconsejable, debe ser necesaria.*

2.1.4 Suspensiones permitidas a las obligaciones jurídicas

Se hace relevante en esta etapa que se describan brevemente las estrictas condiciones que gobiernan la facultad de los Estados Parte para suspender algunas de sus obligaciones jurídicas bajo el artículo 4 del Pacto:

- ***La condición de una “situación crítica pública que ponga en peligro la vida de la nación”:*** el Estado Parte que esté previendo una suspensión debe estar afrontando una situación de amenaza excepcional que ponga en peligro la vida de la nación, excluyendo así alteraciones menores o incluso más serias que no afecten el funcionamiento de las instituciones democráticas del Estado o la vida de las personas en general.
- ***La condición de la proclamación oficial:*** la existencia de una situación crítica pública que ponga en peligro la vida de la nación debe ser “proclamada oficialmente” (Art. 4(1)). Como se explicó durante la redacción del artículo 4, el objetivo era “prevenir que los Estados suspendieran de forma arbitraria sus obligaciones bajo el Pacto cuando dicha acción no estaba sustentada en eventos”⁹⁰.
- ***La condición de no suspensión de ciertas obligaciones:*** el artículo 4(2) del Pacto enumera algunos de los derechos que nunca pueden ser suspendidos, incluso en las situaciones más graves. Estos derechos son: el derecho a la vida (Art. 6), el derecho a estar libre de torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 7), el derecho a estar libre de esclavitud, de trata de esclavos y de servidumbre (Art. 8(1) y (2)), el derecho a no ser encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual (Art. 11), la prohibición de leyes *ex post facto* (Art. 15), el derecho a una personalidad jurídica (Art. 16) y, finalmente, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Art. 18). No obstante, del trabajo del Comité de Derechos Humanos se deduce que no es posible concluir, contrario sensu, que porque un derecho

90 NU doc. E/CN.4/SR.195, Pág. 16, para. 82; explicación dada por el señor Cassin de Francia.

específico no está enumerado en el artículo 4(2), necesariamente se pueda suspender. En consecuencia, algunos derechos no pueden ser suspendidos porque son considerados “inherentes al Pacto como un todo”. Un ejemplo de ello es el derecho a los recursos judiciales en conexión con los arrestos y las detenciones como se encuentra establecido en el artículo 9(3) y (4)⁹¹. Otros tampoco pueden suspenderse porque son indispensables para el goce efectivo de los derechos que están explícitamente enumerados en el artículo 4(2), tal como el derecho a un juicio justo para las personas sentenciadas a la pena de muerte⁹². Adicionalmente, bajo el Protocolo Facultativo, el Comité ha establecido que “el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es un *derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna*”⁹³ (énfasis agregado).

- **La condición de estricta necesidad:** esta condición significa que el Estado Parte sólo puede tomar medidas que suspendan “sus obligaciones bajo el (...) Pacto en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”. En comparación con las limitaciones ordinarias en las disposiciones arriba mencionadas, la condición de necesidad estricta obliga a una construcción reducida del principio de proporcionalidad, según la cual, las medidas tomadas como tales deben ser estrictamente requeridas por la exigencia de la situación de emergencia; y, en segundo lugar, cualquier medida *individual* que se tome sobre la base de dicha legislación debe ser también estrictamente proporcional. Por ello es necesario considerar si las medidas en discusión son estrictamente requeridas para tratar la situación de emergencia. En general, el Comité ha enfatizado que “las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 4 son de carácter excepcional y temporal y sólo pueden durar mientras corra peligro la vida de la nación interesada”⁹⁴.
- **La condición de consistencia con otras obligaciones internacionales legales:** bajo esta condición, el Comité de Derechos Humanos está, en principio, autorizado a examinar si las medidas de suspensión pueden resultar ilegales siendo inconsistentes con otros tratados internacionales, tales como, por ejemplo, otros tratados para la protección del individuo o incluso el derecho internacional humanitario o derecho consuetudinario internacional.
- **La condición de no discriminación:** las medidas de suspensión no pueden entrañar discriminación alguna “fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (Art. 4(1)). Esta es una condición importante puesto que es particularmente en situaciones de emergencia que hay un riesgo de imponer medidas discriminatorias que no tienen una justificación objetiva y razonable.
- **La condición de notificación internacional:** con el fin de hacer uso del derecho a la suspensión, un Estado Parte debe, por último, también cumplir

91 Ver en particular la respuesta del Comité de Derechos Humanos a la solicitud de la Sub-Comisión sobre la Prevención de Discriminación y Protección a las Minorías de que el Comité considere un borrador de protocolo con el fin de fortalecer el derecho a un juicio justo, NU doc., AGOR, A/49/40(vol. I), pp.4-5, paras. 22-25.

92 Cf. artículo 6(2) que establece que la pena de muerte no puede ser impuesta “contraria a las disposiciones del presente Convenio”; en relación con la ley del caso, ver p. ej. Comunicación No. 16/1977, *D. Monguya Mbenge c. Zaire* (Observación Adoptada el 25 de marzo de 1983), AGOR, A/38/40, Pág. 139, párr. 17. El requisito concernía “tanto la legislación sustantiva como procedimental en los casos en los que la pena de muerte fue impuesta”.

93 Comunicación No. 263/1987, *M. González del Río c. Perú*, (Observación Adoptada el 28 de octubre de 1992 en la 46 sesión), NU doc. CCPR/C/46/D/263/1987 (1992), Pág. 20, párr. 5.2..

94 Observación General No. 5, en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 142, párr. 3.

con las condiciones establecidas en el artículo 4(3) del Pacto, notificando inmediatamente de la suspensión, por medio del Secretario General, a los demás Estados Parte. En esta notificación, se debe describir las disposiciones cuya aplicación se haya suspendido y los motivos que hayan suscitado la suspensión. Una segunda notificación debe ser presentada “en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

La Observación General No. 29, adoptada por el Comité de Derechos Humanos en julio de 2001, provee más detalles sobre la interpretación de las diferentes condiciones establecidas por el artículo 4 del Pacto.

En ciertas situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación, los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos pueden suspender sus obligaciones jurídicas allí contenidas siempre que se trate de una “medida estrictamente requerida por las exigencias de la situación”.

Tales suspensiones también deben cumplir con los principios de no suspensión para ciertos derechos, no discriminación, consistencia con las demás obligaciones internacionales del Estado y el principio de notificación internacional.

2.1.5 Mecanismo de implementación

La implementación del Pacto es vigilada por el Comité de Derechos Humanos que tiene dieciocho miembros trabajando a título personal (Art. 28). El monitoreo toma tres formas, principalmente: la presentación de informes periódicos, comunicaciones interestatales y peticiones individuales:

- ***El procedimiento de presentación de informes:*** de acuerdo con el artículo 40 del Pacto, los Estados Parte “se comprometen a presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado que den efecto a esos derechos” y sobre “el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos”, primero dentro del primer año de entrada en vigor del Pacto para los Estados Parte en cuestión y, en lo sucesivo, cada vez que el Comité los solicite, es decir, cada cinco años. Los informes “señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del Pacto”. El Comité ha elaborado directrices que buscan facilitar tanto la labor de los Estados Parte como la presentación de los informes de manera más eficiente. En julio de 1999, el Comité adoptó unas directrices consolidadas para la presentación de informes de los Estado Parte⁹⁵.
- ***Comunicaciones interestatales:*** como se mencionó en la sección 2.1, los Estados Parte del Pacto pueden, en cualquier momento, declarar bajo el artículo 41 que reconocen “la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte

⁹⁵ Ver NU doc. CCPR/C/66/GUI.

no cumple las obligaciones que le impone este Pacto”; en otras palabras, la posibilidad de presentar comunicaciones interestatales es sólo válida entre los Estados Parte que hayan hecho esta declaración. Durante la etapa inicial del procedimiento, la comunicación se envía de un Estado Parte al otro y sólo si el asunto no se resuelve a satisfacción de los dos Estados Parte en un plazo de seis meses, cualquiera de los dos Estados Parte tiene el derecho a someter el caso al Comité mismo (Art. 41 (1) (a) y (b)). El Comité tiene que seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 (1)(c)-(h), pero como no se utilizó durante los primeros 25 años de existencia del Comité, no se discutirá a fondo aquí.

- **Peticiones individuales:** bajo el artículo 1 del Protocolo Facultativo, un Estado Parte “(...) reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto”. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 2 del Protocolo Facultativo, los individuos alegando violaciones de sus derechos deben primero agotar todos los recursos que tengan a su alcance a nivel nacional. Más aún, el Comité considerará inadmisibles cualquier petición que sea anónima o que, a su juicio, constituya un abuso del derecho a presentar tales comunicaciones o que sea incompatible con las disposiciones del Pacto (Art. 3). Si la comunicación trata un tema serio bajo el Pacto, el Comité lo pondrá en conocimiento del Estado Parte afectado, que tiene la posibilidad de presentar sus explicaciones de forma escrita dentro de un período de seis meses. En consecuencia, el procedimiento ante el Comité es puramente escrito y las discusiones dentro del Comité se realizan a puerta cerrada (Arts. 4-5). Luego de considerar una comunicación, el Comité adopta sus “observaciones”, las cuales son enviadas al Estado Parte interesado y a la persona afectada (Art. 5(4)).

Numerosas comunicaciones han sido presentadas bajo el Protocolo Facultativo y, en algunos casos, han llevado a cambios en la legislación nacional.

La implementación de los mecanismos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos son:

- *El procedimiento de presentación de informes (Art. 40);*
- *Las comunicaciones interestatales (Art. 41); y*
- *Las peticiones individuales (Art. 1, Protocolo Facultativo).*

2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, y su Protocolo, 2009

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966 y entró en vigor

el 3 de enero de 1976. Para septiembre de 2010, 160 Estados formaban parte del Pacto⁹⁶. El Pacto establece un procedimiento de presentación de informes sobre las medidas que los Estados Parte han adoptado y el progreso para alcanzar la observancia de los derechos contemplados en el mismo (Art. 16). De conformidad con el Pacto, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas está formalmente encargado de vigilar el cumplimiento de los Estados Parte de sus obligaciones jurídicas; pero desde 1987, esta labor ha sido llevada a cabo por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁹⁷.

¿Por qué hay dos Pactos Internacionales?

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron elaborados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y estaban incluidos en un solo documento hasta que se decidió, luego de muchas discusiones, separarlos y redactar dos convenios que fueran adoptados de manera simultánea. La razón de esta división era la naturaleza compleja de los derechos económicos, sociales y culturales, que requerían particularmente una redacción cuidadosa y mecanismos de implementación adaptados a su naturaleza específica. Dados los diferentes niveles de desarrollo de los Estados, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también tenía que proveer la posibilidad de una implementación progresiva, aunque eso no quiso decir que nunca se contraían obligaciones de inmediato cumplimiento.

2.2.1 Obligaciones de los Estados Parte

Cada Estado Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (Art. 2(1)). Aunque el Pacto “contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos con que se cuenta”, el Comité ha enfatizado, en su Observación General No. 3, que “también impone varias obligaciones de efecto inmediato”. Desde el punto de vista del Comité, dos de ellas son de particular importancia, principalmente, el compromiso en el artículo 2(2) de “garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación” bajo ciertos casos específicos; y segundo, la obligación en el artículo 2(1) referente a “‘tomar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado

96 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 69-87.

97 El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.

por ninguna otra consideración”⁹⁸. En otras palabras, “si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendientes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”⁹⁹.

2.2.2 Derechos reconocidos

Los siguientes derechos están reconocidos por el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁰⁰.

- el derecho al trabajo, incluyendo el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado – Art. 6¹⁰¹;
- el derecho a gozar de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, incluyendo un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor – Art. 7;
- el derecho a formar sindicatos y a afiliarse al de su elección – Art. 8;
- el derecho a la seguridad social, incluyendo al seguro social – Art. 9¹⁰²;
- la protección y asistencia a la familia; matrimonio por libre consentimiento; protección de maternidad; protección y asistencia a los niños y a los adolescentes – Art. 10;
- derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluyendo alimentación adecuada¹⁰³, vestido y vivienda¹⁰⁴ y a una mejora continua de las condiciones de existencia – Art. 11;
- el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental – Art. 12¹⁰⁵;
- el derecho a la educación – Art. 13¹⁰⁶;
- el compromiso de elaborar y adoptar planes de acción donde la educación primaria no está aún asegurada – Art. 14¹⁰⁷;
- el derecho a participar en la vida cultural, gozar de los beneficios del progreso científico y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por producciones científicas, literarias o artísticas de su propia autoría – Art. 15¹⁰⁸.

2.2.3 Limitaciones permitidas al ejercicio de los derechos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

98 Ver Observación General No. 3 (La índole de las obligaciones de los Estados Parte (Art. 2. párr. 1), en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 16, párrs. 1 y 2.

99 *Ibid.*, Pág. 18, párr. 2.

100 En aquellos derechos en que el Comité haya adoptado Observaciones Generales relevantes para su comprensión, éstas serán mencionadas en un pie de página.

101 Observación General No. 18 (El derecho al trabajo – Art. 6).

102 Observación General No. 19 (El derecho a la seguridad social – Art. 9).

103 Observación General No. 12 (El derecho a una alimentación adecuada – Art. 11), *Ibid.*, pp. 70-78.

104 Observación General No. 4 (El derecho a una vivienda adecuada – Art. 11(1)), *Ibid.*, pp. 21-27 y ver también Observación General No. 7 (El derecho a una vivienda adecuada – Art. 11(1)); los desalojos forzosos), *Ibid.*, pp. 50-55.

105 Observación General Nos. 14 y 15 (El derecho al agua; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental – Art. 12).

106 Observación General No. 13 (El derecho a la educación – Art. 13), *Ibid.*, pp. 79-94.

107 Observación General No. 11 (Planes de acción para la enseñanza primaria – Art. 14), *Ibid.*, pp. 67-69.

108 Observación General No. 21 (El derecho de todos a participar en la vida cultural – Art 15, Párrafo 1 (a)).

determina en su artículo 4 que las limitaciones a los derechos determinados en el Pacto deben ser establecidas por ley y “en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”. Adicionalmente, restricciones relacionadas con el ejercicio de derechos específicos también se encuentran en el artículo 8(1)(a) y (c), donde el ejercicio del derecho a fundar y a afiliarse a sindicatos, así como el derecho de los sindicatos para funcionar libremente, no puede estar sujeto a restricción alguna “distintas a 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”. De los trabajos preparatorios relacionados con el artículo 4 es claro que se consideraba importante el incluir la condición de que dichas limitaciones debían ser compatibles con una sociedad democrática, es decir, “una sociedad basada en el respeto por los derechos y libertades de los demás”¹⁰⁹; de otra manera, el texto podría “bien servir para los fines de una dictadura”¹¹⁰.

Al contrario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ***el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene una disposición que permita suspender las obligaciones jurídicas dentro del Pacto.*** Por ello, resulta lógico que ninguno de los derechos incluidos en el Pacto haya sido específicamente establecido como no derogable. Sin embargo, como lo acotó un miembro del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “los requisitos especiales que deben cumplirse con el fin de justificar la imposición de limitaciones de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 será difícil de satisfacer en la mayoría de los casos”¹¹¹. En particular, para que una limitación sea compatible con el artículo 4, tendría que ser “establecida por la ley”, “compatible con la naturaleza de los derechos”, y diseñada específicamente para promover “el bienestar general en una sociedad democrática”¹¹².

El goce de los derechos garantizados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sólo puede ser sujeto a las restricciones que:

- establezca la ley;
- sean compatibles con la naturaleza de estos derechos; y
- que busquen promover el bienestar general en una sociedad democrática.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene disposición alguna para suspensiones de las obligaciones jurídicas allí dispuestas.

109 Ver NU doc. E/CN.4/SR.235, Pág. 9, declaración por el señor Ciasullo de Uruguay.

110 Ver Ibid., Pág. 20 y también Pág. 11, declaración del señor Eustathiades de Grecia.

111 Ver Philip Alston, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, en *Manual on Human Rights Reporting*, Pág. 74.

112 Ibid, Loc. Cit.

2.2.4 Mecanismo de implementación

La implementación del Pacto es vigilada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que tiene 18 miembros que prestan sus servicios a título individual. El monitoreo toma las siguientes formas:

- **El procedimiento de presentación de informes:** Bajo el artículo 16 del Pacto, los Estados Parte se comprometen a presentar “informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos en el mismo” y era el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el órgano formalmente encargado de hacer seguimiento al cumplimiento bajo los términos allí establecidos (Art. 16(2) (a)). Sin embargo, dado que los arreglos iniciales para examinar los informes periódicos no fueron satisfactorios, en 1985, el Consejo creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como un órgano de expertos independientes paralelo al Comité de Derechos Humanos establecido bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹¹³.

Como en el caso del Comité de Derechos Humanos, los informes presentados por los Estados Parte son considerados en reuniones públicas y con presencia de representantes de los Estados Parte afectados. La discusión “está diseñada para alcanzar un diálogo constructivo y mutuamente provechoso” para que los miembros del Comité puedan tener una idea más completa de la situación en el país afectado, permitiéndoles así hacer “los comentarios que consideren apropiados para la efectiva implementación de las obligaciones contenidas en el Pacto”¹¹⁴.

Aceptando una invitación realizada por el Consejo Económico y Social, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comenzó a adoptar las Observaciones Generales “con el fin de ayudar a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones en materia de presentación de informes”¹¹⁵. Las Observaciones Generales se basan en la experiencia adquirida por el Comité a través del procedimiento de presentación de informes, y señalan a la atención de los Estados Parte las insuficiencias puestas de manifiesto y sugieren mejoras al procedimiento. Finalmente, las Observaciones Generales buscan estimular las actividades de los Estados Parte así como el de las organizaciones internacionales y agencias especializadas para alcanzar “de manera progresiva y eficaz la plena realización de los derechos reconocidos en el Pacto”¹¹⁶.

- **Peticiones individuales:** El 10 de diciembre de 2008, fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Protocolo Adicional al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que establece el mecanismo de petición o comunicación individual ante el Comité, el

113 Ibid., Pág. 117. Ver también pp. 118-119. Para los términos de la resolución creando el Comité, ver ECOSOC res. 1985/17 del 28 de Mayo de 1985.

114 Ibid., Pág. 121

115 Ver NU doc. E/2000/22 (E/C.12/1999/11), Pág. 22, párr. 49.

116 Ibid., Pág. 22, párr. 51

procedimiento de investigación—aplicable a violaciones graves y sistemáticas por un Estado de los derechos contenidos en el Pacto- y la comunicación interestatal. Asimismo el Protocolo permite solicitar medidas provisionales de urgencia para evitar que las víctimas de las violaciones sufran perjuicios irreparables. Este Protocolo entrará en vigencia al ser ratificado por 10 Estados¹¹⁷.

El mecanismo de implementación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consiste en un procedimiento de presentación de informes, que ha sido complementado con los mecanismos establecidos en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008 que incluyen la petición individual, el procedimiento de queja y las comunicaciones interestatales.

2.3 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, y sus dos Protocolos Facultativos, 2000

Aunque los niños también se encuentran protegidos por los tratados generales para la protección de los seres humanos, se consideró importante elaborar una convención que tratara específicamente las necesidades particulares de la niñez. Luego de diez años de trabajo, la Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Asamblea General en 1989 y entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Hasta septiembre de 2010, había 193 Estados que eran parte de la Convención¹¹⁸. A pocos años de su adopción, la Convención ha sido casi universalmente ratificada, y ha comenzado a tener un impacto importante en las decisiones de las cortes a nivel nacional. El principio rector de la Convención es que “en todas las medidas concernientes a los niños **se atenderá el interés superior del niño**” (Art. 3(1); énfasis agregado)¹¹⁹.

La Convención establece un Comité de los Derechos del Niño “con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Parte en la presente Convención” (Art. 43(1)).

El 25 de mayo de 2000, la Asamblea General adoptó dos Protocolos Facultativos a la Convención, el Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados. El primer Protocolo Facultativo entró en vigor el 18 de enero de 2002, es decir, tres meses después del depósito del décimo instrumento de ratificación o adhesión (Art. 14(1)), mientras que el Segundo Protocolo Facultativo entró en vigor el 12 de febrero de 2002 luego de haberse

117 Para septiembre de 2010, había 2 Estados Partes del referido Protocolo.

118 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 27-90.

119 Para una explicación extensiva del significado de los términos de la Convención, ver *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, preparado por UNICEF por Rachel Hodgkin and Peter Newell, UNICEF, 1998, Pág. 681 (de aquí en adelante se hará referencia a él como *UNICEF Implementation Handbook*).

cumplido las mismas condiciones (Art. 10(1))¹²⁰. Para septiembre de 2010, estos Protocolos habían sido rectificadas por 139 y 136 Estados, respectivamente¹²¹.

2.3.1 Obligaciones de los Estados Parte

De la misma manera que en los Pactos Internacionales, los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño generalmente se comprometen a “respetar y garantizar los derechos enunciados en la (...) Convención a cada niño sujeto a su jurisdicción sin discriminación de ninguna clase” (Art. 2(1)), y de adoptar “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” (Art. 2(2)). Como en todos los tratados de derechos humanos que se han abordado en este Manual, el principio de no discriminación también es un principio fundamental en relación con los derechos de la niñez y condiciona la interpretación y aplicación de todos los derechos y de las libertades que se encuentran dentro de la Convención. En sus Directrices Generales para la Presentación de Informes Periódicos por los Estados, adoptadas en octubre de 1996, el Comité de los Derechos del Niño dio instrucciones detalladas a los Estados Parte sobre los contenidos que requerían los informes periódicos en relación con cada obligación jurídica en particular, tal como el derecho a la no discriminación y los derechos específicos que se discutirán a continuación¹²².

Los Estados Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño deben respetar y garantizar los derechos allí establecidos sin ninguna clase de discriminación.

El principio rector de la Convención es que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial.

2.3.2 Derechos reconocidos

La Convención reconoce una larga y detallada lista de derechos de los niños que deben ser respetados y garantizados en todo momento, es decir, para “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”(Art. 1). A continuación, se reflejarán los derechos garantizados en la Convención, en términos generales:

- el derecho del niño a la vida, a la supervivencia en la máxima medida posible

120 Ver texto y fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo a la Convención de los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía: <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc-sale.htm> y del Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos armados: <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc-conflict.htm>.

121 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 76-2001 y Decreto del Congreso de la República número 1-2000, respectivamente.

122 Directrices Generales para la Presentación de Informes Periódicos por los Estados Parte bajo el Artículo 44, párrafo 1(b), de la Convención, adoptadas por el Comité sobre los Derechos de los Niños en su 343 reunión (decimotercera sesión) el 11 de octubre de 1996, publicadas en *UNICEF Implementation Handbook*, pp. 604-618.

- y a su desarrollo – Art. 6;
- el derecho del niño a ser inscrito al momento de nacer, a una nacionalidad y, “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos” – Art. 7;
 - el derecho del niño a una identidad, incluyendo la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares – Art. 8;
 - el derecho del niño a no ser separado de sus padres en contra de su voluntad a menos que “tal separación es necesaria en el interés superior del niño” – Art. 9(1)¹²³;
 - el deber de los Estados a facilitar la reunificación familiar permitiendo a los niños viajar dentro y fuera de su territorio – Art. 10¹²⁴;
 - el deber de combatir los traslados ilícitos de niños al extranjero – Art. 11;
 - el deber de respetar las opiniones del niño y a “ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que [lo] afecte” – Art. 12¹²⁵;
 - el derecho del niño a la libertad de expresión – Art. 13;
 - el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión – Art. 14;
 - el derecho del niño a la libertad de asociación y de reunión pacífica – Art. 15;
 - el derecho del niño a una protección legal en contra de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de “ataques ilegales” a su honra y a su reputación – Art. 16;
 - el derecho del niño al “acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental” - Art. 17;
 - reconocimiento del principio de que ambos padres tienen una responsabilidad común y primaria en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño y que “su preocupación fundamental será el interés superior del niño” – Art. 18(1);
 - el derecho del niño a la protección en contra de toda forma de violencia o abuso – Art. 19¹²⁶;
 - el derecho del niño a una especial protección y asistencia cuando esté privado de su medio familiar – Art. 20;
 - cuando la adopción sea reconocida o permitida, los Estados Parte “cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial” – Art. 21;
 - derechos de los niños refugiados – Art. 22;
 - derechos de los niños con discapacidad mental o física – Art. 23¹²⁷;
 - el derecho del niño al “más alto nivel posible de salud” y a los servicios de salud – Art. 24¹²⁸;
 - el derecho del niño internado a “un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación” – Art. 25¹²⁹;
 - el derecho del niño a beneficiarse de la seguridad social, incluyendo un seguro

123 Observación General No. 6 (El tratamiento de niños desacompañados y separados de su país de origen).

124 Ibid.

125 Observación General No. 12 (El derecho del niño a ser escuchado).

126 Observación General No. 8 (El derecho del niño a la protección en contra toda forma de violencia o abuso).

127 Observación General No. 9 (El derecho de los niños con discapacidad).

128 Observación General No. 4 (Salud del adolescente).

129 Observación General No. 10 (El derecho de los niños en centros juveniles de justicia).

- social – Art. 26;
- el derecho del niño a un nivel de vida adecuado – Art. 27;
 - el derecho del niño a la educación (Art. 28) y los objetivos de esa educación (Art. 29)¹³⁰;
 - el derecho de los niños miembros de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, así como el derecho de los niños de origen indígena, a disfrutar su propia cultura, religión o lengua – Art. 30¹³¹;
 - el derecho del niño al descanso y el esparcimiento – Art. 31;
 - el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y cualquier trabajo que lo ponga en peligro – Art. 32;
 - el derecho del niño a la protección en contra del uso ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas – Art. 33;
 - el derecho del niño a la protección “contra todas las formas de explotación y abuso sexuales – Art. 34;
 - la prevención de secuestro, venta o trata de niños – Art. 35;
 - el derecho del niño a la protección en contra de toda forma de explotación perjudicial para cualquier aspecto de su bienestar – Art. 36;
 - el derecho a estar libre de tortura o de cualquier otro trato o pena cruel, inhumana o degradante, incluyendo la pena de muerte – Art. 37(a)¹³²;
 - el derecho del niño a no ser privado de la libertad arbitraria o ilegalmente – Art. 37 (b);
 - el derecho del niño a un trato humano y digno durante la privación de su libertad – Art. 37 (c)¹³³;
 - el derecho del niño a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción – Art. 37 (d)¹³⁴;
 - el derecho del niño en conflictos armados a que se respeten las reglas relevantes del derecho internacional humanitario – Art. 38 (1);
 - los derechos del niño a medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social en casos de cualquier clase de abandono, explotación o abuso – Art. 39;
 - los principios de la justicia juvenil – Art. 40¹³⁵;

Como puede verse, los derechos no solamente cubren los estándares tradicionales de derechos humanos que se encuentran, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sino que han sido ampliados y refinados y están redactados de tal manera que respondan específicamente a la variedad de necesidades de los muchos niños y jóvenes que continúan sufriendo toda clase de privaciones.

De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la

130 Observación General No. 1 (Los objetivos de la educación).

131 Observación General No. 11 (Niños indígenas y sus derechos en la Convención).

132 Observación General No. 8 (El derecho del niño a la protección en contra toda forma de penas corporales y otras formas de pena cruel inhumana o degradante).

133 Observación General No. 10 (El derecho de los niños en centros juveniles de justicia).

134 Ibid.

135 Ibid.

utilización de niños en la pornografía, los Estados Parte “prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil”. El Artículo 2 del Protocolo explica la noción de “venta de niños”, “prostitución infantil” y “pornografía infantil”, mientras que el artículo 3 describe los actos que deben, como mínimo, estar “íntegramente comprendidos” en su “legislación penal”. Otras disposiciones proveen detalles sobre las obligaciones de los Estados Parte para determinar la jurisdicción sobre los delitos relevantes, y para proveer asistencia en conexión con investigaciones o procesos penales o de extradición, de confiscación, cooperación internacional y en otras áreas (Arts. 4-11).

El Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados incrementa la edad para la participación directa en hostilidades a 18 años, e impone sobre los Estados Parte una obligación de velar “porque no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años” (Arts. 1 y 2). De acuerdo con el artículo 3 del Protocolo, los Estados Parte también deberán elevar “la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales” que es de 15 años, según lo autorizado en el artículo 38(3) de la misma Convención. Los Estados que permitan el reclutamiento voluntario de personas menores de 18 años deberán, entre otras cosas, garantizar que “ese reclutamiento sea auténticamente voluntario” y que “se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal” (Art. 3 (a) y (b)).

2.3.3 Restricciones permitidas al ejercicio de los derechos

La Convención sobre los Derechos del Niño no contiene una disposición general sobre limitaciones y sólo tres artículos establecen el derecho de imponer restricciones al ejercicio de los derechos, específicamente, al ejercicio del derecho a la libertad de expresión (Art. 13 (2)), el derecho a la libertad de manifestar su religión y creencias (Art. 14(3)) y el derecho a las libertades de asociación y de reunión pacífica (Art. 15(2)). Según todas estas disposiciones, las medidas de restricción deben fundamentarse en la ley y deben ser necesarias para los objetivos establecidos. Sólo en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de asociación y de reunión, hay una mención expresa de que las medidas en cuestión deben también ser “necesarias en una sociedad democrática”.

Aunque la Convención tiene pocas disposiciones sobre restricciones, muchos de los compromisos de los Estados Parte se encuentran ligados al término “apropiado”, que está, desde luego, abierto a interpretación. No obstante, es una interpretación que siempre debe estar condicionada al “interés superior del niño”. Otro factor que los Estados deberán tener en cuenta es el balance entre los intereses del niño y “los derechos y los deberes” de sus padres (Arts. 3(3) y 5)).

Por último, la Convención sobre los Derechos del Niño no contiene ninguna disposición de suspensión y por ello puede concluirse que se buscaba que la Convención fuese aplicada en su totalidad, incluso en situaciones de crisis excepcionales.

La Convención sobre los Derechos del Niño no tiene una disposición general sobre restricciones. Las disposiciones específicas sobre restricciones están ligadas únicamente al ejercicio de la libertad de expresión, la libertad de manifestar la religión y las creencias y las libertades de asociación y de reunión pacífica.

En general, la interpretación de los términos de la Convención debe principalmente buscar el interés superior del niño, pero deben también tener en cuenta los derechos y deberes de sus padres.

2.3.4 Mecanismo de implementación

La implementación de la Convención es vigilada por el Comité de los Derechos del Niño, que cuenta con dieciocho miembros trabajando a título personal. El sistema de implementación de la Convención de los Derechos del Niño (Arts. 42-45) es similar a los procedimientos de presentación de informes de los dos Pactos Internacionales:

- **El procedimiento de presentación de informes:** De acuerdo con el artículo 16 de la Convención de los Derechos del Niño, los Estados Partes se comprometen a presentar “informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” en la Convención. El primer informe deberá ser presentado en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la Convención, y los informes sucesivos deberán ser presentados cada cinco años y cuando el Comité solicite. Como los otros Comités, el Comité de los Derechos del Niño también ha publicado Directrices para la presentación de los informes bajo la Convención por parte de los Estados Parte¹³⁶.

2.4 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965

La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 1965 y entró en vigor el 4 de enero de 1969. Para septiembre de 2010, la Convención contaba con 173 Estados Parte¹³⁷. La Convención estableció un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial que vigila la implementación de la misma. El Comité adopta, cuando es necesario, Observaciones Generales relacionadas con artículos específicos o temas de especial interés. Estas observaciones serán mencionadas cuando resulte relevante.

136 Ver *supra*, nota 47.

137 En Guatemala, Decreto ley número 105-82.

2.4.1 Obligaciones de los Estados Parte

Para los fines de la 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” (Art. 1(1) énfasis agregado). Sin embargo, “las medidas especiales adoptadas con el fin **exclusivo** de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas (...) con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron” (Art. 1(4); énfasis agregado)¹³⁸.

Los Estados Parte de la Convención “condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas” (Art. 2(1)). Para tal fin, en particular, se comprometen:

- “a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar porque todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación” – Art. 2(1)(a);
- “a no fomentar, defender o apoyar la discriminación racial practicada por cualesquiera personas u organizaciones” – Art. 2(1)(b);
- a tomar “medidas efectivas para revisar” las políticas públicas a todos los niveles, y para enmendar la legislación que tenga como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista – Art. 2(1)(c);
- a prohibir y hacer cesar por todos los medios apropiados la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones – Art. 2(1)(d);
- “a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medios encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial” – Art. 2(1)(e).

Los Estado Parte también “asegurarán a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos” en contra de actos que vulneren los derechos humanos de una persona contrariando la Convención, así como el derecho a acceder a los tribunales a nivel nacional para “satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación” (Art. 6).

¹³⁸ Para las obligaciones relacionadas con las disposiciones de presentar informes de los Estados Parte, ver Recomendación General XXIV del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relacionada con el artículo 1 de la Convención, en NU doc. HRI/GEN/1/Rev.7, Pág. 232.

Finalmente, se compromete, en particular, “a tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial” (Art. 7).

2.4.2 Derechos reconocidos

Los Estados Parte se comprometen no sólo a prohibir y eliminar la discriminación racial, sino también 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”¹³⁹ (Art. 5):

- el derecho a la igualdad de tratamiento en los tribunales y todos los demás órganos que administran justicia – Art. 5(a);
- el derecho a la seguridad personal – Art. 5(b);
- derechos políticos, tales como el de tomar parte en elecciones, el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos y el de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas – Art. 5(c);
- Otros derechos civiles, tales como el derecho a la libertad de circulación y de residencia, el derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país, el derecho a una nacionalidad, el derecho al matrimonio y a la elección del cónyuge, el derecho a ser propietario, individualmente y en asociación con otros, el derecho a heredar, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, el derecho a la libertad de opinión y de expresión, el derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas – Art. 5(d);
- los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por igual trabajo y a una remuneración equitativa y satisfactoria, el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse, el derecho a la vivienda, el derecho a la salud pública, a la seguridad social y a los servicios sociales, el derecho a la educación y la formación profesional, el derecho a participar, en condiciones de igualdad, en las actividades culturales – Art. 5(e); y
- el “derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, restaurantes, cafés, espectáculos y parques” – Art. 5(f).

Como lo señaló el Comité mismo en la Observación General No. XX, la enumeración de derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales en el artículo 5 no es exhaustiva y el derecho a no ser sujeto de discriminación racial en el goce de los derechos también puede ser invocado en el ejercicio de derechos que no estén expresamente allí mencionados. En otras palabras, aparte de requerir que se garantice el ejercicio de los derechos humanos sin discriminación racial, el artículo 5 “no crea en sí mismo [Derechos Humanos,] pero presupone la existencia y el reconocimiento de estos derechos”, tales como aquellos derivados de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos

139 Ver Recomendación General No. XX del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

Internacionales de Derechos Humanos. Esto también significa que, siempre que un Estado Parte imponga restricciones al ejercicio de los derechos enumerados en el artículo 5, “deberá garantizar que, ni por su finalidad ni por su efecto, la restricción sea incompatible con el artículo 1 de la Convención que forma parte integrante de las normas internacionales de derechos humanos”¹⁴⁰. En consecuencia, las restricciones autorizadas bajo otros tratados de derechos humanos se encuentran incluidas de manera indirecta en el artículo 5 de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y que, a la inversa, la noción de discriminación racial como se encuentra definida en el artículo 1 de esta Convención es, como tal, inherente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aunque, de acuerdo con el artículo 1 de la Convención, la prohibición de la discriminación racial está relacionada con la “esfera de la vida pública”, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha explicado que “en la medida en que las prácticas de las instituciones privadas influyan en el ejercicio de los derechos o en la disponibilidad de oportunidades, el Estado Parte debe garantizar que el resultado de estas prácticas no tenga como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial”¹⁴¹.

2.4.3 Mecanismo de implementación

La Convención creó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, que se compone de dieciocho miembros que sirven a título personal (Art. 8). Este Comité tiene la labor de vigilar la implementación de los términos de la Convención. Como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial tiene un mecanismo de implementación de tres partes consistente en informes periódicos, comunicaciones interestatales y peticiones individuales, los cuales serán brevemente descritos a continuación. Así mismo, el Comité adopta, cuando es necesario, Observaciones Generales respecto a artículos específicos o temas especiales de interés. Seguidamente, se ofrece una descripción general de los mecanismos de monitoreo:

- **El procedimiento de presentación de informes:** Los Estados Parte se comprometen a presentar, dentro del plazo de un año luego de la entrada en vigor de la Convención para el Estado afectado, un informe inicial y, de allí en adelante, cada dos años o cuando el Comité lo solicite, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de cualquier otra índole que se hayan tomado para darle efecto a las disposiciones de la Convención (Art. 9(1)). Como los otros Comités, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha adoptado directrices especiales sobre la forma y el contenido de los informes que son presentados por los Estados Parte.
- **Comunicaciones interestatales:** cualquier Estado Parte que considere que otro Estado Parte no está cumpliendo las disposiciones de la Convención “podrá señalar el asunto a la atención del Comité” (Art. 11(1)). A diferencia del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no se necesita una declaración especial

140 *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 244, párrs. 1 y 2.

141 *Ibid.*, Pág. 245, párr. 5.

para reconocer la competencia del Comité para recibir comunicaciones interestatales. No obstante, el Comité sólo tratará el tema si éste no ha sido resuelto a satisfacción de ambas partes. En los casos en los que el Comité asume el caso, la Convención prevé el nombramiento de una Comisión de Conciliación ad hoc que deberá prestar sus buenos oficios con el fin “de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto a” la Convención (Art. 12(1)(a)). Cuando la Comisión haya estudiado el tema, deberá presentar al Presidente del Comité “un informe en el que figuren sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes al asunto planteado entre las partes y las recomendaciones que la Comisión considere apropiadas para la solución amistosa de la controversia” (Art. 13(1)). Los Estados Parte pueden aceptar o rechazar las recomendaciones de la Comisión Especial de Conciliación (Art. 13(2)).

- **Comunicaciones individuales:** un Estado Parte también puede declarar en cualquier momento que considera al Comité con competencia “para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción, que alegaren ser víctimas de violaciones, por parte de ese Estado, de cualquiera de los derechos estipulados en la presente Convención” (Art. 14(1)). El artículo 14 entró en vigor el 3 de diciembre de 1982 y para septiembre de 2010, 53 de los Estados Parte habían hecho dicha declaración¹⁴².

2.5 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, 1984 y su Protocolo, 2002

Aunque prohibida por todos los principales tratados de derechos humanos, se consideraba que la práctica generalizada de tortura requería de una regulación legal más detallada y de un mecanismo de implementación más eficiente. Por ello se decidió redactar la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la cual fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Entró en vigor el 26 de junio de 1987 y para septiembre de 2010, 147 Estados eran parte de la Convención¹⁴³. La Convención creó un órgano de expertos, el Comité contra la Tortura, para supervisar la implementación de las obligaciones de los Estados Parte.

2.5.1 Obligaciones de los Estados Parte

De acuerdo con la Convención, “se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. No obstante, “no se considerarán torturas los dolores o sufrimientos

142 NU doc. AGOR, A/56/18, Pág. 10, párr. 2.

143 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 52-89.

que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas” (Art. 1).

Luego, la Convención requiere que “todo Estado Parte [tome] medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para **impedir** los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción” (Art. 2(1); énfasis agregado). Adicionalmente especifica que “**en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura**” (Art. 2(2); énfasis agregado). Esto es una simple reafirmación del ya existente Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que el derecho a estar libre de tortura no se puede suspender en los principales tratados relevantes, incluyendo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes deja claro que “no podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (Art. 2(3)). En otras palabras, el principio de responsabilidad individual para actos de tortura está claramente establecido.

2.5.2 Derechos reconocidos

Las siguientes disposiciones de la Convención especifican las responsabilidades de los Estados Parte para prevenir, sancionar y remediar los actos de tortura. Sin embargo, sólo algunas de las obligaciones jurídicas serán mencionadas, en términos generales. Además, se hará mención de las Observaciones Generales emitidas por el Comité contra la Tortura, cuando se estime pertinente.

- “Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura” – Art. 3(1)¹⁴⁴.
- “Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal” y lo mismo aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto que constituya “complicidad o participación en la tortura”. Adicionalmente debe castigar “esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” – Art. 4(1) y (2)¹⁴⁵.
- Los Estados Parte deberán adoptar las medidas necesarias para ejercer su jurisdicción sobre los delitos mencionados y de entregar a la persona acusada de haber cometido actuaciones contrarias al artículo 4 de la Convención a las “autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento” (Arts. 5-7) y, adicionalmente deberán prestar “todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal” relativo a cualquiera de estos delitos – Art. 9.
- “Los delitos a que se hace referencia en el artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre Estados Parte”, quienes también “se comprometen a incluir

¹⁴⁴ Ver Observación General No. 1 (Comunicaciones y no *refoulement*).

¹⁴⁵ Ver Observación General No. 2 (Implementación del artículo 2 por los Estados Partes).

dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre sí” – Art. 8.

- Los Estados Parte también deberán velar porque “se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión” – Art. 10(1).
- Para los propósitos de la prevención contra la tortura, los Estados Parte “mantendrá[n] sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma” de privación de la libertad – Art. 11.
- “Todo Estado Parte velará porque, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura las autoridades competentes procedan a una investigación pronta e imparcial”. - Art. 12.
- Todo Estado Parte también deberá garantizar que cualquier posible víctima de tortura “tenga derecho a presentar una queja y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes” – Art. 13.
- “Todo Estado Parte velará porque su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible”- Art. 14.
- “Todo Estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” – Art. 15; y, finalmente,
- “Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1” de la Convención – Art. 16.

Como resulta claro de la descripción general de las obligaciones jurídicas asumidas bajo esta Convención, el tema de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y la respuesta de cada Estado a ésta es altamente relevante para jueces, fiscales y abogados, quienes deben en todo momento, estar preparados para buscar señales de la existencia de dicha clase de actos ilegales.

2.5.3 Mecanismo de implementación

El Comité contra la Tortura, el órgano independiente de diez miembros (Art. 17(1)) creado para supervisar la implementación de la Convención tiene, como los otros Comités mencionados en este Capítulo, la labor de considerar los informes periódicos presentados por los Estados Parte, y, cuando los Estados Parte lo hayan declarado, puede recibir y considerar comunicaciones de los Estados Parte y de individuos. Aunque, como se verá más adelante, la Convención autoriza al Comité

a visitar un país donde se practique la tortura únicamente con el consentimiento del Estado Parte en cuestión, también se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución A/RES/57/1999, de fecha 18 de diciembre de 2002, el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, que entró en vigor el 22 de junio de 2006. Este instrumento establece un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En términos generales, los procedimientos de vigilancia pueden ser descritos de la siguiente manera:

- **El procedimiento de presentación de informes:** Los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de presentar informes sobre las medidas que hayan tomado para hacer efectivos sus compromisos; dentro del plazo de un año luego de la entrada en vigor de la Convención para el Estado en cuestión, y, de allí en adelante, cada cuatro años o cuando el Comité los requiera (Art. 19(1)). Con el fin de facilitar la redacción de los informes, el Comité ha adoptado directrices generales sobre la forma y el contenido de los informes iniciales y periódicos¹⁴⁶.
- **Actividades del Comité bajo el artículo 20:** Este artículo es particular a la Convención contra la Tortura y señala que si el Comité “recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trate” (Art. 20(1)). Sin embargo, los Estados Parte pueden, al firmar o ratificar la Convención o al adherirse a ella, declarar que no reconocen esta competencia del Comité (Art. 28(1)). Para septiembre de 2010, 13 Estados en total habían hecho dicha declaración¹⁴⁷. Los documentos y procedimientos relacionados con las funciones del Comité bajo este artículo son confidenciales, aunque “el Comité podrá, tras celebrar consultas con el Estado Parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados de la investigación en el informe anual” que presente a la Asamblea General (Art. 20(5))¹⁴⁸.
- **Comunicaciones interestatales:** A marzo de 2010, __ Estados Parte habían reconocido la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención (Art. 21(1))¹⁴⁹. El Comité examinará la comunicación si ésta no ha sido resuelto a satisfacción de ambos Estados Parte. El procedimiento es confidencial y el Comité “deberá prestar sus buenos oficios con el fin de llegar a una solución amistosa del asunto, basada en el respeto a las obligaciones establecidas en la Convención”. Para este fin puede establecer una comisión de conciliación ad hoc. Si no se ha llegado a ninguna solución amistosa, el Comité redactará un informe que sólo incluya una “breve

146 NU docs. CAT/C/4/Rev.2 (en relación con los informes iniciales) y CAT/C/14/Rev.1 (en relación con los informes periódicos). Para mayor información sobre el procedimiento inicial de presentación de informes bajo esta Convención, ver también Joseph Voyame, “The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment of Punishment”, en *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 309-332.

147 NU doc. AGOR, A/56/44, Anexo II, Pág. 79.

148 NU doc. AGOR, A/54/44, Pág. 24, párr. 231.

149 NU doc. AGOR, A/56/44, Anexo III, pp. 80-81.

descripción de los hechos” del caso (Art.21(1)).

- **Comunicaciones individuales:** Finalmente, el Comité puede recibir comunicaciones de personas individuales que alegan ser víctimas de una violación de la Convención si el Estado Parte afectado ha reconocido expresamente la competencia para hacerlo (Art. 22(1)). A marzo de 2010, 64 Estados Parte habían hecho una declaración para esto¹⁵⁰. No obstante, el Comité tendrá que considerar inadmisibles cualquier comunicación que sea anónima, o que se considere que puede constituir un abuso del derecho de presentar dichas comunicaciones, o que sea incompatible con las disposiciones de la Convención (Art. 22(2)). Antes de examinar una comunicación el Comité también debe, entre otras cosas, cerciorarse que la persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, a menos que el uso de estos recursos resulte prolongado de manera injustificada o no sea probable que realmente mejoren la situación de la víctima (Art. 22(5)(b)). Si bien los documentos y procedimientos relacionados con las comunicaciones individuales son confidenciales, las observaciones del Comité se comunican a las partes y también se hacen públicas. Lo mismo sucede con las decisiones del Comité mediante las cuales declara inadmisibles las comunicaciones¹⁵¹. Muchas de las observaciones y decisiones del Comité se encuentran en su informe anual de la Asamblea General.
- **Visitas según el Protocolo Facultativo:** El Protocolo Facultativo a la Convención¹⁵² crea un Subcomité para la Prevención¹⁵³ el cual lleva a cabo visitas *in-situ* para inspeccionar lugares de detención en conjunción con los órganos nacionales de visitas.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes confirma la regla bien establecida de derecho internacional que ninguna circunstancia en absoluto, ni siquiera guerras u otras emergencias públicas, pueden justificar el recurrir a la tortura o a otras formas de malos tratos.

La orden de un superior no puede ser invocada como justificación de tortura.

La Convención es implementada a nivel internacional por medio de: (1) un procedimiento de presentación de informes; (2) las actividades especiales del Comité bajo el artículo 20; (3) comunicaciones interestatales; (4) peticiones individuales; y (5) el sistema de visitas periódicas establecido en el Protocolo Adicional a la Convención.

150 Ibid, Loc. Cit.

151 NU doc. AGOR, A/54/44, Pág. 25, párr. 236.

152 Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 77/199, de 18 de diciembre de 2002, Entrada en vigor: 22 de junio, 2006.

153 Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura.

2.6 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979, y su Protocolo, 1999

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue adoptada el 18 de diciembre de 1979 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Para septiembre de 2010, tenía 186 Estados Parte¹⁵⁴. La Convención establece un órgano de expertos independiente, el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, para vigilar su implementación. El 6 de octubre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó sin votos en contra, el Protocolo Facultativo a la Convención, permitiéndole así al Comité, entre otras cosas, recibir y examinar comunicaciones de mujeres o de grupos de mujeres que se consideren víctimas de discriminación por razones de género dentro de la jurisdicción de los Estados que hayan ratificado o se hayan adherido al Protocolo. Este Protocolo entró en vigor el 22 de diciembre de 2000 y para septiembre de 2010, 99 Estados lo habían ratificado¹⁵⁵.

2.6.1 Obligaciones de los Estados Parte

Para los efectos de la Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” significa “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**” (Art. 1; énfasis agregado). La prohibición de discriminación en contra de las mujeres no está, por lo tanto, limitada a las categorías tradicionales de derechos humanos, sino que va más allá de ellas hacia otros campos donde la discriminación puede ocurrir. Adicionalmente, no se encuentra limitada a la esfera pública, sino que se extiende a los campos de la vida privada.

Cabe señalar, sin embargo, que “medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención”; no obstante, tales medidas “cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato” (Art. 4).

Los Estado Parte “convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen” en particular (Art. 2) a:

- Consagrar el principio de la igualdad del hombre y de la mujer en su legislación nacional y a garantizar la realización práctica de ese principio;
- “adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”;

¹⁵⁴ En Guatemala, Decreto ley número 49-82.

¹⁵⁵ Para Guatemala, Decreto ley número 59-2001.

- establecer la efectiva protección jurídica de los derechos de la mujer por medio de los tribunales nacionales u otras instituciones públicas;
- “abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer”;
- “tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas”;
- “derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

Los artículos subsiguientes proveen mayores detalles en relación con los compromisos de los Estados Parte para eliminar la discriminación contra la mujer que, entre otras cosas, incluyen las siguientes obligaciones:

- modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres (Art.5(a));
- “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” (Art.5 (b));
- tomar todas las medidas apropiadas para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer (Art. 6), eliminar la discriminación contra las mujeres en la vida política y pública (Arts. 7 y 8¹⁵⁶), en la esfera de la educación (Art.10), empleo (Art.11) y atención médica (Art.12); en esferas de la vida económica y social (Art. 13); así como en contra de las mujeres en zonas rurales (Art. 14(2)).

2.6.2 Derechos reconocidos

Aunque muchos artículos de la Convención están enmarcados como obligaciones generales sobre los Estados Parte de “tomar las medidas adecuadas” para eliminar la discriminación contra la mujer, algunas de ellas, también especifican los derechos particulares que deben garantizarse sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres. Así, por ejemplo:

- En relación con la educación, las mujeres tiene derecho, entre otras cosas, a las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional e igual oportunidad para la obtención de becas y de otras subvenciones – Art. 10¹⁵⁷;
- En el derecho al trabajo, a las mismas oportunidades de empleo, el derecho a elegir libremente profesión y empleo, a igual remuneración¹⁵⁸, a seguridad social y a las protección de la salud – Art. 11¹⁵⁹;
- El derecho a prestaciones familiares, a obtener préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito y a participar en actividades de esparcimiento,

156 Recomendación General No. 8 (La aplicación del artículo 8), en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Ibid., Pág. 271.

157 Ver Recomendación General No. 3 (Educación y programas públicos de información).

158 Recomendación General No. 13 (Igual remuneración por trabajo de igual valor), Ibid., Pág. 210.

159 Recomendación General No. 13 (Remuneración igual al trabajo de mismo valor).

- deportes y en todos los aspectos de vida cultural – Art. 13;
- El derecho de las mujeres en zonas rurales a participar en la elaboración y ejecución de los planes de desarrollo, al acceso a servicios adecuados de atención médica, a beneficiarse directamente de los programas de seguridad social, a obtener todo tipo de educación, a organizar grupos de autoayuda, a participar en todas las actividades comunitarias, a tener acceso a créditos y préstamos agrícolas y a gozar de condiciones de vida adecuadas – Art. 14¹⁶⁰.

Finalmente, la Convención impone de manera específica una obligación sobre los Estados Parte de reconocer “a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley” así como una capacidad jurídica idéntica en asuntos civiles (Art. 15(1) y (2)); y también obliga a los Estados Parte a garantizar, sobre la base de igualdad entre hombres y mujeres, varios derechos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (Art. 16)¹⁶¹.

Así, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer cubre los principales ámbitos de la vida activa en la sociedad y puede también servir como una herramienta útil para jueces, fiscales y abogados al examinar bajo la legislación nacionales cuestiones relacionadas con la igualdad entre hombres y mujeres.

2.6.3 Mecanismo de implementación

Los mecanismos de vigilancia establecidos bajo la Convención y su Protocolo de 1999, pueden brevemente ser descritos de la siguiente manera:

- **El procedimiento de presentación de informes:** Los Estados Parte se comprometen a enviar un informe al Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, indicando los factores y dificultades con las que se han encontrado en la realización de sus obligaciones bajo la Convención, dentro del plazo de un año luego de la entrada en vigor de la Convención y, de allí en adelante, cada cuatro años o cuando el Comité los requiera (Art. 18). El Comité ha adoptado directrices generales sobre la presentación de los informes periódicos con el fin de ayudar a los Estados Parte en el cumplimiento de sus obligaciones convencionales¹⁶². El Comité ha adoptado, hasta septiembre de 2010, 26 Recomendaciones Generales, las cuales constituyen importantes instrumentos para interpretación de la Convención¹⁶³. El trabajo del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer ha sido más difícil por el hecho de que la Convención limita su tiempo de reunión a un máximo de dos semanas al año (Art. 20), mientras que los tiempos de reunión de otros órganos convencionales no han sido limitadas por sus respectivos tratados. Por

160 Ver Recomendación General No. 16 (Mujeres trabajadoras rurales sin sueldo y empresas familiares urbanas).

161 Recomendación General No. 21 (Igualdad en el matrimonio).

162 Para mayor información respecto del procedimiento de presentación de informes bajo esta Convención, ver Zagorka Ilic, “La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en *Manual on Human Rights Reporting*, pp. 265-308. Para las directrices, ver NU doc. CEDAW/C/7/Rev.3., Directrices para la Preparación de Informes por los Estados Parte.

163 Para una lista de Recomendaciones Generales adoptadas por el Comité, ver página web de NU: <http://www.ohchr.org.gt>

ello, en su Recomendación General No. 22, el Comité propuso que los Estados Parte enmienden el artículo 20 “para que pueda reunirse anualmente por el período que sea necesario para que desempeñe eficientemente sus funciones con arreglo a la Convención”¹⁶⁴;

- **Comunicaciones individuales:** Desde la entrada en vigor el 22 de diciembre de 2000 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, el Comité ha tenido competencia para examinar comunicaciones presentadas por mujeres individuales o grupos de mujeres que hayan agotado todos los recursos judiciales internos. Las peticiones también pueden ser presentadas en representación de personas o grupos de personas con su consentimiento, a menos que se pueda comprobar que el consentimiento no fue recibido (Art. 2). El Protocolo Facultativo también le permite al Comité realizar pesquisas confidenciales a violaciones graves o sistemáticas de derechos humanos de la Convención (Art. 8).

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer ha proporcionado un marco legal que ha estimulado el trabajo a favor de una mayor igualdad entre mujeres y hombres en muchas partes del mundo.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer provee un marco legal extenso para la eliminación de la discriminación contra las mujeres en el goce de sus derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos público y privado.

A nivel internacional, la Convención se ha implementado a través de (1) un procedimiento de presentación de informes; (2) un sistema de peticiones individuales.

2.7. Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, 1948

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948 y entró en vigor el 12 de enero de 1951. Para septiembre de 2010, 141 Estados la habían ratificado¹⁶⁵. La Convención no crea un mecanismo de implementación específico, pero, como se verá más adelante, deja la implementación a los mismos Estados Contratantes.

2.7.1 Obligaciones de los Estados Parte

“Las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar” (Art. 1; énfasis agregado). Para lograr su objetivo “las Partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus Constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, y especialmente a establecer

¹⁶⁴ Ver Recomendación General No. 22 (Enmienda del artículo 20), en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 286.

¹⁶⁵ En Guatemala, Decreto legislativo número 704.

sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio” o de asociación para cometer genocidio, instigación, tentativa de cometerlo o complicidad en el crimen de genocidio (Art. V leído en conjunto con el Art. III).

El hecho de que los Estados Contratantes “confirman” en el artículo I de la Convención que el genocidio es “un delito de derecho internacional” es prueba de que ya consideran los principios subyacentes a la Convención como obligatorios según el derecho consuetudinario. Como se mencionó en el Capítulo 1 de este Manual, ésta también fue la idea expresada por la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*, en la que estableció que los principios subyacentes a la convención son principios que son reconocidos como obligatorios para los Estados, aún sin que exista alguna obligación convencional¹⁶⁶. No obstante, la dependencia de la Convención por parte de las cortes a nivel nacional para reprimir un crimen internacional prueba que, en 1948, quedaban muchos problemas sin resolver en relación con la jurisdicción internacional de delitos¹⁶⁷; y no fue sino hasta los asesinatos indiscriminados en partes de la antigua Yugoslavia y en Ruanda en la década de 1990 que el concepto de jurisdicción universal sobre los crímenes internacionales comenzó a volverse una realidad (ver más adelante subsección 2.7.3).

2.7.2 Ámbito jurídico de la Convención

El ámbito jurídico de la Convención está limitado a la prevención y castigo del delito de genocidio definido en el artículo II como “cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal:

- a. matanza de miembros del grupo;
- b. lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c. sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d. medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- e. traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”

Los siguientes actos son punibles: genocidio, asociación para cometer genocidio, la instigación directa o indirecta y la tentativa de cometer genocidio, así como la complicidad en el genocidio (Art. III). Adicionalmente, las personas que cometan cualquiera de estos actos serán sancionadas, “ya se trate de gobernantes, funcionarios o particulares” (Art. IV).

Por lo tanto, la Convención contra el Genocidio fue una importante confirmación del principio mencionado en la Carta de Núremberg, según el cual, en algunos casos, los individuos tienen una responsabilidad internacional bajo el derecho internacional, la cual trasciende los intereses nacionales y la obediencia debida.

¹⁶⁶ Ver *supra*, Capítulo 1, sección 2.4.2.

¹⁶⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford, Clarendon Press), 3ra edn., pp. 562-563.

2.7.3 Crímenes internacionales: desarrollo legal reciente

Al principio de responsabilidad penal individual para actos particularmente graves se le dio una nueva existencia cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas decidió, mediante la resolución 808 (1993), establecer “un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia desde 1991”. Mediante la resolución 827 (1993), el Consejo de Seguridad aprobó el Estatuto del Tribunal Penal Internacional de la Antigua Yugoslavia (ICTY, por sus siglas en inglés).

De acuerdo con la reforma de 1998 al Estatuto, se le otorga poder al Tribunal de perseguir, entre otras, las graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las leyes y costumbres de la guerra, genocidio, y crímenes contra la humanidad, principalmente, asesinatos, exterminio, esclavitud, deportación, encarcelamiento, tortura, violación, persecuciones sobre la base de razones políticas, raciales o religiosas, así como “otros actos inhumanos” – una definición legal que permite al Tribunal considerar también otros abusos de derechos humanos a gran escala que no están enumerados específicamente en el Estatuto (Arts. 1-5). El Tribunal Internacional y las cortes a nivel nacional tienen jurisdicción concurrente sobre los delitos relevantes, aunque el primero tiene prioridad (Art. 9 del Estatuto del ICTY por sus siglas en inglés).

Con el fin de abordar las serias violaciones de derecho humanitario cometidas en Ruanda entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1994, de forma similar, el Consejo de Seguridad creó el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ICTR, por sus siglas en inglés) mediante la resolución 955 (1994). El Estatuto del Tribunal fue adoptado bajo la misma resolución. El Tribunal tiene el poder de perseguir a las personas que hayan cometido, entre otros, los siguientes delitos: genocidio, crímenes contra la humanidad de la misma clase que aquellos mencionados en relación con el ICTY, así como las violaciones al artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional II (Arts. 2-4 del Estatuto del ICTR). También tiene jurisdicción sobre la persecución de estos crímenes cometidos por ciudadanos de Ruanda en el territorio de los Estados vecinos (Art. 7 del Estatuto).

La diferencia entre los poderes de persecución de los dos Tribunales es debido a que la Guerra en la antigua Yugoslavia fue considerada como un conflicto armado de carácter internacional, mientras que la situación de crisis en Ruanda fue, principalmente, un conflicto armado de carácter no internacional.

Finalmente, el 17 de julio de 1998, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional fue adoptado por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas por 120 votos a favor, siete en contra y 21 abstenciones¹⁶⁸. Este organismo judicial internacional permanente e independiente fue creado para terminar con la impunidad de los actos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y bajo ciertas condiciones, el crimen de agresión (Art. 5 del Estatuto). La

¹⁶⁸ Ver la siguiente página web: <http://www.un.org/spanish/law/icc/>, Pág. 1. Para el texto del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ver NU doc. A/CONF.183/9.

Corte tendrá competencia para enjuiciar a personas naturales sin importar su calidad oficial, pero no tendrá jurisdicción sobre personas jurídicas tales como Estados y corporaciones (Art. 25 y 27). Adicionalmente, así como con los órganos de vigilancia establecidos por los tratados generales de derechos humanos, la Corte Penal Internacional tiene un carácter subsidiario por cuanto, de acuerdo con el artículo 17 del Estatuto, sólo llevará procesos de crímenes en los casos en que el Estado en cuestión no quiera o no pueda de forma genuina llevar a cabo la investigación o judicialización contemplada en el artículo 17(1)(a) y (b). Le compete a la Corte Internacional misma el determinar, sobre la base de criterios específicos, “si hay o no disposición” o la “incapacidad” del Estado para investigar o enjuiciar en un caso en particular (Art. 17(2) y (3)). La Corte Penal Internacional o la CPI, como generalmente se le conoce, comenzó a existir el 1 de julio de 2002, luego de que 60 Estados ratificaron el Estatuto (Art. 126). Para septiembre de 2010, los Estados parte del Estatuto de Roma ascendían a 113¹⁶⁹.

La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio busca la prevención y el castigo del genocidio, incluyendo la asociación para cometer, la instigación, tentativa y la complicidad en el crimen de genocidio. Los principios que subyacen a la Convención son obligatorios para todos los Estados, sin importar la obligación convencional.

La nueva Corte Penal Internacional constituye el primer órgano judicial internacional permanente e independiente con el objetivo de acabar con la impunidad de los actos de genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y, bajo ciertas condiciones, el crimen de agresión.

Otras convenciones de enorme relevancia para la protección de los derechos humanos, que han sido adoptadas en el marco del sistema de protección universal de los derechos humanos son las siguientes:

- la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares; adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 mediante resolución 45/158, que entró en vigor el 1 de julio de 2003;
- la Convención Internacional sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006, que aún no se encuentra en vigor, sino hasta completar 20 ratificaciones, de las cuales a septiembre de 2010 se cuenta con 19; y
- la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, que con 40 Estados Parte, entró en vigencia el 3 de mayo de 2008; y que, para septiembre de 2010, contaba con 91 Estados Parte.

169 Ver página web de ONU <http://www.un.org/spanish/law/icc/>.

2.8 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 y entró en vigor el 1 de julio de 2003. Para septiembre de 2010, la Convención contaba con 44 Estados Parte.

2.8.1 Obligaciones de los Estados Parte

Para los fines de la Convención, se entenderá por “trabajador migratorio” toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional (Artículo 2(1)). Los Estados Partes se comprometen, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (Artículo 7).

2.8.2 Derechos reconocidos

Los Estados Parte se comprometen a respetar los derechos humanos de los trabajadores migratorios y sus familiares:

- Derecho a regresar a su país de origen – Art. 8;
- Derecho a la vida – Art. 9;
- Prohibición de torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes – Art. 10;
- Prohibición de esclavitud – Art. 11;
- Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión – Art. 12;
- Libertad de expresión – Art. 13
- Prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre – Art. 14;
- Prohibición de ser privado arbitrariamente de sus bienes – Art. 15;
- Seguridad y libertad personales – Art. 16;
- Derecho a la identidad cultural; Art. 17;
- Derecho a un juicio justo -Art. 18 y garantías judiciales – Arts. 19 y 20;
- Prohibición de medidas de expulsión colectiva – Art. 22;
- Derecho a la personalidad jurídica – Art. 24;
- Derechos laborales – Art. 25;
- Derecho de reunión y libertad sindical – Art. 26;
- Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un

- nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad –Art. 29;
- Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate –Art. 30;
- Los trabajadores migratorios y sus familiares, al terminar su permanencia en el Estado de empleo, tendrán derecho a transferir sus ingresos y ahorros y, de conformidad con la legislación aplicable de los Estados de que se trate, sus efectos personales y otras pertenencias –Art. 32.

Además, la Convención estipula que los Estados Partes en cuyo territorio haya trabajadores migratorios y familiares suyos en situación irregular tomarán medidas apropiadas para asegurar que esa situación no persista. También indica que cuando los Estados Partes interesados consideren la posibilidad de regularizar la situación de dichas personas de conformidad con la legislación nacional y los acuerdos bilaterales o multilaterales aplicables, se tendrán debidamente en cuenta las circunstancias de su entrada, la duración de su estancia en los Estados de empleo y otras consideraciones pertinentes, en particular las relacionadas con su situación familiar (Artículo 69).

2.8.3 Mecanismo de implementación

El Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares (CMW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares por sus Estados Partes.

- **El procedimiento de presentación de informes:** Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión a la Convención, y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”.
- **Comunicaciones interestatales:** Todo Estado Parte en la Convención podrá declarar en cualquier momento, con arreglo al artículo 76, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanadas de la presente Convención. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se podrán recibir y examinar si las presenta un Estado Parte que haya hecho una declaración por la cual reconoce con respecto a sí mismo la competencia del Comité.
- **Comunicaciones individuales:** El Comité también podrá, en determinadas circunstancias, examinar denuncias o comunicaciones presentadas por particulares que afirman que sus derechos consagrados en la Convención han sido violados una vez que diez Estados Partes hayan aceptado este procedimiento de conformidad con el artículo 77 de la Convención.

La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares reconoce la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo.

La Convención es implementada a nivel internacional por medio de: (1) un procedimiento de presentación de informes; (2) peticiones individuales; y (3) comunicaciones interestatales.

2.9 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Para septiembre de 2010, la Convención contaba con 60 Estados Parte¹⁷⁰.

2.9.1 Obligaciones de los Estados Parte

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Para estos efectos, dispone que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Artículo 1).

2.9.2 Derechos reconocidos

En términos generales, los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4, a:

- Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
- Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes

170 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 59-2008

que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;

- Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
- Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;
- Tomar todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discriminen por motivos de discapacidad;
- Empezar o promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, que requieran la menor adaptación posible y el menor costo para satisfacer las necesidades específicas de las personas con discapacidad, promover su disponibilidad y uso, y promover el diseño universal en la elaboración de normas y directrices;
- Empezar o promover la investigación y el desarrollo, y promover la disponibilidad y el uso de nuevas tecnologías, incluidas las tecnologías de la información y las comunicaciones, ayudas para la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo adecuadas para las personas con discapacidad, dando prioridad a las de precio asequible;
- Proporcionar información que sea accesible para las personas con discapacidad sobre ayudas a la movilidad, dispositivos técnicos y tecnologías de apoyo, incluidas nuevas tecnologías, así como otras formas de asistencia y servicios e instalaciones de apoyo;
- Promover la formación de los profesionales y el personal que trabajan con personas con discapacidad respecto de los derechos reconocidos en la Convención, a fin de prestar mejor la asistencia y los servicios garantizados por esos derechos.

2.9.3 Mecanismo de implementación

El Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención.

- **El procedimiento de presentación de informes:** Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.
- **Comunicaciones individuales:** El Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación,

por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte a la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad reconoce la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejerzan plenamente y sin discriminación.

La Convención es implementada a nivel internacional por medio de: (1) un procedimiento de presentación de informes; y (2) peticiones individuales.

2.10 Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 2010

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 2006 y entró en vigor el 23 de diciembre de 2010. Para septiembre de 2010, la Convención contaba con 20 Estados Parte.

2.10.1 Obligaciones de los Estados Parte

La Convención define la desaparición forzada como el arresto, la detención, el secuestro o cualquier otra forma de privación de libertad que sean obra de agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúan con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o del ocultamiento de la suerte o el paradero de la persona desaparecida, sustrayéndola a la protección de la ley (Artículo 2).

Este tratado preceptúa la obligación de tipificar la desaparición forzada como delito (Artículo 4) y define el carácter permanente del delito de desaparición forzada. Asimismo, refiere que la práctica generalizada y sistemática de desaparición forzada, constituye un delito de lesa humanidad (Artículo 5). De esa cuenta, reafirma la obligación de los Estados de mantener a los privados de libertad en lugares oficialmente reconocidos y de mantener registros oficiales, así como de presentar a los privados de libertad ante la autoridad judicial competente sin demora.

2.10.2 Derechos reconocidos

Los Estados Parte se comprometen a garantizar los derechos de las víctimas referentes a:

- la verdad (derecho a conocer el paradero de los desaparecidos y el derecho de la sociedad civil a organizarse y, buscar, recibir y difundir informaciones con fines de búsqueda) –Art. 24;

- una reparación integral (indemnización, dignidad, restitución, readaptación y garantías de no repetición) –Art. 24; y
- la justicia (derecho a denunciar ante las autoridades competentes; obligación estatal de realizar una investigación exhaustiva e imparcial y procesar a los responsables; protección a testigos y demás sujetos procesales) –Arts. 10 y 12.
- La Convención también fortalece las obligaciones relativas a la prevención y sanción de desaparición forzada de la niñez –Art. 25.

2.10.3 Mecanismo de implementación

Para la aplicación de las disposiciones de la presente Convención, se constituye un Comité contra la Desaparición Forzada (integrado por diez expertos de gran integridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, independientes, que ejercerán sus funciones a título personal y actuarán con total imparcialidad.

- **El procedimiento de presentación de informes:** Cada Estado Parte presentará al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe relativo a las medidas que hayan adoptado para cumplir con las obligaciones que han contraído en virtud de la Convención, dentro del plazo de dos años a contar desde la entrada en vigor de la Convención en el Estado Parte de que se trate.
- **Comunicaciones individuales:** El Comité podrá examinar, de manera urgente, toda petición presentada por los allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida.
- **Comunicaciones interestatales:** Cada Estado Parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones que le impone la Convención. El Comité no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración, ni una comunicación presentada por un Estado Parte que no haya hecho dicha declaración.

La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas reconoce la extrema gravedad de la desaparición forzada, que constituye un delito y, en determinadas circunstancias definidas por el derecho internacional, un crimen de lesa humanidad.

La Convención es implementada a nivel internacional por medio de: (1) un procedimiento de presentación de informes; (2) peticiones individuales; y (3) comunicaciones interestatales.

3. Otros instrumentos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas

Esta sección resaltará algunas de las resoluciones más relevantes adoptadas por la Asamblea General en el campo de los derechos humanos. Como se explicó en el Capítulo 1, las resoluciones adoptadas por la Asamblea General no constituyen, como tal, obligaciones jurídicas vinculantes, pero, dependiendo de las circunstancias de su adopción, pueden proveer evidencia útil de derecho consuetudinario¹⁷¹. Como mínimo, las resoluciones adoptadas por la Asamblea General llevan consigo una gran fuerza moral y política y se puede considerar que establecen principios ampliamente aceptados dentro de la comunidad internacional¹⁷². En consecuencia, también pueden proveer una orientación importante a los profesionales jurídicos nacionales en situaciones, por ejemplo, en donde la legislación internacional o nacional no es lo suficientemente clara en un caso particular.

Las siguientes resoluciones son algunas de las que son de particular importancia para los jueces, fiscales y abogados en el ejercicio de sus responsabilidades profesionales. *Sin embargo, es recomendable tener cuidado en la búsqueda de orientación, en particular de algunas de las resoluciones más antiguas, ya que puede haber Estados que se encuentren vinculados por normas jurídicas más estrictas, ya sea bajo su propia legislación nacional o bajo los convenios internacionales.* Como se verá, muchas de estas resoluciones se ocupan del trato de las personas privadas de la libertad, incluyendo jóvenes, y buscan erradicar la tortura y otra clase de tratos inhumanos.

3.1 Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones, 1981

La Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones proclama “el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, e incluye, entre otros aspectos, la libertad de tener una religión o cualquier creencia de su escogencia, y a manifestar esta religión o creencia de forma individual o en comunidad con otros (Art. 1). También provee que “nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares” (Art. 2(1)). Los Estados adoptarán “medidas eficaces para prevenir y eliminar toda discriminación por motivos de religión o convicciones” y adoptarán “los esfuerzos necesarios por promulgar o derogar leyes, según el caso, a fin de prohibir toda discriminación de ese tipo (Art. 4).

¹⁷¹ Ver más *supra*, Capítulo 1, sección 2.4.2.

¹⁷² Ver *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, United Nations, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights/United Nations Staff College Project, Pág.5.

3.2 Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, 1990

De acuerdo con los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, 1990, “[t]odos los reclusos serán tratados con el respeto que merecen su dignidad y valor inherentes de seres humanos” y no serán sujetos de discriminación por distintas causas (Principios 1 y 2). “Con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y, cuando el Estado de que se trate sea parte”, de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas (Principio 5). Los reclusos deberán tener el derecho a participar en actividades culturales y educativas y deberán tener la posibilidad de realizar “actividades laborales remuneradas y útiles” (Principios 6 y 8). Los Principios Básicos también prevén que se realicen esfuerzos para abolir o restringir el uso del aislamiento en celda de castigo como sanción disciplinaria (Principio 7).

3.3 Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 1988

El Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, 1988, es una declaración exhaustiva de 39 principios que no pueden ser invocados para restringir los derechos de las personas privadas de la libertad reconocidos por otras fuentes de derecho nacionales o internacionales so pretexto de que no están reconocidos dentro de este Conjunto de Principios (Principio 3 y Cláusula General). El Conjunto de Principios enfatiza, en particular, cuestiones de control efectivo para todas las formas de detención, incluyendo la judicial u otra revisión de la detención de carácter continuo. Adicionalmente, provee detalles sobre las condiciones de detención, la notificación de detención o de traslado a un lugar diferente a la familia o a otras personas, el derecho de la persona privada de la libertad de comunicarse libremente con su familia y con un abogado, interrogatorios, visitas imparciales a los lugares de detención para supervisar la observancia de las leyes y regulaciones y, por ejemplo, la cuestión de los recursos para desafiar la legalidad de la privación de la libertad, así como el trato al que la persona ha estado sujeta mientras él o ella se encuentran privados de la libertad.

3.4 Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990

Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1990, enfatiza que el encarcelamiento de menores “deberá usarse como último recurso” (Regla 1) y provee extensa orientación en relación con los derechos de los menores dentro del sistema de justicia, por ejemplo, en conexión con el arresto o la detención y cuando están esperando a ser juzgados. También regulan la administración de los centros de menores, entre otras cosas, en relación con la

conservación de los registros, el ambiente físico y alojamiento, educación, formación profesional y trabajo, actividades recreativas, religión, atención médica, limitaciones de la coerción física y del uso de la fuerza, procedimientos disciplinarios, así como inspección y reclamaciones.

3.5 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, 1982

Los 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, 1982, es una breve serie de seis principios que enfatizan la obligación de todo el personal de salud encargado del cuidado médico de los prisioneros o detenidos de proveerles la misma protección de salud mental y física que se le brinda a aquellas personas que no se encuentran privadas de la libertad (Principio 1). Por ello, “(...) constituye una violación patente de la ética médica, así como un delito con arreglo a los instrumentos internacionales aplicables, la participación activa o pasiva del personal de salud, en particular de los médicos, en actos que constituyan participación o complicidad en torturas u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, incitación a ello o intento de cometerlos” (Principio 2). También es una contravención a la ética médica, entre otras cosas, que los médicos “contribuyan con sus conocimientos y pericia a interrogatorios de personas presas y detenidas, en una forma que pueda afectar la condición o salud física o mental de dichos presos o detenidos” (Principio 4(a)) y que participen en la aplicación de cualquier procedimiento coercitivo a personas presas o detenidas a menos que se determine, según criterios puramente médicos, que dicho procedimiento es necesario para ciertos propósitos explícitamente identificados (Principio 5).

3.6 Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979

El Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1979, está dirigido a todos los oficiales que ejercen poderes de policía, particularmente de arresto y detención (Art. 1 con comentario). “En el desempeño de sus tareas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley respetarán y protegerán la dignidad humana y mantendrán y defenderán los derechos humanos de todas las personas” (Art. 2). En particular, “podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas” (Art. 3) y no podrán “infligir, instigar o tolerar ningún acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Adicionalmente, dichas actuaciones no pueden ser justificadas por órdenes superiores o circunstancias especiales, como estado de guerra o emergencia pública (Art. 5). Finalmente, entre otras obligaciones, “los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no cometerán ningún acto de corrupción” y “también se opondrán rigurosamente a todos los actos de esa índole y los combatirán” (Art. 7).

3.7 Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), 1990

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 1990, también conocidas como las Reglas de Tokio, “contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión”. Igualmente “tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal” y fomentar entre las personas sindicadas el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (Principios Generales 1.1. y 1.2.). Las Reglas cubren todas las etapas previas al juicio hasta el juicio y las fases de sentencia y posteriores a la sentencia, también tratan, entre otras cosas, la implementación de las medidas no privativas de la libertad (Principios 5-14).

3.8 Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), 1990

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, 1990, también conocidas como las Directrices de Riad, buscan la prevención de la delincuencia juvenil buscando “centrar la atención en el niño” y considerando que “los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados meros objetos de socialización o control” (Principio Fundamental 3). Las Directrices, que deben ser interpretadas e implementadas dentro del marco de otros estándares internacionales relevantes, tales como los Pactos Internacionales y la Convención sobre los Derechos del Niño, tratan sobre cuestiones de prevención general (Directriz 9), procesos de socialización (Directrices 10-44), política social (Directrices 45-51), legislación y administración de justicia de menores (Directrices 52-59), investigación, formulación de normas y coordinación (Directrices 60-66).

3.9 Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), 1985

Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, 1985, también conocidas como las Reglas de Beijing, establecen principios detallados sobre el trato de los menores en la administración de justicia, seguido por comentarios al respecto. Las reglas tratan la edad de responsabilidad penal, los objetivos de la justicia de menores, los derechos de los menores, la protección de la privacidad, la investigación y procesamiento, la sentencia y resolución, el tratamiento dentro y fuera de los establecimientos penitenciarios, al igual que la investigación, planeación, y formulación y evaluación de políticas.

3.10 Declaración sobre principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, 1985

La primera parte de la Declaración sobre los Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y abuso de poder, 1985, contiene reglas sobre el acceso a la justicia y el trato justo de las víctimas de “acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembro, incluyendo las leyes que proscriben el abuso de poder” (Principios 4 y 1 leídos conjuntamente). También regula el derecho al resarcimiento, indemnización, y asistencia a las víctimas de delitos (Principios 8-17). Finalmente, trata con la situación de víctimas de “acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos” (Principio 18). En relación con esto, “los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y/o la indemnización, así como la asistencia y el apoyo material, médico, psicológico y social necesario” (Principio 19).

3.11 Declaración sobre protección para todas las personas contra las desapariciones forzadas, 1992

La Declaración sobre Protección para Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, 1992, establece que “ningún Estado cometerá, autorizará o tolerará desapariciones forzadas” (Art. 2(1)) y que “los Estados tomarán medidas legislativas, administrativas, judiciales y otras medidas eficaces para prevenir y erradicar los actos de desapariciones forzadas en cualquier territorio sometido a su jurisdicción” (Art. 3). También establece que “ninguna orden o instrucción de una autoridad pública, civil, militar o de otra índole, puede ser invocada para justificar una desaparición forzada” y que “toda persona que reciba tal orden o tal instrucción tiene el derecho y deber de no obedecerla” (Art. 6(1)). Adicionalmente, “el derecho a un recurso judicial rápido y eficaz, como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud y para identificar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva, es necesario para prevenir las desapariciones forzadas en toda circunstancia”, incluidas las situaciones donde el Estado está enfrentando una “amenaza de guerra, un estado de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otro estado de excepción” (Art. 9(1) en conjunción con el Art. 7). Tales situaciones de crisis no pueden, bajo ninguna circunstancia, ser invocadas para justificar desapariciones (Art. 7).

3.12 Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, grupos e instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidas (Declaración sobre defensores de derechos humanos), 1998

La Declaración sobre el Derecho y Deber de los Individuos, Grupos y las Instituciones de Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades

Fundamentales Universalmente Reconocidos, 1998, conocida como Declaración sobre Defensores de Derechos Humanos, fue elaborada durante un período de 13 años, y es de particular importancia por cuanto subraya el derecho de toda persona “individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales a nivel nacional e internacional” (Art.1.). Subraya que los Estados “tienen la responsabilidad primordial y el deber de proteger, promover y hacer efectivos todos los derechos humanos” (Art. 2) y, entre otras cosas, define la existencia de leyes relacionadas con el derecho “a participar en actividades pacíficas contra las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Art. 12(1)). Adicionalmente, establece que toda persona “tiene derecho, **a una protección eficaz bajo las leyes nacionales** al reaccionar u oponerse, por medios pacíficos, a actividades y actos, con inclusión de las omisiones, imputables a los Estados que causen violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como a actos de violencia perpetrados por grupos o particulares que afecten el disfrute de los derechos y libertades” (Art. 12(3); énfasis agregado). Mediante la resolución 2000/61, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas decidió solicitar al Secretario General el nombramiento de un representante especial que “informará sobre la situación de los defensores de los derechos humanos en todas las partes del mundo y sobre los medios posibles de aumentar su protección en plena conformidad con la Declaración” (párrafo operativo 3).

En marzo de 2008, el Consejo de Derechos Humanos, máximo órgano político de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, que sustituyó a la Comisión de Derechos Humanos a partir de 2006, decidió, mediante la resolución 7/8 continuar con el seguimiento sobre la situación de los defensores de derechos humanos, estableciendo el mandato del Relator Especial sobre la situación de defensores de derechos humanos que sustituyó a la antigua figura de Representante Especial del Secretario General para la situación de defensores de derechos humanos.

3.13 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, 2005

La mirada y la perspectiva de las víctimas son ahora un elemento esencial para el abordaje de las violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos; de tal suerte, que comienza a emerger una auténtica cultura de las víctimas. Asimismo, y en parte como consecuencia de este nuevo horizonte hermenéutico, se ha ido afirmando progresivamente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en la jurisprudencia correspondiente, el derecho de las víctimas de violaciones de derechos humanos a obtener reparación.

Un hito muy relevante en esta evolución que se enfoca en las víctimas y reparaciones fue la aprobación en diciembre de 2005 por la Asamblea General de

las Naciones Unidas de los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Estos Principios sitúan a la víctima en el epicentro del derecho a la reparación. En coherencia con este planteamiento, los Principios optan por una noción bastante amplia de víctima, ya que, según el principio 8, “se entenderá por víctima toda persona que haya sufrido daños individual o colectivamente, incluidas lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que constituyan una violación manifiesta de las normas internacionales de derechos humanos o una violación grave del derecho internacional humanitario”.

4. Instrumentos adoptados por el Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente

Una orientación interpretativa sobre el significado de los estándares internacionales también puede buscarse en los siguientes instrumentos no obligatorios, los cuales fueron adoptados por los diversos Congresos de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente:

- Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, 1955;
- Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, 1985;
- Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, 1990;
- Principios básicos sobre la función de los abogados, 1990; y
- Directrices sobre la función de los fiscales, 1990.

5. Mecanismos extra-convencionales de monitoreo de las Naciones Unidas para la vigilancia de los derechos humanos

De manera adicional a los mecanismos de tratados internacionales, las Naciones Unidas ha establecido lo que se conoce como “procedimientos especiales” para tratar especialmente las serias violaciones de derechos humanos y examinar peticiones de personas individuales y de las ONG. Estos procedimientos, establecidos bajo el marco de trabajo del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, buscan establecer una cooperación constructiva con los gobiernos con el fin de reparar

las violaciones de derechos humanos. Principalmente existen dos categorías, por un lado los procedimientos temáticos o por país y, por el otro, un procedimiento de denuncia de conformidad con lo establecido en la Resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Adicionalmente, la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 60/251 en la que instituye el Consejo de Derechos Humanos, creó el mecanismo del Examen Periódico Universal, estableciendo que éste “[r]ealizará un examen periódico universal, basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; el examen será un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; dicho mecanismo complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados; el Consejo determinará las modalidades del mecanismo del examen periódico universal y el tiempo que se le asignará antes de que haya transcurrido un año desde la celebración de su primer período de sesiones (...)”¹⁷³.

5.1 Procedimientos especiales I: Mandatos temáticos y por país¹⁷⁴

Durante las últimas décadas, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (que, como se indicó, fue sucedida por el Comité de Derechos Humanos) y el Consejo Económico y Social han establecido un número de *mecanismos no convencionales o procedimientos especiales*, que no han sido creados ni por la Carta de la Naciones Unidas ni por un tratado. Estos mecanismos no convencionales, que también vigilan el cumplimiento de los estándares de derechos humanos, han sido confiados a los *grupos de trabajo de expertos actuando a título personal o a personas designadas como relatores especiales, representantes especiales o expertos independientes*.

El mandato y permanencia de los grupos de trabajo, relatores especiales, expertos independientes o representantes especiales del Secretario General dependen de la decisión del Consejo de Derechos Humanos o del Consejo Económico y Social. En general, sin embargo, su mandato es el de examinar, vigilar e informar públicamente sobre la situación de derechos humanos en un país o territorio particular –los llamados *mandatos de país*– o sobre las clases específicas de violaciones de derechos humanos a nivel mundial – *mecanismos o mandatos temáticos*.

Estos mecanismos son de gran importancia para monitorear los estándares universales de derechos humanos y examinar muchas de las más serias violaciones de derechos humanos en el mundo, tales como las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, las desapariciones forzadas o involuntarias, las detenciones arbitrarias, el desplazamiento interno de personas, la independencia de jueces y abogados,

¹⁷³ Para más información, véase www.ohchr.org.

¹⁷⁴ La información de esta sección ha sido tomada en parte de *Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff*, Collage Project, pp. 49-53.

la violencia contra mujeres, la venta de niños, el derecho al desarrollo, vivienda adecuada, educación y los defensores de derechos humanos.

El objetivo central de estos procedimientos especiales es mejorar la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos a nivel nacional. Sin embargo, cada procedimiento especial tiene su mandato específico que también ha evolucionado algunas veces, de acuerdo con las circunstancias y necesidades particulares.

Estos mecanismos fundamentan sus actividades en denuncias de violaciones de derechos humanos recibidas de varias fuentes, tales como víctimas o sus familiares y ONG locales e internacionales. La información de este tipo puede ser presentada en varias formas, como cartas o faxes, y puede concernir a casos individuales, así como a los detalles de situaciones de presuntas violaciones a los derechos humanos.

Estos mecanismos especiales presentan a los Gobiernos de los Estados en cuestión, casos debidamente sustentados de violaciones a los derechos humanos buscando aclaración. Los resultados luego se reflejan en los informes públicos presentados por los mecanismos al Consejo de Derecho Humanos y a otros órganos competentes de las Naciones Unidas. Más aún, siempre que la información recibida atañe a una inminente violación de los derechos humanos, tal como una ejecución extra judicial o una desaparición forzada, los mecanismos temáticos o específicos de país pueden enviar un mensaje urgente a los Gobiernos en cuestión, solicitando aclaraciones sobre el caso y haciendo un llamado al Gobierno para que tome las medidas necesarias para garantizar los derechos de la presunta víctima. También pueden requerir una visita inmediata al país¹⁷⁵. El objetivo de estas solicitudes es fortalecer la protección de los derechos humanos en situaciones que causen una preocupación inmediata; y como se enfatizó en un informe sobre la racionalización del trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, cuando ésta aún no había sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos y tenía a su cargo estos procedimientos, “los gobiernos a los que se dirigen llamamientos urgentes deben comprender la gravedad de la preocupación a que obedecen y responder lo más rápidamente posible”¹⁷⁶. Estos llamados buscan ser de carácter *preventivo* y no prejuzgan la conclusión final en el caso discutido. Los casos que no son aclarados se hacen públicos mediante el informe sobre mecanismos especiales al Consejo de Derechos Humanos y a los otros organismos competentes.

5.2 Procedimientos especiales II: El procedimiento de denuncia 1503

Como respuesta a un sinnúmero de comunicaciones presentadas ante las Naciones Unidas cada año alegando la existencia de graves y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, en 1970, el Consejo Económico y Social adoptó un procedimiento para tratar dichas comunicaciones, conocido como el procedimiento 1503, debido a la adopción de la resolución 1503 del 27 de mayo de

175 Ver NU doc. E/CN.4/2000/112, *Informe del Grupo de Trabajo entre periodos de sesiones, de composición abierta, sobre el fomento de la eficacia de los mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos* Pág. 8, párr. 26.

176 *Ibid.*, Pág. 9, párr. 28.

1970. Sin embargo, aunque fundamentado en quejas individuales y en exhaustivas presentaciones de ONG, no trata casos de personas individuales sino que **identifica situaciones de graves violaciones a los derechos humanos que afecten a un amplio número de personas.**

Desde el año 2000, este procedimiento confidencial, que originalmente constaba de tres etapas, tiene dos, incluyendo en primer lugar, un Grupo de trabajo sobre comunicaciones integrado por cinco miembros independientes, de la Sub-Comisión sobre Promoción y Protección de Derechos Humanos, así como un grupo nominado por los grupos regionales. Luego la Comisión misma realiza dos sesiones cerradas para examinar las recomendaciones de los Grupos de Trabajo sobre Situaciones¹⁷⁷. El expediente del procedimiento 1503 es confidencial en todo momento, a menos que el Gobierno en cuestión haya indicado que desea hacerlo público. De lo contrario, el Presidente de la Comisión sólo hace públicos los países que han sido objeto de examen de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución 1503, así como los nombres de los países que hayan dejado de ser objeto del procedimiento¹⁷⁸.

Este procedimiento ha sido asumido por el Consejo de Derechos Humanos en virtud de la Resolución 60/251 de la Asamblea General, que le atribuye la responsabilidad de mantener un procedimiento de denuncias.

Adicional a los mecanismos convencionales internacionales, Naciones Unidas ha establecido procedimientos especiales con el objeto de tratar serias violaciones de derechos humanos. Estos procedimientos buscan crear cooperación con los Gobiernos afectados con el fin de reparar dichas violaciones.

Estos procedimientos consisten en mecanismos temáticos y de país involucrando grupos de trabajo y relatores especiales, representantes especiales o expertos independientes. También incluyen el procedimiento de quejas de la resolución 1503, que busca identificar situaciones de graves violaciones de derechos humanos que afecten a un gran número de personas.

6. Observaciones finales

Como puede verse de la información básica incluida dentro de este capítulo, los tratados internacionales de derechos humanos y numerosas resoluciones adoptadas por varios de los órganos de Naciones Unidas contienen estándares detallados para la protección de la persona humana, incluyendo una variedad de mecanismos de

¹⁷⁷ Ibid, pp. 11-12, párr. 35-41..

¹⁷⁸ Ibid, Pág. 12, párr. 41.

vigilancia para mejorar la eficiencia de la implementación actual de los estándares a nivel nacional. Tales instrumentos legales han, de hecho, contribuido a desarrollos jurídicos importantes con el objetivo de aumentar la protección de las personas. Naturalmente, los estándares universales de derechos humanos presentados en este capítulo, interpretados por los órganos de vigilancia competentes, también proveen una orientación indispensable para los profesionales del derecho a nivel nacional en su labor de proteger a las personas en todo momento contra las varias afectaciones a sus derechos.

Adicionalmente, estos estándares internacionales son complementados por los estándares regionales adoptados en África, las Américas y Europa. Los diversos estándares jurídicos universales y regionales muchas veces coexisten a nivel nacional y, dependiendo de los temas en discusión, los jueces nacionales puede que tengan que considerar ambas series de reglas y principios.

Finalmente, resulta importante tener en cuenta que ni la legislación universal para la protección de la persona humana ni la regional son estáticas, sino que evolucionan al paso de las nuevas necesidades humanas que continúan emergiendo en la sociedad. Puesto que esta adaptación es con frecuencia afectada por los medios de interpretación, es indispensable que los jueces, los fiscales y los abogados se mantengan continuamente actualizados sobre estos desarrollos legales con el fin de poder contribuir a maximizar la protección de los individuos a nivel nacional.

Capítulo 3

Los principales instrumentos de derechos humanos en el sistema interamericano y los mecanismos para su implementación

Objetivos de aprendizaje

- *Familiarizar a los lectores con los principales instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos humanos y sus diferentes mecanismos de implementación;*
- *Proporcionar un conocimiento básico sobre la manera en que estos instrumentos y mecanismos pueden ser utilizados por los profesionales del derecho, principalmente a nivel nacional, pero también a nivel regional, con el propósito de presentar denuncias ante los órganos internacionales de vigilancia.*

Preguntas

- *¿En el ejercicio de sus actividades profesionales como juez, fiscal o abogado, se ha encontrado con alguna persona acusada, demandante, demandado o cliente que alegue violaciones a sus derechos en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos vigente a nivel regional?*
- *¿De ser así, cuál fue su respuesta?*
- *¿Estaba usted consciente de que el sistema regional de protección de los derechos humanos podía proporcionarle orientación para la solución del problema en cuestión?*
- *¿Estaba usted consciente de que la supuesta víctima podía llevar sus quejas a la atención de comisiones o cortes regionales?*
- *De no ser así, ¿el haberlo sabido hubiera cambiado la forma en que usted respondió a las violaciones de los derechos humanos alegadas por la víctima?*
- *¿Alguna vez ha impulsado un caso en contra de su país, o algún otro país, ante un órgano regional en nombre de una supuesta víctima de violaciones de derechos humanos?*
- *De ser así, ¿cual fue el resultado del caso?*
- *¿En general, cuál fue su experiencia al realizar esta denuncia?*
- *¿Tiene alguna experiencia de trabajo frente a los sistemas tanto universal como regional de protección de derechos humanos? De ser así, ¿qué diferencias percibió?*

1. Introducción

Comenzando con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, la tendencia de formular estándares regionales continuó con la adopción del Convenio Europeo de Derechos Humanos en 1950, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1967, que fueron subsecuentemente seguidos por la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en 1981. Algunos otros tratados regionales han sido elaborados en un esfuerzo no sólo de dar una protección más eficiente a los derechos civiles y políticos sino también a los económicos, sociales y culturales. En este capítulo se realizará una presentación de algunos de los principales tratados regionales de derechos humanos existentes en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

2. El sistema interamericano de protección de derechos humanos

Este sistema tiene dos fuentes legales fundamentales: la primera se deriva de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la otra se encuentra basada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El sistema basado en la Carta es aplicable a todos los Estados miembros de la OEA; mientras que el sistema basado en la Convención es vinculante sólo para los Estados Partes de la misma. Estos dos sistemas coinciden e interactúan de varias maneras¹⁷⁹.

2.1. Carta de la Organización de Estados Americanos, 1948 y el Protocolo de Buenos Aires, 1970

La Carta de la Organización de los Estados Americanos (o simplemente Carta de la OEA) es un tratado interamericano que crea la Organización de Estados Americanos. Fue firmada en la IX Conferencia Internacional Americana del 30 de abril de 1948, celebrada en Bogotá y entró en vigencia el 13 de diciembre de 1951¹⁸⁰.

Este tratado hace pocas referencias a los derechos humanos. Sin embargo, una provisión importante es la contenida en el artículo 3(1), que establece que “los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”, dentro de los principios con los cuales se comprometen. Otra referencia importante a los derechos humanos aparece

¹⁷⁹ Ver, por ejemplo, la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-10/89, de 14 de julio de 1989.

¹⁸⁰ Aunque la Carta de la OEA ha sido modificada por los Protocolos de Buenos Aires, el de Cartagena de Indias, el de Managua y el de Washington, en esta oportunidad sólo se hará referencia al primero de ellos, por su relevancia en materia de derechos humanos.

en el artículo 17. Tras declarar que “cada Estado tiene el derecho a desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica” esta disposición estipula que “en este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal”. La Carta de la OEA de 1948 no definió “los derechos fundamentales de la persona humana” a los que se refiere el citado artículo 3, ni tampoco creó un mecanismo para verificar su implementación. No obstante, en la misma conferencia en la que se adoptó, se proclamó también la Declaración Americana sobre los Derechos y los Deberes del Hombre.

Al enmendar la Carta de la OEA, el Protocolo de Buenos Aires introdujo algunos cambios importantes en materia de derechos humanos. Así, estableció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como un órgano de la Carta de la OEA y prescribió que su principal función es la de “promover la observancia y defensa de los derechos humanos”.

2.2. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue proclamada el 2 de mayo de 1948 por la IX Conferencia Internacional Americana y antecede por unos cuantos meses a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con la cual guarda gran similitud. El preámbulo de la Declaración Americana enfatiza que “la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”.

La Declaración Americana proclama una lista de 27 derechos humanos y 10 deberes. El catálogo de derechos reconoce tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales. Estos incluyen el derecho a la vida, a la libertad y seguridad de la persona, a la igualdad frente a la ley, a la libre circulación, a un juicio justo, la protección frente al arresto arbitrario, al debido proceso, a la nacionalidad y al asilo. También se reconocen la libertad de expresión, de religión, de reunión y de asociación; así como el derecho a la privacidad, a la propiedad, a la salud, a la educación, al trabajo, a la recreación y a la seguridad social. En cuanto a los deberes, se incluye la obligación hacia la sociedad, a los niños y los padres, a recibir instrucción, a votar, a obedecer la ley, a servir a la comunidad y a la nación, a pagar impuestos y al trabajo. Además, se proclama el deber de abstenerse de realizar actividades políticas en un país extranjero.

La Declaración se adoptó como una resolución de la conferencia sin un carácter vinculante¹⁸¹. En forma gradual, sin embargo, el valor jurídico de la Declaración fue cambiando. En la actualidad, se le considera un instrumento normativo que plasma una interpretación auténtica de los “derechos fundamentales de la persona humana” a los que hace referencia el artículo 3(1) de la Carta de la OEA. Sobre este punto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que “para los Estados Miembros de la Organización, la Declaración es el texto que determina cuáles son los derechos

181 Véase, Buergenthal, *The Revised OAS Character and the Protection of Human Rights*, 69, *American Journal of International Law*, Pág. 829 (1975).

humanos a que se refiere la Carta”, así como que esta constituye “una fuente de obligaciones internacionales”¹⁸².

2.3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, y sus Protocolos, 1988 y 1990

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969,¹⁸³ es también llamada comúnmente Pacto de San José, ya que fue adoptada en la ciudad capital de Costa Rica. Este instrumento entró en vigencia el 9 de abril de 2002 y para septiembre de 2010, contaba con 25 Estados Partes¹⁸⁴. La Convención refuerza a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha existido desde 1960 como “una entidad autónoma de la Organización de Estados Americanos”¹⁸⁵. En la actualidad, se ha convertido en un órgano que, junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “[es] competent[e] para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte” de la Convención (Art. 33).

En 1988, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, también llamado Protocolo de San Salvador¹⁸⁶. Este Protocolo entró en vigor el 16 de Noviembre de 1999¹⁸⁷ y desarrolla las disposiciones del artículo 26 de la Convención en donde los Estados Parte en términos generales se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y culturales que formaban parte ya de los instrumentos del sistema interamericano, como es el caso de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Finalmente, en 1990, adicionalmente, la Asamblea General adoptó el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que entró en vigor el 28 de Agosto de 1991¹⁸⁸. Los Estados Parte de este Protocolo “no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción” (Art. 1). Este Protocolo no admite ninguna reserva aunque los Estados Parte pueden declarar en el momento de la ratificación o la adhesión “que se reservan el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempo de guerra conforme al derecho internacional por delitos sumamente graves de carácter militar” (Art. 2(1)).

182 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos OC-10/89, de 14 de julio de 1989, párrafo 45, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf.

183 OEA Serie sobre Tratados, No. 36. En Guatemala, decreto del Congreso de la República número 6-78.

184 Ver la siguiente página Web: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos3.htm>

185 OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, corr. 1, Marzo 12, 1993, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993*, Pág. 5.

186 OEA Serie de Tratados, No. 69.

187 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 127-96.

188 OEA Serie de Tratados, No. 73.

2.3.1 Obligaciones de los Estados Parte

Los Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “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” (Art. 1). Estos compromisos han sido interpretados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular, en el caso *Velásquez Rodríguez*, el cual se refería a la desaparición y posible muerte del señor Velásquez Rodríguez en Honduras. En opinión de la Corte la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención implica que

“El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado”¹⁸⁹.

Las obligaciones de “garantizar el libre y pleno ejercicio de esos derechos y libertades” por tanto:

“(…) implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de garantizar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben **prevenir, investigar y sancionar** toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, **el restablecimiento**, si es posible, **del derecho conculcado** y, en su caso, **la reparación** de los daños producidos por la violación”¹⁹⁰ (énfasis agregado).

La Corte ha agregado, sin embargo, que:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹⁹¹.

En cuanto al asunto de la **prevención**, la Corte ha especificado que:

“El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de garantizar a la víctima una adecuada reparación”¹⁹².

189 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, sentencia de Julio 29, 1988, Series C, No. 4, Pág. 34, párr. 165.

190 *Ibid.*, Pág. 152, párr. 166. .

191 *Ibid.*, párr. 167.

192 *Ibid.*, Pág. 155, párr. 174.

Este deber legal de prevenir violaciones a los derechos humanos abarca, además,

“Todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales”¹⁹³.

Tal como lo definió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el deber legal de los Estados Parte de la Convención de “respetar” y de “garantizar” es multifacético y se encuentra en el corazón de toda la estructura del Estado, incluyendo la conducta particular de los mismos Gobiernos.

La obligación de “respetar” exige que los Estados Partes de abstengan de interferir el disfrute de los derechos y libertades reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La obligación legal de “garantizar” los derechos y libertades contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos significa que los Estados Parte deben prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos y que deben, de ser posible, restablecer los derechos violados, y asegurar la reparación de los daños producidos por la violación.

2.3.2 Derechos reconocidos

En cuanto a los derechos civiles y políticos garantizados por la Convención, están comprendidos los siguientes:

- El derecho a la personalidad jurídica – Art. 3;
- el derecho a la vida, incluyendo la cuidadosa regulación de la pena de muerte desde una perspectiva abolicionista – Art. 4;
- el derecho al trato humano, incluyendo el derecho a no ser torturado, ni sometido a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes – Art. 5;
- libertad frente a cualquier forma de esclavitud, de servidumbre y del trabajo forzoso u obligatorio – Art. 6;
- el derecho a la libertad y seguridad personales, incluyendo el derecho a no ser arrestado ni detenido arbitrariamente – Art. 7;
- el derecho a un juicio justo – Art. 8;
- prohibición de la aplicación de leyes retroactivas – Art. 9;
- el derecho a la indemnización en caso de error judicial – Art. 10;
- el derecho a la vida privada – Art. 11;

193 *Ibíd.*, Párr. 175.

- el derecho a la libertad de conciencia y de religión – Art. 12;
- el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión – Art. 13;
- el derecho de rectificación o respuesta en caso de informaciones inexactas o agraviantes – Art. 14;
- el derecho de reunión pacífica – Art. 15;
- el derecho a la libertad de asociación – Art. 16;
- el derecho a contraer matrimonio libremente y a fundar una familia – Art. 17;
- el derecho a un nombre – Art. 18;
- los derechos del niño – Art. 19;
- el derecho a la nacionalidad – Art. 20;
- el derecho a la propiedad – Art. 21;
- el derecho a la libertad de circulación y residencia – Art. 22;
- el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos – Art. 23;
- el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual protección de la ley – Art. 24;
- el derecho a la protección judicial – Art. 25;

Además de reconocer estos derechos civiles y políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos también incluye un artículo donde los Estados Parte en términos generales “se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y culturales, contenidas, entre otras, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados” (Art. 26). Con la entrada en vigor del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, se les ha otorgado a estos derechos una definición legal más detallada (Art. 1). El Protocolo Adicional reconoce los siguientes derechos económicos, sociales y culturales:

- El principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos consagrados en el Protocolo – Art. 3;
- el derecho al trabajo – Art. 6;
- el derecho a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo – Art. 7;
- derechos sindicales – Art. 7;
- el derecho a la seguridad social – Art. 9;
- el derecho a la salud – Art. 10;
- el derecho a un medio ambiente sano – Art. 11;
- el derecho a la alimentación – Art. 12;
- el derecho a la educación – Art. 13;
- el derecho a los beneficios de la cultura – Art. 14;
- el derecho a tener y proteger a la familia – Art. 15;
- derechos de la niñez – Art. 16;
- el derecho de los ancianos a la protección – Art. 17;
- el derecho de los minusválidos a la protección – Art. 18;

2.3.3 Restricciones permitidas en el ejercicio de los derechos

El *ejercicio* de los siguientes derechos puede estar sujeto a restricciones de ser **necesario** para ciertos propósitos establecidos específicamente: el derecho a manifestar la propia religión y las propias creencias (Art. 12(3)); el derecho a la libertad de pensamiento y expresión (Art. 13(2)); el derecho a las libertades de reunión y de asociación (arts. 15, 16(2) y (3)); y el derecho a la libertad de circulación y residencia, incluyendo el derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio (Art. 22(3)). Las razones legítimas que pueden justificar las restricciones en el ejercicio de los derechos varían dependiendo del derecho protegido y pueden ser, entre otras, la protección de la seguridad pública, la salud, la moral, el orden público, la seguridad nacional y/o los derechos y libertades de los otros. Adicionalmente, la ley puede, bajo ciertas razones específicas, “reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades” relacionadas con los derechos políticos en su país (Art. 23(2)).

Con referencia al **principio de legalidad**, todas las restricciones a las disposiciones impuestas deben ser prescritas por ley, establecidas por ley, impuestas de conformidad con la ley, y con referencia a la ley. En ese sentido, el artículo 30 contiene una disposición general sobre las restricciones al ejercicio de los derechos previstos por la Convención, indicando que “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”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha analizado el término “leyes” que se encuentra en el artículo 30 en una Opinión Consultiva, en la que estableció que el significado de esta palabra dentro del contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen.

“En efecto, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público”¹⁹⁴.

En opinión de la Corte:

“la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona”¹⁹⁵.

La Corte a su vez agregó que talvez “la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de

194 Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana de los Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 de Mayo 9, 1986, Series A, No. 6, Pág. 6, para 21.

195 *Ibíd.*, Pág. 6, párr. 22.

acuerdo con lo establecido por la Constitución”¹⁹⁶. El término “leyes” en el artículo 30 por tanto significa “ley formal”, llamada

“norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”¹⁹⁷.

Sin embargo, el artículo 30 también relaciona el término “leyes” al “interés general”, lo que significa que “ellas deben ser adoptadas por el “bien común” como está indicado en el artículo 32(2) de la Convención, un concepto, que, en opinión de la Corte,

“ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es ‘la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad’”¹⁹⁸.

Como ha sido reafirmado en la Opinión Consultiva sobre *Habeas Corpus*, existe, consecuentemente un vínculo entre, “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho [que] son inseparables”¹⁹⁹.

Con respecto al ***principio de una sociedad democrática***, sólo la restricción de disposiciones relativas al ejercicio del derecho de reunión y el derecho a la libertad de asociación explicitan que las limitaciones deben ser también “***necesarias en una sociedad democrática***” (énfasis agregado). Sin embargo, como ha sido enfatizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva sobre *La Colegiación Obligatoria de Periodistas*, con relación al derecho de expresión del artículo 13, la interpretación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos está condicionada por las restricciones establecidas en particular en los artículos 29(c) y 32(2),²⁰⁰ que respectivamente establecen 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***” (Art. 29(c); énfasis agregado); y que “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y ***por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática***” (Art. 32(2), énfasis agregado).

Estos artículos, definen “el contexto dentro del cual se deben interpretar las restricciones permitidas por el artículo 13.2.”; y en opinión de la Corte, se desprende:

“de la reiterada mención a las “instituciones democráticas”, “democracia

196 *Ibid.*, en Pág. 6.

197 *Ibid.*, Pág. 7, párr. 27.

198 *Ibid.*, Pág. 8, párr. 29.

199 Ver Corte IDH, *El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías (arts. 27(2), 25(1) y 7(6))*, Opinión Consultiva OC-8/87 de Enero 30, 1987, Series A, No. 8, Párr. 24 en Pág. 8.

200 Corte IDH, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-5/85 de Noviembre 13, 1985, Series A, No. 5, Pág. 11, párr. 41.

representativa” y “sociedades democráticas” que el juicio sobre si una restricción a la libertad de expresión impuesta por un Estado es “necesaria para asegurar” uno de los objetivos mencionados en los literales a) o b) del mismo artículo, **tiene que vincularse con las necesidades legítimas de las sociedades e instituciones democráticas**²⁰¹ (énfasis agregado).

La Corte concluye que, en consecuencia,

“Las justas exigencias de la democracia deben, por consiguiente, orientar la interpretación de la Convención y, en particular, de aquellas disposiciones que están críticamente relacionadas con la preservación y el funcionamiento de las instituciones democráticas”²⁰².

Para ser legítimas de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las restricciones sobre el ejercicio de los derechos debe cumplir con:

- **El principio de legalidad**, en cuanto a que las medidas restrictivas deben estar basadas en la ley;
- **El principio de una sociedad democrática**, en cuanto a que las medidas impuestas deben ser juzgadas con referencia a las necesidades legítimas de las sociedades democráticas e instituciones;
- **El principio de la necesidad/proporcionalidad**, en cuanto a que la interferencia con el ejercicio de los derechos individuales debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de uno o más de sus propósitos específicos.

2.3.4 Suspensiones permitidas a las obligaciones jurídicas internacionales

El artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la posibilidad para los Estados Parte de suspender las obligaciones adquiridas dentro de la Convención. A continuación se encuentra una breve revisión de las condiciones requeridas para ejercer esta facultad:

- **La condición de amenaza excepcional:** un Estado Parte puede únicamente acudir a suspensiones “en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte” (Art. 27(1)).
- **La condición de la no suspensión de ciertas obligaciones:** el artículo 27(2) de la Convención Americana provee una larga lista de disposiciones sobre las cuales no puede hacerse ninguna suspensión: artículo 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), artículo 4 (derecho a la vida); artículo 5 (derecho a la integridad personal); artículo 6 (prohibición de la esclavitud y servidumbre); artículo 9 (principio de legalidad y de irretroactividad); artículo 12 (libertad

201 *Ibíd.*, Pág. 12, párr. 42.

202 *Ibíd.*, Pág. 13, párr. 44.

de conciencia y religión); artículo 17 (derechos de la familia); artículo 18 (derecho al nombre); artículo 19 (derechos del niño); artículo 20 (derecho a la nacionalidad); artículo 23 (derechos políticos); y **“las garantías judiciales esenciales para la protección de tales derechos”** (énfasis agregado)²⁰³;

- **La condición de la estricta necesidad:** un Estado Parte sólo 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” Art. 27(1));
- **La condición de la consistencia con otras obligaciones jurídicas internacionales:** las medidas de suspensión tomadas por el Estado Parte no deben ser “incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional”, como obligaciones contraídas bajo otro tratado internacional o bajo una norma de derecho consuetudinario (Art. 27(1));
- **La condición de no-discriminación:** las medidas de suspensión no deben entrañar “discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. (Art. 27(1)); y finalmente,
- **La condición de la notificación internacional:** para poder aprovechar el derecho de suspensión del artículo 27(1)), el Estado Parte debe cumplir también con las condiciones del artículo 27(3), según el cual “deberá informar inmediatamente a los demás Estados Parte 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”.

Al suspender sus obligaciones en virtud del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte deben cumplir con:

- *la condición de la amenaza excepcional;*
- *la condición de la no suspensión de ciertas obligaciones;*
- *la condición de la estricta necesidad;*
- *la condición de la consistencia con otras obligaciones internacionales;*
- *la condición de la no discriminación; y*
- *la condición de la notificación internacional.*

2.3.5 Mecanismo de implementación

El Sistema Interamericano para la protección de los derechos humanos comprende a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para todos los Estados miembros de la OEA, así como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para aquellos Estados que han aceptado la jurisdicción de esta última. A continuación, se explicarán los procedimientos concernientes, en términos generales:

²⁰³ Las palabras “garantías judiciales esenciales para la protección de tales derechos” han sido interpretadas, entre otros aspectos, en dos Opiniones Consultivas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- **La competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:** La Comisión actúa en virtud de las facultades que le otorgan tanto la Carta de la OEA; como sus propios Estatuto y Reglamento, que le atribuyen jurisdicción sobre todos los Estados miembros de la Organización, los cuales supervisa en virtud de la Declaración Americana. También actúa de acuerdo con las facultades específicas que le otorga la Convención Americana respecto de los Estados partes de esta. La Comisión Interamericana está compuesta por siete miembros elegidos a título personal (arts. 34 y 36(1)) cuyas funciones principales son “promover el respeto por y la defensa de los derechos humanos” mediante, entre otras cosas, (1) estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; (2) formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros; (3) preparar los estudios e informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; (4) actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad bajo la Convención (Art. 41(a), (b), (c) y (f)).

El Consejo de la OEA adoptó el primer estatuto de la Comisión en 1960²⁰⁴, al tenor del cual se estipula la competencia de esta para efectuar recomendaciones a los gobiernos de los Estados parte para la adopción de medidas progresivas a favor de los derechos humanos en el marco de su legislación interna. En su primera sesión, la Comisión interpretó esta disposición como una autorización para dirigir recomendaciones generales a estados en lo individual. Así, la Comisión ha desarrollado hasta la fecha, lo que ha denominado “informes de país” y “visitas *in loco*”, en aquellos casos en que recibe información confiable que sugiere que un determinado gobierno puede estar incurriendo en violaciones a los derechos humanos en gran escala.

De acuerdo con la Convención, “cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización [de Estados Americanos], puede presentar (...) peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte” (Art. 44). Por otra parte, quejas de un Estado sobre otro requieren una específica declaración por virtud de la cual el Estado en cuestión reconoce la competencia de la Comisión para examinar comunicaciones presentadas contra otros Estados Parte que han hecho la misma declaración (Art. 45(1) y (2)).

Con respecto a aquellos miembros de la OEA que no han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión es competente para recibir peticiones donde se aleguen violaciones de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁰⁵

204 En 1979 se reformó ese estatuto para reflejar las diferentes competencias de la Comisión, según se trate de todos los Estados miembros de la OEA o bien de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver, por ejemplo, Norris, *The New Statute of the Inter-American Commission on Human Rights*, 1, *Human Rights Law Journal*, Pág 379 (1980).

205 Ver artículo 51 del *Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, aprobado por la Comisión en su reunión 660, Sesión 49, sostenida el 8 de Abril de 1980, y modificado en su Sesión 70, en su reunión 938, sostenida el 29 de Junio de 1987, publicada en OEA doc. OEA/Ser.L/V/II.82, doc. 6, rev. 1, Julio 1 de 1992, *Documentos Básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*.

La admisión de una petición individual o de una comunicación entre Estados presentada a la Comisión, está sujeta a varios requisitos tales como la regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna (Art. 46(1)(a)); que la petición o comunicación sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de que la presunta víctima haya sido notificada de la decisión definitiva; y que la materia de la queja no esté pendiente en otro procedimiento de arreglo internacional (Art. 46 (1)(b) y (c)). Las peticiones individuales deben, por supuesto, contener información como el nombre, la dirección y firma de la presunta víctima o de su representante (Art. 46 (1)(d)). La regla del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no es, sin embargo, aplicable (a) donde en la legislación interna “no exista (...) el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados”; (b) donde no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna; y (c) donde ha existido “[un] retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos” (Art. 46 (2)).

Si una petición o comunicación no cumple con estas condiciones o si, por ejemplo, “no expon[e] hechos que caractericen una violación de los derechos garantizados”, la Comisión declara la respectiva petición o comunicación inadmisibles (Art. 47). De lo contrario, debe ser declarada admisible, lo que significa que la Comisión debe proceder a solicitar más información de las partes para estar en capacidad de realizar un análisis de mayor profundidad acerca de las quejas (Art. 48 (1)(a)). Puede también realizar una investigación en el lugar donde sucedieron los hechos y conocer argumentos orales, adicionalmente a aquellos presentados en forma escrita (Art. 48(1)(d) y (e)). En este punto, la Comisión puede declarar la petición o comunicación inadmisibles o improcedentes (Art. 48(1)(c)). Alternativamente, “se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención” (Art. 48(1)(f)). Si no se llega a un acuerdo, la Comisión “podrá emitir (...) su opinión y conclusiones”, y este informe será entregado a los Estados Parte, “los cuales no tienen la facultad de publicarlo” (Art. 50(1) y (2)). Si después de un período determinado, el asunto no ha sido resuelto o presentado a la Corte, la Comisión puede emitir su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración y puede, en aquellos casos en los que el Estado afectado no ha tomado “las medidas que le competen”, decidir si publica o no su informe (Art. 51).

Para los casos que se derivan de la aplicación de la Convención, la Comisión tiene competencia para someter casos al conocimiento de la Corte. Por el contrario, para los casos de Estados que únicamente son miembros de la OEA pero no han reconocido la competencia de la Corte, el sistema de petición individual está plagado por dos debilidades. La primera se refiere precisamente a la falta de jurisdicción contenciosa de la Corte para manejar esas peticiones. Segundo, aunque la Comisión transmite sus resoluciones en esos casos a la Asamblea General de la OEA, este órgano ha mostrado poco interés por ellas. Para mitigar en alguna medida estos problemas, la Comisión instituyó un

procedimiento de seguimiento de recomendaciones o resoluciones amistosas (artículo 46 del Reglamento de la Comisión).

Cabe llamar la atención sobre las medidas cautelares, las cuales establecen un procedimiento de acción urgente que se utiliza para salvaguardar los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran frente a un riesgo inminente de sufrir un daño irreparable. A través de las medidas urgentes, los órganos del sistema tienen la oportunidad de conocer y responder de manera ágil a situaciones críticas. La efectividad de dicha medida, sin embargo, depende de la presentación oportuna de una solicitud que relate la información requerida y del adecuado seguimiento de las recomendaciones.

Este mecanismo especial de protección está consagrado en el artículo 25 del reglamento de la Comisión, del que se desprenden los siguientes requisitos para su otorgamiento: 1) que exista una situación de gravedad y urgencia; 2) que dicha situación pueda ocasionar un daño irreparable a los derechos fundamentales de una persona reconocidos en la Convención Americana y/o en la Declaración Americana; y 3) que las alegaciones sean verosímiles. Se debe tratar entonces, de una situación en que los graves sucesos sean inmediatos o inminentes, que estén dirigidos contra derechos fundamentales y que se puedan evaluar como reales dichas amenazas u hostigamientos.

Ante la Corte, la Comisión está obligada a participar en todos los procedimientos contenciosos (artículos 61 y 67).

Otro aspecto interesante de los poderes de la Comisión, es su competencia para solicitar opiniones consultivas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Art. 64). La destacada Opinión Consultiva sobre el *Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías* fue elaborada por la Corte como consecuencia de una solicitud de la Comisión.

- ***La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:*** La Corte está conformada por siete jueces elegidos a título individual (Art. 52). Tiene su secretariado en San José, Costa Rica. Antes de que la Corte pueda conocer un caso, el procedimiento ante la Comisión debe haber sido completado (Art. 61(2)).

“En casos de extrema gravedad y urgencia”, la Corte “podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes”, y, bajo pedido de la Comisión, puede hacer lo mismo con respecto a casos que aún no están bajo su conocimiento (Art. 63(2)). Debe notarse que la Convención Americana es el único de los principales tratados de derechos humanos que autoriza decretar medidas cautelares.

La decisión de la Corte es definitiva y los Estados Parte se comprometen a cumplir con los términos de ésta “en todo caso en que sean Parte” (arts. 67 y 68(1)).

Aunque la Convención estipula que sólo los Estados parte y la Comisión pueden someter un caso a la Corte (artículo 61(1)), el reglamento de esta última le garantiza la participación en el proceso a los individuos peticionarios.

Una vez que el caso se ha referido a la Corte, esta tiene el poder para revisar por completo los hallazgos de hecho y de derecho que hubiera efectuado la Comisión.²⁰⁶ Cuando la Comisión presenta un caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, notifica al denunciante, quien tiene la oportunidad de solicitar las medidas necesarias, incluyendo precauciones para los testigos y protecciones para la evidencia. Los procesos son tanto orales como escritos. Normalmente, las audiencias son abiertas al público pero la Corte puede decidir cerrarlas. Las deliberaciones de la Corte siempre son secretas y confidenciales; pero sus sentencias y opiniones son publicadas.

De conformidad con el artículo 63 de la Convención, el fallo dispondrá, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y si fuere el caso, el pago de una justa indemnización. Asimismo, el artículo 68(2) dispone que la parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado. La indemnización es, de acuerdo con lo anterior, el sistema para que la protección de los derechos humanos no se limite a una mera condena moral y es también lo que distingue a la Convención Americana de la Europea, que carece de una disposición similar.

La Corte también tiene competencia para emitir Opiniones Consultivas, al tenor del artículo 64, acerca de la interpretación no sólo de la Convención, sino también acerca de cualquier otro tratado que se refiera a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos²⁰⁷. Su emisión puede ser solicitada por la Comisión, los estados miembros, o bien, cualquiera de los otros órganos de la OEA (el Consejo Permanente, la Asamblea General, etc.)

El procedimiento de cumplimiento que establece el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales difiere de los procedimientos establecidos en la Convención, en el sentido de que en aquel, los Estados Parte únicamente se comprometen a “presentar (...) informes periódicos respecto de las medidas progresivas que hayan adoptado para asegurar el debido respeto de los derechos ahí consagrados” (Art. 19(1) del Protocolo). Únicamente en relación con el derecho a organizar y participar en sindicatos (Art. 8(a)) y con el derecho a la educación (Art. 13), en tanto la presunta violación fuere “imputable directamente” a un Estado Parte (Art. 19(6))²⁰⁸, el Protocolo establece el procedimiento de presentación de quejas ante la Comisión y la Corte,

²⁰⁶ Véase, por ejemplo, Buergenthal, *Judicial Fact-Finding: The Inter-American Human Rights Court*, en R. Lillich (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals* pp. 263-264 (1992).

²⁰⁷ Los cuales comprenderían no solo aquellos en el seno del sistema interamericano, sino cualquier otro tratado que se refiera al disfrute de los derechos humanos en un estado dentro de ese sistema. Ver, Opinión Consultiva OC-1/82, así como la OC-16/99.

²⁰⁸ Sin embargo, también se han presentado ante la Comisión casos relativos a otros derechos económicos, sociales y culturales, al amparo del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Tanto la Comisión como la Corte han atendido un número considerable de casos que se encuentran en sus informes anuales respectivos. El informe anual de la Comisión Interamericana también proporciona información importante sobre las actividades generales de la Comisión, que van más allá del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es competente para recibir peticiones relativas a la presunta violación de derechos humanos:

- *de cualquier persona o grupo de personas, o cualquier entidad no gubernamental reconocida Art. 44)*
- *de un Estado Parte contra otro Estado Parte, si esta competencia ha sido reconocida (Art. 45)*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es competente para examinar casos presentados ante ella por los Estados Parte y por la Comisión, una vez que estos casos ya hayan sido considerados por la Comisión (Art. 61).

3. Otros tratados del sistema interamericano de protección de derechos humanos y su implementación

3.1 Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, 1985, entró en vigor el 28 de Febrero de 1987²⁰⁹, y para septiembre de 2010 contaba con 18 Estados Parte²¹⁰.

3.1.1 El alcance de la Convención

De acuerdo con la Convención, “se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (Art. 2).

209 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 64-86

210 OEA Serie de Tratados, No. 67; para el estado de ratificaciones ver <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-51.html>

La Convención, más adelante, define el campo personal de responsabilidad para aquellos que cometan, instiguen o induzcan a la tortura o para aquellos que habiéndola podido impedir, no lo hayan hecho (Art. 3). Como en el caso de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, “no se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, amenaza de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas” (Art. 5). Además, no puede “la peligrosidad del detenido o penado” justificar el recurrir a la tortura (Art. 5).

3.1.2 Obligaciones de los Estados Parte

La Convención dispone que “los Estados Parte tomarán medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción” y “se asegurarán de que todos los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos constituyan delitos conforme a su derecho penal” (Art. 6). La Convención además contiene disposiciones, entre otras cosas, en relación con el adiestramiento de agentes de la policía (Art. 7), investigaciones imparciales sobre presuntos actos de tortura (Art. 8), el deber de establecer su jurisdicción sobre el delito de tortura en ciertos casos (Art. 12), y la extradición (Arts. 13-14).

3.1.3 Mecanismo de implementación

Adiferencia de la Convención de las Naciones Unidas y del Convenio Europeo, la Convención Interamericana no establece un mecanismo de implementación específico. Sin embargo, según el artículo 17, “[l]os Estados Parte se comprometen a informar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden que hayan adoptado en aplicación de la presente Convención”. Consecuentemente, la Comisión “procurará analizar, en su informe anual, la situación que prevalezca en los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos en lo que respecta a la prevención y supresión de la tortura” (Art. 17). De esta manera, la Convención no prevé la posibilidad de que la Comisión realice investigaciones en un país en donde tenga razones para creer que la tortura está siendo practicada. Sin embargo, la Comisión puede continuar con la realización de tales visitas, con el consentimiento del Estado involucrado, invocando el campo general de competencia acordado bajo la Carta de la OEA.

Bajo la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, los Estados Parte deben tomar medidas efectivas para prevenir y sancionar la tortura dentro de su jurisdicción.

Como está confirmado por la Convención, el derecho a no ser torturado no puede ser suspendido y ninguna situación de emergencia puede justificar actos de tortura.

3.2 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, 1994

La Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas fue adoptada por la Asamblea General de la OEA en 1994 y entró en vigor el 28 de Marzo de 1996²¹¹. Para septiembre de 2010, contaba con 14 Estados Parte²¹². Esta Convención fue elaborada como respuesta a la considerable ola de desapariciones forzadas e involuntarias que ocurrieron en diferentes partes de las Américas durante los años setentas y ochentas, particularmente.

3.2.1 El ámbito de la Convención

Como está definida en la Convención, “se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes” (Art. II).

3.2.2 Obligaciones de los Estados Parte

Los Estados Parte se comprometen, en particular, a no practicar, permitir o tolerar las desapariciones forzadas de personas, ni siquiera en estados de emergencia o suspensión de garantías individuales; a sancionar dentro de su jurisdicción a aquellas personas que cometan o intenten cometer el delito de desapariciones forzadas de personas; cooperar los unos con los otros para contribuir en la prevención, sanción y eliminación de la desaparición forzada de personas; y a adoptar medidas legislativas, administrativas, y de otro carácter necesarias para cumplir con los compromisos adquiridos en la Convención (Art. I; para mayor información sobre el deber de adoptar las medidas legislativas, ver también el Art. III).

La Convención, más adelante, regula el deber de establecer su jurisdicción sobre casos de desaparición forzada de personas (Art. IV), y dispone que esos casos no pueden ser considerados delitos políticos para los efectos de extradición pero pueden ser delitos extraditables (Art. V). Además, “la acción penal derivada de la desaparición forzada de personas y la pena que se imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción”, a menos que exista una norma de carácter fundamental que prevenga la aplicación de esta regla. En éste último caso, sin embargo, el período de prescripción deberá ser igual al del delito más grave en la legislación interna del Estado Parte (Art. VII). Muy significativamente, presuntas personas responsables por actos que constituyan el delito de desapariciones forzadas de personas “sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, **con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar**” (Art. IX; énfasis agregado).

211 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 18-96

212 Ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-60.html>

Como en el caso de las convenciones sobre tortura, circunstancias excepcionales tales como el estado de guerra u otra emergencia pública no pueden ser invocadas para justificar la desaparición forzada de personas. En esos casos, “el derecho a procedimientos o recursos judiciales rápidos y eficaces se conservará como medio para determinar el paradero de las personas privadas de libertad o su estado de salud o para individualizar a la autoridad que ordenó la privación de libertad o la hizo efectiva”. En conexión con estos procedimientos, “las autoridades judiciales competentes tendrán libre e inmediato acceso a todo centro de detención y a cada una de sus dependencias, así como a todo lugar donde haya motivos para creer que se puede encontrar a la persona desaparecida, incluso lugares sujetos a la jurisdicción militar” (Art. X).

3.2.3 Mecanismo de implementación

La Convención dispone que “el trámite de las peticiones o comunicaciones presentadas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en que se alegue la desaparición forzada de personas estará sujeto a los procedimientos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los Estatutos y Reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso las normas relativas a medidas cautelares” (Art. XIII). Un procedimiento de urgencia también se establece para los casos en los que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibe una petición o comunicación relativa a una supuesta desaparición forzada, disponiendo que su Secretaría Ejecutiva, en forma urgente y confidencial, se dirija al correspondiente gobierno solicitándole la información sobre el paradero de la persona presuntamente desaparecida (Art. XIV).

La Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas de Personas es una reafirmación de que la desaparición forzada de personas es un acto que viola el derecho internacional de los derechos humanos.

La desaparición forzada de personas no puede ser justificada bajo ninguna circunstancia, ni siquiera en situaciones de emergencia.

Las personas acusadas de estar involucradas en la desaparición forzada de personas deben ser juzgadas con exclusividad por tribunales ordinarios y no pueden ser juzgadas por jurisdicciones especiales.

3.3 Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, 1994

La Convención Interamericana para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer, también llamada “Convención de Belém do Pará”, fue adoptada en 1994 por la Asamblea General de la OEA y entró en vigor el 5 de

Marzo de 1995²¹³. Para septiembre de 2010, había sido ratificada por 32 países²¹⁴. Esta Convención es el único tratado internacional cuya intención exclusiva es la eliminación de la violencia por razones de género.

3.3.1 El ámbito de la Convención

Para los propósitos de la Convención, “debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado” (Art. 1). Como se establece más adelante, por violencia contra la mujer, se entenderá que se incluye la violencia física, sexual y psicológica, sin importar si esa violencia ocurrió dentro de la familia o unidad doméstica o dentro de otra relación interpersonal, en la comunidad, o si es perpetrada o condonada por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra (Art. 2(a)-(c)). El ámbito de aplicación es por lo tanto comprensivo y abarca todas las esferas de la sociedad, sean *públicas o privadas*.

Más allá, la Convención enfatiza el derecho de la mujer al goce y protección de todos sus derechos humanos contemplados en instrumentos regionales o internacionales y los Estados Parte “reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula” el ejercicio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (Arts. 4-5). Finalmente, la Convención dispone que el derecho de cada mujer a tener una vida libre de la violencia incluye, entre otros, el derecho a ser libre de toda forma de discriminación, así como el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento (Art. 6).

3.3.2 Obligaciones de los Estados Parte

Los Estados Parte convienen, en particular “en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar” (Art. 7), y también “en adoptar, en forma progresiva, medidas específicas”, tales como programas para “concientizar al público sobre los problemas relacionados con la violencia contra la mujer”, “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres” y “fomentar la educación y capacitación del personal en la administración de justicia, policial y demás funcionarios encargados de la aplicación de la ley” (Art. 8).

3.3.3 Mecanismo de implementación

Los mecanismos de implementación previstos por la Convención son de tres clases:

- ***El procedimiento de información:*** en primer lugar, los Estados Parte deben incluir en sus informes nacionales a la Comisión Interamericana de la Mujer, entre otros aspectos, “información sobre las medidas adoptadas para prevenir

213 En Guatemala, Decreto del Congreso de la República número 69-94

214 Ver: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

y erradicar la violencia contra la mujer” y cualquier dificultad que hayan observado con relación a la aplicación de estas medidas (Art. 10);

- **Opiniones consultivas:** los Estados Parte y la Comisión Interamericana de la Mujer pueden solicitarle a la Corte Interamericana de Derechos Humanos Opiniones Consultivas sobre la interpretación de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Art. 11); y finalmente,
- **Peticiones Individuales:** cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más de los Estados miembros de la OEA “puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación del artículo 7 de la presente Convención por un Estado Parte” de sus deberes de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer tal como está descrita en este artículo (Art. 12).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer es el único tratado internacional cuya intención exclusiva es la eliminación de la violencia por razones de género.

*La Convención cubre la violencia que ocurre en todas las esferas de la sociedad, bien sea **pública** o **privada**.*

*El mecanismo de implementación consiste en: (1) un **procedimiento de información** a la Comisión Interamericana de la Mujer; y (2) la posibilidad de presentar **peticiones individuales** a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.*

*Tanto los Estados Parte como la Comisión Interamericana de la Mujer puede solicitar **opiniones consultivas** de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la interpretación de la Convención.*

3.4 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad fue adoptada en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el 7 de junio de 1999, durante el XXIX Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, y entró en vigencia el 14 de septiembre de 2001. Para septiembre de 2010, contaba con 19 Estados Parte.

3.4.1 El ámbito de la Convención

Basándose en una serie de estándares internacionales acerca de las personas con discapacidad²¹⁵, esta Convención, define como “discapacidad” a

“(…) 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” (artículo I).

Bajo la misma tónica, este instrumento refiere que la “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” (artículo I).

3.4.2 Obligaciones de los Estados Parte

Al tenor de la Convención, los Estados Parte se obligan, esencialmente, a la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y a propiciar su plena integración en la sociedad. (artículo II). Para ello, se propone la adopción de las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad (artículos IV y V).

3.4.3 Mecanismo de implementación

La Convención dispone la creación de un **Comité para la Eliminación de Todas las Formas para la Discriminación contra las Personas con Discapacidad**, integrado por un representante designado por cada Estado parte. Este Comité fue concebido como el foro para examinar el progreso registrado en la aplicación de la Convención e intercambiar experiencias entre los Estados parte.

215 Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159); la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971); la Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución N° 3447 del 9 de diciembre de 1975); el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982); el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988); los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG.46/119, del 17 de diciembre de 1991); la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud; la Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII-O/93)); las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993); la Declaración de Managua, de diciembre de 1993; la Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93); la Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV-O/95)); y el Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (resolución AG/RES. 1369 (XXVI-O/96)).

A través del mecanismo de presentación de informes, el Comité recoge el debate y la información sobre las medidas que los Estados parte hayan adoptado, los progresos que hayan realizado en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad, las circunstancias o dificultades que hayan tenido con la implementación de la Convención, así como las conclusiones, observaciones y sugerencias generales del Comité para el cumplimiento progresivo de la misma. (artículo VI).

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad tiene como objetivo la prevención y eliminación de la discriminación contra personas con deficiencias físicas, mentales o sensoriales.

A través de la presentación de informes por los Estados parte, un Comité vigila el cumplimiento e implementación de medidas para propiciar la incorporación de las personas con discapacidad en la sociedad.

4. Observaciones finales

Este capítulo ha proporcionado información básica sobre los derechos protegidos por los principales tratados existentes en el Sistema Interamericano, así como una introducción general sobre los mecanismos de monitoreo regionales. Estos tratados han contribuido a alcanzar cambios importantes en las leyes de varios países. Además, a la luz del gran número de Estados que los han ratificado y que se han adherido a ellos, han cobrado particular importancia para el trabajo de jueces, fiscales y abogados, quienes han tenido que aplicarlos en el ejercicio de sus deberes profesionales. Varias de las disposiciones de los tratados generales han sido interpretadas extensivamente, entre otros aspectos, en relación con la administración de justicia y el tratamiento de personas privadas de su libertad; y esta jurisprudencia constituye una fuente importante de información y guía para jueces y abogados.

Capítulo 4

Independencia e imparcialidad de jueces, fiscales y abogados

Objetivos de aprendizaje

- Consolidar el conocimiento y la comprensión sobre la importancia de la una judicatura independiente e imparcial, de fiscales independientes e imparciales y de una abogacía independiente con el fin de garantizar el Estado de Derecho y la efectiva protección de los derechos y libertades fundamentales de la persona humana.
- Familiarizar a los lectores con las normas internacionales y regionales existentes y con los principios que regulan el funcionamiento de la judicatura, de los fiscales y abogados, incluyendo la jurisprudencia relevante.

Preguntas

- ¿Cómo perciben ustedes, como jueces, fiscales y abogados, el principio de separación de poderes?
- ¿Cómo se garantiza este principio en su país?
- ¿Cómo se garantiza la independencia e imparcialidad de la judicatura en el país el que usted lleva a cabo su trabajo?
- ¿Cómo se garantiza la independencia de los abogados en el país en el que usted lleva a cabo su trabajo?
- ¿Alguna vez ha experimentado alguna dificultad para cumplir con sus deberes profesionales de una manera independiente e imparcial?
- Si es ese el caso, ¿cuáles fueron esas dificultades y cómo las resolvió?
- Más específicamente, ¿alguna vez se ha visto usted, como juez, fiscal o abogado, confrontado con intentos de corromperlo?
- De ser así, ¿cómo abordó tales propuestas?
- Para aquellas participantes que son juristas mujeres, ¿han experimentados ustedes, en el curso de su trabajo, algunos problemas específicos, dificultades o acoso que puedan ser atribuibles a su género?
- De ser así, ¿cómo confrontaron los problemas, dificultades, o acoso?
- Si ha tenido que lidiar con cualquiera de las situaciones anteriores, ¿estaba usted al tanto de la existencia de estándares internacionales dirigidos al fortalecimiento del papel de la judicatura y de la abogacía en general, que pudieron haber sido pertinentes para el fortalecimiento de su posición de cara al Ejecutivo, el Legislativo u otros grupos o personas actuando con o sin el consentimiento del Estado?

*Instrumentos jurídicos relevantes*²¹⁶

Instrumentos Universales

- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966*
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1945*

- *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, 1985*
- *Directrices sobre la Función de los Fiscales, 1990*
- *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, 1990*

Instrumentos Regionales

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969*
- *Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, 1981*
- *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, 1950*

1. Introducción

Este capítulo tratará sobre dos de los pilares fundamentales de una sociedad democrática respetuosa del Estado de Derecho y de la protección efectiva de los derechos humanos, a saber, *la independencia e imparcialidad de la judicatura y de los fiscales, y la independencia de los abogados*. Primero, se describirá el papel que juegan los jueces, fiscales y abogados a este respecto; y en segundo lugar, se abordarán las diversas limitaciones legales a la habilidad de los jueces para ejercer sus responsabilidades profesionales de una manera independiente e imparcial, así como las amenazas de facto en contra de esa habilidad. Finalmente, este capítulo analizará los estándares internacionales existentes en relación con el funcionamiento de la profesión jurídica, así mismo, hará referencia a jurisprudencia seleccionada.

216 En adición a estas fuentes legales vinculantes y no vinculantes, otros estándares éticos han sido adoptados por asociaciones profesionales tales como asociaciones de jueces, de fiscales y de abogados. Tales estándares pueden proporcionar orientación útil para los profesionales del derecho. Véase el *Estatuto del Juez Iberoamericano*, aprobado por la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, celebrada en España, en mayo de 2001; el *Estatuto Universal del Juez*, aprobado por la Unión Internacional de Magistrados, el 17 de noviembre de 1999; y los *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial*, aprobados por el Grupo Judicial de Reforzamiento de la Integridad Judicial, tal y como fue revisado en la Reunión en Mesa Redonda de Presidentes de Tribunales Superiores celebrada en el Palacio de la Paz de La Haya, Países Bajos, el 25 y 26 de noviembre de 2002.

2. El papel de los jueces, fiscales y abogados en la defensa del Estado de Derecho

En el Estado de derecho, el principio de una judicatura independiente tiene su origen en la teoría de la *separación de los poderes*. De conformidad con esta teoría, el Ejecutivo, la Legislatura y el Poder Judicial forman tres ramas separadas del gobierno, que constituyen un sistema de controles mutuos y balances encaminados a la prevención de abusos de poder en menoscabo de una sociedad libre. Esta independencia significa que tanto la judicatura, como institución, como también los jueces individuales que deciden casos particulares, deben poder ejercer sus funciones sin ser influenciados por el Ejecutivo, el Legislativo o cualquier otra fuente inapropiada.

En ese sentido, tanto el Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias como el Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados concluyeron que “la separación de los poderes y el respeto por el poder ejecutivo de esa separación es una condición sine qua non para que pueda funcionar efectivamente un poder judicial independiente e imparcial”²¹⁷.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso del *Tribunal Constitucional*, dijo que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de poderes públicos es la garantía de independencia de los jueces”²¹⁸.

Sólo una judicatura **independiente** puede impartir justicia **imparcialmente** basándose en la ley, y de ese modo también proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona. Para que esta tarea esencial sea realizada eficientemente, la sociedad debe tener plena confianza en la capacidad de la judicatura para cumplir con sus funciones de manera independiente e imparcial. Si se mina esta confianza, ni el poder judicial, como institución, ni los jueces, a título individual, podrán llevar a cabo de manera integral esta importante tarea; o al menos, no será fácil verlos actuando de esta manera²¹⁹.

En consecuencia, el principio de la independencia no fue formulado para el beneficio personal de los propios jueces, sino que fue creado para proteger a las personas contra los abusos del poder. Por lo tanto, los jueces no pueden, de ninguna manera, actuar arbitrariamente decidiendo casos de acuerdo a sus propias preferencias personales, sino que **su deber es y sigue siendo, el de aplicar la ley**. En el campo de la protección a la persona, esto también significa que los jueces tienen la responsabilidad de aplicar, siempre que sea pertinente, el derecho interno e internacional de los derechos humanos.

217 Informe de los Relatores Especiales sobre la situación de los derechos humanos en Nigeria, Documento de la ONU E/CN.4/1997/62/Add.1. párr. 71.

218 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribunal Constitucional (Perú)*, Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de enero de 2001, Serie C No. 71.

219 En el fallo pronunciado en el caso De Cubber (1984), la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que *en esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia e*, invocando un viejo adagio inglés citado en el precedente que estableció en el caso Delcourt (1970), recordó que *justice must not only be done; it must also be seen to be done* (la justicia no debe sólo hacerse, también deber verse que se hace).

Un sistema jurídico basado en el respeto al Estado de Derecho también requiere fiscales fortalecidos, independientes e imparciales, dispuestos a investigar resueltamente y a procesar presuntos crímenes cometidos contra seres humanos, incluso si estos crímenes han sido cometidos por personas actuando como autoridades del Estado.

Si los jueces y fiscales no cumplen plenamente sus papeles claves para el mantenimiento de la justicia en la sociedad, existe un riesgo serio de que una cultura de impunidad se arraigue, distanciando aún más a la población en general de las autoridades. Si las personas tropiezan con problemas para recurrir a la justicia, quizás se vean llevados a tomar la justicia por sus propias manos, resultando en un mayor deterioro de la administración de justicia y posiblemente, en nuevos brotes de violencia²²⁰.

Por último, el sistema jurídico no estaría completo sin abogados independientes que puedan ejercer su trabajo libremente y sin temor a represalias. En efecto, los abogados independientes juegan un papel fundamental en la defensa de los derechos humanos y las libertades individuales *en todo momento*, un papel que, junto con el de los jueces y fiscales independientes e imparciales, es indispensable para garantizar que el Estado de Derecho prevalezca y que los derechos humanos sean protegidos eficazmente.

En este sentido, como ha señalado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, hay una cercana relación entre el mayor o menor respeto por las garantías al debido proceso del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la mayor o menor gravedad de las violaciones conocidas²²¹. Los derechos humanos y las libertades fundamentales están, en otras palabras, mejor salvaguardadas en la medida en que la judicatura y los profesionales del derecho estén protegidos de la interferencia y la presión²²².

3. Desafíos a la independencia e imparcialidad de los profesionales del Derecho

A pesar de la necesidad de que los jueces, fiscales y abogados ejerzan sus responsabilidades profesionales con verdadera independencia, se ha evidenciado que con frecuencia son sujetos a presiones de diversos tipos dirigidas a comprometer su capacidad para hacerlo.

Por ejemplo, si bien la forma en que los jueces son designados varía de país a país, puede existir un peligro a su independencia en aquellos lugares en que son

220 Ver Pág. ej. NU doc. E/CN.4/2000/3, *Informe de la Relatora Especial de la Comisión de Derechos sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, párr. 87.

221 NU doc. E/CN.4/Sub.2/1993/25, *Informe sobre la Independencia de la Judicatura y la Protección de los Abogados en Ejercicio*, párr.1.

222 *Ibid.*, Loc. Cit.

designados, exclusivamente, por el Ejecutivo o el Legislativo. Una amenaza adicional a su independencia es planteada por la ausencia de estabilidad en el cargo, como se presenta en países en los que los jueces son empleados bajo contratos temporales. Tal inseguridad puede hacer a los jueces más susceptibles a injerencias externas inapropiadas. La remuneración inadecuada también puede constituir una amenaza a la independencia de los jueces en tanto puede, por ejemplo, hacerles más proclives a la corrupción.

Además, la independencia de los jueces, fiscales y abogados es frecuentemente amenazada por la negativa del Ejecutivo a permitirles organizarse libremente en asociaciones profesionales. Por ejemplo, en los lugares en que el Ejecutivo extiende licencias a los abogados y les obliga a ejercer su profesión como miembros de organizaciones profesionales controladas por el Estado, los abogados no pueden cumplir con su trabajo de manera independiente.

Sin embargo, jueces, fiscales y abogados también están frecuentemente sujetos a otros tipos de persecución. Tales actos pueden incluir la crítica pública ya sea de parte del Ejecutivo o del Legislativo, dirigida a intimidar a los profesionales del derecho, pero también toman a menudo la forma de detenciones arbitrarias y amenazas directas a sus vidas, incluyendo asesinatos y desapariciones²²³. En algunos países, el hecho de ser mujer y ejercer la abogacía agrava estas circunstancias. Debido a su disposición para adoptar la defensa de casos que implican el sensible tema de los derechos de la mujer, estas abogadas enfrentan intimidación y violencia, que algunas veces puede, incluso, resultar en sus muertes.

Las amenazas y ataques a la independencia de jueces, fiscales y abogados no sólo son perpetrados por autoridades del Estado, sino que frecuentemente son también efectuados por personas particulares, ya sea independientemente o en connivencia con cuerpos tales como organizaciones criminales y carteles de la droga.

Claramente, a no ser que los jueces, fiscales y abogados puedan ejercer sus deberes profesionales libre, independiente e imparcialmente, y a no ser que el Ejecutivo y la Legislatura estén siempre preparados para garantizar esta independencia, el Estado de Derecho será lento y continuamente vulnerado y con él, la protección efectiva de los derechos humanos. Como puede verse, es la estructura completa de un orden constitucional libre y democrático la que es sostenida por una judicatura independiente e imparcial, fiscales independientes e imparciales y abogados independientes.

223 Véase por ejemplo NU doc. E/CN.4/2000/61, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de magistrados y abogados*; y *Attacks on Justice – The Harassment and Persecution of Judges and Lawyers* (Centro por la Independencia de Jueces y Abogados (CIJL)), Ginebra, 10th edn., Enero 1999-Febrero 2000.

4. Derecho Internacional y la independencia e imparcialidad de la judicatura

4.1 Derecho internacional aplicable

Todos los instrumentos generales de derechos humanos universales y regionales garantizan el derecho a un juicio justo en los procesos de todas las ramas del Derecho, ante una corte o tribunal independiente e imparcial. De esa cuenta, el propósito de esta sección es el de analizar el significado de los términos “independiente” e “imparcial” a la luz de la jurisprudencia de los órganos internacionales de vigilancia competentes.

De los tratados más importantes, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14(1) que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia” y añade, que “*toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley*, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil” (énfasis agregado). El Comité de Derechos Humanos ha sostenido inequívocamente que “el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial” es un “**derecho absoluto que no puede ser objeto de excepción alguna**”²²⁴ (énfasis agregado). Es por lo tanto, un derecho que es aplicable en todas las circunstancias²²⁵ y a todos los tribunales, ya sean ordinarios o especiales.

El artículo 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, *por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial*, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter” (énfasis agregado).

Cabe aclarar que, si bien algunos países pueden no haber ratificado aún o no haberse adherido a estos tratados de derechos humanos, siguen estando vinculados por las normas consuetudinarias del Derecho Internacional, así como por los principios generales del derecho, de los cuales hace parte el principio de una judicatura independiente e imparcial. De este modo, también están vinculados por los principios fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que dispone en su artículo 10 que “toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e

224 Comunicación No. 263/1987, *M. González del Río c. Perú* (observación adoptada el 28 de Octubre de 1992), en UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), Pág. 17, párr. 5.2.

225 “Sólo un tribunal de derecho puede enjuiciar y condenar a una persona por un delito.” (Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 29 – Estados de Emergencia (artículo 4), Documento de la ONU CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 11, 31 de agosto de 2001. párr. 16).

imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal²²⁶.

4.2 Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, 1985

En 1985, el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, adoptó los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura, que fueron subsecuentemente proclamados unánimemente por la Asamblea General²²⁷. Estos principios pueden, por lo tanto, ser descritos como una declaratoria de opiniones universalmente aceptadas sobre esta cuestión por los Estados Miembros de las Naciones Unidas, y se han convertido en un importante criterio para evaluar la independencia de la judicatura, al ser analizado en el trabajo de los órganos internacionales de vigilancia y de organizaciones no gubernamentales (ONGs).

Estos principios se ocupan de los siguientes temas: (i) independencia de la judicatura; (ii) libertad de expresión y asociación; (iii) requisitos, selección y preparación; (iv) condiciones de servicio y permanencia en el puesto; (v) secreto profesional e inmunidad; y (vi) disciplina, suspensión y destitución. Sin buscar ser en ningún sentido exhaustivos, el presente capítulo tratará de algunas de las cuestiones significativas que se relacionan con la independencia y la imparcialidad de la judicatura.

4.3 Nociones de independencia e imparcialidad: vínculos y diferencias básicas

Las nociones de “independencia” e “imparcialidad” están estrechamente vinculadas y en algunos casos, los órganos internacionales de vigilancia los han abordado de manera conjunta. Sin embargo, cada una tiene su propio significado. Así, el concepto de “independencia” se refiere a la autonomía de un determinado juez o tribunal para decidir casos aplicando el derecho. Esta independencia engloba al sistema judicial como institución y también a cada juez en específico. De este modo, la “independencia” implica que ni el poder judicial ni los jueces que lo conforman están subordinados a los demás poderes. En contraste, el concepto de “imparcialidad” judicial hace referencia a la disposición de un juez o tribunal con respecto a un caso y a las partes del mismo. Esta visión ha sido confirmada a nivel internacional, de tal suerte que, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la noción de “imparcialidad” en el artículo 14(1) supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto del que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes²²⁸.

En cuanto a la Corte Europea de Derechos Humanos, ésta considera que la noción de imparcialidad contiene tanto un elemento *subjetivo* como uno *objetivo*: el

226 Ver secciones 2.4.2 y 2.4.3 del Capítulo I de este manual para una explicación de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, derivadas del derecho consuetudinario y de los principios generales del derecho.

227 Véase resoluciones de la Asamblea General 40/32 del 29 de Noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985.

228 Comunicación No. 387/1989, *Arvo O. Karttunen c. Finlandia* (Observación adoptada el 23 de Octubre de 1992), en UN doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), Pág. 121, párr. 7.2.

tribunal no sólo debe ser imparcial, en el sentido que ningún miembro del tribunal debería sostener ningún prejuicio personal o predisposición, sino que también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, en tanto debe ofrecer garantías para excluir cualquier duda legítima a este respecto²²⁹. Por consiguiente, la Corte Europea añade al elemento mental y subjetivo de la predisposición, el importante elemento de la disponibilidad de **garantías**.

En su *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirmó que:

“La imparcialidad de los tribunales debe ser evaluada desde una perspectiva subjetiva y objetiva para garantizar la inexistencia de un prejuicio real de parte del juez o el tribunal, así como garantías suficientes para evitar toda duda legítima en este sentido. Estos requisitos, a su vez, exigen que el juez o el tribunal no abriguen sesgo real alguno en un caso en particular y que el juez o el tribunal no sean razonablemente percibidos como inclinados por un sesgo de este tipo”²³⁰.

El poder judicial debe tener independencia como institución y los jueces deben gozar individualmente de independencia personal dentro del sistema judicial y en relación con otras instituciones.

La imparcialidad de un tribunal puede definirse como la ausencia de parcialidad, animosidad o simpatía hacia cualquiera de las partes. Los tribunales deben ser imparciales y parecer imparciales. Por lo tanto, los jueces tienen la obligación de apartarse en los casos en los que haya motivos suficientes para poner en duda su imparcialidad.

4.4 Noción de independencia institucional

La noción de independencia institucional significa que la Judicatura tiene que ser independiente de los otros Poderes del Estado. De acuerdo al Principio 1 de los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura:

“La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”.

Además, de acuerdo al Principio 7 de esos Principios Básicos:

“Cada Estado Miembro proporcionará recursos adecuados para que la judicatura pueda desempeñar debidamente sus funciones”.

229 Corte Europea de DH, *Caso Daktaras c. Lituania*, sentencia del 10 de Octubre de 2000, párr. 30; para el texto de la Corte ver la página web de ésta: <http://echr.coe.int>. Traducción libre de la versión original en inglés.

230 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Documento de la OEA, OEA/Ser. L/V/II.116. Doc. 5 rev. 1 corr., 22 de octubre de 2002, párr. 229.

Con el fin de garantizar la verdadera independencia de la judicatura de las otras dos ramas del Estado, es necesario que esta independencia sea garantizada, preferiblemente por la Constitución; o, en ausencia de esto, por otras disposiciones legales.

4.4.1 Independencia respecto de cuestiones administrativas

Aunque el derecho internacional no proporciona detalles específicos acerca de cómo ha de concretarse y ponerse en práctica esta independencia institucional, es claro que, como mínimo, el Poder Judicial debe poder hacerse cargo de su propia administración y de los asuntos que tienen que ver con su operación en general. Esto incluye “la asignación de casos a los jueces dentro del tribunal de que formen parte”, una cuestión que, como dispone el Principio 14 de los Principios Básicos, “es asunto interno de la administración judicial”.

4.4.2 Independencia en materia financiera

Como se dispone en el ya citado Principio 7 de los Principios Básicos, a la judicatura se le deben garantizar, además, recursos suficientes para desempeñar apropiadamente sus funciones. Sin fondos adecuados, la judicatura no sólo será incapaz de llevar a cabo sus funciones eficazmente, sino que también puede hacerse vulnerable a presiones externas indebidas y a la corrupción. Además, lógicamente ha de haber algún grado de participación judicial en la preparación de los presupuestos de los tribunales.

En este sentido, el Comité de Derechos Humanos ha instado a los Estados, en varias ocasiones, a proveer recursos suficientes al poder judicial como un medio para asegurar su independencia²³¹.

Cabe indicar que, cuando se trata de asuntos administrativos y financieros, la independencia puede no siempre ser *total*, dado que los tres organismos del Estado, si bien en principio independientes los unos de los otros, también son por naturaleza interdependientes entre sí en algunos aspectos, por ejemplo, con respecto a la asignación de recursos. Mientras que esta tensión inherente es, probablemente, inevitable en un sistema basado en la separación de poderes, es esencial que en situaciones en las que, por ejemplo, el Parlamento controle el presupuesto de la judicatura, dicho poder no sea usado para socavar el desempeño eficiente de ésta²³².

4.4.3 Independencia en la toma de decisiones

Como se desprende del Principio 1 de los Principios Básicos, los otros poderes del Estado, y en general todas las instituciones gubernamentales y “de otra índole”, “respetarán y acatarán la independencia de la judicatura”.

231 Ver, por ejemplo, *Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: República Centroafricana*, Documento de la ONU CCPR/C/CAF/CO/2, párr. 16

232 Para una discusión de este asunto y otros, respecto al sistema de los Estados Unidos de América, ver *Un Sistema Judicial independiente, Informe de la Comisión sobre Separación de Poderes y la Independencia Judicial de la Barra Americana de Abogados*. en: <http://www.abanet.org/govaffairs/judiciary/report.html>.

Esto significa, que es importante, que el Ejecutivo, el Legislativo, así como otras autoridades, tales como autoridades educativas, sociales, de policía y de prisiones, respeten y acaten los fallos y decisiones de la judicatura, incluso cuando no estén de acuerdo con ellas. Tal respeto por la autoridad judicial es indispensable para el mantenimiento del Estado de Derecho, incluyendo el respeto por los estándares de derechos humanos; y todas las ramas del Gobierno, así como instituciones del Estado, tienen el deber de prevenir cualquier amenaza o vulneración de la independencia de la judicatura.

La condición de la independencia de la judicatura en la toma de decisiones está respaldada adicionalmente por el Principio 4 de los Principios Básicos, de acuerdo con el cual:

“No se efectuarán intromisiones indebidas o injustificadas en el proceso judicial, ni se someterán a revisión las decisiones judiciales de los tribunales. Este principio se aplicará sin menoscabo de la vía de revisión judicial ni de la mitigación o conmutación de las penas impuestas por la judicatura efectuada por las autoridades administrativas de conformidad con lo dispuesto en la ley”²³³.

Cabe ilustrar este punto con lo dispuesto por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Findlay contra el Reino Unido*, en el que el Tribunal recordó el principio de que las decisiones judiciales no deben ser modificadas por las autoridades que no forman parte del poder judicial²³⁴.

4.4.4 Competencia jurisdiccional

De acuerdo con el Principio 3 de los Principios Básicos, el poder decisorio independiente de la judicatura también comprende que “será competente en todas las cuestiones de índole judicial y tendrá autoridad exclusiva para decidir si una cuestión que le haya sido sometida está dentro de la competencia que le haya atribuido la ley”²³⁵.

Este ***principio de la autonomía judicial en la determinación de asuntos de competencia*** está de hecho bien establecido tanto a niveles nacionales como internacionales y también puede encontrarse, por ejemplo, en el artículo 36(6) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y con respecto a la Corte Europea de Derechos Humanos, en el artículo 32(2) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

233 La Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la independencia, eficacia y papel de los jueces, dispone que “las decisiones de los jueces no han de estar sujetas a ninguna revisión por fuera de los procedimientos de apelación establecidos por la ley” (Principio I.2.a.i), y que “con la excepción de las decisiones de amnistía, perdón o similares, el Gobierno o la administración no debe poder tomar ninguna decisión que invalide decisiones judiciales retroactivamente” (Principio I.2.a.iv.)

234 *Findlay c. Reino Unido*, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 25 de febrero de 1997, Serie 1997-I, párr.77.

235 Recomendación No. R (94) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa dispone que “ningún órgano distinto a los propios tribunales debe decidir sobre su propia competencia, tal como es definida por la ley” (Principio I.2.a.iii).

La noción de independencia de la judicatura significa, en particular, que:

*La judicatura debe disfrutar de **independencia institucional**, en tanto debe ser independiente de los otros organismos del Estado, a saber, el Ejecutivo y el Parlamento*

- *la judicatura debe ser independiente en lo que se refiere a **asuntos internos de administración judicial**, incluyendo la asignación de casos a jueces en el tribunal al que pertenecen;*
- *la judicatura debe tener independencia en **asuntos financieros** y tener suficientes recursos para llevar a cabo sus funciones eficientemente;*
- *la judicatura debe ser **independiente en la toma de decisiones**: tanto el Gobierno como otras instituciones tienen el deber de respetar y observar las decisiones pronunciadas por la Judicatura;*
- *la judicatura debe tener **competencia jurisdiccional**, lo que significa que tiene que existir autonomía judicial en la determinación de asuntos de competencia;*
- *la judicatura tiene tanto el derecho como el deber de **garantizar procedimientos justos ante los tribunales** y emitir **decisiones razonadas**.*

4.5 Noción de independencia individual

No es sólo la judicatura, per se, como una rama del Estado, la que debe ser independiente del Ejecutivo y del Parlamento; *cada juez en lo individual*, también tiene el derecho a gozar de independencia al llevar a cabo sus obligaciones profesionales. Esta independencia no significa, por supuesto, que los jueces puedan decidir casos con base en sus propios caprichos y preferencias: significa, como se mostrará más adelante, que tienen *tanto el derecho como la obligación de decidir los casos presentados ante ellos de conformidad con el derecho, libres de temor a la crítica personal o a represalias de cualquier tipo, incluso en situaciones en las que estén obligados a proferir resoluciones en casos difíciles o delicados*. Desafortunadamente, no siempre se les permite a los jueces cumplir con su trabajo bajo este espíritu de verdadera independencia, ya que en muchos países sufren presión indebida, que varía desde la crítica personal inapropiada y el traslado o la destitución, hasta ataques violentos e incluso fatales a su persona.

De esta cuenta, varios órganos de Naciones Unidas han exhortado a los Estados en repetidas ocasiones a tomar las medidas necesarias para permitir que los jueces desempeñen sus funciones libremente. Por ejemplo, la extinta Comisión de derechos Humanos exhortó a todos los gobiernos a que “respeten y defiendan la independencia de los magistrados y abogados y, con este fin, adopten las medidas legislativas, para el cumplimiento de la ley u otras medidas eficaces apropiadas que les permitan desempeñar sus funciones profesionales sin ningún tipo de hostigamiento o intimidación”²³⁶.

²³⁶ Resolución 2004/33 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo dispositivo 7.

La independencia individual del juez debe estar garantizada de varias maneras, las más importantes serán descritas más adelante.

4.5.1 Nombramiento

El Derecho Internacional no proporciona detalles específicos acerca de cómo deben ser nombrados los jueces, y los Principios Básicos son neutrales con respecto al nombramiento o la elección de los jueces. Sin embargo, para garantizar la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, el Derecho Internacional sí exige que los Estados designen a los jueces mediante estrictos criterios de selección y de un modo transparente. Así, de acuerdo con el Principio 10 de los Principios Básicos:

“Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. **Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos.** En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio” (énfasis agregado).

Este principio significa que, sin importar cuál sea el método de selección de los jueces, los méritos académicos y profesionales de los candidatos, así como su idoneidad y su integridad personal deben constituir criterios para su selección.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados ha observado los procesos de selección de jueces en numerosos países y ha formulado recomendaciones a los Estados acerca de la objetividad y transparencia que deben caracterizar dichos procesos. Por ejemplo, en el caso de Guatemala, durante su visita en el año 2009, el Relator Especial notó que “La forma de designación de los magistrados da lugar a graves injerencias a la independencia del máximo órgano del OJ [Organismo Judicial], en especial debido a la politización del proceso, determinada por la participación del Congreso y la falta de reglamentación del funcionamiento de las comisiones de postulación²³⁷”²³⁸. Además, El Relator Especial constató que “la elección de los magistrados se basa más en criterios subjetivos y en las inclinaciones políticas de los candidatos, que en sus calidades y méritos”²³⁹.

En esa ocasión, el Relator Especial consideró que el procedimiento vigente de designación de los candidatos a ser magistrados de las altas cortes de Guatemala, adolecía de graves vicios que facilitaban la **selección de jueces por los motivos indebidos**. Además, recalcó la necesidad de que los procesos de selección de jueces cuenten con **participación ciudadana**. Sobre ese procedimiento, indicó que:

237 Las Comisiones de Postulación son órganos temporales integrados por representantes de la academia, de los jueces y de los abogados, con la sola finalidad de nominar candidatos para ocupar los cargos de magistrados de las más altas cortes del país. Esta nota no es parte de la cita original.

238 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, Misión a Guatemala, Documento A/HRC/11/41/Add.3, 1 de octubre de 2009, párr. 38.

239 Ibid.

“(…) debería ser modificado con miras a evitar su politización y a impedir que factores externos intervengan. La selección y nombramiento de los magistrados deberá hacerse bajo un procedimiento transparente que garantice su independencia e imparcialidad, basado en criterios objetivos determinados claramente, basados en la idoneidad, probidad y antecedentes académicos y profesionales de los candidatos²⁴⁰ (...) y que además asegure una apropiada participación de la ciudadanía”²⁴¹.

En la misma línea se ha pronunciado también el Consejo de Europa, al referir que “todas las decisiones relacionadas con la carrera profesional de los jueces deben estar basadas en criterios objetivos, y la selección y la carrera de los jueces deben estar basadas en el mérito, teniendo en cuenta la calificación, integridad, capacidad y eficiencia”²⁴². En esa línea, el Comité de Derechos Humanos también ha demandado que “se establezcan procedimientos claros y transparentes para el proceso de nombramiento y asignación de los jueces, a fin de (...) salvaguardar la independencia e imparcialidad del poder judicial”²⁴³.

En consecuencia, los jueces no pueden lícitamente ser nombrados o elegidos debido a las opiniones políticas que tengan o debido, por ejemplo, a que profesen ciertas creencias religiosas. Tales nombramientos menoscabarían gravemente la independencia, tanto del juez individual como del poder judicial y por lo tanto, también socavarían la confianza pública en la administración de justicia.

En varias oportunidades, el Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado acerca del tema de la selección de jueces basada en sus creencias religiosas o su filiación política. Así, expresó preocupación respecto a que tanto en apariencia, como de hecho, la administración de justicia en Sudán “no es verdaderamente independiente (...) que los jueces pueden ser objeto de presiones por conducto de una autoridad supervisora dominada por el Gobierno, y que poquísimos ciudadanos no musulmanes y mujeres ocupan puestos dentro de la carrera judicial en todos los niveles.”²⁴⁴ Por lo tanto recomendó que se tomarán medidas para mejorar la independencia y los conocimientos técnicos del personal judicial, en particular mediante el nombramiento de jueces calificados, de sexo femenino o pertenecientes a minorías. Además, el Comité de Derechos Humanos también recomendó a Bolivia que el nombramiento de los jueces y magistrados se basara en su competencia y no en su filiación política²⁴⁵.

Con respecto a Zambia, el Comité de Derechos Humanos ha expresado preocupación sobre las propuestas hechas por el Comité de Reforma Constitucional con respecto a el nombramiento de jueces de la Corte Suprema por el Presidente tras su retiro y el despido de jueces de la Corte Suprema por el Presidente, sujeto sólo a

240 Ibid, párr. 43.

241 Ibid (Misión de seguimiento), párr. 25.

242 Consejo de Europa, Recomendación No. R (94) 12, Principio I.2.c.

243 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Azerbaiyán, Documento de la ONU CCPR/CO/73/AZE, párr. 14.

244 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Sudán, Documento de la ONU CCPR/C/79/Add.85, párr. 21

245 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Bolivia, Documento de la ONU CCPR/C/79/Add.74, párr. 34.

la ratificación por la Asamblea Nacional sin ninguna salvaguarda o investigación por un tribunal judicial independiente. Concluyó que tales propuestas eran incompatibles con la independencia de la judicatura y contrariaban el artículo 14 del Pacto²⁴⁶.

En consecuencia, no se cumple con el artículo 14 del Pacto en los casos en que los jueces son nombrados o despedidos por el Presidente sin que esas decisiones hayan sido tomadas en consulta con alguna autoridad legal independiente, incluso cuando las decisiones del Presidente deben ser ratificadas por el Parlamento.

Asimismo, con respecto a Eslovaquia el Comité ha notado con preocupación que las reglas en vigencia que gobiernan el nombramiento de jueces por el Gobierno con la aprobación del Parlamento, pueden tener un efecto negativo en la independencia de la judicatura; y recomendó que se adopten medidas específicas como un asunto prioritario garantizando la independencia de la judicatura y protegiendo a los jueces de cualquier forma de influencia política, mediante la adopción de leyes que regulen el nombramiento, la remuneración, la estabilidad laboral, los despidos y discipline a los miembros de la judicatura²⁴⁷.

En cuanto al cumplimiento del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo que respecta a la autoridad que nombra a los jueces, cabe citar como ejemplo, lo dicho por el Comité de Derechos Humanos, al analizar el informe presentado por Honduras, que expresó su preocupación por “la falta de establecimiento de un órgano independiente encargado de asegurar la independencia del poder judicial y supervisar el nombramiento, promoción y disciplina de la profesión”²⁴⁸.

De esa cuenta, los nombramientos de los jueces deben erigirse como herramientas para la independencia y no pueden dejarse a la exclusiva discreción del Ejecutivo y la Legislatura.

Ante la elección de ciertos jueces en los Estados Unidos de América, mediante voto popular, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por las repercusiones que este sistema puede tener, en algunos Estados, sobre el respeto de los derechos garantizados por el artículo 14, y acogió con satisfacción los intentos de varios Estados de adoptar un sistema de selección basado en el mérito. También recomendó que se reconsidere el sistema vigente en varios Estados de nombrar a los jueces mediante elecciones por voto popular, a fin de sustituirlo por un sistema de nombramientos basados en el mérito y decididos por un órgano independiente²⁴⁹.

Por consiguiente, la elección de jueces mediante voto popular no parecería ser compatible con la noción de independencia cómo se establece en el artículo 14²⁵⁰.

246 NU doc. GAOR/51/40, párr. 202.

247 NU doc. GAOR, A/52/40 (vol. II), párr. 379.

248 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Honduras, Documento de la ONU CCPR/C/HND/CO/1, párr. 16.

249 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América, Documento de la ONU CCPR/C/79/Add.50; A/50/40, párr. 266-304, párr. 288 y 301. Ver también Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Armenia, Documento de la ONU CCPR/C/79/Add.100, párr. 8.

250 El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados ha enfatizado la importancia de adherir a los *critérios objetivos* indicados en el Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas en

En el caso del *Tribunal Constitucional*, la Corte Interamericana sostuvo que la independencia de cualquier juez presupone “un adecuado proceso de nombramiento”, “con una duración establecida en el cargo” y “con una garantía contra presiones externas”²⁵¹.

4.5.2 Estabilidad laboral

A no ser que los jueces tengan alguna garantía de estabilidad laboral a largo plazo, existe un riesgo serio de que su independencia se comprometa, ya que pueden ser más vulnerables a una influencia inapropiada en la toma de decisiones. Por ello, el Principio 11 de los Principios Básicos estipula que:

“La ley garantizará la permanencia en el cargo de los jueces por los períodos establecidos, su independencia y su seguridad, así como una remuneración, pensiones y condiciones de servicio y de jubilación adecuadas”.

El Principio 12 además especifica que:

“Se garantizará la inamovilidad de los jueces, tanto de los nombrados mediante decisión administrativa como de los elegidos, hasta que cumplan la edad para la jubilación forzosa o expire el período para el que hayan sido nombrados o elegidos, cuando existan normas al respecto”²⁵².

En consecuencia, sería contrario a los Principios 11 y 12 el nombrar o elegir jueces sin garantía alguna de estabilidad laboral o sólo por un breve período de tiempo garantizado en el cargo²⁵³. ***Es mediante la garantía de un mandato estable y duradero a los jueces que se maximizan la independencia de los mismos y la confianza pública en la judicatura.***

Resulta ilustrativo, en este punto, el análisis efectuado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Param Cumaraswamy, sobre el caso de Guatemala:

“Un período fijo de cinco años con la posibilidad de reelección, como disponen los artículos 208 y 215 de la Constitución, no proporciona la seguridad necesaria en el cargo y podría ser incompatible con los principios de independencia judicial previstos en el artículo 203 de la misma

conexión con la elección y el nombramiento de los jueces; ver, Pág. ej. NU doc. E/CN.4/2000/61/Add.1, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados*, Adenda: Informe sobre la Misión a Guatemala, párrs. 60-64. Acerca de la preocupación sobre los riesgos que la elección de jueces, y, en particular la re-elección, plantea a la independencia de los jueces, véase *The Rule of Law and Human Rights: Principles and Definitions* (Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1966), Pág. 30, para. 2. Sobre el uso de criterios objetivos en la selección de jueces, véase también el Principio I.2.c de la Recomendación del Consejo de Europa No. R (94) 12 relativa a la independencia, eficiencia y papel de los jueces. Para información general sobre los poderes judiciales Europeos, véase *Judicial Organization in Europe (2000)*, Strasbourg, Council of Europe Publication, 2000, 352.

251 *Corte IDH, Caso Corte Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revorado Marsano c. Perú)*, sentencia del 31 de Enero de 2001, Párr. 75, el texto de la sentencia puede consultarse en la página web de la Corte: http://www.corteidh.or.cr/serie_c/C_71_ESPÁG.html.

252 Recomendación I.3 del Consejo de Europa Recomendación No. R (94) 12 es idéntica al Principio 12.

253 El Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados ha sostenido que si bien “las designaciones por plazo fijo pueden no merecer reparo ni ser incompatibles con el principio de independencia judicial, un mandato de cinco años es demasiado breve para la estabilidad en el cargo”. En su opinión “un plazo razonable sería el de 10 años”; NU doc. E/CN.4/2000/61/Add.1, *Informe sobre la Misión para Guatemala*, párr. 169(c).

Constitución y el principio 12 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas sobre la Independencia de la Judicatura²⁵⁴.

En algunos países los jueces están obligados a pasar por un procedimiento de recertificación en ciertos intervalos, para que se les autorice continuar en el cargo. Enfrentado con esta práctica en Perú, el Comité de Derechos Humanos notó con preocupación que los jueces cesan en sus funciones al cabo de siete años y requieren una nueva certificación para ser designados nuevamente. Consideró que esta práctica tiende a afectar la independencia del poder judicial en cuanto elimina la inamovilidad en el cargo²⁵⁵. Por consiguiente, el Comité recomendó al Gobierno revisar el requisito de una doble certificación de los jueces y que se sustituya por un sistema de inamovilidad del cargo y supervisión judicial independiente²⁵⁶.

La cuestión de la revisión también se trató con respecto a Lituania, y el Comité expresó su preocupación por que, aún cuando se han aprobado nuevas disposiciones para garantizar la independencia del poder judicial, los jueces de los tribunales de distrito siguen estando obligados a someterse a un examen organizado por el poder ejecutivo al cabo de cinco años de servicio, para poder obtener su nombramiento permanente. En consecuencia, recomendó que el examen se refiera únicamente a la competencia judicial y esté a cargo de una entidad profesional independiente exclusivamente²⁵⁷.

De lo anterior se desprende que, en la opinión del Comité de Derechos Humanos, la práctica de rectificaciones o revisiones de los jueces por parte del Ejecutivo es contraria al artículo 14(1) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos.

4.5.3 Seguridad financiera

Los tratados internacionales y regionales no se refieren expresamente a la cuestión de la seguridad financiera para la el poder judicial y para los jueces a título individual, pero el Principio 11 de los Principios Básicos, citado anteriormente, dispone que los jueces deben tener una remuneración adecuada, así como también pensiones.

La cuestión de una remuneración justa y adecuada es importante ya que puede ayudar a atraer a personas calificadas a los tribunales y también puede hacer a los jueces, menos propensos a ceder a la tentación de la corrupción y a las indebidas influencias políticas o de otro tipo. En algunos países los salarios de los jueces están protegidos contra reducciones, aunque los incrementos pueden depender del Ejecutivo y el Legislativo. Cuando el Ejecutivo y la Legislatura controlan los presupuestos del poder judicial, puede existir una amenaza potencial a la independencia de ésta última.

254 Informe del Relator Especial sobre la independencia de los jueces y abogados, Param Kumaraswamy, presentado de conformidad con la resolución de la Comisión 1999/31, E/CN.4/2000/61/add.1, 6 de enero de 2000.

255 NU doc. GAOR, A/51/40, (vol. I), párr. 352.

256 *Ibid.*, párr. 364.

257 Véase NU doc. GAOR, A/53/40 (vol. 1), párr. 173.

El Comité de Derechos Humanos ha expresado su preocupación por la baja remuneración de los jueces y vinculó tal situación a hechos de corrupción²⁵⁸. En el caso del Congo, por ejemplo, se refirió a la “exigua remuneración percibida por los jueces y por la consiguiente corrupción a la que frecuentemente da lugar”²⁵⁹.

En el caso de *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Minister of Justice)*, la Corte Suprema Canadiense tuvo que decidir en qué medida y cómo, la garantía de la independencia judicial contenida reconocida en la Carta de Derechos y Libertades Canadiense restringe la manera y el grado en que los gobiernos provinciales y las legislaturas pueden reducir los salarios de los jueces de tribunales provinciales²⁶⁰. Como parte de su plan de reducción del déficit presupuestal, la Provincia de Manitoba había promulgado la Ley de Reducción del Pago en el Sector Público, mediante la cual se reducían los salarios de los jueces del Tribunal Provincial, entre otros pagados por el erario público en la provincia. Con ocasión de estas reducciones en la remuneración, numerosas personas acusadas cuestionaron la constitucionalidad de sus procedimientos en el Tribunal Provincial, alegando que, como resultado de las reducciones salariales, el tribunal había perdido su estatus de independencia e imparcialidad. La Corte Suprema concluyó que las reducciones salariales, como parte de una medida general de economía pública eran consistentes con la Carta, ya que no había evidencia alguna de que las reducciones fuesen introducidas con el fin de influenciar o manipular la judicatura²⁶¹. Lo que sí constituía una violación de la independencia judicial era la negativa del Gobierno de Manitoba a suscribir una recomendación conjunta al Comité de Compensación Judicial, “a menos que los jueces accediesen a renunciar a su impugnación” a la ley mediante la cual la reducción salarial fue impuesta. La Corte consideró que de esta manera, el Gobierno había impuesto una presión económica sobre los jueces, a fin de que resolvieran a favor de la constitucionalidad de los cambios salariales planeados²⁶². En su opinión, el componente de seguridad financiera de la independencia judicial debe incluir una protección a la capacidad de los jueces para cuestionar la legislación que comprometa su propia independencia, libres de la percepción de que el gobierno podría penalizarlos financieramente por hacerlo²⁶³.

4.5.4 Ascenso

Otro aspecto de la permanencia en el cargo, en el marco de la independencia individual, se refiere a los factores que determinan los ascensos de los jueces. En este caso, los criterios son similares a los que regulan la designación, es decir, criterios objetivos. De esa cuenta, el Principio 13 de los Principios Básicos estipula que “el sistema de ascensos de los jueces, cuando exista, se basará en factores objetivos,

258 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Kosovo (Servia), Documento de la ONU CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 20.

259 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: República Democrática del Congo, Documento de la ONU CCPR/C/COD/CO/3, párr. 21

260 (1997) 3 S.C.R. *Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Minister of Judges)* 3, en http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1997/vol3/html/1997scr3_0003.html en Pág. 5.

261 *Ibid.*, Pág. 12.

262 *Ibid.*, Loc. Cit. El Comité de Compensación Judicial era un cuerpo creado por el Acta de la Corte Provincial con el propósito de expedir reportes sobre los salarios de los jueces a la legislatura.

263 *Ibid.*

especialmente en la capacidad profesional, la integridad y la experiencia”. De este modo, factores inapropiados que no estén vinculados con los méritos profesionales de los jueces no deben ser considerados para los propósitos de ascenso²⁶⁴. Tales factores inapropiados pueden incluir, por ejemplo, posturas de discriminación basada en el género, la raza, o la etnia²⁶⁵.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados ha reiterado que los ascensos deben basarse en criterios objetivos, al margen de la arbitrariedad. Así, por ejemplo, durante su visita a Guatemala, en el año 2009, refirió que:

“En cuanto a la renovación y los ascensos, a pesar de existir evaluaciones [de desempeño profesional], éstas no constituyen un criterio determinante en la obtención de los mismos, puesto que otorgarlos es una facultad discrecional de la [Corte Suprema de Justicia]. El Relator Especial conoció casos en los que jueces a pesar de haber aprobado las evaluaciones con los mejores resultados, no fueron renovados en sus cargos o no obtuvieron la promoción solicitada”²⁶⁶.

4.5.5 Responsabilidad

A pesar de que la independencia de la judicatura es una garantía fundamental, puede llegar a actuar como un escudo detrás del cual los jueces pueden ocultar posibles conductas poco éticas. En consecuencia, el Derecho Internacional exige la existencia de normas que rijan la destitución de un juez por motivos de conducta.

Es importante diferenciar entre la responsabilidad judicial por el desempeño de las funciones como jueces, regida por normas claras y específicas de conducta, y la responsabilidad por delitos comunes que podría llegar a cometer un juez y que no están relacionados con su función jurisdiccional, para los cuales las normas aplicables son las mismas que para cualquier persona.

El principio fundamental en este tema es que los jueces sólo pueden ser destituidos por razones de notoria mala conducta, faltas disciplinarias, delitos, o por incapacidad que los inhabilite para desempeñar sus funciones. Sumado a ello, se establece que las destituciones sólo pueden ser decretadas tras la celebración de un proceso justo. Es también imperativo que los jueces no estén sujetos a acciones disciplinarias debido a oposiciones a las decisiones de fondo del caso o casos que hayan decidido. Entonces, si bien no existe desacuerdo acerca de la necesidad de

264 La Recomendación No. R (94) 12 del Consejo de Europa enfatiza que “todas las decisiones que tiene que ver con la selección y la carrera de los jueces deben basarse en criterios objetivos” y que no sólo la selección de los jueces sino también su carrera “debe estar basada en méritos, atendiendo a los títulos, integridad, habilidad y eficiencia”; además, las decisiones con respecto a la carrera de los jueces deben ser independientes, tanto del Gobierno como de la administración (principio I.2.c.).

265 Sobre la representación de las minorías en la profesión legal en los Estados Unidos, véase el informe de la Comisión sobre Diversidad Étnica y Racial en la Profesión Legal de la Barra Americana de Abogados de la titulado *Miles to Go 2000: Progress of Minorities in the Legal Profession*. De acuerdo con este reporte, la representación de las minorías en la profesión legal es significativamente más baja que en otras profesiones. Si bien está principalmente dedicado a los abogados, el reporte también contiene una subsección sobre la Judicatura; ver www.abanet.org/minorities.

266 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, Misión a Guatemala, Documento A/HRC/11/41/Add.3, 1 de octubre de 2009, párr.52.

que existan sistemas de disciplina judicial entre los jueces, sí puede existir un debate sobre cómo decidir sobre las posibles sanciones en los casos de mala conducta, quién debe decidir, y cuáles deberían ser las sanciones.

Los Estados tienen el deber de establecer causales de remoción claras y procedimientos adecuados para ello. La decisión con respecto a si el comportamiento específico constituye un motivo para destitución debe ser tomada por un órgano independiente e imparcial tras una audiencia justa.

En ese sentido, se trata el asunto de la disciplina, suspensión y remoción de los jueces en los Principios 17 al 20 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas. El Principio 17 estipula que “toda acusación o queja formulada contra un juez por su actuación judicial y profesional se tramitará con prontitud e imparcialidad con arreglo al procedimiento pertinente. El juez tendrá derecho a ser oído imparcialmente. En esa etapa inicial, el examen de la cuestión será confidencial, a menos que el juez solicite lo contrario”. El Principio 18 indica que “los jueces sólo podrán ser suspendidos o separados de sus cargos por incapacidad o comportamiento que los inhabilite para seguir desempeñando sus funciones”. Siguiendo esa línea, el Principio 19 dispone que “todo procedimiento para la adopción de medidas disciplinarias, la suspensión o la separación del cargo se resolverá de acuerdo con las normas establecidas de comportamiento judicial”. Finalmente, el Principio 20 estipula que “las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo estarán sujetas a una revisión independiente. Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo y a las del órgano legislativo en los procedimientos de recusación o similares”.

El Comité de Derechos Humanos se ha referido a la destitución de los jueces en varias oportunidades, tanto en el contexto de las observaciones finales a los informes de países como en casos individuales. El Comité ha confirmado la normativa internacional en lo relativo a la prohibición de destituir jueces con base en otros fundamentos aparte de su mala conducta o la incapacidad para continuar en el cargo, así como el requisito de un procedimiento justo.

De esa cuenta, con respecto a Bielorrusia, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación respecto de la denuncia según la cual el Presidente de la República destituyó a dos magistrados aduciendo que en el ejercicio de sus funciones judiciales éstos no impusieron y no recaudaron una multa impuesta por el Ejecutivo²⁶⁷. Al Comité también le preocupaba que el Consejo Superior de la Judicatura de Camboya no estuviese libre de la influencia del Gobierno y no hubiera podido hasta ese momento hacer frente a las numerosas denuncias de incompetencia judicial y de conducta inmoral. Dada su preocupación adicional sobre el hecho de que el Ministerio de Justicia expidiese circulares que eran vinculantes para los jueces, el Comité recomendó al Estado Parte adoptar urgentemente medidas para fortalecer su poder judicial y garantizar su independencia y garantizar que todas las denuncias de corrupción o de presiones indebidas fueran examinadas prontamente²⁶⁸.

267 NU doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), párr. 149.

268 NU doc. GAOR, A/54/40 (vol. I), párrs. 299-300.

El caso del *Tribunal Constitucional* tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refirió a la impugnación y despido de tres jueces de los escaños del Tribunal Constitucional de Perú en virtud de las decisiones legislativas del 28 de mayo de 1997. Estas decisiones fueron consecuencia de un proceso complejo que había iniciado en 1992, cuando el presidente Fujimori disolvió, tanto el Congreso como el Tribunal de Garantías Constitucionales. En 1996, el nuevo Tribunal Constitucional fue llamado a examinar la constitucionalidad de una ley que interpretaba el artículo 112 de la Constitución Peruana con respecto a las reelecciones presidenciales. Después de que cinco de los siete miembros encontraran que la respectiva ley “no era aplicable”, aún cuando no la declararon inconstitucional, los magistrados que formaban la mayoría fueron presuntamente sometidos a una campaña de presión, intimidación y acoso²⁶⁹. Como lo señaló la Corte Interamericana, la destitución de los tres magistrados fue el resultado de la aplicación de una sanción por parte del poder legislativo dentro del marco de un “juicio político”²⁷⁰, y la Corte concluyó unánimemente que los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habían sido violados con relación a los tres antiguos magistrados del Tribunal Constitucional.

En cuanto al artículo 8 de la Convención, éste había sido violado puesto que los procedimientos del juicio político al que fueron sometidos los tres magistrados no aseguraban las garantías al debido proceso y además, porque en el caso específico, el Poder Legislativo no reunió las condiciones necesarias de independencia e imparcialidad para conocer el juicio político contra los magistrados²⁷¹. Ahora, respecto de la *falta de imparcialidad*, esta se debía, entre otras razones, al hecho de que algunos de los 40 miembros del Congreso que habían suscrito una carta dirigida al Tribunal Constitucional solicitándole pronunciarse sobre la cuestión de la constitucionalidad de la ley relativa a las elecciones presidenciales; y, posteriormente participaron en las diversas comisiones y subcomisiones nombradas durante los procedimientos del caso bajo estudio. Además, a algunos de esos miembros que votaron sobre la destitución de los magistrados les estaba, de hecho, expresamente prohibido hacerlo sobre la base del Reglamento del Congreso²⁷². Con relación a la violación de las garantías al debido proceso, los tres magistrados en cuestión no habían recibido información completa y oportuna sobre los cargos formulados en su contra y se les limitó el acceso al acervo probatorio. El plazo otorgado para la preparación de su defensa también fue extremadamente corto. Por último, no se les permitió contrainterrogar a los testigos cuyo testimonio fue la base para la decisión de los miembros del Congreso de iniciar los procedimientos de acusación y concluir con la destitución de los tres magistrados²⁷³.

En cuanto al derecho a la protección judicial, establecido en el artículo 25

269 Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional, Competencia, sentencia del 24 de Septiembre de 24, 1999*, en OAS doc. OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 6, Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1999, Pág. 374-378, párr. 2.

270 Corte IDH, *Caso Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revorado Marsano c. Perú)*, *sentencia del 31 de Enero de 2001*, Párr. 67; el texto de la decisión puede ser consultado en la página web de la Corte: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfmPÁG>.

271 Ibid., párr. 84.

272 Ibid., párr. 78.

273 Ibid., párr. 83.

de la Convención Americana, se determinó que este también fue violado. En efecto, los tres magistrados habían presentado recursos de amparo contra las resoluciones de destitución, que fueron declarados improcedentes por la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmándolas²⁷⁴. De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el fracaso de estas acciones se debió a apreciaciones que no fueron estrictamente jurídicas. Se estableció por ejemplo, que los magistrados del Tribunal Constitucional que conocieron de los recursos de amparo, eran las mismas personas que participaron, o estuvieron de otra manera involucradas en los procedimientos de acusación ante el Congreso. En consecuencia, el Tribunal Constitucional no satisfizo los criterios de la Corte Interamericana relacionados con la imparcialidad del juez. Como consecuencia de esto, los recursos presentados por las presuntas víctimas eran incapaces de producir el efecto deseado y estaban condenados a fracasar, como en efecto sucedió²⁷⁵.

Un caso reciente ante el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, se refiere a María Cristina Reverón Trujillo, una jueza venezolana, quien fue destituida de su cargo en el año 2002; y, posteriormente, no fue restituida a pesar de reconocerse la irregularidad. El Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela alegó que no fue devuelta a su cargo bajo la “doctrina sobre el carácter de libre nombramiento y remoción de los jueces ‘provisorios’”. En el caso *Reverón Trujillo*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos desprende del principio de independencia judicial, tres garantías, una de las cuales corresponde al principio de inamovilidad. A su vez, a partir de este principio de inamovilidad, la Corte deriva tres garantías más:

“De todo esto se puede concluir que la inamovilidad es una garantía de la independencia judicial que a su vez está compuesta por las siguientes garantías: permanencia en el cargo, un proceso de ascensos adecuado y no despido injustificado o libre remoción. Quiere decir esto que si el Estado incumple una de estas garantías, afecta la inamovilidad y, por tanto, no está cumpliendo con su obligación de garantizar la independencia judicial”²⁷⁶.

En relación con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana, en el caso *Reverón Trujillo*, se refiere a las características que debe tener un recurso efectivo para el caso de la destitución arbitraria de los jueces titulares o provisorios:

“(…) La garantía de inamovilidad debe operar para permitir el reintegro a la condición de magistrado de quien fue arbitrariamente privado de ella (...) de lo contrario los Estados podrían remover a los jueces e intervenir de ese modo en el Poder Judicial sin mayores costos o control (...) Por tanto, un recurso que declara la nulidad de una destitución de un juez por no haber sido ajustada a la ley debe llevar necesariamente a la reincorporación”²⁷⁷.

274 Ibid., párrs. 97 y 56.27.

275 Ibid., párr. 96.

276 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo v. Venezuela, Sentencia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 30 de junio de 2009, párr. 79.

277 Ibid, párr. 81.

Además, en este caso, la Corte Interamericana se preocupa de indicar qué tipo de justificaciones podría esgrimir el Estado para restringir, legítimamente, el derecho de un juez destituido arbitrariamente, a ser reintegrado en su cargo:

“La Corte considera que las razones que hubieran podido esgrimirse para no haber reincorporado a la señora Reverón Trujillo tendrían que haber sido idóneas para lograr una finalidad convencionalmente aceptable; necesarias, es decir, que no existiera otro medio alternativo menos lesivo, y proporcionales en sentido estricto. Ejemplos de justificaciones (...) son: i) que no subsista el juzgado o tribunal para el cual prestaba el servicio; ii) que el juzgado o tribunal para el cual prestaba servicio esté integrado por jueces titulares nombrados conforme a la ley, y iii) que el juez destituido haya perdido su capacidad física o mental para desempeñar el cargo, cuestiones que no fueron invocadas (...) en este caso”²⁷⁸.

Es de resaltar que, en el caso Reverón Trujillo, la Corte Interamericana evidencia una interesante conexión entre una adecuada medida de reparación frente a la violación alegada y la efectividad del recurso. Al respecto, señala que para determinar si la víctima contó o no con un recurso efectivo, habría que dilucidar si la restitución en el cargo era la medida necesaria para reparar cabalmente la destitución indebida sufrida por aquélla. La Corte concluye que un recurso que no posibilita la reincorporación de la víctima en su cargo -como lo era el recurso de nulidad utilizado en la especie- no podría ser considerado un recurso efectivo a la luz del artículo 25 de la Convención Americana:

“Le corresponde entonces al Tribunal analizar, en primer lugar, si en este caso la reincorporación al cargo era la reparación necesaria para remediar la situación de la señora Reverón Trujillo (...) De llegar a una conclusión afirmativa respecto a esto, el Tribunal deberá analizar si los motivos señalados (el proceso de reestructuración judicial y la condición de jueza provisoria de la presunta víctima) (...) eximían al Estado de reincorporar a la señora Reverón Trujillo a su cargo y pagarle los salarios dejados de percibir. En caso que se concluya que tales motivos no dispensaban al Estado de proceder a la reincorporación, la consecuencia será que el recurso no fue efectivo para solucionar la situación de la presunta víctima”²⁷⁹.

Para resumir, puede hacerse la afirmación general de que, de conformidad con el Derecho Internacional, a los jueces sometidos a procedimientos disciplinarios se les debe garantizar el debido proceso ante un órgano *competente, independiente e imparcial* que debe ser – o debe ser controlado por – una autoridad independiente del Ejecutivo.

278 Ibid, párr. 124..

279 Ibid, párr. 62.

4.5.6 Libertad de expresión y asociación

Los derechos de los jueces a la libertad de expresión y asociación son esenciales en una sociedad democrática respetuosa del Estado de Derecho y los derechos humanos. Para los jueces, estas libertades tienen una importancia adicional, puesto que son ellos los garantes esenciales de los derechos humanos.

De esa cuenta, el Principio 8 de los Principios Básicos establece que:

“En consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura”.

Siendo libres de formar asociaciones, los jueces pueden defender su independencia y otros intereses profesionales de mejor manera²⁸⁰.

La libertad de expresión también es vital para la función del juez. Como garantes del estado de derechos y parte fundamental de la comunidad jurídica, los jueces deben participar en el debate de las reformas y otros asuntos jurídicos. Sin embargo, este derecho no es absoluto, puesto que el ejercicio irrestricto del derecho a la libertad de expresión puede comprometer su independencia o su imparcialidad, por ejemplo, si revelan información sobre un caso específico a una de las partes o a los medios.

4.5.7 Capacitación y formación

La capacitación y la formación continua de los jueces en materia de Derecho de los derechos humanos, tanto en el nivel nacional como en el internacional, es esencial para que el mismo se convierta en una realidad significativa a nivel nacional. Sin tal formación, la implementación de la legislación de derechos humanos seguirá siendo ilusoria. El Comité de Derechos Humanos ha enfatizado en varias ocasiones la importancia de proporcionar entrenamiento en derechos humanos a los jueces, a otros profesionales del derecho y a los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley²⁸¹.

Así, por ejemplo, el Comité, recomendó a la República del Congo que prestase particular atención a la formación de los jueces así como al régimen para su nombramiento y disciplina, a fin de protegerlos de presiones políticas, financieras y de otro tipo, garantizar la estabilidad de su carrera y apoyarlos mejor para lograr que la justicia sea pronta e imparcial. Por consiguiente, invitó al Estado Parte a adoptar medidas eficaces a tal efecto y a tomar las iniciativas apropiadas para velar por una

280 De manera lacónica, la Recomendación del Consejo de Europa No. R (94) 12 estipula en el Principio IV que los jueces “deben ser libres de formar asociaciones que, ya sea solos o con otro cuerpo, tengan la tarea de salvaguardar su independencia y proteger sus intereses”.

281 Ver respecto de Jamahiriya Árabe Libia, NU doc. GAOR, A/54/40 (vol. 1), Párr. 134; y respecto de Sudán, NU doc. GAOR A/53/40 (vol. 1), párr. 132.

formación adecuada de un mayor número de jueces²⁸².

Cabe destacar también que es la propia judicatura quienes también deben ser responsables por la promoción de la formación profesional y/o la capacitación pertinente (Principio 9 de los Principios Básicos).

4.5.8 Seguridad frente a ataques a su vida e integridad personal

Una de las afrentas que puede sufrir la independencia personal de los jueces, es la relativa a la presión que se ejerce en su contra cuando son víctimas de ataques a su vida e integridad personal, ya sea a través de amenazas e intimidaciones, o bien mediante atentados violentos.

Sobre este tema, para el caso de Guatemala, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, expresó que “En cuanto a los jueces, por ejemplo, algunos de los que tienen protección asignada por el OJ [Organismo Judicial], sólo la tienen durante los horarios de oficina y el personal asignado carece de capacitación, lo que obliga a algunos jueces a pagar su protección de su propio bolsillo”²⁸³. Asimismo, el Relator Especial constató que:

“(…) existe un patrón de amenazas a los jueces que se ocupan de casos en los que están acusados miembros y ex miembros de las Fuerzas Armadas, quienes además no reciben la protección adecuada. Los jueces a cargo de casos de derechos humanos son frecuentemente amenazados y atacados por los medios de comunicación que son en gran medida controlados por poderes paralelos. En otros casos, las amenazas y hostigamientos provienen de miembros corruptos del personal auxiliar del [Organismo Judicial]”²⁸⁴.

4.5.9 El derecho y la obligación de garantizar procedimientos judiciales justos y emitir decisiones razonadas

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10, consagra el derecho de toda persona a “ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial”. Este derecho está consagrado, además, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 8 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

De ello se desprende que la independencia de un tribunal sea indispensable para los procedimientos judiciales justos. Como lo establece el Principio 6 de los Principios Básicos:

“El principio de la independencia de la judicatura autoriza y obliga a la judicatura a garantizar que el procedimiento judicial se desarrolle conforme a derecho, así como el respeto de los derechos de las partes”.

282 NU doc.GAOR A/55/40 (vol. I), párr. 280.

283 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, Misión a Guatemala, Documento A/HRC/11/41/Add.3, 1 de octubre de 2009, párr. 80

284 Ibid., Loc. Cit.

Esto significa que los jueces tienen la obligación de decidir los casos que se les presentan conforme al derecho, proteger los derechos individuales y las libertades y respetar constantemente los diversos derechos procedimentales que existen en virtud del derecho interno e internacional. Más aún, esta importante tarea tiene que ser cumplida sin ninguna intromisión inapropiada o injustificada en el proceso judicial (Principio 4 de los Principios Básicos).

El Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación de que la nueva Judicatura en Camboya fuese susceptible a sobornos y presiones políticas y de que estuviese buscando la opinión del Ministerio de Justicia en relación con la interpretación de las leyes y que el Ministerio publicara circulares de obligado cumplimiento para los jueces. En consecuencia, recomendó al Estado adoptar urgentemente medidas para fortalecer su poder judicial y para velar por que todas las denuncias de corrupción o de presiones indebidas sean examinadas prontamente²⁸⁵.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció en este tema, en el caso de *Lori Berenson* que, “el debido proceso implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción²⁸⁶”.

Debe indicarse también, en este punto, que es inherente a la noción de un tribunal competente, independiente e imparcial el que deba *razonar sus decisiones*. Con respecto al artículo 6(1) del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, la Corte Europea sostuvo en este sentido en el caso de *Higgins y Otros*, que esta obligación no puede ser entendida como si se requiriese una respuesta detallada para cada argumento, sino que el alcance que abarca este deber de dar razones puede variar de acuerdo a la naturaleza de la decisión y debe ser determinado a la luz de las circunstancias del caso²⁸⁷. La Corte encontró una violación del artículo 6(1) cuando, a su juicio, el Tribunal de Casación había omitido dar explicaciones expresas y específicas sobre una denuncia de que la Corte de Apelaciones no había sido imparcial²⁸⁸.

El Comité de Derechos Humanos ha examinado numerosos casos en los que los tribunales jamaquinos han fallado en emitir juicios razonados, y por lo tanto han evitado que las personas condenadas ejerzan eficazmente su derecho a apelar. Sin embargo, en vez de examinar este asunto, dentro del marco de la noción de independencia e imparcialidad en el artículo 14(1) del Pacto, el Comité lo ha considerado bajo el artículo 14(3)(c), que garantiza el derecho a “ser juzgado sin dilaciones indebidas”, y el artículo 14(5), que salvaguarda el derecho a apelar en casos penales²⁸⁹.

285 NU doc. GAOR, A/54/40 (vol. I), párrs. 299 y 300.

286 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Lori Berenson Mejía v Perú*, Sentencia (Fondo, Reparaciones y Costas), 25 de noviembre de 2004, párr. 144.

287 *Corte Europea de DH, Caso Higgins y Otros c. Francia, sentencia del 19 de Febrero de 1998, Informes 1998-I*, Pág. 60, párr. 42. Traducción libre de la versión original en inglés.

288 *Ibid.*, Pág. 61, párr. 43.

289 Véase, por ejemplo, Comunicación No. 283/1988, *A. Little. c. Jamaica* (Observación adoptada el 1 de Noviembre de 1991, en UN doc. GAOR, A/47/40, Pág. 270, Párr. 9 leído en conjunto con Pág. 270, párr. 8.5 (violación del artículo 14(5) del Pacto; decisión no razonada emitida por parte del Tribunal de Apelación luego de más de cinco años con posterioridad

En el caso *Escher*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere al deber de motivar las resoluciones judiciales como una de las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana y señala que el deber de motivación de las decisiones judiciales se analiza a la luz de las circunstancias específicas de cada caso y de la naturaleza de la decisión. En concordancia con ello, la Corte sugiere además, que para cierta categoría de resoluciones judiciales, adoptadas bajo determinadas circunstancias, el deber de motivación se vuelve indispensable:

“(…) En los procedimientos cuya naturaleza jurídica exija que la decisión sea emitida sin audiencia de la otra parte, la motivación y fundamentación deben demostrar que han sido ponderados todos los requisitos legales y demás elementos que justifican la concesión o la negativa de la medida. De ese modo, el libre convencimiento del juez debe ser ejercido respetándose las garantías adecuadas y efectivas contra posibles ilegalidades y arbitrariedades en el procedimiento en cuestión”²⁹⁰.

La noción de independencia de la Judicatura también significa que:

- *Los jueces en lo individual deben disfrutar de independencia en el cumplimiento de sus deberes profesionales; así como el derecho y el deber de decidir los casos que se les presentan conforme a derecho, libres de interferencia externa incluyendo amenazas o represalias y críticas personales;*
- *los jueces deben ser nombrados o elegidos exclusivamente con base en sus cualificaciones profesionales y su integridad personal;*
- *los jueces deben disfrutar de estabilidad laboral a largo plazo;*
- *los jueces deben ser remunerados adecuadamente;*
- *los ascensos de los jueces debe basarse en factores objetivos;*
- *la cuestión de la responsabilidad de los jueces por comportamiento profesional no ético debe ser tratada por un órgano plenamente independiente e imparcial garantizando el debido proceso legal.*

4.6 Noción de imparcialidad

Como se expuso previamente, el concepto de imparcialidad está estrechamente vinculado con el de independencia y algunas veces las dos nociones son consideradas de manera conjunta. El derecho a un juicio justo exige que los jueces sean imparciales, de lo que se deriva que estos no deben tener intereses en juego en un caso particular, ni opiniones formadas con respecto a las partes.

al rechazo; y Comunicación No. 377/1988, *A. Currie c. Jamaica* (Observación adoptada el 29 de marzo), en UN doc. GAOR, A/49/49 (vol. II), Pág. 77, párr. 13.5 (violación de los artículos 14(3)(c) y (5) debido a que la Corte de Apelación nunca publicó la sentencia después de trece años de decidido el caso.

290 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Escher* y otros v. Brasil, Sentencia (Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 20 de noviembre de 2009, párr. 139.

El requerimiento de imparcialidad está contenido en el artículo 14(1) del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el artículo 7(1) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el artículo 8(1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Además, los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, adoptados por el Grupo Judicial sobre Fortalecimiento de la Integridad Judicial y de los que la extinta Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas tomó nota²⁹¹, incluyen a la imparcialidad como uno de los valores fundamentales inherentes a la función judicial.

El Principio 2 de los Principios Básicos también especifica que:

“Los jueces resolverán los asuntos que conozcan con imparcialidad, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo”.

De esta cuenta, cabe resaltar que el concepto de imparcialidad crea la obligación correlativa para los jueces de no conocer aquellos casos en los que consideren que no podrán impartir justicia con imparcialidad. En estos casos, no deben esperar que las partes del caso cuestionen su imparcialidad, sino que deberán declararse impedidos para conocer de la causa y deberán abstenerse de actuar en el caso.

En el caso de *Arvo O. Karttunen*, el Comité de Derechos Humanos explicó que la imparcialidad del tribunal y la publicidad de las actuaciones son importantes aspectos del derecho a un juicio justo en el sentido del artículo 14(1) del Pacto, añadiendo que la noción de imparcialidad supone que los jueces no deben tener ideas preconcebidas en cuanto al asunto de que entienden y que no deben actuar de manera que promuevan los intereses de una de las partes²⁹². Especificó que, en los casos en que la ley estipula los motivos para recusar a un juez, corresponde al tribunal considerar ex officio esos motivos y remplazar a los miembros del tribunal a los que se haya recusado. Normalmente, no se puede considerar que un juicio viciado por la participación de un juez que, conforme a los estatutos internos, debería haber sido recusado, es un juicio justo o imparcial en el sentido del artículo 14²⁹³. En este caso particular, la Corte de Apelaciones de Finlandia había considerado, sólo sobre la base de evidencia escrita, que la presencia de un juez lego no había influido en el fallo del Tribunal de Distrito, al tiempo que admitió que dicho juez evidentemente debía haber sido recusado²⁹⁴. El juez lego, presuntamente, había hecho algunos comentarios impropios durante el testimonio rendido por la esposa del autor, comentarios que, como lo admitió el propio Gobierno, pudieron muy bien haber influido en la obtención de las pruebas y en la decisión del tribunal²⁹⁵. El Comité concluyó que en ausencia de procedimientos orales ante la Corte de Apelaciones, como único medio

291 Comisión de Derechos Humanos, Resolución 2003/43.

292 Comunicación No. 387/1989, *Arvo O. Karttunen c. Finlandia* (Observación adoptado del 23 de Octubre de 1992), en NU doc. GAOR, A/48/40 (vol. II), Pág. 121, párr. 7.2.

293 *Ibid.*, Loc. Cit.

294 *Ibid.*, Pág. 121, párr. 7.3.

295 *Ibid.*, Pág. 117, párr. 2.3 y Pág. 120, párr. 6.3 leídos en conjunto.

que le hubiera permitido determinar si el error de procedimiento había influido verdaderamente en el fallo del Tribunal de Distrito, había ocurrido una violación del artículo 14²⁹⁶.

Además, el Comité de Derechos Humanos también ha señalado que el derecho a un tribunal imparcial está íntimamente vinculado con las garantías procesales conferidas a la defensa. Por ello, en un caso, el Comité refirió que “un elemento esencial de este derecho [a un tribunal imparcial] es que un acusado debe disponer del tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa”²⁹⁷.

Por su lado, la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que “cualquier juez con respecto a quien exista una razón legítima para dudar de su imparcialidad debe retirarse del caso”²⁹⁸.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la imparcialidad supone que el juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub iudice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado”²⁹⁹. Bajo esa tónica, en el caso *Figueredo Planchart*, la Comisión identificó algunas indicaciones de parcialidad, señalando al respecto:

“A juicio de la Comisión, las filtraciones a la prensa por parte de los órganos encargados de administrar justicia en Venezuela antes de que el imputado pueda ejercer su derecho a la defensa vician el proceso gravemente y ponen en serias dudas la imparcialidad de las autoridades judiciales. Estos hechos, sumados a las declaraciones de algunos magistrados prejuzgando o adelantando juicio y calificando al imputado como reo antes de la sentencia condenatoria, demuestran la parcialización de dicha autoridad judicial con una de las partes en el proceso, que en este caso es el Estado, y la descalifica como juez independiente e imparcial de acuerdo con los principios establecidos por la Convención Americana”³⁰⁰.

*La noción de **imparcialidad de la judicatura** es un aspecto esencial del derecho a un juicio justo. Significa que todos los jueces implicados deben actuar objetivamente y basar sus decisiones en los hechos pertinentes y el derecho aplicable, sin predisposiciones personales o ideas preconcebidas sobre el asunto y las personas involucradas y sin promover los intereses de ninguna de las partes.*

296 Ibid., Pág.120, párr. 7.3.

297 Comité de Derechos Humanos, Dictamen del 15 de julio de 1994 (Comunicación 451/1991, Barry Stephen Harward c. Noruega), Documento de la ONU CCPR/C/51/D/451/1991, párr. 9.4. Véase también Dictamen del 6 de noviembre de 1997 (Comunicación 577/1994, Víctor Alfredo Polay Campos c. Perú), doc. Cit. párr. 8.8, en la cual el Comité opinó que un “aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14 del Pacto [es] el de que el Tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial”.

298 Indra c. Slovakia, sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 1 de febrero de 2005, Petición 46845/99, párr. 49.

299 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1996), caso Martín de Mejía c. Perú, párr. 209.

300 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000), caso Figueredo Planchart, párr. 140.

4.7 Tribunales militares y otras cortes y tribunales especiales

La creación de tribunales militares o de otras cortes de jurisdicción especial frecuentemente da lugar a violaciones del derecho al debido proceso. Si bien los tratados internacionales examinados en este Manual no distinguen expresamente entre tribunales ordinarios y especiales, incluyendo los militares, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación No. 32, dejó en claro que las disposiciones del artículo 14 del Pacto “se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares”³⁰¹. Esto significa, por ejemplo, que tanto los tribunales militares como otros tribunales especiales que juzgan a civiles deben cumplir con las condiciones de independencia e imparcialidad. El Comité estableció que “Aunque el Pacto no prohíbe el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales, esos juicios, sin embargo, deben desarrollarse en condiciones que permitan la plena aplicación de las garantías previstas en el artículo 14, sin que dichas garantías puedan limitarse o sean modificadas por la índole militar o especial del tribunal de que se trate. El Comité observa también que el enjuiciamiento de civiles por tribunales militares o especiales puede plantear problemas graves en cuanto a que la administración de justicia sea equitativa, imparcial e independiente. Por consiguiente, es importante que se tomen todas las medidas posibles para velar por que tales juicios se desarrollen en condiciones en que puedan observarse plenamente las garantías estipuladas en el artículo 14. El enjuiciamiento de civiles por tribunales militares debe ser excepcional, es decir, limitarse a los casos en que el Estado Parte pueda demostrar que el recurso a dichos tribunales es necesario y está justificado por motivos objetivos y serios, y que, por la categoría específica de los individuos y las infracciones de que se trata, los tribunales civiles no están en condiciones de llevar adelante esos procesos”³⁰².

En el caso de *R. Espinoza de Polay*, el Comité de Derechos Humanos expresó, además, la opinión de que los tribunales especiales compuestos por jueces anónimos, denominados “jueces sin rostro”, no son compatibles con el artículo 14, porque no garantizan un aspecto fundamental de un juicio justo de conformidad con el significado del artículo 14, a saber, que el tribunal deba tanto ser, como parecer ser independiente e imparcial³⁰³. Añadió que, en el sistema de juicio con ‘jueces sin rostro’, ni la independencia ni la imparcialidad de los jueces están garantizadas, ya que el tribunal, establecido ad hoc, puede estar compuesto por militares en servicio activo³⁰⁴.

Durante la consideración de los informes periódicos de Perú, el Comité también criticó severamente el sistema de enjuiciamiento a civiles por “jueces sin rostro” en un tribunal militar, dado que era la misma fuerza militar la que detenía,

301 Véase: <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf>

302 Ibid., Loc. Cit.

303 Comunicación No. 577/1994, *R. Espinoza de Polay c. Perú* (Observación adoptada el 6 de Noviembre de 1997), en NU doc GAORA/53/40 (vol. II), Pág. 42, Párr. 8.8. Ver también Comité de Derechos Humanos, Comunicación 577/1994, párr. 8.8; Comité de Derechos Humanos, Comunicación 688/1996, párr. 10.5; Comité de Derechos Humanos, Comunicación 678/1996, párr. 7.1, así como el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Param Kumaraswamy, Misión a Perú, Documento E/CN.4/1998/39/Add.1.

304 Ibid., Loc. Cit. En la opinión del Comité este sistema “tampoco garantiza el respeto a la presunción de inocencia” garantizada en el artículo 14(2), Ibid. Ver también Comunicación No. 688/1996, *C. T. Arredondo c. Perú*, (Observación adoptada el 27 Julio de 2000), en NU doc. GAOR, A/55/40 (vol. II) Pág. 60, párr. 10.5.

formulaba cargos y juzgaba a las personas acusadas de terrorismo, sin que existiese ninguna posibilidad de revisión por un tribunal superior independiente e imparcial³⁰⁵. El Comité enfatizó que los procesos contra civiles deben llevarse a cabo en tribunales civiles, integrados por jueces independientes e imparciales³⁰⁶. Posteriormente, en el año 2000, el Comité acogió con satisfacción la abolición de los tribunales “sin rostro”, como se hubiere recomendado³⁰⁷.

En el caso de Colombia, el Comité de Derechos Humanos insistió, en el año 1997, “en que ese sistema de justicia, que permite la existencia de jueces sin rostro y de testigos anónimos, no está en consonancia con el artículo 14 del Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos]”³⁰⁸.

El Comité además expresó su preocupación porque el Gobierno de Nigeria no haya derogado los decretos por los que se establecen tribunales especiales o se dejan sin efecto las garantías constitucionales normales de los derechos fundamentales o la jurisdicción de los tribunales comunes³⁰⁹. Enfatizó que deben derogarse todos los decretos por los que se revocan o limitan las garantías de los derechos y las libertades fundamentales, y que todos los tribunales y cortes deben cumplir con las normas de juicio imparcial y las garantías de justicia prescritas en el artículo 14 del Pacto³¹⁰.

De manera similar, el Comité ha observado con preocupación que los tribunales especiales en Irak pueden imponer la pena de muerte, aún cuando no respetan todas las garantías procesales requeridas por el artículo 14 del Pacto, en particular el derecho de apelación. En este sentido, señaló al Estado Parte que los tribunales que tengan competencia penal deberán estar constituidos por jueces independientes e imparciales, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 14 del Pacto; y, además, que la competencia de estos tribunales debe estar claramente definida por la ley, además de respetar todas las garantías procesales protegidas por el artículo 14, incluido el derecho de apelación³¹¹.

La cuestión de los tribunales militares también ha surgido con relación a Camerún. El Comité expresó preocupación debido a la jurisdicción de tribunales militares sobre personas civiles y también por la extensión de esa jurisdicción a delitos que no son per se de naturaleza militar, por ejemplo, todos los delitos en que se utilicen armas de fuego. En consecuencia, el Comité recomendó que el Estado Parte garantice que los tribunales militares sólo juzguen las infracciones de carácter militar cometidas por militares³¹².

Con respecto a Guatemala, el Comité notó que la jurisdicción amplia de los tribunales militares para conocer de todos los casos relacionados con el enjuiciamiento de personal militar y sus facultades de conocer causas competencia de los tribunales comunes contribuye a la impunidad de que goza dicho personal e impide su castigo

305 NU doc. *GAOR*, A/51/40, Pág. 58, Párr. 350; ver también Pág. 64, párr. 363.

306 *Ibid.*, Pág. 58, párr. 350.

307 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Perú, CCPR/CO/70/PER, 15 de noviembre de 2000.

308 Comité de Derechos Humanos, Observaciones Finales a Colombia, Documento ONU CCPR/C/79/Add. 76, 5 de mayo de 1997.

309 *Ibid.*, Pág. 46, párr. 278.

310 *Ibid.*, Pág. 48, párr. 293.

311 NU doc. *GAOR*, A/53/40, Pág. 22, párr. 104.

312 NU doc. *GAOR*, A/55/40 (vol. I), párrs. 215-216.

por graves violaciones de los derechos humanos. En consecuencia, el Comité informó al Estado Parte que debía enmendar la ley para limitar la jurisdicción de los tribunales militares al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos y faltas de carácter exclusivamente militar³¹³.

La misma recomendación se hizo a Uzbekistán después de que el Comité expresase preocupación por la “jurisdicción muy amplia” de los tribunales militares, que no se limita a las causas civiles y penales que afectan a miembros de las fuerzas armadas sino que también abarca las causas civiles y penales cuando, a juicio del Ejecutivo, las circunstancias excepcionales que rodean a un caso determinado no permiten la intervención de los tribunales de jurisdicción general³¹⁴.

Tras haber también considerado con preocupación “la amplitud de la jurisdicción de los tribunales militares” en el Líbano, el Comité recomendó al Estado Parte revisar la jurisdicción de los tribunales militares y traspasar a los tribunales ordinarios la competencia de estos tribunales, en todas las causas relativas a civiles y todos los casos de violación de derechos humanos por miembros del ejército³¹⁵.

En el caso *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró que los tribunales militares que habían juzgado a las víctimas por los delitos de traición no satisfacían los requerimientos inherentes a las garantías de independencia e imparcialidad establecidas por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elementos esenciales del debido proceso legal³¹⁶. En 1992, un decreto ley peruano había extendido la competencia de los tribunales militares para juzgar civiles acusados de traición a la patria en todo tiempo, mientras que previamente sólo se les permitía hacer esto cuando el país estuviese en guerra declarada. Se estableció la competencia investigadora de la DINCOTE, Oficina Nacional Contra el Terrorismo, “y un proceso sumarísimo ‘en el teatro de operaciones’, de acuerdo a lo estipulado por el Código de Justicia Militar”³¹⁷. Las partes pertinentes del razonamiento de la Corte son las siguientes:

“128. (...) El traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas. En efecto, la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter.

Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia.

313 NU doc. GAOR, A/56/40 (vol. I), Pág. 92, párr. 20.

314 Ibid., Pág. 55, párr. 15.

315 NU doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), Pág. 58, párr. 344.

316 Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros c. Perú*, sentencia del 30 de Mayo de 1999, en OAS doc. OEA/Ser.L/V/III.47, doc. 6, *Informe Anual Corte Interamericana de Derechos Humanos 1999*, Apéndice IX, Pág. 263, párr. 132.

317 Ibid., Pág. 262, párrs. 127-130

129. Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos. El Estado no debe crear “tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios”.

“130. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1 de la Convención Americana. En el caso en estudio, las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra los grupos insurgentes, son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Este extremo mina considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador. Por otra parte, de conformidad con la Ley Orgánica de la Justicia Militar, el nombramiento de los miembros del Consejo Supremo de Justicia Militar, máximo órgano dentro de la justicia castrense, es realizado por el Ministro del sector pertinente. Los miembros del Consejo Supremo Militar son quienes, a su vez, determinan los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores. Esta constatación pone en duda la independencia de los jueces militares”.

Con respecto al hecho de que los jueces encargados del conocimiento fueran “sin rostro” la Corte dijo, más específicamente, que en tales casos se “determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia”. Un problema adicional era “el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”³¹⁸.

Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a todos los Estados miembros de la OEA:

“(…) tomar las medidas legislativas y de otro tipo, según el artículo 2 de la Convención Americana, para garantizar que los civiles acusados de delitos penales de cualquier tipo sean juzgados por tribunales ordinarios que ofrezcan todas las garantías esenciales de independencia e imparcialidad, y que la jurisdicción de los tribunales militares sea reducida a delitos estrictamente militares”³¹⁹.

Las garantías del juicio justo o del debido proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluyendo la condición de independencia e imparcialidad de la judicatura, aplican con pleno vigor a los tribunales militares y otras cortes o tribunales especiales también cuando juzgan civiles.

318 Ibid., Pág. 263, párr. 133. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos también ha criticado severamente el uso de “jueces sin rostro” en Perú; ver OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, pp. 736-737.

319 OAS doc. OEA/Ser.L/V/II.95, doc. 7 rev., *Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1996*, párr. 761.

5. Derecho Internacional y la independencia de los fiscales

5.1 Independencia e imparcialidad

Si bien el derecho internacional no contiene una disposición que garantice la independencia institucional de los fiscales, los Estados sí tienen la obligación de asegurar que estos puedan llevar a cabo sus funciones profesionales con imparcialidad y objetividad. Aunque en algunos sistemas los fiscales son designados por el Poder Ejecutivo o están bajo un cierto nivel de dependencia de este, ello no excluye el deber del Estado de proporcionar garantías para que los fiscales puedan realizar sus investigaciones imparcial y objetivamente.

Sobre la independencia de los fiscales, al referirse a México, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos propuso que “El Ministerio Público debe ser un órgano independiente del poder ejecutivo y gozar de las prerrogativas de inmovilidad y demás garantías constitucionales reconocidas a los miembros del poder judicial”³²⁰. La Comisión también refirió que el ejercicio adecuado de las funciones acusatorias requiere “independencia y autonomía de las demás ramas del poder público”³²¹.

5.2 Directrices sobre la función de los fiscales

Los fiscales desempeñan una función crucial en la administración de justicia. El respeto a los derechos humanos y la plena vigencia del Estado de Derecho presupone fiscales a cargo de investigar y acusar los delitos con independencia e imparcialidad. Por ende, cada fiscal debe estar dotado de herramientas que le permitan cumplir sus obligaciones profesionales de una manera independiente e imparcial.

En esa línea, la necesidad de autoridades fiscales fortalecidas, independientes e imparciales para el efectivo mantenimiento del Estado de Derecho y de los estándares de derechos humanos ya ha sido enfatizada en este capítulo. De aquí en adelante, en esta sección, se proporcionará una visión general de los contenidos de las Directrices sobre la función de los Fiscales, adoptadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente en 1990 “para asistir a los Estados Miembros en su función de garantizar y promover la eficacia, imparcialidad y equidad de los fiscales en el procedimiento penal” (párrafo final del preámbulo).

Esas directrices proporcionan 24 lineamientos que comprenden las siguientes cuestiones: calificaciones, selección y capacitación; situación y condiciones de servicio; libertad de expresión y asociación; función en los procedimientos penales; facultades discrecionales; alternativas de enjuiciamiento; relaciones con otros

³²⁰ CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Documento de la OEA/Ser.L/V/II.100, Doc. 7 rev. 1, párr. 372.

³²¹ Ibid, párr. 381.

organismos del gobierno o instituciones gubernamentales; actuaciones disciplinarias; y observancia de las directrices.

Como se advierte en el quinto párrafo del preámbulo de las Directrices, leído al tenor del segundo párrafo del mismo, “los fiscales desempeñan un papel fundamental en la administración de justicia, y (...) las normas que rigen el desempeño de sus importantes funciones deben fomentar el respeto y el cumplimiento de (...) los principios de la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y el derecho de toda persona a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (...)” con el propósito de “contribuir de esa manera a un sistema penal justo y equitativo y a la protección eficaz de los ciudadanos contra la delincuencia”.

5.3 Calificaciones profesionales

Aunque las Directrices de Naciones Unidas sobre la función de los fiscales no especifican un procedimiento a seguir para el nombramiento de fiscales, sí contienen reglas claras acerca de los criterios aceptables para ello. Así, las directrices 1 y 2 disponen respectivamente que “las personas designadas como fiscales serán personas íntegras e idóneas, con formación y calificaciones adecuadas”, y que los Estados garantizarán que “los criterios de selección de los fiscales contengan salvaguardias contra designaciones basadas en predilecciones o prejuicios” sobre varios motivos mencionados, “con la excepción de que no se considerará discriminatorio exigir que el candidato que postule al cargo de fiscal sea nacional del país”. Además, de acuerdo con la Directriz 2(b), los Estados deben garantizar que “los fiscales tendrán una formación y capacitación adecuadas y serán conscientes de los ideales y obligaciones éticas correspondientes a su cargo, de la protección que la Constitución y las leyes brindan a los derechos del sospechoso y de la víctima, y de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional e internacional”.

En el caso de Kosovo, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por “la ausencia de garantías adecuadas para la independencia de los (...) fiscales internacionales” y por la “baja remuneración de los (...) fiscales locales”, y recomendó que la Misión de Naciones Unidas en Kosovo estableciera procedimientos independientes para la contratación, el nombramiento y el régimen disciplinario de los (...) fiscales internacionales” y garantice “condiciones adecuadas a los (...) fiscales locales para protegerlos contra la corrupción”³²².

En el caso de Guatemala, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, señaló que “No existe una normativa que establezca claramente los procedimientos de selección, promoción y permanencia en el MP [Ministerio Público]”³²³. Además, agregó que “todo ello da espacio para decisiones arbitrarias, en algunos casos motivadas por el favorecimiento al crimen organizado”³²⁴.

322 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Kosovo (Serbia), Documento de la ONU CCPR/C/UNK/CO/1, párr. 20.

323 Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, Leandro Despouy, Misión a Guatemala, Documento A/HRC/11/41/Add.3, 1 de octubre de 2009, párr. 62.

324 Ibid, párr. 63.

Sobre este mismo país, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, también ha mostrado preocupación respecto de la apreciación y valoración de las calificaciones profesionales de los fiscales. Así, esa Oficina expresó “su preocupación ante el hecho de que la Comisión de Postulación haya decidido integrar la nómina de candidatos al cago de Fiscal General sin hacer públicas, expresas y claras las justificaciones por las cuales eligió o no a cada aspirante en correspondencia con el puntaje obtenido, incluyendo la justificación de la inclusión de candidatos con menores calificaciones y la exclusión de candidatos con mayores calificaciones”³²⁵.

5.4 Situación y condiciones de servicio

Mientras que los fiscales, “en su calidad de miembros esenciales de la administración de justicia, mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión” (Directriz 3), los Estados, por su parte, “garantizarán que los fiscales puedan ejercer sus funciones profesionales sin intimidación, trabas, hostigamiento, injerencias indebidas o riesgo injustificado de incurrir en responsabilidad civil, penal o de otra índole” (Directriz 4). Además, “las autoridades proporcionarán protección física a los fiscales y a sus familias en caso de que su seguridad personal se vea amenazada como consecuencia del desempeño de sus funciones” (Directriz 5). Las leyes, normas o reglamentaciones de conocimiento público deberán, entre otros, establecer “condiciones razonables de servicio, una remuneración adecuada”, y, dondequiera que exista un sistema de ascenso, éste “se basará en factores objetivos, especialmente en su idoneidad, capacidad, probidad y experiencia, y las decisiones que se adopten al respecto se atenderán a un procedimiento equitativo e imparcial” (Directrices 6 y 7).

Los Relatores Especiales de Naciones Unidas sobre tortura y ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, han recomendado, en lo que se refiere a Colombia, que “Debería brindarse una protección eficaz a todos los miembros del poder judicial y del Ministerio Público contra cualesquier amenazas de muerte o atentados contra su integridad física, y deberían investigarse esas amenazas y atentados con miras a determinar su origen e iniciar procedimientos penales o disciplinarios, en su caso”³²⁶.

5.5 Libertad de expresión y asociación

“Los fiscales, al igual que los demás ciudadanos, gozarán de libertad de expresión, creencias, asociación y reunión”, y, en particular, tienen “derecho a tomar parte en debates públicos sobre cuestiones relativas a las leyes, la administración de justicia y el fomento y la protección de los derechos humanos y a adherirse a organizaciones locales, nacionales o internacionales o constituir las y a asistir a sus reuniones, sin que sufran relegación profesional por razón de sus actividades lícitas o de su calidad de miembros de organizaciones lícitas.” Sin embargo, “en el ejercicio

³²⁵ Comunicado de prensa OACNUDH Guatemala, 23 de abril de 2010.

³²⁶ Informe conjunto del Relator Especial encargado de la cuestión de la tortura y del Relator Especial encargado de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en su visita a Colombia, Documento de la ONU E/CN.4/1995/111, párr. 117 (d).

de esos derechos, los fiscales procederán siempre de conformidad con las leyes y los principios y normas éticas reconocidos en su profesión” (Directriz 8).

5.6 La función en los procedimientos penales

Como actores fundamentales en el sistema de justicia, a los fiscales se les encomiendan una serie de funciones. En cuanto a su papel en los procedimientos penales, se establece que “el cargo de fiscal estará estrictamente separado de las funciones judiciales” (Directriz 10). Además, los fiscales:

“desempeñarán un papel activo en el procedimiento penal, incluida la iniciación del procedimiento y, cuando así lo autorice la ley o se ajuste a la práctica local, en la investigación de delitos, la supervisión de la legalidad de esas investigaciones, la supervisión de la ejecución de fallos judiciales y el ejercicio de otras funciones como representantes del interés público” (Directriz 11).

Al igual que los jueces, los fiscales no pueden actuar de acuerdo a sus propias preferencias sino que están obligados por el deber de actuar “de conformidad con la ley” y:

“deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal” (Directriz 12).

En el cumplimiento de sus obligaciones, los fiscales, entre otros, “desempeñarán sus funciones de manera imparcial y evitarán todo tipo de discriminación política, social, religiosa, racial, cultural, sexual o de otra índole”, y:

“prestarán la debida atención al enjuiciamiento de los funcionarios públicos que hayan cometido delitos, especialmente en los casos de corrupción, abuso de poder, violaciones graves de derechos humanos y otros delitos reconocidos por el derecho internacional y, cuando lo autoricen las leyes o se ajuste a la práctica local, a la investigación de esos delitos” (Directriz 15).

Los fiscales tienen una obligación especial con relación a las “pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos”. En situaciones de este tipo o bien “se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia” (Directriz 16).

El Comité de Derechos Humanos expresó preocupación con respecto a

Francia debido a los procedimientos vigentes para investigar las violaciones de los derechos humanos cometidas por la policía y también que los fiscales no aplicaran o se resistieran a aplicar la ley relativa a la investigación de las violaciones de los derechos humanos cuando están implicadas las fuerzas del orden público, así como los retrasos y los procedimientos injustificadamente prolongados de investigación y enjuiciamiento en relación con presuntas violaciones de los derechos humanos en que están involucrados miembros de esas fuerzas. Por lo tanto recomendó que el Estado Parte adoptara las medidas del caso para garantizar plenamente que todas las investigaciones y procedimientos judiciales se realizaran en cabal cumplimiento de las disposiciones de los artículos 2(3), 9 y 1 del Pacto³²⁷.

Por su parte, el Comité contra la Tortura consideró que un juez, al abstenerse de continuar sus investigaciones, incumple el deber de imparcialidad que le impone la obligación de escuchar a los testigos de cargo y descargo; lo mismo se aplica al Fiscal de la República que se abstuvo de presentar un recurso contra la decisión de archivar el caso³²⁸.

5.7 Responsabilidad

Para aquellos casos en que los fiscales hubieren violado sus obligaciones profesionales, la determinación de su responsabilidad deberá llevarse a cabo a través de un procedimiento disciplinario justo.

Los procedimientos disciplinarios contra los fiscales en los que se alegue que han “actuado claramente fuera del marco de las normas profesionales se sustanciarán pronta e imparcialmente con arreglo al procedimiento pertinente” (Directriz 21). Las regulaciones correspondientes deberán ser claras respecto a cuáles actos se reputarán como faltas y las sanciones correspondientes. Aunque las Directrices no se refieren explícitamente a la incapacidad del fiscal para desempeñar sus funciones como uno de los motivos que pueden dar lugar a la destitución, está implícito que ello también constituye un fundamento para tal efecto.

Los fiscales “tendrán derecho a una audiencia imparcial”; y, al igual que en lo que respecta a los jueces, “las decisiones estarán sometidas a revisión independiente”. Este requerimiento elimina la posibilidad de interferencia indebida por el Ejecutivo y fortalece la independencia de los fiscales (Directriz 21).

327 NU doc. GAOR, A/52/40 (vol. I), párr. 402.

328 Comité contra la Tortura, Dictamen de 10 de noviembre de 1999 (Comunicación número 60/1996, Khaled Ben M'Barek c. Túnez), Documento de la ONU CAT/C/23/D/60/1996, párr. 11.10.

Los fiscales realizan una función esencial en la administración de justicia y deben estar estrictamente separados del Poder Judicial y del Ejecutivo.

Particularmente, los fiscales deben:

- *ser capaces de efectuar sus deberes profesionales en los procedimientos penales con seguridad, sin obstáculos o acoso;*
- *actuar objetiva e imparcialmente, respetar los principios de igualdad ante la ley, la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso;*
- *prestar la debida atención a los abusos de derechos humanos cometidos por funcionarios públicos, incluyendo funcionarios encargados de hacer cumplir la ley;*
- *no usar evidencia obtenida a través de métodos ilícitos que violen los derechos humanos (confesiones forzadas mediante tortura, etc.).*

6. El Derecho Internacional y la independencia de los abogados

6.1 Derecho Internacional aplicable

Junto con jueces y fiscales imparciales e independientes, los abogados coadyuvan al mantenimiento del Estado de Derecho en una sociedad democrática y garantizan la eficiente protección de los derechos humanos. Como se establece en el párrafo noveno del preámbulo de los 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 en 1990:

“(...) la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente”.

De esa cuenta, cabe recordar que el derecho a ser asistido por un abogado, incluso cuando se carece de medios económicos para procurarse uno, constituye un componente fundamental del derecho a un juicio justo reconocido en el derecho internacional.

A fin de poder llevar a cabo sus deberes profesionales eficazmente, a los abogados no sólo se les deben asegurar todas las garantías del debido proceso permitidas por el derecho interno e internacional, sino que también deben estar libres

de presiones del tipo previamente descrito con respecto a los jueces y los fiscales. En otras palabras, una administración de justicia justa y eficiente, requiere que los abogados también puedan trabajar sin ser sometidos a ataques físicos, acosos, corrupción, y otros tipos de intimidación.

En esta sección, el análisis resaltaré brevemente algunos de los principales principios contenidos en los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, así como algunos casos conocidos por los órganos internacionales de vigilancia con respecto a los derechos de los abogados.

6.2 Deberes y responsabilidades

El Principio 12 de los Principios Básicos dispone que “los abogados mantendrán en todo momento el honor y la dignidad de su profesión en su calidad de agentes fundamentales de la administración de justicia”, y de acuerdo con el Principio 13, sus deberes incluyen:

- “a) Prestarles asesoramiento con respecto a sus derechos y obligaciones, así como con respecto al funcionamiento del ordenamiento jurídico, en tanto sea pertinente a los derechos y obligaciones de los clientes;
- b) Prestarles asistencia en todas las formas adecuadas, y adoptar medidas jurídicas para protegerlos o defender sus intereses;
- c) Prestarles asistencia ante los tribunales judiciales, otros tribunales u organismos administrativos, cuando corresponda”.

Al “proteger los derechos de sus clientes y defender la causa de la justicia”, los abogados también “procurarán apoyar los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por el derecho nacional e internacional, y en todo momento actuarán con libertad y diligencia, de conformidad con la ley y las reglas y normas éticas reconocidas que rigen su profesión” (Principio 14). Finalmente, “los abogados velarán lealmente en todo momento por los intereses de sus clientes” (Principio 15).

6.3 Garantías para el ejercicio de los abogados

De acuerdo con el Principio 16 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados:

“Los gobiernos garantizarán que los abogados a) puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas; b) puedan viajar y comunicarse libremente con sus clientes tanto dentro de su país como en el exterior; y c) no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión”.

Además, “cuando la seguridad de los abogados sea amenazada a raíz del ejercicio de sus funciones, recibirán de las autoridades protección adecuada” (Principio 17).

El Comité de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones a los obstáculos que enfrentan los abogados en el desempeño de sus funciones. Por ejemplo, al examinar una ley de la abogacía en Azerbayán, refirió que esa ley “puede poner en peligro el ejercicio libre e independiente de las funciones de los abogados,” y recomendó al gobierno “asegurar los que los criterios para el acceso a la abogacía y las condiciones de ingreso en el Colegio de Abogados no comprometan la independencia de los abogados”³²⁹.

Cada año numerosos abogados son asesinados, amenazados, intimidados o acosados de diversas maneras con el fin de convencerlos de renunciar a la defensa de clientes que buscan reivindicar sus derechos y libertades. Por lo tanto, es esencial que los Gobiernos hagan todo lo posible para proteger a los abogados contra este tipo de interferencia en el ejercicio de sus deberes profesionales.

Otra regla importante la establece el Principio 18, de acuerdo con el cual “los abogados no serán identificados con sus clientes ni con las causas de sus clientes como consecuencia del desempeño de sus funciones”. La cuestión de la identificación de los abogados con sus clientes ha sido tratada por el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados, quien en 1998, por ejemplo, afirmó que veía con cierta preocupación el aumento de denuncias referentes a los gobiernos que identifican a los abogados con las causas de sus clientes, añadiendo que los abogados que representan a los acusados en casos políticamente delicados suelen ser objeto de tales acusaciones³³⁰. De esa cuenta, el identificar a los abogados con las causas de sus clientes, a menos que haya pruebas en este sentido, puede ser interpretado como intimidación y hostigamiento. De acuerdo con el Relator Especial, “los gobiernos tienen la obligación de proteger a esos abogados contra la intimidación y el hostigamiento”³³¹. Como lo resaltó el Relator Especial, si los Gobiernos tienen evidencia de la identificación de los abogados con las causas de sus clientes, corresponde al Gobierno remitir las denuncias al órgano disciplinario adecuado de la profesión jurídica³³², donde, deberán ser tratados de acuerdo con el debido proceso.

La cuestión de la identificación de los abogados con sus clientes es particularmente relevante en los eventos en que se les solicita representar a defensores de derechos humanos. Sin embargo, aquí también debe dárseles a los abogados las mismas garantías de seguridad permitiéndoles cumplir con sus deberes profesionales independiente y eficazmente sin interferencia gubernamental –o de otro tipo– indebida.

329 Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos: Azerbayán, Documento de la ONU CCPR/CO/73/AZE, párr. 14.

330 NU doc. E/CN.4/1998/39, *Informe del Relator Especial sobre la independencia de jueces y abogados*, párr. A.1 de las Conclusiones.

331 *Ibid.*, Loc. Cit.

332 *Ibid.*, párr. 2

Con respecto a las garantías para el ejercicio de los abogados, el Principio 19 de los Principios Básicos también dispone que:

“Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios”.

Finalmente, el Principio 20 añade que:

“Los abogados gozarán de inmunidad civil y penal por las declaraciones que hagan de buena fe, por escrito o en los alegatos orales, o bien al comparecer como profesionales ante un tribunal judicial, otro tribunal u órgano jurídico o administrativo”.

6.4 Los abogados y las libertades fundamentales

El Principio 23 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados establece que:

“Los abogados, como los demás ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión, creencias, asociación y reunión. En particular, tendrán derecho a participar en el debate público de asuntos relativos a la legislación, la administración de justicia y la promoción y la protección de los derechos humanos, así como a unirse o participar en organizaciones locales, nacionales o internacionales y asistir a sus reuniones, sin sufrir restricciones profesionales a raíz de sus actividades lícitas o de su carácter de miembro de una organización lícita. En el ejercicio de estos derechos, los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y con las reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

Además el Principio 24 dispone que los abogados “estarán facultados a constituir asociaciones profesionales autónomas e incorporarse a estas asociaciones, con el propósito de representar sus intereses, promover su constante formación y capacitación, y proteger su integridad profesional”. Adicionalmente, de acuerdo con este principio “el órgano ejecutivo de las asociaciones profesionales será elegido por sus miembros y ejercerá sus funciones sin injerencias externas”.

6.4.1 Permiso del Ejecutivo para ejercer la profesión legal

Una de las claves para garantizar la independencia de los abogados es el permitirles trabajar libremente sin ser obligados a obtener autorización o permiso del Ejecutivo para ejercer su profesión. Ello fue confirmado por el Comité de Derechos Humanos, al pronunciarse con respecto a Bielorrusia, cuando observó con preocupación la adopción del decreto presidencial sobre las actividades de los abogados y notarios, de 3 de mayo de 1997, que faculta al Ministerio de Justicia para conceder licencias a los abogados y supedita la autorización para que puedan

ejercer su profesión a que se inscriban en un colegio centralizado y controlado por el Ministerio, lo cual va en detrimento de la independencia de esa profesión. Acentuando que la independencia de la magistratura y de la profesión judicial es esencial para una correcta administración de justicia y para el mantenimiento de la democracia y el Estado de Derecho, el Comité exhortó al Estado Parte a adoptar todas las medidas apropiadas, incluida la revisión de la Constitución y de la legislación, para garantizar que los jueces y abogados sean independientes de cualquier presión externa, ya sea ésta de carácter político o de otra índole³³³. A este respecto, el Comité llamó la atención del Estado Parte con relación a los Principios Básicos sobre la Independencia de la Judicatura así como los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados³³⁴.

El Comité también ha expresado “graves dudas” tanto respecto de la independencia de la administración de justicia en Libia, como en cuanto a la libertad de los abogados para ejercer su profesión libremente sin necesidad de estar empleados por el Estado, y de proveer servicios legales. El Comité recomendó que se tomen medidas para asegurar el pleno cumplimiento del artículo 14 del Pacto así como de los Principios Básicos de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura y los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados³³⁵.

6.4.2 El derecho de reunión pacífica

En el caso de *Ezelin*, la Corte Europea de Derechos Humanos examinó la justificación de una injerencia en el ejercicio del derecho de reunión pacífica de un abogado en Francia. En este caso en particular, la Corte examinó la denuncia bajo el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza el derecho a la reunión pacífica, como una *lex specialis* en relación con el artículo 10 del Convenio, que garantiza el derecho a la libertad de expresión. El abogado había sido reprendido por tomar parte en una manifestación en el transcurso de la cual ocurrieron algunos incidentes donde ocurrieron actos violentos. Fue amonestado por no haberse desligado de esos incidentes, a pesar de que él no se había comportado de manera violenta. Esta conducta fue juzgada como incompatible con las obligaciones de su profesión³³⁶. La Corte examinó, a la luz del caso, si la reprimenda era proporcional al objeto legítimo perseguido, con relación a la especial importancia de la libertad de reunión pacífica y la libertad de expresión, que están estrechamente vinculadas en este caso³³⁷. Concluyó que:

“El principio de proporcionalidad exige que se encuentre un equilibrio entre los requerimientos de los propósitos enumerados en el Artículo 11 § 2 y aquellos de la libre expresión de opiniones mediante palabra, gesto o incluso silencio por parte de personas reunidas en las calles o en otros lugares públicos. La búsqueda de un justo equilibrio no debe resultar en que los abogados sean disuadidos, por temor a sanciones disciplinarias, de

333 NU doc. GAOR, A/53/40 (vol. I), párr. 150.

334 *Ibid.*, Loc. Cit.

335 NU doc. GAOR, A/54/40 (vol. I), párr. 134.

336 Corte Europea de DH, *Ezelin c. Francia*, sentencia del 26 de Abril de 1991, Series A, No. 202, Pág. 20, párr. 38. Traducción libre de la versión original en inglés.

337 *Ibid.*, Pág. 23 párr. 51.

manifestar sus creencias en tales ocasiones³³⁸.

Si bien en este caso la sanción contra el Señor Ezelin fue mínima, no parece haber sido necesaria en una sociedad democrática; y por lo tanto violó el artículo 11 del Convenio³³⁹. Por consiguiente, la Corte Europea de Derechos Humanos interpreta muy estrictamente las posibilidades de los Estados Parte de limitar el ejercicio del derecho a la reunión pacífica, incluso en el caso de los abogados.

6.4.3 El derecho a la libertad de asociación

Sobre este tema, el Comité de Ministros del Consejo de Europa sostuvo que “es esencial para la protección de los derechos humanos, como también para el mantenimiento del estado de derecho, que haya una profesión legal organizada con libertad para manejar sus asuntos propios³⁴⁰.”

En un caso contra Nigeria, La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tuvo que considerar si la enmienda del Decreto sobre Profesionales del Derecho de 1993, era consistente con los términos de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Este Decreto estableció un nuevo organismo regulador de la Asociación de Abogados de Nigeria y del total de 128 miembros de este órgano, llamado Cuerpo de Magistrados, sólo 31 fueron nominados por la Asociación de Abogados mientras que los otros miembros fueron nominados por el Gobierno³⁴¹.

Como lo señaló la Comisión, el Cuerpo de Magistrados era dominado por representantes del gobierno y tenía amplios poderes discrecionales, entre ellos el poder disciplinario de los abogados; pero como asociación de abogados legalmente independiente del gobierno, la Asociación de Abogados de Nigeria debería poder escoger su propio organismo regulador. La Comisión añadió que la interferencia con el autogobierno de la Asociación de Abogados podía limitar o negar las razones por las que los abogados inicialmente deseaban formar una asociación³⁴². A continuación la Comisión señaló que había:

“(…) resuelto varios años atrás que, cuando es necesaria la regulación del derecho a la libertad de asociación, las autoridades competentes no deben promulgar disposiciones que limiten el ejercicio de esta libertad o se opongan a obligaciones impuestas por la Carta. Las autoridades competentes no deben anular disposiciones constitucionales o menoscabar los derechos fundamentales garantizados por la constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos³⁴³.”

338 Ibid., párr. 52.

339 Ibid., párr. 53.

340 Memorando Explicativo de la Recomendación No. R (2000) 21 del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre la libertad del ejercicio de la profesión de abogado, párr. 10.

341 CADHP, *Civil Liberties Organisation c. Nigeria (respecto a Nigerian Bar Association)*, Comunicación No. 101/93, decisión adoptada durante la décimo séptima sesión Ordinaria, Marzo de 1995, párr. 1; para el texto de la decisión, ver <http://www.uPág.ac.za/chr/>. Traducción libre de la versión original en inglés.

342 Ibid., párr. 24.

343 Ibid., párr. 25; nota al pie de página omitida.

En el presente caso, la intervención del Gobierno en la dirección de la Asociación de Abogados de Nigeria fue declarada “incompatible con el preámbulo de la Carta Africana, en el que los Estados reafirman su adhesión a los principios los derechos humanos y de los pueblos contenidos en declaraciones tales como los Principios de las Naciones Unidas relativos a la Independencia de la Judicatura y, por consiguiente, constituye una violación del Artículo 10 de la Carta Africana, que garantiza el derecho a la libertad de asociación”³⁴⁴.

Sobre este tema, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Independencia de Magistrados y Abogados señaló que las Asociaciones de Abogados no debieran ser usadas “para participar en política partidista” a través de las cuales se comprometería “la independencia de la profesión jurídica”³⁴⁵.

6.4.4 El derecho a la libertad de expresión

En el caso de *Schöpfer*, la Corte Europea de Derechos Humanos llegó a la conclusión de que no había tenido lugar violación alguna al artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos cuando la Junta Supervisora de Abogados en el Cantón de Lucerna, Suiza, impuso una multa de 500 Francos Suizos al peticionario por incumplimiento de la ética profesional tras haber convocado una conferencia de prensa en la que criticó las acciones de un prefecto del distrito y de dos dependientes del distrito en un caso pendiente en el que estaba involucrado. La Corte confirmó su jurisprudencia previa de acuerdo con la cual “la situación especial de los abogados les da una posición central en la administración de justicia como intermediarios entre el público y los tribunales”, añadiendo que “esa posición explica las restricciones usuales a la conducta de los miembros del Colegio de Abogados”³⁴⁶. Considerando que “los tribunales – garantes de la justicia, cuyo papel es fundamental en un Estado basado en el Estado de Derecho – deben disfrutar de la confianza pública”, y, atendiendo, además, al “papel clave de los abogados en este campo, es legítimo esperar de ellos que contribuyan a la administración apropiada de justicia, y así a mantener la confianza pública en ella”³⁴⁷.

Además, enfatizó que:

“También hace falta decir que la libertad de expresión también está asegurada a los abogados, quienes ciertamente tienen el derecho a hacer comentarios en público sobre la administración de justicia, pero sus críticas no deben sobrepasar ciertos límites. En ese sentido, debe tomarse en cuenta la necesidad de establecer el equilibrio entre los diversos intereses involucrados, que incluyen el derecho del público a recibir información sobre cuestiones que se desprenden de las decisiones judiciales, los requisitos de la administración de justicia apropiada y la dignidad de la profesión legal. (...) Debido a su contacto directo y

344 Ibid., párr. 26; nota al pie de página omitida.

345 NU doc. E/CN.4/1995/39, *Informe del Relator Especial sobre la independencia y la imparcialidad del poder judicial, los jurados y asesores y la independencia de los abogados*, párr. 72.

346 *Corte Europea de DH, caso Schöpfer c. Suiza, sentencia del 20 de Mayo de 1998, Informes 1998-III*, Pág. 1052, párr. 29. Traducción libre de la versión original en inglés.

347 Ibid., Pág. 1053. Traducción libre de la versión original en inglés.

continuo con sus miembros, las autoridades del Colegio de Abogados y los tribunales de un país están en mejor posición que una corte internacional para determinar cómo, en un momento dado, el equilibrio adecuado puede encontrarse. Es por eso que tiene un cierto margen de apreciación al evaluar la necesidad de una interferencia en esta área, pero este margen está sujeto a la supervisión Europea con respecto, tanto a las reglas pertinentes como a las decisiones que las aplican”³⁴⁸.

La Corte concluyó en este caso que, al imponer una multa de “modesta cuantía”, las autoridades no habían sobrepasado su margen de apreciación al sancionar al abogado. Notó que el abogado en este caso había “elevado en público sus quejas sobre la materia de los procedimientos penales que estaban en ese momento pendientes ante una corte penal”, y, “además de la naturaleza general, seriedad y tono de las afirmaciones del peticionario”, había “sostenido primero una conferencia de prensa, alegando que éste era su último recurso, y sólo después presentó una apelación ante la Corte de Apelaciones de Lucerna, que fue parcialmente exitosa”; por último, tampoco había recurrido a la oficina del fiscal, “cuya ineficiencia no intentó establecer excepto mediante meras afirmaciones”³⁴⁹.

6.5 Códigos de conducta profesional

Con respecto a la disciplina profesional, el Principio 26 de los Principios Básicos dispone que:

“La legislación o la profesión jurídica por conducto de sus correspondientes órganos, establecerán códigos de conducta profesional para los abogados, de conformidad con la legislación y las costumbres del país y las reglas y normas internacionales reconocidas”.

Las denuncias contra los abogados “se tramitarán rápida e imparcialmente mediante procedimientos apropiados”, y los abogados “tendrán derecho a una audiencia justa, incluido el derecho a recibir la asistencia de un abogado de su elección” (Principio 27). Además, “las actuaciones disciplinarias contra abogados se sustanciarán ante un comité disciplinario imparcial establecido por la profesión jurídica, ante un organismo independiente establecido por la ley o ante un tribunal judicial, y serán objeto de revisión judicial independiente” (Principio 28). Finalmente, cada uno de esos procedimientos “se regirá por el código de conducta profesional y otras reglas y normas éticas reconocidas a la profesión, y tendrá presentes estos principios” (Principio 29).

Como resultado de estos principios, cualquier procedimiento disciplinario en contra de abogados que son acusados de no haberse comportado de acuerdo con los estándares reconocidos y la ética de su profesión, debe ser verdaderamente independiente del Ejecutivo y garantizar el debido proceso en el transcurso de los procedimientos.

348 Ibid., Pág. 1053-1054, párr. 33. Traducción libre de la versión original en inglés.

349 Ibid., Pág. 1054, párr. 34. Traducción libre de la versión original en inglés.

Los abogados coadyuvan al mantenimiento del Estado de Derecho y aseguran la protección efectiva de los derechos humanos. A fin de que sean capaces de cumplir con sus deberes profesionales, los abogados deben, particularmente:

- *Poder trabajar con verdadera independencia, libres de la presión política externa o de otro tipo, de amenazas y hostigamiento; por ejemplo, no deberán tener que obtener permiso del Ejecutivo para ejercer sus deberes profesionales;*
- *tener aseguradas las garantías del debido proceso, que incluyen el derecho y el deber de aconsejar y asistir a sus clientes de todas las formas apropiadas para proteger sus intereses;*
- *poder actuar para defender los derechos humanos reconocidos nacional e internacionalmente;*
- *poder responder por violaciones de las reglas de conducta profesional ante una junta disciplinaria independiente que respete las garantías del debido proceso. Los abogados también disfrutan de las libertades fundamentales de asociación, asamblea y expresión.*

7. Observaciones Finales

Como se ha enfatizado a lo largo de este capítulo, jueces, fiscales y abogados son tres grupos profesionales que juegan un papel crucial en la administración de justicia y en la prevención de la impunidad por violaciones a los derechos humanos. Son, en consecuencia, esenciales también para la preservación de una sociedad democrática y el mantenimiento de un Estado de Derecho justo. Es por lo tanto indispensable que los Estados asuman sus obligaciones jurídicas internacionales derivadas de varias fuentes de Derecho Internacional, con lo cual deben permitir a los jueces, fiscales y abogados cumplir con sus responsabilidades profesionales, de manera independiente e imparcial, sin interferencia indebida del Ejecutivo, la Legislatura, grupos o sectores de carácter privado o personas individuales. El deber de los Estados de garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces y fiscales y la independencia de los abogados no se satisface únicamente permitiendo pasivamente que estos profesionales desempeñen su trabajo. Más bien, se satisface implementando acciones positivas para proteger a los jueces, abogados, y fiscales contra la violencia, intimidación, obstáculos, hostigamiento y otras interferencias impropias, para así permitirles llevar a cabo todas sus funciones profesionales eficazmente.

En las situaciones en que los jueces, fiscales y abogados, o bien no quieren o no pueden asumir plenamente sus responsabilidades, entre otras, de investigar e instituir procedimientos penales contra oficiales públicos sospechosos de corrupción y de serias violaciones a los derechos humanos, el Estado de Derecho no puede mantenerse y los derechos humanos no pueden hacerse cumplir. No sólo serán las personas quienes sufrirán en tales situaciones: es el orden constitucional libre y democrático entero del Estado el que en última medida estará en riesgo.

Capítulo 5

Derecho a la igualdad y a la no discriminación en la administración de justicia

Objetivos de aprendizaje

- *Familiarizar a los lectores con la noción de igualdad ante la ley y con el principio de no discriminación tal como se entiende en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*
- *Ilustrar cómo se ponen en práctica estos principios a nivel universal y regional.*
- *Identificar algunos grupos que pueden ser particularmente vulnerables al trato discriminatorio.*
- *Explicar qué pasos, medidas y acciones legales deben tomar los jueces, fiscales y abogados para salvaguardar la noción de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación.*

Preguntas

- *¿Cómo definiría “discriminación” y/o “inequidad” en el trato?*
- *¿Cómo se protege la noción de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación en el país donde trabaja?*
- *¿Alguna vez se ha enfrentado a casos de discriminación en su vida profesional?*
- *¿Existen grupos particularmente vulnerables en el país en donde trabaja?*
- *Si es así, ¿quiénes son y cómo se les ha discriminado?*
- *En el país en donde trabaja, ¿existen problemas particulares de discriminación por género? Si es así, ¿cuáles son?*
- *¿Qué medidas puede tomar como profesional del derecho para proteger y garantizar los derechos a la igualdad ante la ley y a no ser discriminado?*

Instrumentos legales importantes

Instrumentos Universales

- *Carta de las Naciones Unidas, 1945*
- *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, 1960*
- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966*
- *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966*
- *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965*
- *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979*
- *Convención sobre los Derechos del Niño, 1989*
- *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990*
- *Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, 2006*
- *Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia, 1993*
- *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda, 1994*
- *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 1998*
- *Los cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto 1949*
- *Los Protocolos Adicionales de 1977 a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*

- *Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948*
- *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o Convicciones, 1981*
- *Declaración de los Derechos de las Personas pertenecientes Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992*
- *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007*

Instrumentos regionales

- *Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969*
- *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994*
- *Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad, 1999*
- *Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1950*
- *Carta Social Europea, 1961 y Carta Social Europea (Revisada), 1996*
- *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, 1995*
- *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, 1986*

1. Introducción

1.1 Discriminación: Una violación seria y persistente a los derechos humanos

A pesar de los avances sin precedente a nivel internacional para mejorar la protección jurídica de las personas y grupos de personas contra la discriminación, informes provenientes de todas partes del mundo confirman que los actos y las prácticas discriminatorias son un tema vigente y actual. La discriminación tiene múltiples facetas y está presente no sólo en el Estado o en las estructuras políticas, sino también en la sociedad en general. En mayor o menor escala, la discriminación puede afectar la manera en que las personas son tratadas en las esferas de la política, la educación, el trabajo, los servicios sociales y médicos, la vivienda, los sistemas penitenciarios, la aplicación de la ley y la administración de justicia en general.

La discriminación puede deberse a distintas causas y puede afectar a personas de diferente origen racial, étnico, nacional o social, tales como las comunidades de origen asiático o africano, romaní, pueblos indígenas, aborígenes y personas pertenecientes a distintas castas. También puede estar dirigida a las personas de diferente origen cultural, lingüístico o religioso, personas con discapacidades o adultos mayores, y por ejemplo, personas que tienen el virus del VIH o SIDA. Además, las personas pueden ser discriminadas debido a su orientación o preferencia sexual.

En este orden de ideas, es importante resaltar el concepto de *minoría*. Este término hace referencia a un grupo de población humana, cuyas características le permiten ser identificados y distinguidos del resto de la comunidad o sociedad a la que pertenecen. Dichas diferencias suelen ser de carácter étnico, religioso, lingüístico o más genéricamente, social y cultural. Esta distinción implica, con frecuencia que los miembros de la minoría sean excluidos de algunas actividades y derechos de la sociedad, debido, precisamente, a sus diferencias con el grupo dominante. Esta situación tiende, a su vez, a acrecentar aún más las actitudes de discriminación y los prejuicios hacia la minoría. El Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Minorías, en su sesión anual de 1998, comenzó el debate acerca de la existencia de las minorías y el problema de su reconocimiento. En el Punto Número 44 del Informe de ese Grupo de Trabajo, se señaló que “los observadores representantes de grupos minoritarios presentaron muchos casos en que la existencia e identidad de las minorías interesadas no estarían adecuadamente protegidas”. Resalta de ese informe la afirmación acerca de que la existencia de una minoría debe estar determinada por un conjunto de hechos objetivos y subjetivos, independientes del reconocimiento estatal, así como la importancia de que los Estados reconozcan a las minorías que habitaban en su territorio³⁵⁰.

La discriminación basada en el género es algo común a pesar del progreso

³⁵⁰ Documento E/CN.4/Sub.2/1998, párrs. 44 a 46.

en muchos países. Aún existen leyes que, entre otras cosas, niegan a las mujeres el derecho a tener propiedad en el matrimonio, el derecho a heredar de igual manera que el hombre y el derecho a trabajar y viajar sin permiso de sus esposos. Las mujeres también están particularmente propensas a prácticas violentas o de abuso, que en muchos países siguen siendo un problema constante y de esa manera, a menudo sufren una doble discriminación, tanto por su raza u origen, como por ser mujeres.

Un gran problema en el mundo actual también es la discriminación a la cual muchas personas, especialmente las mujeres y los niños, están sujetas debido a que viven en pobreza o extrema pobreza. Estas circunstancias pueden forzarlos a emigrar, con lo que se suscita el aumento del tráfico de personas, particularmente mujeres y niños, que frecuentemente también están sujetos a abusos físicos, violencia e intimidación.

Muchos países europeos en particular, han experimentado recientemente un aumento perturbador de racismo y ataques xenofóbicos en general para con los solicitantes de asilo político y los extranjeros, por parte de neo-Nazis y otros grupos conformados principalmente por jóvenes. Sin embargo, tales ataques han sido perpetrados no sólo contra personas de origen extranjero sino también contra aquellos que se atreven a cuestionar la legitimidad de los actos cometidos por los grupos mencionados y la filosofía discriminatoria o supremacista que representan. Esas filosofías y otros motivos del trato discriminatorio están entre las causas principales del trágico recrudecimiento, durante la última década, de la afluencia de refugiados y personas desplazadas internamente.

Según se observó en la Conferencia Mundial contra el Racismo en Durban, África del Sur, en 2001, el desafío que enfrentan gobernantes, organizaciones no gubernamentales y sociedad civil para detener el aumento de la discriminación es considerable y requiere de esfuerzos serios, efectivos y coordinados por parte de todos los interesados.

1.2 Rol de jueces, fiscales y abogados en la protección de las personas contra la discriminación

Los jueces, fiscales y abogados, naturalmente desempeñan un rol esencial en la protección de las personas contra la discriminación. Su deber es velar porque las leyes existentes y las regulaciones que prohíben la discriminación sean respetadas en la práctica jurídica. En algunos países la discriminación está prohibida por ley. Sin embargo, muchas veces, las leyes no se han implementado adecuadamente. Los jueces, fiscales y abogados desempeñan un rol crucial para remediar estas situaciones y garantizar que no se tolere la impunidad en casos de discriminación, que dichos actos se investiguen y sancionen debidamente, y que las víctimas puedan contar con recursos efectivos a su disposición.

En situaciones en las cuales no existe legislación nacional sobre discriminación o en que está no es muy clara, los operadores de justicia pueden recurrir a instrumentos

legales internacionales para obtener directrices. Además, también pueden avocarse a la relativamente amplia jurisprudencia existente, la cual se analizará más adelante.

1.3 Breve reseña de la historia del derecho internacional aplicable

El derecho a la igualdad y a la no discriminación no fue fácilmente aceptado por la comunidad internacional. Durante la Conferencia de París en 1919, sostenida como consecuencia de la Primera Guerra Mundial, Japón trabajó intensamente para añadir el principio de igualdad racial en el Convenio de la Liga de Naciones. Aunque una mayoría de once de un total de diecisiete miembros de la Comisión de la Conferencia votó a favor de la propuesta japonesa, el presidente Wilson de los Estados Unidos inesperadamente declaró que la enmienda había fallado. A pesar de enérgicas protestas de varios delegados contra el rechazo de la enmienda, el presidente Wilson insistió – para gran decepción de la delegación japonesa – que no se había adoptado la enmienda³⁵¹. Lógicamente, el Convenio de la Liga ni siquiera contenía una referencia expresa al principio de igualdad entre los Estados³⁵².

Sin embargo, hubo avances durante la elaboración de la Carta de las Naciones Unidas, después de otra guerra mundial de horror, cuyo origen consistió en prácticas discriminatorias deliberadas y sistemáticas, que abarcaban estructuras completas de Estados. El mundo no podía seguir negándose a reconocer la crueldad de tales prácticas y a ver la amenaza que representaban para la paz.

En el segundo párrafo preambular de la Carta de las Naciones Unidas, los pueblos de la Organización expresan su determinación:

“a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, **en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas**” (énfasis agregado).

De acuerdo con los Artículos 1(2) y (3) de la Carta, los propósitos de las Naciones Unidas eran, entre otras cosas, “fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y el de libre determinación de los pueblos” y:

“realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, **y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión**” (énfasis agregado).

351 Paul Gordon Lauren, *Power and Prejudice – The Politics and Diplomacy of Racial Discrimination*, 2a. edición. (Boulder/Oxford, Westview Press), pp. 99-100, y en general sobre el tema de discriminación racial, Capítulo 3 sobre “Igualdad Racial Solicitada – y Denegada”.

352 Vea Keba Mbaye, “ARTÍCULO 2, Párrafo 1”, La Carta de las Naciones Unidas – Comentario artículo por artículo, 2ª. Edición, Jean-Pierre Cot y Alain Pellet, eds. (Paris, ECONOMICA, 1991), Pág. 83.

Mientras que el Artículo 2(1) confirma expresamente que “La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”, el principio de no discriminación en el cumplimiento de los derechos humanos está reafirmado en los Artículos 13(1) (b), 55(c) y 76(c). La Carta de las Naciones Unidas testifica el hecho por el cual la paz y la seguridad internacional dependen en gran manera del “respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (Art. 55(c)).

De esa cuenta, entre las múltiples referencias incluidas en la Carta de las Naciones Unidas a los derechos humanos, sólo se mencionan explícitamente dos derechos: la libre determinación y la no discriminación.

Cabe destacar que cada vez que en la Carta aparece la frase “derechos humanos y libertades fundamentales”, esta es seguida de las palabras “sin discriminación por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (salvo por una excepción en el artículo 62). Aunque se han ampliado considerablemente las razones que prohíben la discriminación en los textos y la jurisprudencia posteriores, la combinación de un enfoque centrado en la igualdad y la libre determinación ha orientado gran parte del trabajo de los organismos de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos³⁵³.

1.4 Propósito y alcance del presente capítulo

El contenido del presente capítulo no permite un análisis exhaustivo acerca del amplio, complejo y multifacético tema de la discriminación. El objetivo es más bien proporcionar a los operadores de justicia una descripción breve de las disposiciones legales más importantes sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en términos generales, y luego enfocarse en algunos de los aspectos más importantes de las sentencias, observaciones y comentarios de los órganos de vigilancia internacionales. *El propósito primordial es que los jueces, fiscales y abogados tomen conciencia de algunos de los diferentes aspectos del trato discriminatorio y desigual existente hacia las personas y también proveer un marco jurídico básico para su futuro trabajo a nivel nacional.*

2. Disposiciones jurídicas universales que garantizan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación

2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948

Siguiendo la prohibición de discriminación basada en *raza, sexo, idioma y religión* de la Carta de las Naciones Unidas, la adopción de la Declaración Universal

353 Dinah Shelton, *Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, disponible en <http://www.anuariocdh.uchile.cl>

de Derechos Humanos junto con la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en 1948 se convirtieron en el siguiente paso importante para la consolidación jurídica del principio de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación.

El Artículo 1 de la Declaración Universal proclama que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, mientras, que según el 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.

Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.

Con respecto al derecho a la igualdad, el artículo 7 de la Declaración Universal estipula que:

“Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

Vale la pena mencionar que el artículo 2 de la Declaración Universal prohíbe “**distinción alguna**” (énfasis agregado), lo que se podría interpretar como que ninguna diferencia *en absoluto* se puede tolerar legalmente. Sin embargo, como se analizará más adelante, los órganos de vigilancia internacional no han adoptado una interpretación tan limitada.

2.2 Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948

En el artículo I de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, “las Partes contratantes confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y a sancionar”. El artículo II (a) – (e) enumera los actos considerados como genocidio, por ejemplo, perpetrados “con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”. Estos actos son:

- matanza de miembros del grupo;

- lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo;
- traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Cabe mencionar que una definición idéntica del término genocidio está contenida en el artículo 6 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional³⁵⁴, en el artículo 4(2) del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y en el artículo 2(2) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda.

Los siguientes actos son sancionados en el artículo III (a) – (e) de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:

- el genocidio;
- la asociación para cometer genocidio;
- la instigación directa y pública a cometer genocidio;
- la tentativa de genocidio;
- la complicidad en el genocidio.

Si bien el Estatuto de Roma no se refiere a los actos que se reputan como sancionables en relación al genocidio, el artículo 4(3) del Estatuto del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia y artículo 2(3) del Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda sí contienen la misma lista de actos que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.

En este contexto, cabe resaltar que el 2 de agosto de 2001, en el caso *Radislav Krstic*, el Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia encontró al General Krstic culpable de haber cometido genocidio después de la caída de Srebrenica en Bosnia y Herzegovina en julio de 1995³⁵⁵. También fue sentenciado por otros serios crímenes, tales como asesinato, y recibió una sentencia de 46 años en prisión. Este veredicto fue importante, ya que fue la primera vez que el Tribunal encontró a alguien culpable de genocidio. En 2007, la Corte Internacional de Justicia, en el *Caso de Genocidio en Bosnia* concluyó, junto a lo señalado anteriormente por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, que la masacre de Srebrenica constituyó un genocidio.

En esa misma línea, también debe destacarse la primera condena internacional en reconocer la violencia sexual como actos constitutivos de genocidio. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda, en el caso *Akayesu*, declaró a un acusado culpable de violación por no haber impedido ni detenido una violación en su calidad de oficial, y no por haberla cometido personalmente. El tribunal consideró que la violación constituía tortura y que, dadas las circunstancias, la violación generalizada, como parte de unas “medidas dirigidas a impedir nacimientos dentro del grupo”, constituía un acto de genocidio.

354 Veá, por ejemplo, UN doc. A/CONF.183/9. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002.

355 Para el texto del juicio, vea <http://www.un.org/icty/krstic/TrialC1/judgement/>

De lo expuesto, se puede apreciar que el genocidio es la negación extrema del derecho a la igualdad. A continuación, en este capítulo, se consideran otras formas más cotidianas de discriminación que enfrentan la mayoría de sociedades.

2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966

El derecho a la igualdad y la libertad de discriminación está protegido por varias disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁵⁶. Primero en el artículo 2 (1) cada Estado Parte:

“(…) 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”.

El artículo 26 del Pacto es un principio fundamental de la protección contra la discriminación. Éste expresa:

“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”.

Contrario al artículo 2(1), que está vinculado a los derechos reconocidos en el Pacto, el artículo 26 proporciona “un derecho autónomo” de igualdad y “prohíbe la discriminación de derecho o de hecho en cualquier esfera regulada y protegida por las autoridades públicas”³⁵⁷.

Esta interpretación del artículo 26 se confirma en la Observación General número 18, que el Comité de Derechos Humanos ha emitido respecto de la no discriminación. En ella se establece que:

“(…) el artículo 26 (...) establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de

356 Sobre la pregunta de no discriminación, vea Observación General No. 18 del Comité de Derechos Humanos en UN doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *Compilation of General Comments and General Recommendations adopted by Human Rights Treaty Bodies*, Pág. 134-137 (de aquí en adelante referido como Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas).

357 *Ibid*, Pág. 136, párr. 12.

no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto”³⁵⁸.

Este resultado también ha sido aplicado en comunicaciones individuales como *Broeks v. los Países Bajos*³⁵⁹. En el caso mencionado, el Comité constató una violación al artículo 26 porque a las mujeres se les negaban beneficios de seguridad social en condiciones de igualdad con los hombres, aun cuando el Pacto no exige a ningún Estado promulgar legislación para ofrecer seguridad social³⁶⁰.

El artículo 20(2) obliga a los Estados Parte a prohibir, por la ley, cualquier:

“(...) apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia (...)”.

La igualdad de género se enfatiza en el artículo 3, de acuerdo al cual los Estados Parte “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”³⁶¹.

El artículo 14(1) indica que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, una importante garantía la cual puede en ciertos casos obligar a los Estados a proporcionar ayuda legal por ejemplo, para garantizar procedimientos judiciales justos para personas indigentes. Además, el artículo 14(3) estipula que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, (...) en plena igualdad” a las mínimas garantías enumeradas en el mismo.

El artículo 25 garantiza la participación equitativa en la vida pública de cada ciudadano “sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas”³⁶².

Por último, el artículo 27 del Pacto proporciona protección expresa para *minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*. De acuerdo al artículo 27:

“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”³⁶³.

358 Comité de Derechos Humanos, Observación General número 18, párr. 12, Aprobada por el Comité de Derechos Humanos en virtud del artículo 40(4) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la reunión del 21 de noviembre de 1989.

359 Comunicación N° 172/1984. A42/40 (1987).

360 Ibid, párrs. 12.4 y 15.

361 Ibid, Observación General No. 28 (Igualdad de derechos entre hombres y mujeres), pp. 168-174.

362 Ibid, Observación General No. 25 (Artículo 25), pp. 157-162.

363 Ibid, vea también Observación General No. 23 (Artículo 27), pp. 147-150.

2.4 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966

Conforme al artículo 2(2) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados Parte se comprometen:

“(…) a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha reflexionado, en su Observación General número 20, que:

“La discriminación dificulta el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de una parte considerable de la población mundial. El crecimiento económico no ha conducido por sí mismo a un desarrollo sostenible y hay personas y grupos de personas que siguen enfrentando desigualdades socioeconómicas, a menudo como consecuencia de arraigados patrones históricos y de formas contemporáneas de discriminación”³⁶⁴.

En cuanto al alcance de ese artículo, indicó que:

“La no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto. El artículo 2.2 dispone que los Estados partes garantizarán el ejercicio de cada uno de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna, y solo puede aplicarse en conjunción con esos derechos”³⁶⁵.

En línea con los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también se comprometen, en virtud del artículo 3:

“(…) a garantizar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

En ese sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General número 16, refirió que:

³⁶⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), documento E/C.12/GC/20, del 2 de julio de 2009, párr. 1.

³⁶⁵ *Ibid.*, párr. 7.

“Las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que las asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta”³⁶⁶.

El principio de no discriminación también está contenido en el artículo 7 (a) (i), el cual garantiza “un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe garantizarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”. Finalmente, el artículo 7(c) del Pacto garantiza el derecho a la “igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad”³⁶⁷.

En cuanto al ámbito de competencia del Estado para prevenir y sancionar la discriminación, en lo que se refiere a la esfera privada y la pública, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido la siguiente guía:

“A menudo se observan casos de discriminación en la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad. Por ejemplo, los actores del sector privado de la vivienda (como los propietarios de viviendas privadas, los proveedores de crédito o los proveedores de viviendas públicas) pueden negar directa o indirectamente el acceso a una vivienda o a hipotecas por motivos de etnia, estado civil, discapacidad u orientación sexual, mientras que algunas familias pueden negarse a escolarizar a sus hijas. **Los Estados partes deben por lo tanto aprobar medidas, incluidas leyes, para velar por que los individuos y entidades no apliquen los motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada**”³⁶⁸ (énfasis agregado).

2.5 Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965

Para los fines de la Convención Internacional sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el término ‘discriminación racial’ significa, de acuerdo al artículo 1(1):

366 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 16, La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Documento E/C.12/2005/4, del 11 de agosto de 2005, párr. 12.

367 Para los criterios del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relacionados con discriminación, vea, entre otras cosas, las siguientes Observaciones Generales en la *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Observación General No. 3 (La naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte (art. 2 (1)), pp. 18-21; Observación General No. 4 (Derecho a la vivienda adecuada (art. 11(1)), pp. 22-27; Observación General No. 5 (Personas con discapacidad), pp. 28-38; Observación General No. 6 (Derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores), pp. 38-48; Observación General No. 12 (Derecho de alimentación adecuada (art.11), pp. 66-74; Observación General No.13 (Derecho a educación) (art.13)), pp. 74-89; y Observación General No. 14 (Derecho a estándares de salud alcanzables más altos (art. 12)), pp. 90-109. Estas observaciones generales también pueden consultarse en: www.ohchr.org.

368 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), documento E/C.12/GC/20, del 2 de julio de 2009, párr. 11.

“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.”

La Convención sin embargo, no “se aplica a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado Parte (...) entre ciudadanos y no ciudadanos” (Artículo 2) y nada en la Convención “podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados Partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, **siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad**” (Artículo 3, énfasis agregado).

La Convención regula con algún detalle las obligaciones de los Estados Parte para eliminar la discriminación racial y enumera, en el artículo 5, los principales derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que se deben gozar “sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico”³⁶⁹.

2.6 Convención sobre los Derechos del Niño, 1989

El artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que:

“Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y garantizarán 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”.

En el artículo 2(2) de la Convención, a los Estados Parte se les solicita que tomen:

“(...) 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”.

369 Para obtener más detalles sobre como interpreta el Comité sobre Eliminación de la Discriminación Racial la Convención, vea, entre otras cosas, las siguientes recomendaciones en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Recomendación General XI (No ciudadanos), Pág. 182; Recomendación General XIV (art 1(1)), pp. 183-184; Recomendación General XV (art 4), pp. 184-185; Recomendación General XIX (art 3), Pág. 188; Recomendación General XX (art.5) pp. 188-189; Recomendación General XXI (Derecho a la auto determinación), Pág. 189-191; Recomendación General XXIII (Derechos de pueblos indígenas), pp. 192-193; Recomendación General XXIV (art 1), pp. 193-194; Recomendación General XXV (Dimensiones de discriminación racial relacionadas con el género), pp. 194-195; de discriminación racial XXVI (art 6), pp. 195; Recomendación General XXVII (Discriminación contra Romaníes), pp. 196-202. Estas observaciones generales también pueden consultarse en: www.ohchr.org.

Con respecto a la educación del niño, los Estados Parte convienen en el artículo 29(d) que ésta deberá estar encaminada, entre otras cosas, a:

“(…) (d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.

Por último, el artículo 30 de la Convención sobre Derechos del Niño protege los derechos de las minorías en términos similares, pero no idénticos a los del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Este expresa lo siguiente:

“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”³⁷⁰.

2.7 Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979

El artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer describe la “discriminación contra la mujer” como:

“(…) 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**” (énfasis agregado).

Debe subrayarse que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los artículos 2(e), (f) y el 5). Por ejemplo, en virtud del artículo 2(e) de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y sancionar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas.

370 Para los criterios del Comité de Derechos del Niño en materia de educación, vea su Observación General No. 1, que trata, entre otras cosas, la discriminación, en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, pp. 255-262.

Cabe citar también que, en el artículo 4, la Convención hace referencia específica a la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva para la eliminación de discriminaciones contra las mujeres: “(...) medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad entre el hombre y la mujer (...) estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de oportunidad y trato”.

A lo largo de este capítulo, se discutirán varios casos relacionados con discriminación de género tratados por los órganos de vigilancia internacional bajo los tratados de derechos humanos generales³⁷¹.

2.8 Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones, 1981

El artículo 1(1) de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y de Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones garantiza a todos el “derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, derecho que “incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza”. El artículo 1(2) indica que “nadie será objeto de coacción que pueda menoscabar su libertad de tener una religión o convicciones de su elección”, mientras que el artículo 1(3) menciona las limitaciones de la libertad “de manifestar la propia religión” con la condición de que esas limitaciones “estén prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

El derecho a no estar sujeto a discriminación “por cualquier Estado, institución, o grupo de personas o particulares por motivos de religión o convicciones” está determinado en el artículo 2(1) de la Declaración. Para fines de la Declaración, el artículo 2(2) especifica que:

“Se entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”.

371 Para obtener detalles referentes a la interpretación de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, vea, entre otras cosas, las siguientes recomendaciones en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*: Recomendación General No. 12 (Violencia contra la mujer), Pág. 209; Recomendación General No. 14 (Circuncisión femenina), pp. 211-212; Recomendación General No.15 (Rechazo de discriminación contra la mujer en estrategias nacionales para la prevención y control de síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)), pp. 212-213; Recomendación General No.16 (Trabajadoras mujeres sin paga en empresas familiares rurales y urbanas), pp. 213-214; Recomendación General No. 18 (Mujeres discapacitadas), pp. 215-216; Recomendación General No.19 (Violencia contra la mujer), pp. 216-222; Recomendación General No. 21 (Igualdad en el matrimonio y en las relaciones familiares), pp. 222-231; Recomendación General No. 23 (Vida política y pública), pp. 233-244; y Recomendación General No. 24 (Mujeres y salud: artículo 12), pp. 244-251.

Desde 1987, un Relator Especial sobre la Libertad de Religión o de Creencias ha estado examinando en todas las partes del mundo los actos que son inconsistentes con las disposiciones de la Declaración y ha sugerido medidas correctivas³⁷².

Es importante hacer notar que el derecho de libertad de pensamiento, conciencia y religión también está protegido por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, de acuerdo al artículo 4(2), no puede, bajo ninguna circunstancia, ser suspendido. Para los Estados Parte al Pacto, las disposiciones sobre discriminación, son por supuesto, completamente aplicables también con respecto a la libertad.

2.9 Declaración de los Derechos sobre las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992

En el sexto párrafo del preámbulo de la Declaración de los Derechos sobre las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, la Asamblea General de las Naciones Unidas enfatiza:

“(…) la promoción y la realización constantes de los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, como parte integrante del desarrollo de la sociedad en su conjunto y dentro de un marco democrático basado en el imperio de la ley, contribuirían al robustecimiento de la amistad y de la cooperación entre los pueblos y los Estados”.

Las Naciones Unidas reconocen de esa manera que el orden constitucional democrático, respetuoso del estado de derecho y de los derechos de las minorías, desempeña un rol crucial en fomentar la paz y la seguridad.

El artículo 1(1) de la Declaración estipula que “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”. Para alcanzar estos objetivos, estos deben, de acuerdo al artículo 1(2), “adoptar medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo”. Los artículos 2 y 3 brindan detalles sobre los derechos de personas pertenecientes a las minorías protegidas, mientras que los artículos 4 y 7 identifican las medidas que los Estados deben tomar para cumplir con los objetivos de la Declaración, ya sea solos o en cooperación entre ellos mismos.

Cabe mencionar también que, de acuerdo con el artículo 2(1) de la Declaración,

“Las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (en lo sucesivo denominadas personas pertenecientes a

³⁷² En el trabajo del Relator Especial, vea, por ejemplo, Informe presentado por Sr. Abdelfattah Amor, Relator Especial, de acuerdo con la resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2000/33 (Doc. de NU. E/CN.4/2001/63).

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”.

2.10 Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares se aplica a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición (Artículo 1).

Al tenor de esta Convención, se dispone la no discriminación en el reconocimiento de derechos. Así, se estipula que:

“Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición” (Artículo 7).

2.11 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2008

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (Artículo 1). Este tratado estipula que como personas con discapacidad se incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Si bien todos los artículos de la Convención suponen obligaciones para los Estados parte para garantizar la igualdad y la no discriminación de las personas con discapacidad, cabe destacar la provisión específica que se hace al respecto. De esta cuenta, al tenor del artículo 5, los Estados Parte:

“(…) reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a

beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna.

(...) prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables”.

La Convención explicita que no se considerarán discriminatorias, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad.

3. Disposiciones jurídicas del sistema interamericano de protección a los derechos humanos que garantizan el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación

3.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969

En el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados Parte “se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos” en el tratado:

“(...) 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.”

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* interpretó ese artículo así:

“El artículo 1.1 de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación de los Estados Partes de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”. Es decir, cualquiera sea el origen o la forma que asuma, todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto del ejercicio

de cualquiera de los derechos garantizados en la Convención es *per se* incompatible con la misma”³⁷³.

Contrario a los Pactos Internacionales, el término “propiedad” no está contenido en el artículo 1 de la Convención Americana. Sin embargo, el término “posición económica” podría cubrir un espectro más amplio de situaciones que el término “propiedad”.

La noción de “igualdad” está basada en el artículo 8(2) de la Convención, de acuerdo a la cual toda persona inculpada de delito tiene derecho “en plena igualdad” a ciertas garantías mínimas durante el procedimiento judicial contra él o ella.

Finalmente, el artículo 24 estipula que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”. Sobre la interpretación de este artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, indicó que:

“En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1 respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”³⁷⁴.

3.2 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, 1988

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, también llamado “Protocolo de San Salvador”, agrega un número de derechos a la Convención original como el derecho al trabajo, al seguro social, a la salud, alimentación y educación, así como el derecho a una protección especial para las personas mayores y los discapacitados. La obligación de no discriminación está contenida en el artículo 3, de acuerdo al cual los Estados Parte “se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos establecidos” en el Protocolo:

“(…) sin discriminación de cualquier tipo 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”.

373 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 53.

374 Ibid, párr. 54.

3.3 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer tiene como objetivo la eliminación de la violencia basada en el género, tanto en la esfera pública como la privada, y específica en el artículo 6(a) y (b) que “el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros (...) el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, [y] el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación”.

Los artículos 7 y 8 de la Convención brindan detalles sobre los deberes de los Estados Parte de prevenir, sancionar y erradicar todas las formas de violencia contra la mujer. Al adoptar las medidas requeridas, los Estados Parte deberán, además, de acuerdo al artículo 9:

“(...) tener especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad”.

Esta Convención tiene una relevancia particular ya que es el único tratado internacional que explícita y exclusivamente trata el serio problema de la violencia contra la mujer.

3.4 Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, 1999³⁷⁵

Los objetivos de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, se establecen en el artículo II, “la prevención y eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad”. Para propósitos de la Convención, 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

375 A partir del 17 de junio 2002, nueve Estados habían ratificado esta Convención, la cual entró en vigor el 14 de septiembre de 2001; vea <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/a-65.html>

personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”. (Art. I (2) (a)).

Sin embargo, la propia Convención establece que:

“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” (Art. I (2) (b)).

4. Estados de excepción y prohibición de discriminación

Dos de los tratados que se discuten en este capítulo contienen disposiciones que autorizan a los Estados Parte, en ciertas condiciones estrictamente específicas, a suspender las obligaciones legales internacionales incurridas en los tratados concernientes. Las provisiones correspondientes son:

- artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El tema sobre las suspensiones fue brevemente analizado en el Capítulo 1 de este Manual. En este momento, es suficiente hacer notar que para ser aceptable bajo el artículo 4(1) del Pacto Internacional, las medidas de suspensión no deben involucrar “**únicamente** discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social” (énfasis agregado). De esta cuenta, la suspensión de derechos no puede obedecer solamente ni exclusivamente a consideraciones basadas en tales circunstancias. Resulta entonces, que esa disposición no contempla que esas medidas de suspensión no puedan estar fundadas en otros de los fundamentos contenidos en los artículos 2(1) y 26 del Convenio, los cuales se refieren también a motivaciones de la discriminación:

- opinión política o de cualquier otra índole
- origen nacional
- posición económica
- nacimiento o cualquier otra condición social

Para ser consistente con el artículo 27(1) de la Convención Americana, las medidas de suspensión no deben incluir la discriminación “fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”. Así, la diferencia entre el artículo 4(1) del Pacto Internacional y este artículo de la Convención Americana, en este respecto, es que este último no incluye el término “únicamente”, de donde se colige

que esta última no permite la alusión a la discriminación, bajo ningún pretexto ni en ningún caso, como motivación para suspender los derechos que reconoce.

Por su lado, el artículo 15(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no contiene ninguna referencia a la prohibición de discriminación. Pero no se puede interpretar que este vacío, ante una emergencia pública verdadera, faculta a los Estados Contrayentes a derogar a voluntad, la prohibición de discriminación. Otras condiciones, como las de proporcionalidad estricta, harían que la legalidad de esas derogaciones fuera poco probables. Además, como se observará más adelante, la interpretación del término “discriminación” por sí mismo, por ejemplo en el artículo 14, excluye cualquier distinción que no sea justificada de forma razonable para un propósito objetivo.

Aunque el Derecho Internacional Humanitario en sentido estricto está fuera del alcance de este Manual, es importante hacer notar que el principio de no discriminación está presente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. Está contenido, entre otras cosas, en las siguientes disposiciones:

- artículo 3 de los cuatro Convenios de Ginebra;
- artículo 16 del Convenio de Ginebra relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra (Tercera Convención de Ginebra), 1949;
- artículo 27 del Convenio de Ginebra relativo a la Protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra (Cuarto Convenio de Ginebra), 1949;
- artículo 9(1) y 75(1) del Protocolo Adicional del Convenio de Ginebra del 12 de agosto 1949, y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I);
- artículos 2(1), 4(1) y 7(2) del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, y relativos a la protección de las víctimas de conflictos armados no internacionales (Protocolo II).

Lo que estas disposiciones muestran es que aún en las peores circunstancias, en el fragor del conflicto armado internacional o interno, los Estados involucrados están estrictamente obligados a respetar ciertos estándares legales, incluyendo el derecho al trato en igualdad y al principio de no discriminación.

El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, en principio, debe ser respetado bajo todas circunstancias, incluyendo situaciones de emergencia pública y momentos de conflicto armado internacional y no internacional.

5. Significado general de igualdad y no discriminación

Como se indicó anteriormente, y como lo enfatiza el Comité de Derechos Humanos, la “no discriminación, conjuntamente con la igualdad ante la ley e igual protección de la ley sin discriminación alguna, constituye un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos”³⁷⁶. Sin embargo, al discutir la cuestión sobre la igualdad y la no discriminación, es importante estar consciente de que, a pesar de lo que sugiere la redacción el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no todas las distinciones entre personas y grupos de personas se pueden considerar como discriminación en el verdadero sentido de este término. Esto se debe a la jurisprudencia consistente de los órganos de vigilancia internacionales, de acuerdo a los cuales las distinciones realizadas entre personas son justificadas dado que en términos generales, son razonables e impuestas por un objetivo y propósito legítimo.

Con respecto al término “discriminación” en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos ha manifestado que:

“(...) el término ‘discriminación’ como se utiliza en el Pacto se debería entender como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política opinión o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, **y que tiene el propósito o efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de todos, en condiciones de igualdad, de todos los derechos y libertades**”³⁷⁷ (énfasis agregado).

Sin embargo, como lo indicó el Comité “el goce en condiciones de igualdad (...) **no significa identidad de trato en toda circunstancia**” (énfasis agregado). Para apoyar su declaración, señala que ciertas disposiciones del Pacto contienen distinciones entre personas. Por ejemplo, el artículo 6(5) prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad y que se lleve a cabo en mujeres en estado de gravidez³⁷⁸.

Por otra parte:

“El principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados Partes adoptar **medidas 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

³⁷⁶ Vea Observación General No. 18, en *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 134, párr. 1.

³⁷⁷ *Ibid*, Pág. 135, párr. 7.

³⁷⁸ *Ibid*, pp. 135-136, párr.8.

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 Pacto³⁷⁹.

Sobre los temas de las medidas positivas y la diferenciación legítima se discutirá en el apartado 7 de este capítulo.

Cuando se trata con supuestas violaciones del artículo 26 en comunicaciones presentadas en el Protocolo Facultativo, el Comité confirmó que el derecho a igualdad ante la ley y la protección igual de la ley sin discriminación alguna, no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias. Una diferenciación basada en *criterios razonables y objetivos no tiene importancia en la discriminación prohibida dentro del significado del artículo 26*³⁸⁰ (énfasis agregado). Por lo tanto es tarea del Comité, en casos importantes, presentados ante éste, examinar si el Estado parte concerniente ha cumplido con estos criterios.

En América, el derecho a la protección de igualdad de la ley como lo garantiza el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fue considerado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva en *Propuestas de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. En esta opinión ya citada, la Corte Interamericana abordó un análisis instructivo y detallado de los conceptos de discriminación e igualdad.

La Corte señaló, como se indicó, que aunque el artículo 24 de la Convención Americana no es conceptualmente idéntico al artículo 1(1), el cual contiene una prohibición general de discriminación con relación al ejercicio de los derechos y libertades establecidos en la Convención, “dicha disposición reitera en cierta forma el principio establecido en el artículo 1.1. En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal”³⁸¹. La Corte luego dio la siguiente explicación del origen y significado de la noción de igualdad:

“55. 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

379 Ibid., Pág. 136, párr. 10; énfasis agregado.

380 Comunicación No. 172/1984, S.W: M. *Broeks v. los Países Bajos* (Criterios adoptados el 9 de abril de 1987), en doc. de NU. GAOR, A/42/40, Pág. 150, párr. 13

381 I-A *Corte de DH, Enmiendas propuestas a las provisiones de naturalización a la Constitución de Costa Rica, Opinión consultiva* OC4/84 del 19 de enero, 1984, Serie A. No 4, Pág. 104, párr. 54.

que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.

56. 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. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose “en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos” definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable” (...) Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio.

57. 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**³⁸² (énfasis agregado).

En el sistema europeo, un tema crucial en la jurisprudencia emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos se refiere a los criterios que permiten que se tome una determinación de si una diferencia en el trato contraviene o no el Artículo 14 del Convenio Europeo. Sobre esta pregunta, la Corte, siguiendo los principios que se pueden obtener de la práctica legal de un gran número de Estados democráticos, mantiene la opinión de que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción no tiene una justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación tal se debe evaluar en relación con el objetivo y efectos de la medida bajo consideración, conforme a los principios que normalmente prevalecen en sociedades democráticas. Una diferencia en el trato en el ejercicio de un derecho establecido en el Convenio **no sólo debe perseguir un objetivo legítimo**: El artículo 14 también se viola cuando se

382 Ibid., Pág. 104-106, párrs. 55-57.

establece claramente que **no hay relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida** (énfasis agregado).

La discriminación es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política opinión o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición, y que tiene el propósito o efecto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de todos, en condiciones de igualdad, de todos los derechos.

El principio de igualdad y no discriminación no significa que todas las distinciones entre personas son ilegales de acuerdo al derecho internacional.

Las diferenciaciones son legítimas y por lo tanto legales siempre que:

- *persigan un objetivo legítimo como una acción afirmativa para tratar las desigualdades basadas en hechos, y*
- *sean razonables en vista de su objetivo legítimo.*

Los supuestos propósitos del trato diferente que no se puedan justificar de manera objetiva y las medidas que no sean proporcionales al logro de un objetivo legítimo son ilegales y contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

Para garantizar el derecho a la igualdad, los Estados podrán tratar de forma distinta a las personas cuyas situaciones sean considerablemente diferentes.

6. Jurisprudencia internacional sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de la discriminación

Esta sección destacará algunos de los muchos casos relacionados con discriminación que conocen en la actualidad la mayoría de órganos de vigilancia internacional. Se les ha dado principal atención a los organismos de carácter judicial o quasi judicial.

La jurisprudencia indica claramente el camino que se debe tomar en

otras situaciones posiblemente mucho más serias, ya que ésta establece criterios legales universales que pueden y deben guiar tanto a los legisladores como a los operadores de justicia en la elaboración de leyes y la ejecución práctica del derecho a la igualdad y la prohibición a la discriminación.

6.1 Raza, color y origen étnico

6.1.1 Denigración racial

En el caso *Ahmad*, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial encontró que Dinamarca había violado el artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. El peticionario, un ciudadano danés de origen pakistaní, se quejó de que el director y otro profesor de su escuela, a él y a su hermano los habían llamado “un montón de monos”. El incidente ocurrió en el edificio de la escuela después de que los dos niños – que supuestamente habían estado haciendo alboroto – se negaron a cumplir la solicitud del profesor de abandonar el lugar en donde esperaban con una cámara de video a un amigo que estaba haciendo un examen³⁸³.

El peticionario presentó una queja a la policía, quien cerró el caso, concluyendo que las palabras utilizadas no estaban dentro del ámbito de la Sección 266b del Código Penal Danés concerniente a comentarios insultantes o degradantes³⁸⁴. La carta de la policía también manifestaba “(...) que la expresión utilizada se debería analizar en el contexto de un incidente tenso [y] no se debería entender como algo insultante o degradante en términos de raza, color, origen nacional o étnico ya que también se podría utilizar con personas de origen danés que se hubieran comportado como lo había hecho el peticionario”³⁸⁵. El procurador del estado respaldó posteriormente la decisión de la Policía³⁸⁶.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial concluyó que debido al fracaso de la policía en continuar con las investigaciones, y la decisión final del Fiscal Público contra el cual no había derecho de apelación, al peticionario se le negó cualquier oportunidad de establecer si sus derechos se habían violado según la Convención. De esto, prosiguió que al peticionario se le negó la protección efectiva contra la discriminación racial y los recursos consiguientes por parte del Estado Parte³⁸⁷. El Comité recomendó que el Estado Parte garantizara que la policía y los fiscales públicos investigaran adecuadamente las acusaciones y quejas relacionadas con actos de discriminación racial, los cuales deben ser castigados por la ley de acuerdo al artículo 4 del Convenio³⁸⁸.

383 Comunicación No. 16/1999, *K. Ahmad v. Dinamarca* (Opinión adoptada el 13 de marzo de 2000) en UN doc., GAOR, A/55/18, Pág. 110, párr. 2.1

384 *Ibid.*, Pág. 110, párr. 2.2 y 2.4, leídos en conjunción con Pág. 116, párr. 6.3

385 *Ibid.*, Pág. 110, párr. 2.4.

386 *Ibid.*, Pág. 110, párr. 2.5.

387 *Ibid.*, Pág. 116, párr. 6.4

388 *Ibid.*, Pág. 116, párr. 9.

6.1.2 Derecho a la libertad de locomoción y residencia

En el caso de *Koptova c. la República Eslovaca*, también presentado bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Discriminación Racial, al Comité que vigila su cumplimiento, el peticionario se quejó de violaciones a los términos del Convenio como resultado de resoluciones adoptadas por dos municipalidades en Eslovaquia, las cuales prohibían a los ciudadanos de origen étnico romaní asentarse en sus respectivos territorios. Una de las resoluciones incluso prohibía a las personas romaníes ingresar a la ciudad³⁸⁹.

Después de examinar el texto de las resoluciones, el Comité concluyó que estas representaban una violación al artículo 5(d)(i) de la Convención, el cual garantiza el derecho a la libertad de circulación y residencia a todos sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico. Éste halló que, aunque su redacción se refiere explícitamente a los romaníes que anteriormente tenían su domicilio en las municipalidades concernientes, el contexto en el cual fueron adoptadas indicaba claramente que a otros romaníes se les prohibiría igualmente el establecerse³⁹⁰. El Comité indicó que las resoluciones impugnadas fueron rescindidas en abril de 1999 y que la libertad de movimiento y de residencia está garantizada bajo el artículo 23 de la Constitución de la República Eslovaca. Este recomendó que el Estado Parte tomara las medidas necesarias para garantizar que las prácticas que restringen la libertad de movimiento y residencia de los romaníes bajo su jurisdicción sean eliminadas completa y rápidamente³⁹¹.

6.1.3 Discriminación racial y étnica en la aplicación de la ley

En sus observaciones concluyentes en el primer, segundo y tercer informe periódico de los Estados Unidos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló con preocupación los incidentes de violencia y brutalidad policial, incluyendo los casos de muerte como resultado del uso excesivo de fuerza por los oficiales que ejecutan la ley, afectando particularmente a grupos minoritarios y a extranjeros. Por lo tanto, recomendó que el Estado Parte tomara medidas inmediatas y efectivas para garantizar la debida capacitación de la fuerza policial con el fin de combatir prejuicios que puedan conllevar a la discriminación racial y finalmente a una violación de los derechos de la seguridad de la persona. El Comité además recomendó que se tomaran acciones firmes para castigar la violencia por motivos raciales y garantizar el acceso de las víctimas a recursos legales efectivos y al derecho de buscar una justa y adecuada compensación por cualquier daño sufrido como resultado de dichas acciones³⁹².

El Comité también indicó con preocupación “que la mayoría de las prisiones federales, estatales y locales y los reclusos de cárceles en [los Estados Unidos] son

389 Comunicación No. 13/1998, A. *Koptova c. la República Eslovaca* (Opinión del 8 de agosto de 2000), en doc. de UN, GAOR, A/55/18, Pág.137, párr. 2.1 -2.3.

390 Ibid, Pág. 149, párr. 10.1

391 Ibid., Pág. 149, párr. 10.3.

392 Ve a la versión inédita de las observaciones concluyentes del comité para la Eliminación de la discriminación racial: Estados Unidos de América, en UN doc. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3, párr. 15.

miembros de minorías étnicas y nacionales, y que el índice de encarcelación es particularmente alto con respecto a los africano-americanos e hispanos”. Recomendó que el Estado Parte “tome acciones firmes para garantizar el derecho de todos, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, a igual trato ante los tribunales y todos los otros órganos que administran justicia”. Además recomendó que el Estado Parte “garantice que el alto índice de encarcelamiento no sea resultado de la posición de situación de desventaja económica, social y educativa de estos grupos”³⁹³.

Finalmente, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial indicó con preocupación que, “de acuerdo al Relator Especial de la Comisión sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas en materia de ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias, existe una correlación inquietante entre la raza, tanto de la víctima como del acusado, y la imposición de la pena de muerte, particularmente en los estados de Alabama, Florida, Georgia, Luisiana, Misisipi y Texas. Éste instó al Estado Parte a garantizar, posiblemente al establecer una moratoria, que no se imponga la pena de muerte como resultado de prejuicio racial por parte de fiscales, jueces, jurados y abogados o como resultado de una posición de situación de desventaja económica, social y educativa de la persona convicta”³⁹⁴.

6.1.4 Discriminación racial en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales

En sus observaciones concluyentes en el decimocuarto informe periódico de Dinamarca, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial declaró: El Comité está preocupado por que se les preste una atención igual a los derechos económicos, sociales y culturales enumerados en el artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial. Está particularmente preocupado por el nivel de desempleo entre los extranjeros y el difícil acceso que tienen al empleo los miembros de minorías étnicas. El Comité resaltó que, “aunque el Estado Parte no está obligado a proporcionar permisos de trabajo a los residentes extranjeros, debe garantizar que los extranjeros que hayan obtenido un permiso de trabajo no sean discriminados al momento de tener acceso a un empleo”³⁹⁵.

El mismo Comité fue particularmente severo en sus observaciones conclusivas en el décimo, undécimo y duodécimo informe periódico de Australia, en los que manifestaba una seria preocupación acerca de la continuada discriminación que enfrentaban los aborígenes australianos en el goce de sus derechos económicos, sociales y culturales. El Comité permaneció seriamente preocupado por la magnitud de la dramática inequidad aún experimentada por una población indígena que únicamente representa 2.1% de la población total de un Estado altamente industrializado y desarrollado. El Comité recomendó que el Estado Parte garantice, en el plazo más corto posible, la asignación de suficientes recursos para erradicar estas desigualdades³⁹⁶.

393 Ibid, párr. 16.

394 Ibid., párr. 17

395 Veá UN doc. GAOR, A/55/18, Pág.23, párr. 67

396 Veá UN doc. GAOR, A/55/18, Pág. 19-20, párr. 41.

6.2 Género

6.2.1 Derecho a entablar acción judicial respecto de los bienes durante el matrimonio

El caso de *Alto del Avellanal c. Perú* se relaciona con una mujer peruana propietaria de dos edificios de apartamentos en Lima, y que por decisión de la Corte Suprema, no pudo demandar a los inquilinos para cobrar rentas vencidas, debido a que en el artículo 168 del Código Civil peruano, cuando una mujer está casada, únicamente su esposo puede entablar acción judicial respecto de la propiedad matrimonial ante las cortes³⁹⁷. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, esto violaba las siguientes disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

- Artículo 14(1), el cual garantiza que “todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”, ya que la esposa no era igual a su esposo para los propósitos de demandar en los tribunales;
- Artículo 3, según el cual los Estados Parte “se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el ... Pacto”;
- y el artículo 26, que declara que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. El Comité descubrió que la aplicación del artículo 168 del Código Civil peruano a la autora le denegaba la igualdad ante las Cortes y constituía una discriminación fundamentada en el sexo³⁹⁸.

6.2.2 Derecho al respeto de la vida privada y familiar

En el caso *Abdulaziz Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, la Corte Europea de Derechos Humanos tuvo que decidir si las leyes sobre inmigración del Reino Unido violaban el derecho a respetar la vida familiar como lo garantiza el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, analizado ya sea solo o junto con la disposición de no discriminación contenida en el artículo 14 de esa Convención. El caso tenía que ver con tres mujeres que querían establecer su residencia en el Reino Unido con sus respectivos esposos. Cuando presentaron sus quejas, las demandantes, de origen malawiano, filipino y egipcio, eran residentes permanentes y legales del Reino Unido. Tras casarse con hombres de origen extranjero, a estos se les negó el permiso de reunirse o permanecer con ellas en el Reino Unido. Los esposos de las demandantes eran de Portugal, Filipinas y Turquía respectivamente.

Con respecto al derecho de respetar la vida familiar como lo garantiza el artículo 8 de la Convención Europea, la Corte indicó que únicamente después de haberse establecido en el Reino Unido, como personas solteras, fue que las demandantes contrajeron matrimonio. En su criterio, el deber impuesto por el artículo

397 Comunicación No. 202/1986, G. *Alto del Avellanal c. Perú* (Criterios adoptados el 28 de octubre de 1988) en UN doc. GAOR, A/44/40, Pág. 196, párrs. 1 y 21.

398 *Ibid.*, pp. 198-199, párrs. 10.1 – 10.2

8 no se puede considerar como ampliatorio de la obligación general de los Estados contratantes de respetar la elección de las parejas casadas de su país de residencia marital y aceptar a los esposos de otra nacionalidad para establecerse en ese país.

En ese caso, dijo la Corte, las demandantes no mostraron que habían obstáculos para establecer la vida familiar en su propio país o en el país de sus cónyuges o que habían razones especiales del por qué eso no se podía esperar de ellas. Por consiguiente, no había falta de respeto hacia la vida familiar y por lo tanto, no se contravenía el artículo 8, si se consideraba aisladamente³⁹⁹.

Sin embargo, el resultado fue diferente, cuando la Corte examinó el caso conforme al artículo 14 en conjunto con el artículo 8 de la Convención. La cuestión que surgió fue que, si como lo aducían las mujeres demandantes, estas disposiciones habían sido violadas como resultado de diferencias injustificadas del trato al asegurar el derecho al respeto de su vida familiar, basándose en motivos de sexo, raza y también en el caso de nacimiento de una de las peticionarias⁴⁰⁰.

Invocando su jurisprudencia bien establecida, la Corte sostuvo que:

“Para efectos del Artículo 14, una diferencia de trato es discriminatoria si esta no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un propósito legítimo o si no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida”⁴⁰¹.

Sin embargo, los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta que grado las diferencias en situaciones similares justifican un trato diferente en la ley⁴⁰².

No se discutió que, conforme a las normas importantes, era más fácil para un hombre establecido en el Reino Unido, que para una mujer, obtener permiso para que su cónyuge no nacional ingrese o permanezca en el país de establecimiento. El argumento, por lo tanto, se centró en la pregunta de si esta diferencia tenía una justificación objetiva y razonable⁴⁰³. El gobierno argumentó que la diferencia en el trato tenía como propósito limitar la inmigración primaria y que era justificable por la necesidad **de proteger el mercado laboral nacional** en momentos de un gran desempleo⁴⁰⁴ (énfasis agregado). La Corte consideró que esto no estableció per se la legitimidad de la diferenciación realizada en las normas en vigencia⁴⁰⁵. Además, el avance de la igualdad de los sexos hoy es un fin mayor en los Estados Miembro del Consejo de Europa. Esto significa que razones de peso se deberán desarrollar ante

399 Corte europea DH, *Caso de Abdulaziz Cabales y Balkandali c. el Reino Unido*, juicio del 28 de mayo 1985, Serie A, No. 94, Pág. 34, párrs. 68 -69

400 Ibid., Pág. 35, párr. 70

401 Ibid., Pág. 35, párr. 72

402 Ibid., Pág. 36, párr. 72

403 Ibid., Pág. 36, párr. 74

404 Ibid., Pág. 36 párr. 75.

405 Ibid., Pág. 37, párr. 78.

una diferencia de trato fundada en el sexo que se podría considerar compatible con la Convención⁴⁰⁶.

Después de examinar los argumentos del gobierno, la Corte declaró que no estaba convencida de que la diferencia que podía existir entre el impacto respectivo de hombres y mujeres en el mercado laboral nacional fuera suficientemente importante para justificar la diferencia de trato, del que los demandantes se quejaban, como la posibilidad de que una persona establecida en el Reino Unido, se uniera, según fuera el caso, con su esposa o esposo⁴⁰⁷. Mientras se aceptó el argumento del gobierno acerca de que las normas también tenían como objetivo *fomentar la tranquilidad pública*, la Corte no fue persuadida de que este propósito sirviese para hacer una distinción en dichas normas entre el esposo y las esposas⁴⁰⁸.

La Corte por lo tanto concluyó que los demandantes habían sido víctimas de discriminación fundada en *sexo*, violando el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos leída en conjunción con el artículo 8. Además concluyó, que las demandantes *no* habían sido discriminadas por razones de raza o nacimiento⁴⁰⁹.

6.2.3 Derechos de pensión preferencial

En el caso *Pauger c. Austria* al autor se le negó una pensión después de la muerte de su esposa en base a que él tenía un trabajo remunerado. El peticionario alegó que, contrario al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Ley de Pensión austriaca de 1965 otorgaba trato preferencial a viudas, en cuanto a que recibieran una pensión, sin importar su ingreso, mientras que los viudos recibirían pensiones únicamente si no tenían otra forma de ingreso⁴¹⁰.

El Comité de Derechos Humanos concluyó que, contrariando el artículo 26 del Pacto, al peticionario como viudo, se le negaban beneficios completos de pensión que sí se otorgaban a las viudas⁴¹¹. Al determinar si la aplicación en este caso de la Ley de Pensión implicaba una diferenciación basada en criterios irrazonables y no objetivos, el Comité observó que mientras el derecho de familia austriaco imponía derechos y deberes iguales en ambos cónyuges, respecto de su ingreso y mantenimiento mutuo, la Ley de Pensión, enmendada en 1985, proveía beneficios de pensión completos a los viudos únicamente si no tenían otra fuente de ingresos, un requerimiento que no aplicaba a las viudas. Los viudos serían tratados únicamente con los mismos fundamentos de igualdad que las viudas, a partir del 1 de enero de 1995⁴¹². Según el criterio del Comité, esto significaba que los hombres y mujeres cuyas circunstancias sociales fueran similares serían tratados de forma diferente, simplemente fundados en el sexo. Esa diferenciación no era razonable, como también lo fue reconocido implícitamente por el Estado Parte cuando este indicó que el objetivo de la legislación

406 Ibid., Pág. 38, párr. 78.

407 Ibid., Pág. 38, párr. 79

408 Ibid., Pág. 39, párr. 81.

409 Ibid., Pág.39, párr. 83 y Pág. 41, párrs. 86 y 89.

410 Comunicación No. 415/1990, *D. Pauger c. Austria* (Criterios adoptados el 26 de marzo 1992), en doc. de UN.

GAOR, A/47/40/, Pág.333, párr. 1. 2.1

411 Ibid., Pág. 336, párr. 8

412 Ibid., pp. 335-336, párr. 7.4.

era alcanzar una igualdad completa entre hombres y mujeres en 1995⁴¹³.

Al tenor de este caso, el Comité estableció que la distinción basada únicamente en motivos de género no es razonable ni congruente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

6.2.4 Beneficios de seguridad social

El artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también fue violado en el caso *S W M. Broeks c. los Países Bajos*, ya que el Sr. Broeks había sido víctima de discriminación basada en el sexo en la aplicación de la entonces vigente Ley de Beneficios de Desempleo de los Países Bajos⁴¹⁴. Para poder recibir beneficios conforme a esta ley, una mujer casada tenía que comprobar que era un sostén económico – condición que no aplicaba a los hombres casados. De acuerdo al Comité de Derechos Humanos, esta diferenciación colocaba a las mujeres casadas en una situación de desventaja comparada con la de los hombres casados y no era razonable⁴¹⁵.

6.2.5 Asignación de permiso parental

En el caso de *Petrovic c. Austria*, la Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que la denegación de las autoridades austriacas de otorgarle asignación de permiso parental a un padre – sobre la base de que dicha asignación estaba disponible únicamente para las madres – no excedía el margen de apreciación garantizado al Gobierno, en el artículo 14 en conjunto con el artículo 8 del Convenio⁴¹⁶.

La corte indicó que en el tiempo material, las asignaciones de permiso parental se pagaban únicamente a las madres, no a los padres, una vez pasadas ocho semanas después del nacimiento, se haya agotado el derecho a la asignación de maternidad y no se ha disputado que éste era un tratamiento diferente basado por motivos de sexo⁴¹⁷.

La Corte aceptó que ambos padres están en posición similar para cuidar de los niños durante el período concerniente. Además, considerando que:

“El avance de igualdad de los sexos hoy es un objetivo principal en los Estados Miembro del Consejo de Europa (...) se necesitarán razones de mucho peso para que la Convención considere compatible una diferencia tal en el tratamiento”⁴¹⁸.

413 Ibid., Pág. 336, párr. 7.4.

414 Comunicación No. 172/1984, *S. W. M. Broeks c. los Países Bajos* (Criterios adoptados el 9 de abril de 1987), en doc. de UN GAOR, a/42/40, Pág. 150, párrs. 14-15.

415 Idid., Pág. 150, párr. 14. El mismo tema surgió en la Comunicación No. 182/1984, F.H. *Zwaan-de Vries c. los Países Bajos* (Criterios adoptados el 9 de abril de 1987), pp. 160-169.

416 Corte europea de DH, *Caso de Petrovic c. Austria, juicio del 27 de marzo 1998, Informes 1998 – II*, Pág. 588, párr. 43.

417 Ibid., Pág. 587, párrs. 34-35.

418 Ibid., Pág. 587, párrs. 36-37

La Corte indicó, sin embargo, que:

“Los Estados Contratantes gozan de un cierto margen de apreciación al evaluar si y hasta que punto las diferencias en otras situaciones similares justifican un trato diferente de la ley. El propósito del margen de apreciación variará de acuerdo con las circunstancias, el tema y su trasfondo; en este respecto, uno de los factores importantes puede ser la existencia o la no existencia de un fundamento común entre las leyes de los Estados Contratantes”⁴¹⁹.

Según la Corte, fue claro que al momento material, al final de los años de 1980, no había un estándar común en este campo, ya que la mayoría de los Estados Contratantes no pagaban a los padres por una asignación de permiso parental. Únicamente en forma gradual, los Estados europeos cambiaron hacia una coparticipación de responsabilidades más equitativa entre hombres y mujeres para la educación de sus hijos. Por lo tanto, resultó difícil criticar la legislatura austriaca por haber introducido de manera gradual, lo que reflejaba la evolución de la sociedad en esa esfera, una legislación que es, de todas formas, considerada muy progresiva en Europa⁴²⁰. En consecuencia, las autoridades austriacas no habían excedido el margen de apreciación permitido a ellas, de tal manera que la diferencia en el trato al que se había expresado inconformidad, no era discriminatorio dentro del significado del Artículo 14⁴²¹.

6.2.6 Adquisición de ciudadanía

En su opinión consultiva sobre las *Propuestas de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que esas enmiendas constituían una discriminación incompatible con los artículos 17(4) (igualdad de derechos entre cónyuges durante el matrimonio) y el 24 (derecho a la igualdad de protección) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en cuanto a que favorecen únicamente a uno de los cónyuges. Según el artículo 14(4) de la enmienda propuesta, una mujer extranjera que, por matrimonio con un costarricense pierde su nacionalidad o quien después de dos años de matrimonio con un costarricense y el mismo período de residencia en el país, indica que desea nacionalizarse será costarricense por naturalización⁴²². Según la Corte, hubiera sido más consistente con la Convención, referirse al texto como cualquier extranjero que contraiga matrimonio con un ciudadano costarricense⁴²³.

419 Ibid., Pág. 587, párr. 38

420 Ibid., Pág. 588, párrs. 40-41

421 Ibid., Pág. 588, párr. 43

422 Corte de DH I-A, *Propuestas de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva, OC4/84 del 19 de enero, 1984, Serie A, No.4*, Pág. 111, párr. 67 leída en conjunción con la Pág. 82, Pág. 109, párr. 64, y Pág. 113, punto 5.

423 Ibid., Pág. 11-112, párr. 67. Las leyes nacionales por su puesto no deben discriminar bajo cualquier fundamento. En sus observaciones conclusivas en el primer, segundo, tercero y cuarto informe de Estonia, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial expresó “una preocupación particular de que las disposiciones para las cuotas de inmigración restringida establecidas por las Leyes de Extranjeros de 1993 aplican a ciudadanos de la mayoría de países en el mundo, excepto aquellos de la Comunidad europea, Noruega, Islandia y Suiza”. Recomendó “que el sistema de cuotas sea aplicable sin discriminación basado en la raza o el origen étnico o nacional”, doc. de NU. GAOR, A/55/18, Pág.25, párr. 81.

6.2.7 Equidad en el matrimonio

En cuanto a la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos, es importante mencionar la decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Morales de Sierra:

“(…) 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.

44. 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”⁴²⁴.

424 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso Morales de Sierra c. Guatemala, párrs. 43 y 44.

Con base en esas consideraciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos dispuso que el régimen conyugal provisto por la legislación guatemalteca era incompatible con la Convención Americana y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

6.3 Idioma

El uso de idioma surgió en el caso de *Diergaardt et al. c. Namibia* en el cual los peticionarios, todos miembros de la Comunidad Rehoboth Baster, argumentaron una violación, entre otras, del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque se les había negado el uso de su idioma materno – afrikaans – en el campo de la administración pública, la justicia, la educación y la vida pública⁴²⁵. En este caso, donde se les debía dar a los peticionarios la “devida importancia” de las acusaciones por falta de una respuesta del gobierno, el Comité señaló que los peticionarios habían demostrado que el Estado Parte había “instruido a los funcionarios públicos no contestar las comunicaciones escritas u orales de los peticionarios con las autoridades en idioma afrikaans, aún cuando son perfectamente capaces de hacerlo”. Estas instrucciones prohibían el uso de afrikaans no sólo para la emisión de documentos públicos sino también para las conversaciones telefónicas⁴²⁶. Por lo tanto, los peticionarios, como hablantes de afrikaans, eran víctimas de violación del artículo 26 del Pacto⁴²⁷.

Una persona cuyo idioma materno era el bretón, quien también hablaba francés, se quejó de una violación al artículo 26 del Pacto ya que no se le permitió utilizar el idioma bretón durante un procedimiento judicial. El Comité de Derechos Humanos señaló, sin embargo, que el peticionario no había “demostrado que él, o los testigos que fueron llamados en su nombre, no podían dirigirse al tribunal en un francés simple pero adecuado”⁴²⁸. Según el Comité, el derecho a tener un juicio justo en el artículo 14(1) del Pacto, leído en conjunto con el artículo 14 (3)(f), “no implica que al acusado se le otorgue la posibilidad de expresarse en el idioma que normalmente habla o que habla con más facilidad”. Si la corte está segura, como lo estaban las dos cortes en este caso, “de que el acusado pueda dominar suficientemente el idioma de la corte, no se requiere que se determine si para el acusado es preferible expresarse en un idioma que no sea el idioma de la corte”⁴²⁹. De acuerdo a la ley francesa, el autor habría tenido el derecho a los servicios de un intérprete si lo hubiera necesitado. Como ese no era el caso, él no era una víctima de violación del artículo 26 o de cualquier otra disposición del Pacto⁴³⁰.

En el caso de *Ballantyme et al c. Canadá* los autores tenían como idioma materno el inglés pero vivían en Québec. Ellos adujeron que la prohibición de poder utilizar el inglés para propósitos publicitarios era una violación del artículo 26 del Pacto. El Comité de Derechos Humanos concluyó que los autores no habían sido

425 Comunicación No. 760/1997, *J.G.A. Diergaardt et al. V. Namibia* (Criterios adoptados el 25 de julio de 2000), en doc. de NU, GAOR, A/55/40 (II), Pág. 147, párr. 10.10.

426 *Ibid.*, Loc. Cit.

427 *Ibid.*, Loc. Cit.

428 Comunicación No. 219/1986, *Dominique Guesdon c. Francia* (Criterios adoptados el 25 de julio de 1990) en el doc. de UN, GAOR, a/45/40 (II), Pág.67, párr. 10.3.

429 *Ibid.*, Loc.Cit.

430 *Ibid.*, Pág.68, párrs. 10.4-11.

víctimas de discriminación por motivos de su idioma, ya que la prohibición aplicaba tanto a hablantes franceses como a ingleses, por lo que “una persona de habla francesa que desea publicitar en inglés, para poder alcanzar a su clientela de habla inglesa” no lo podría hacer⁴³¹.

6.4 Religión o convicciones

6.4.1 Objeción de conciencia al servicio militar

El Comité de Derechos Humanos, consistentemente ha sostenido que conforme al artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los Estados Parte pueden requerir el servicio de carácter militar, y en los países donde se admite la exención por razones de conciencia, un servicio nacional alternativo, **siempre que dicho servicio no sea discriminatorio**⁴³² (énfasis agregado). En el caso de *F. Foin c. Francia*, el autor se quejó que la ley francesa requiere un servicio nacional alternativo de 24 meses para objetores de conciencia, comparado con el servicio militar de 12 meses, y esto era discriminatorio y violaba el principio de igualdad ante la ley y de igual protección de la ley como lo garantiza el artículo 26 del Pacto⁴³³. El Comité reconoció:

“(...) que la ley y la práctica pueden establecer diferencias entre el servicio nacional alternativo y el servicio militar y que dichas diferencias, en un caso particular, justifican un período más largo de servicio, siempre que la diferenciación esté basada en criterios razonables y objetivos, como la naturaleza del servicio específico concerniente o la necesidad de una capacitación especial para poder cumplir con ese servicio”⁴³⁴.

Sin embargo, en el caso *Foint*, el argumento invocado por el gobierno fue que duplicar el tiempo del servicio era la única manera de demostrar la sinceridad de la convicción de una persona. Según el Comité, un argumento tal no satisfacía el requerimiento de que una diferencia en el trato estaba basada en criterios razonables y objetivos. Por lo tanto, se había violado el artículo 26, ya que se había discriminado al autor en base a su convicción de conciencia⁴³⁵.

En el caso de *Järvinen c. Finlandia*, por otro lado, el Comité no encontró una violación al artículo 26. El autor aducía que había sido discriminado ya que el servicio alternativo había durado 16 meses, comparado con sólo 8 meses que duraba el servicio militar. El tiempo de servicio alternativo se había extendido de 12 a 16 meses cuando se cambió la ley para que a los solicitantes se les asignaran el servicio civil únicamente en base a sus propias declaraciones sin tener que comprobar sus

431 Comunicación Nos. 359/1989 y 385/1989, *J. Ballantyne y E. Davidson, y G. McIntyre c. Canadá* en doc. de NU GAOR, A/48/40/ (II), Pág. 103, párr. 11.5.

432 Vea, por ejemplo, Comunicación No. 666/1995, *F. FOIN c. Francia* (Criterios adoptados el 3 de noviembre de 1999), doc de NU. GAOR; a/55/40 (II), Pág.37, párr.10.3.

433 *Ibid.*, Loc. Cit.

434 *Ibid.*, Loc. Cit.

435 *Ibid.* Para argumentación idéntica vea Comunicación No. 689/1996, *R Maille c. Francia* (Criterios adoptados el 10 de julio de 2000), Pág. 72, párr. 10.4.

convicciones⁴³⁶. El legislador estimó dicha prolongación como “el indicador más adecuado de las convicciones conscriptas”⁴³⁷. Al considerar en particular este *ratio legis*, el Comité concluyó que “los nuevos arreglos fueron diseñados para facilitar la administración del servicio alternativo”. La legislación por lo tanto fue “basada en consideraciones prácticas y no tenía un propósito discriminatorio”⁴³⁸. Sin embargo, el Comité estuvo consciente de que:

“El impacto de la diferenciación legislativa opera para el detrimento de los objetores de conciencia genuinos, cuya filosofía requerirá necesariamente que acepten el servicio civil. Al mismo tiempo, los nuevos arreglos no fueron simplemente para la conveniencia sólo del Estado. Estos hicieron que los objetores de conciencia ya no tuvieran que convencer muy a menudo a la junta examinadora de la autenticidad de sus convicciones; y permitieron a más personas optar potencialmente por la posibilidad del servicio alternativo”⁴³⁹.

Un aspecto legal diferente surgió en el caso de *Thlimmenos c. Grecia*, que tuvo su origen en el credo del demandante, un Testigo de Jehová; el Tribunal Militar Permanente de Atenas lo acusó de insubordinación al rehusarse a utilizar el uniforme militar durante una movilización general. Fue sentenciado a cuatro años de prisión pero fue puesto en libertad bajo palabra después de dos años y un día⁴⁴⁰. Posteriormente el demandante fue el segundo de 60 candidatos en un examen público para el nombramiento de 112 contadores certificados, pero la Junta Directiva del Instituto Griego de Contadores Certificados se rehusó a nombrarlo porque había sido condenado por un delito mayor⁴⁴¹. El demandante, sin éxito, se avocó a la Corte Suprema Administrativa, entre otras cosas, para invocar su derecho a la libertad de religión e igualdad ante la ley. La Corte decidió que la Junta había actuado de acuerdo con la ley, cuando con el fin de aplicar el artículo 22(1) del Código de Funcionarios Públicos Civiles, había tomado en consideración la condena del demandante⁴⁴². De acuerdo con esta provisión, ninguna persona condenada por un delito mayor podía ser nombrada para el servicio civil, y en base al Decreto Legislativo No. 3329/1955, según enmienda, una persona que no calificaba para el nombramiento de un servicio civil no podía ser nombrado contador certificado⁴⁴³.

Ante la Corte Europea, el solicitante no se quejó por su condena inicial por insubordinación sino que únicamente por el hecho de que la ley que excluía a personas condenadas por delitos mayores del nombramiento del puesto de contador certificado sin distinguir entre personas que habían sido condenadas como resultado de una convicción religiosa y personas condenadas por otros motivos⁴⁴⁴. La Corte examinó

436 Comunicación No. 195/1988, *A. Järvinen c. Finlandia* (Criterios adoptados el 25 de julio de 1990), en doc. de NU, GAOR, A/45/40 (II)m o, 1001, párr. 2.1, Pág. 102, párr. 3.1, y Pág. 104, párr. 6.1.

437 *Ibid.*, Pág. 102, párr. 2.2.

438 *Ibid.*, Pág. 105, párr. 6.4.

439 *Ibid.*, Pág. 105, párr. 6.5.

440 Corte europea de DH, *Caso de Thlimmenos c. Grecia*, juicio del 6 de abril de 2000, párr. 7 del texto de la decisión como se ubicó en el sitio web de la corte: <http://www.echr.coe.int/>

441 *Ibid.*, párr. 8.

442 *Ibid.*, párrs. 9-13.

443 *Ibid.*, párrs. 15-16.

444 *Ibid.*, párr. 33.

la queja conforme al artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) y el artículo 14 de la Convención. El artículo 9 era importante porque el demandante era un miembro de los Testigos de Jehová, un grupo religioso pacífico⁴⁴⁵. Según se indicó anteriormente, la Corte observó en este caso que el derecho a no ser discriminado contra el goce de los derechos garantizados en el Convenio también se viola cuando los Estados sin una justificación objetiva y razonable tratan de forma diferente a las personas cuyas situaciones son significativamente diferentes⁴⁴⁶. De este modo se debe examinar:

- Si el no tratar al demandante de forma diferente que a otras personas condenadas por un delito mayor perseguía una finalidad legítima y de ser así,
- si había una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁴⁴⁷.

La Corte indicó que los Estados tienen un interés legítimo de excluir algunos ofensores de la profesión de contadores certificados. Sin embargo, esta consideró que:

“(...) a diferencia de otras condenas por ofensas criminales serias, una condena por rehusarse a utilizar el uniforme militar, fundamentada en motivos religiosos o filosóficos, no puede implicar una deshonestidad o bajeza moral que menoscabe la habilidad del ofensor de ejercer su profesión. Por lo tanto excluir al demandante por ser una persona incapaz, no era justificado”⁴⁴⁸.

En respuesta al argumento del Gobierno sobre que las personas que se rehúsan a servir a su país deben ser castigadas adecuadamente, la Corte señaló que ya había cumplido una sentencia de prisión por su negativa. Bajo estas circunstancias, la Corte consideró que imponer una sanción adicional al demandante era algo desmedido. Prosiguió que la exclusión del demandante de la profesión de contadores certificados no perseguía una finalidad legítima. Como resultado, la Corte encontró que no había una justificación objetiva o razonable para no tratar al demandante de forma diferente que a otras personas que habían sido culpadas de delitos mayores⁴⁴⁹. Por lo tanto había habido una violación al artículo 14 de la Convención Europea conjuntamente con el artículo 9.

6.4.2 Obligación de utilizar equipo de seguridad en el trabajo

Un hombre de religión Sikh se quejó ante el Comité de Derechos Humanos en cuanto a que su derecho de manifestar su religión, como lo reconoce el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, había sido violado por el requerimiento de regulaciones de seguridad de utilizar un casco de protección en lugar de un turbante durante sus labores, que consistían en realizar la inspección

445 Ibid., párr., 42.

446 Ibid., párr. 44.

447 Ibid., párr. 46.

448 Ibid., párr. 47.

449 Ibid., Loc. Cit.

nocturna del tren de aterrizaje de trenes desde un hoyo localizado entre los rieles, así como la realización de trabajos de mantenimiento dentro y fuera del tren. El Comité examinó la queja según el artículo 18 del Pacto y también ex officio conforme al artículo 26, concluyendo que en ambos casos el resultado era el mismo: en el artículo 18(3) la limitación del derecho del autor de manifestar su religión era justificada por referencia a los fundamentos establecidos en el artículo 18(3), y en el artículo 26 era una medida razonable dirigida a los propósitos objetivos compatibles con el Pacto⁴⁵⁰. En otras palabras, era una medida razonable y objetiva requerir que trabajadores en empleos federales estuvieran protegidos de cualquier lesión y descarga eléctrica al utilizar cascos de protección⁴⁵¹.

6.4.3 Falta de personalidad jurídica para actuar ante los tribunales

La Corte Europea de Derechos Humanos concluyó que el artículo 14 tomado conjuntamente con el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos había sido violado en el caso de *Iglesia Católica de Canea c. Grecia*. La iglesia en cuestión había intentado iniciar acciones legales contra dos personas que vivían al lado de la catedral de la diócesis católica romana en Creta, quienes habían demolido una de las paredes que rodeaba la iglesia. El propósito de las acciones legales era obtener una decisión que ordenara a los acusados cesar la molestia y restaurar a la anterior situación⁴⁵². Sin embargo, la Corte de Casación eventualmente decretó que la iglesia no tenía un fundamento legal porque había fallado en cumplir con las leyes del Estado en la adquisición de personería jurídica⁴⁵³.

Ante la Corte Europea, la iglesia demandante mantuvo que había sido víctima de discriminación lo cual era incompatible con el artículo 14 de la Convención, ya que la negación de su derecho de iniciar acciones legales se basaba exclusivamente en criterios de religión⁴⁵⁴. Para la Corte, fue suficiente señalar que a la iglesia demandante, propietaria de la tierra y el edificio, se le había impedido tomar acciones legales para proteger su propiedad, mientras que la iglesia ortodoxa o la comunidad judía podían proteger su propiedad sin ninguna formalidad o procedimiento necesario. El Artículo 14 junto con el artículo 6(1) de la Convención habían sido violados ya que el Gobierno no había presentado ninguna justificación objetiva y razonable para tal diferencia de trato⁴⁵⁵.

6.5 Propiedad

El caso de *Chassagnou y Otros c. Francia* es considerado por la Corte Europea de Derechos Humanos como un caso complejo relacionado al uso de la propiedad y los derechos de caza en Francia. En general, los demandantes, quienes

450 Comunicación No. 208/1986, *K. Singh Bhinder c. Canadá* (Criterios adoptados el 9 de noviembre 1989), en doc. de NU, GAOR, A/45/40/ (II), Pág.54, párr. 6.2.

451 Ibid., Loc. Cit.

452 Corte europea de DH, *Caso de Iglesia Católica de Canea c. Grecia, juicio del 16 de diciembre 1997, Informes 1997 -VIII*, Pág. 2847-2848, párr. 6-8.

453 Ibid., Pág. 2849-2850, párr. 13.

454 Ibid., Pág. 2860, párr. 44

455 Ibid., Pág. 2861, párr. 47.

eran todos agricultores y/o propietarios de tierras que vivían en Francia, sostuvieron que, conforme a la Ley de Francia No. 64-696 de 1964, la llamada “*Loi Verdeille*”, ellos habían sido obligados, a pesar de su oposición a cazar basada en motivos éticos, a transferir los derechos de caza a asociaciones aprobadas de cazadores municipales, se habían convertido automáticamente en miembros de dichas asociaciones y no podían impedir que se cazara en sus propiedades. En su opinión, esto violaba el artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, el artículo 1 del Protocolo No. 1 y además el artículo 14 de la Convención, en cuanto a que únicamente los propietarios de tierras que tenían más de cierta área mínima podían evadir la transferencia obligatoria de los derechos de caza sobre sus tierras a una asociación municipal aprobada de cazadores, y de esta manera podían prevenir allí la caza y evitar convertirse en miembros de dicha asociación⁴⁵⁶.

La Corte Europea primero concluyó que ambos artículos del Protocolo No. 1 y el artículo 11 habían sido violados⁴⁵⁷. También encontró que habían habido violaciones al artículo 1 del Protocolo No. 1 analizado en conjunto con el artículo 14 de la Convención, concluyendo que ya que el resultado de la diferencia en el trato entre pequeños y grandes propietarios de tierras es el de dar a los últimos el derecho de usar su tierra de acuerdo a su conciencia, esto constituye una discriminación por motivos de propiedad, dentro del significado del Artículo 14 de la Convención⁴⁵⁸. Finalmente, la corte encontró que había habido una violación al artículo 11 al tenor del artículo 14, concluyendo que el gobierno no había presentado justificación objetiva y razonable por la diferencia en el trato lo que obligaba a los pequeños propietarios de tierras a volverse miembros de asociaciones municipales de caza, pero permitía a los grandes propietarios de tierras evadir la membresía obligatoria, si ejercían su derecho exclusivo de cazar en su propiedad o preferían, por motivo de sus convicciones, utilizar la tierra para establecer un santuario o reserva natural⁴⁵⁹.

6.6 Nacimiento y cualquier otra condición

6.6.1 Beneficios de seguridad social para parejas casadas/no casadas

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no necesita que los Estados Parte adopten una legislación de seguridad social, pero cuando lo hacen dicha legislación debe cumplir con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y cualquiera de las distinciones realizadas en el goce de los

456 Corte europea de DH, *Caso de Chassagnou y Otros c. Francia*, juicio del 29 de abril 1999, *Informes 1999 – III*, Pág. 50, párr. 66.

457 *Ibid.*, pp. 57-58, párr. 85 (en el artículo 1 del Protocolo No. 1: hubo un agobio desproporcionado en propietarios de tierras pequeños) y Pág. 67, párr. 117 (art.11: obligación de unirse a una asociación “fundamentalmente” contrario a las convicciones personales).

458 *Ibid.*, Pág. 60, párr. 95.

459 *Ibid.*, Pág. 68, párr. 121. La ley creó “una diferencia en el trato entre personas en situaciones comparables, principalmente los propietarios de tierras y los derechos de caza, ya que quienes poseen 20 hectáreas o más de tierra en una sola manzana pueden objetar a la inclusión de su tierra en los fundamentos de caza de la [asociación de cazadores municipales], de esta manera evadiendo la membresía obligatoria de la asociación, mientras que quienes, como los demandantes, poseen menos de 20 o 60 hectáreas de tierra no pueden”, Pág. 68, párr. 120.

beneficios deben estar basadas en criterios razonables y objetivos⁴⁶⁰. En el caso de *M. Th. Sprenger c. los Países Bajos*, la peticionaria, que habitaba en concubinato con un hombre, se quejó de que su derecho conforme al artículo 26, había sido violado, ya que se le negó la condición de persona coasegurada en virtud de la Ley sobre seguros médicos, que establece una distinción entre las personas que viven en matrimonio y las que viven en concubinato, mientras que otras leyes de seguridad social, ya reconocen la igualdad jurídica entre el matrimonio oficial y el concubinato⁴⁶¹.

Sin embargo, el Comité señaló que se producen acontecimientos sociales dentro de los Estados Parte y, en ese contexto, el Comité ha tomado nota de leyes recientes que toman en cuenta dichos acontecimientos, incluyendo las enmiendas a la Ley sobre el seguro médico, que reconoce la igualdad del derecho común y los matrimonios oficiales a partir del 1 de enero de 1988⁴⁶². El Comité también ha tomado nota de la explicación del Estado Parte de que no ha habido una derogación general de la distinción entre personas casadas y personas que viven en concubinato, y de los motivos por los que se mantiene esa distinción. El Comité consideró que la diferencia de trato se basa en criterios razonables y objetivos. Finalmente, el Comité observó que la decisión del Órgano legislativo de un Estado de enmendar una ley no implica que la ley fuera necesariamente incompatible con el Pacto: los Estados Parte tienen la libertad de enmendar leyes que sean compatibles con el Pacto, e incluso ir más allá de las obligaciones del Pacto y proporcionar derechos y prestaciones adicionales que no sean exigibles en virtud de ese instrumento⁴⁶³.

6.6.2 Derechos de herencia

El caso de *Mazurek c. Francia* se relaciona con las disposiciones de la ley francesa, que limita los derechos de herencia del demandante sobre los bienes de su madre, comparados con los de su hermanastro. De acuerdo a la ley, los hijos nacidos fuera de matrimonio tenían el derecho de recibir únicamente la mitad de la parte a la que habrían tenido derecho si todos los hijos del fallecido, incluidos ellos mismos, hubieran sido hijos legítimos (art. 760 del Código Civil)⁴⁶⁴. El demandante era un hijo adulterino, mientras su hermano, que había nacido fuera del matrimonio, había sido legitimado por medio del matrimonio de su madre.

La Corte Europea de Derechos Humanos examinó el caso en vista de una supuesta infracción de los derechos del demandante al disfrute pacífico de sus bienes de acuerdo al artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, junto con el principio de no discriminación contenido en el artículo 14. El artículo 1 del Protocolo No. 1 era importante, ya que los bienes de su fallecida madre eran copropiedad de los hermanastros⁴⁶⁵.

460 Comunicación No. 395/1990, *M. Th. Sprenger c. los Países Bajos* (Criterios adoptados el 31 de marzo de 1992), en doc. de NU, GAOR, A/47/40, Pág. 321, párr. 7.2.

461 *Ibid.*, Pág. 320, párr. 3.

462 *Ibid.*, Pág. 322, párr. 7.4, leído junco con Pág. 320, párr. 2.5.

463 *Ibid.*, Pág. 322, párr. 7.5.

464 Corte europea de DH, *Caso de Mazurek c. Francia*, juicio del 1 de febrero de 2000, paras 17 y 23 del texto de la decisión como se publicó en el sitio web de la corte: <http://www.echr.coe.int>

465 *Ibid.*, párrs. 41-43.

Al examinar si esta diferencia en el trato era discriminatoria, la Corte enfatizó que la Convención es un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y que hoy los Estados Miembro del Consejo de Europa conceden una gran importancia a la cuestión de la igualdad entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los hijos nacidos fuera del matrimonio, en cuanto a sus derechos civiles⁴⁶⁶. Por consiguiente, se deben proponer razones de mucho peso ante la diferencia de trato, basándose en el nacimiento fuera del matrimonio para que se pudieran considerar compatibles con la Convención⁴⁶⁷.

Aunque la Corte aceptó el argumento del gobierno sobre que la ley francesa tenía como objetivo proteger la familia tradicional como legítimo, la pregunta seguía siendo si, a pesar de los medios empleados, el establecimiento de una diferencia en el trato entre los hijos adulterinos y los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, pero no producto de una relación de adulterio, respecto de la herencia de sus padres, era proporcional y apropiada en relación a la finalidad perseguida⁴⁶⁸.

La Corte luego señaló que la institución de la familia no es estable, sea histórica, sociológica o hasta legalmente, y aludió que el desarrollo legal tanto en Francia como a nivel universal favorece la igualdad creciente entre los hijos de distinta ascendencia. Contrario a la afirmación del gobierno francés, la Corte también señaló respecto de la situación en otros Estados Miembro del Consejo de Europa, que existía una tendencia distinta a favor de la erradicación de la discriminación contra los hijos adulterinos. No podía ignorar dicha tendencia, en su necesariamente dinámica interpretación de las importantes disposiciones de la Convención⁴⁶⁹. Por lo tanto la Corte concluyó que no había fundamento en el caso del momento en el cual se podía justificar la discriminación basada en el nacimiento fuera del matrimonio. En cualquier circunstancia, a un hijo adulterino no se le puede culpar de circunstancias de las cuales no es responsable. Fue una conclusión ineludible lo violatorio de que el demandante haya sido penalizado, por causa de su condición de hijo adulterino, en la división de los bienes de la propiedad⁴⁷⁰. Prosiguió que no había relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida y el artículo 14 de la Convención leído en conjunto con el artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención, por lo tanto, se habían violado⁴⁷¹.

En el caso de *Marckx c. Bélgica*, la Corte Europea de Derechos Humanos también observó, entre muchas otras violaciones, una violación al artículo 14 de la Convención leída junto con el derecho al respeto de la vida familiar garantizado en el artículo 8 en cuanto a que había una diferencia de trato en la ley belga entre los hijos “ilegítimos” y los “legítimos” respecto de los derechos de herencia⁴⁷². La segunda demandante, Alexandra, había gozado únicamente de derechos limitados para recibir la propiedad de su madre biológica antes de su adopción y no tuvo en ningún momento, ni antes ni después de su adopción, ningún derecho de intestado en

466 *Ibid.*, párr. 49.

467 *Ibid.*, Loc. Cit.

468 *Ibid.*, párrs. 50-51.

469 *Ibid.*, párr. 52.

470 *Ibid.*, párr. 54.

471 *Ibid.*, párr. 55.

472 ECHR, Caso *Marckx c. Bélgica*, juicio del 13 de junio 1979, Serie A, No. 31, Pág. 22, párr. 48.

los bienes de los miembros de la familia de su madre⁴⁷³. La Corte concluyó que tales diferencias en el trato carecían de justificaciones objetivas y razonables. Por lo tanto, había habido una violación al artículo 14 al tenor del artículo 8 de la Convención⁴⁷⁴.

La capacidad limitada de la madre de Alexandra, Paula, para realizar disposiciones a favor de su hija, desde la fecha del reconocimiento de su hija hasta su adopción, también constituía una violación a los derechos de Paula a no ser objeto de discriminación. Según la Corte Europea, la distinción hecha en este respecto entre las madres casadas y las no casadas carecía de justificación objetiva y razonable; y, por lo tanto, era contraria al artículo 14 leído conjuntamente con el artículo 8 de la Convención. La limitación del derecho de una madre que no estaba casada, comparado con el de una madre que estaba casada, para hacer donaciones y herencias a favor de su hija, también violaba el artículo 14 conjuntamente con el artículo 1 del Protocolo No. 1 de la Convención, de acuerdo al cual todos tienen el derecho del disfrute pacífico de sus posesiones⁴⁷⁵.

6.6.3 Condiciones de nacimiento y ascendencia para candidatos presidenciales

En el caso interpuesto por *Legal Resources Foundation* contra Zambia, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos tuvo que considerar la Ley de Enmiendas de 1996 a la Constitución de Zambia, de acuerdo a la cual cualquiera que deseara competir por la presidencia de un país debía comprobar que ambos padres eran ciudadanos zambianos por nacimiento o ascendencia. Se alegó que la enmienda privaría de sus derechos aproximadamente al 35 por ciento del electorado zambiano de poder postularse como candidatos presidenciales⁴⁷⁶.

La Comisión Africana señaló que el artículo 2 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos no admite la discriminación fundamentada en cualquier motivo, entre estos el idioma, el origen nacional y social, nacimiento o cualquier otra condición. Esto significa que los ciudadanos deben esperar ser tratados equitativa y justamente dentro del sistema legal y deben estar seguros de obtener un trato igual ante la ley y un disfrute igual de sus derechos disponibles para todos los ciudadanos⁴⁷⁷. Según la Comisión, el derecho a la igualdad también es importante debido a que afecta la capacidad de disfrutar otros derechos. Por ejemplo, una persona que está en desventaja debido a su lugar de nacimiento o a su origen social, puede votar por otros pero, puede tener limitaciones cuando se trata de postularse para una candidatura. En otras palabras el país puede estar siendo privado del liderazgo o la iniciativa que una persona que puede aportar a la vida nacional. La Comisión indicó en este aspecto, que en un número creciente de Estados Africanos, estas formas de

473 Ibid., Pág. 24-25, párrs. 55-56.

474 Ibid., Loc. Cit. y Pág. 26, párr. 59.

475 Ibid., Pág. 27-18, párrs. 63-65.

476 ACHPR, *Legal Resources Foundation c. Zambia*, Comunicación No. 211/98, decisión adoptada durante la Sesión ordinaria No. 29, 23 de abril – 7 mayo 2001, párr. 52 del texto de la decisión como se publicó en <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/211-98.html>

477 Comunicación No. 196/1985, *I. Gueye et al. c. Francia* (Criterios adoptados el 3 de abril de 1989), en doc. de NU, GAOR, A/44/40, Pág. 189, párrs. 1.1-1.2.

discriminación habían causado violencia e inestabilidad social y económica, lo que no había beneficiado a nadie⁴⁷⁸.

La Comisión examinó esta queja detenidamente no sólo conforme al artículo 2 de la Carta sino también conforme al artículo 13 relacionado al derecho de cada ciudadano de participar libremente en la esfera del gobierno de su país, ya sea directamente o por medio de representantes elegidos libremente. Observando la historia de Zambia, se concluyó que los derechos que se habían gozado durante 30 años no se podían eliminar a la ligera y la aplicación retrospectiva de la medida impugnada no se podía justificar bajo la Carta Africana⁴⁷⁹. Los artículos 2 y 13 de la carta así como el derecho a la igualdad ante la ley como lo garantiza el artículo 3 (1) por lo tanto ha sido violado.

6.7 Origen nacional

El caso de *Gueye et al c. Francia* fue presentado por 743 miembros senegaleses retirados de la Armada francesa quienes reclamaban que Francia había violado el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos porque la ley proveía un trato diferente en la determinación de pensiones de los soldados retirados de nacionalidad senegalense que habían prestado servicio en la Armada francesa antes de la independencia de Senegal en 1960, en el sentido de que habían recibido pensiones que eran inferiores a las que gozaban los soldados franceses de nacionalidad francesa. Según el punto de visa de los peticionarios, esto constituía una discriminación racial⁴⁸⁰.

Si bien el Comité no encontró evidencia que soportara el alegato de discriminación racial, debió determinar si la situación por la cual se estaban quejando estaba dentro de la competencia del artículo 26 por cualquier otro motivo⁴⁸¹. A pesar del hecho de que la nacionalidad como tal no figura entre los motivos prohibidos de discriminación enumerados en el artículo 26 del Pacto, el Comité aceptó que se había hecho una diferenciación basada en la nacionalidad por la independencia de Senegal y que esto era un tema que caía dentro de la referencia de otro estatus o condición. Por lo tanto, tuvo que determinar si la diferenciación estaba basada en criterios razonables y objetivos⁴⁸².

Al hacer eso, el Comité indicó que no era el asunto de la nacionalidad el que determinaba el otorgamiento de las pensiones a los autores, sino los servicios prestados por ellos en el pasado. Una oportunidad subsiguiente en que la nacionalidad no podía por sí misma ser considerada como justificación suficiente para un trato diferente, ya que la base de la concesión de pensión fue el servicio mismo que prestaron tanto ellos como los soldados que siguieron siendo franceses⁴⁸³. Considerando que no hubo

478 *Ibid.*, Loc. Cit.

479 *Ibid.*, párrs. 71-72.

480 Comunicación No. 196/1985, *I. Gueye et al. C. Francia* (Criterios adoptados el 3 de abril de 1989), en doc. de NU, GAOR, A/44/40, Pág.189, párrs. 1.1 -1.2.

481 *Ibid.*, pp. 193-195, párr. 9.4.

482 *Ibid.*, Pág. 194, párr. 9.4.

483 *Ibid.*, Pág. 194, párr. 9.5.

otros fundamentos legítimos para justificar un trato diferente, el Comité concluyó que la diferencia no fue basada en criterios razonables y objetivos y por lo tanto constituía una discriminación prohibida por el artículo 26⁴⁸⁴.

En un caso relativo a la expulsión de africanos del oeste de Angola, la Comisión Africana de Derechos Humanos y los Pueblos señaló que el artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos requería que los Estados Parte aseguraran que las personas que vivían en su territorio disfrutaran los derechos garantizados en la Carta sin importar si eran nacionales o no. En el caso ante la Comisión, el derecho a igualdad de las personas expulsadas ante la ley conforme al artículo 2 de la Carta había sido violado debido a su origen⁴⁸⁵.

6.8 Orientación sexual

El derecho a no ser discriminado en base a la orientación sexual personal no se cubre expresamente en las disposiciones legales consideradas en este capítulo. Sin embargo, los fundamentos enumerados, por ejemplo, en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos no son exhaustivos. Como se entiende claramente por las palabras “como” en estos artículos, las listas son sólo ilustrativas. Ello fue enfatizado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso de *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* relativo al artículo 14 de la Convención Europea, en el cual ésta decretó que la orientación sexual de una persona es un concepto que está cubierto indiscutiblemente por ese artículo⁴⁸⁶.

En este caso, el demandante, se quejó que la Corte de Apelaciones de Lisboa había basado su decisión de otorgar la responsabilidad parental de su hija a su antigua esposa en lugar de a él exclusivamente en base a su orientación sexual. La corte de primera instancia, la Corta de Asuntos Familiares de Lisboa, había otorgado antes la responsabilidad al demandante⁴⁸⁷. Él consideró que su derecho al respeto de su vida familiar había sido violado y que había sido discriminado contrario al artículo 14 de la Convención.

Al examinar la supuesta violación del artículo 8 tomada junto con el artículo 14, la Corte Europea aceptó que la Corte de Apelaciones de Lisboa consideró, ante todo, los intereses de la niña cuando examinó ciertos puntos de hecho y de ley que pudieron haber inclinado la balanza a favor de un padre en lugar de al otro.

484 Ibid., Loc. Cit.

485 ACHPR, *Union Inter-Africaine des Droits de L'Homme et al v. Angola*, Comunicación No. 159/96, decisión adoptada el 11 de noviembre de 1997, párr. 18 del texto de la decisión como se publico en el siguiente sitio web: <http://www1.umn.edu/humanrts/africa/comcases/159-96.html>: este caso también involucró una violación del artículo 7(1) de la Carta, ya que las personas expulsadas no habían tenido oportunidad de impugnar su expulsión ante las autoridades legales competente, párrs. 19-20.

486 Vea, por ejemplo, *Corte europea de DH, Caso de Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, juicio del 21 de diciembre de 1999, *Informes – IV*, Pág. 327, párr. 28.

487 Ibid., Pág. 324-325, párr. 21.22.

Sin embargo, al revisar la decisión del tribunal de primera instancia, la Corte de Apelaciones introdujo un nuevo factor, concretamente que el demandante era homosexual y estaba viviendo con otro hombre⁴⁸⁸.

La Corte Europea fue forzada a concluir que hubo una diferencia de trato entre el demandante y su ex esposa, basado en la orientación sexual del demandante. Por lo tanto, ésta tuvo que considerar si esta diferencia en el trato tenía una justificación objetiva y razonable; es decir, si perseguía una finalidad legítima y de ser así, si existía una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida⁴⁸⁹.

La corte concluyó que el objetivo perseguido por la decisión de la Corte de Apelaciones de Lisboa era indiscutiblemente legítimo, en tanto era para la protección de la salud y los derechos de la niña⁴⁹⁰; pero también afirmó que retirarle del cuidado de su padre no era racionalmente proporcional a este objetivo. Así, concluyó que la homosexualidad del demandante era un factor decisivo en la decisión final de la Corte de Apelaciones y que la distinción basada en consideraciones concernientes a la orientación sexual del demandante no eran aceptables conforme a la Convención⁴⁹¹.

En septiembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó una demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Karen Atala e hijas*, el cual se relaciona con el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que experimentó la señora Atala debido a su orientación sexual. En el Informe de Fondo 139/09, la Comisión manifestó que el Estado de Chile era responsable por la discriminación contra la señora Atala en el proceso judicial que derivó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas. El caso también se relaciona con la inobservancia del interés superior de sus hijas, puesto que la Comisión consideró que sobre ese punto, también hubo violación de sus derechos. Esta es la primera oportunidad en que la Comisión Interamericana decide sobre discriminación por orientación sexual. De esa cuenta, este caso permitirá a la Corte pronunciarse por primera vez sobre la incompatibilidad de este tipo de discriminación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En el referido Informe de Fondo, se dijo:

“La Comisión considera *prima facie* que los alegatos presentan cuestiones relacionadas al derecho a la igualdad protegido por el artículo 24, que corresponden a un análisis en la etapa de fondo. Los peticionarios alegan que la Corte Suprema de Justicia de Chile trató de manera diferenciada a la Sra. Atala y su ex cónyuge en el fallo de tuición de sus hijas, siendo la orientación sexual de la Sra. Atala el factor decisivo para otorgar la tuición definitivamente al padre. Aducen que la distinción basada en la homosexualidad de la Sra. Atala careció de objetividad y razonabilidad en el juicio de tuición, y no cumplió con un fin legítimo, en contravención de los parámetros internacionales de derechos humanos. Adicionalmente,

488 Ibid., Pág. 327, párr. 28.

489 Ibid., Pág. 327, párrs. 28-29.

490 Ibid., Pág. 327, párr. 30.

491 Ibid., Pág. 328, párrs. 35-36.

sostienen que el fallo de la Corte tiene un impacto desproporcionado y limitante en el ejercicio de los derechos de los padres homosexuales, promoviendo que nunca puedan preservar la custodia de sus hijos, por concepciones estereotipadas de su habilidad para cuidarlos, y de crear un entorno saludable familiar para ellos⁴⁹².

6.9 Niñez

Como se mencionó previamente en este capítulo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño declara que todos los niños y niñas tienen los mismos derechos, sin distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Sin embargo, la discriminación es una realidad cotidiana para millones de niños y niñas de todo el mundo. Los niños y niñas que padecen discriminación pueden verse privados del acceso a los servicios y cuidados básicos; y de esa cuenta, por ejemplo, pueden verse privados del derecho a recibir una educación o atención médica elemental. La discriminación también puede resultar en violencia y explotación. Muchos de los niños y niñas que son explotados mediante las peores formas de trabajo infantil, por ejemplo, provienen de minorías o grupos socialmente excluidos.

El Comité de los Derechos del Niño, que es el órgano de vigilancia del cumplimiento de la Convención, se ha pronunciado acerca de la discriminación en contra de niños y niñas. En particular, ha llamado la atención de los Estados parte hacia las múltiples discriminaciones que pueden afectarlos, en razón no sólo de su edad, sino también de su raza, sexo, idioma, religión o cualquier otra condición. Así, en cuanto a Guatemala, indicó que:

“A fin de asegurar la aplicación de los artículos 28 y 29 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado parte centre más sus esfuerzos en la enseñanza obligatoria y primaria gratuita, en erradicar el analfabetismo y en la enseñanza bilingüe de los niños indígenas. Además, habría que dedicar más esfuerzos a formar a profesores. Esas medidas contribuirán a evitar la discriminación basada en el idioma en lo que hace al derecho a la educación⁴⁹³.”

6.10 Tercera 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. De esa cuenta, el artículo 17 del Protocolo de San Salvador dispone que “toda persona tiene derecho a la protección especial durante su ancianidad”. Por su lado, el Comité de Derechos Humanos reconoció la licitud de las medidas que establecen ciertas

492 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Fondo, Karen Atala e hijas v. Chile, párr. 63.

493 Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Guatemala. CRC/C15/Add.58, párr. 37.

preferencias a favor de personas mayores, en particular los precios especiales para el transporte público⁴⁹⁴.

6.11 Minorías

6.11.1 Derecho a la cultura propia

El Comité de Derechos Humanos establece en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “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”. Por lo tanto, las medidas cuyo impacto equivalen a una negación del derecho son incompatibles con las obligaciones conforme al artículo 27. Sin embargo, las medidas que tienen cierto impacto limitado en la forma de vida y sustento de las personas que pertenecen a una minoría no equivaldrán necesariamente a una negación de los derechos conforme el artículo 27⁴⁹⁵.

Los derechos de las minorías a su propia cultura se discutieron en el caso de *Läusman et al c. Finlandia*, el cual fue presentado por criadores de renos de origen étnico samí, quienes se quejaron de la decisión de llevar a cabo una explotación forestal en un área que cubría aproximadamente 3,000 hectáreas situada en sus tierras, donde legítimamente tenían a sus manadas durante el invierno. Según su punto de vista, esta decisión violaba sus derechos conforme al artículo 27 del Pacto. La “pregunta crucial” que tenía que decidir el Comité era si la explotación forestal que ya se había llevado a cabo, así como la que se había aprobado para el futuro, implicaba una negación del disfrute de la cultura de los peticionarios, según lo garantiza el artículo 27⁴⁹⁶. El Comité recordó en este respecto, los términos del párrafo 7 de su Observación General sobre el artículo 27, de acuerdo al cual las minorías o grupos indígenas tienen el derecho a la protección de actividades tradicionales tales como caza, pesca o cría de renos, y que se deben tomar medidas para asegurar la participación efectiva de los miembros de las comunidades minoritarias, en las decisiones que los afecten⁴⁹⁷.

Sin embargo, después de una consideración cuidadosa del caso, el Comité no pudo concluir que las actividades llevadas a cabo, así como las aprobadas para un futuro, constituían una negación de derechos de los autores al disfrute de su propia cultura. Además, consideró que el grupo de criadores al cual pertenecían los peticionarios, había sido consultado en el proceso de redacción de los planes de explotación forestal, y que además, no los habían repudiado. Adicionalmente, las

494 Comité de Derechos Humanos (2001), caso Schmitz-de-Jong c. Países Bajos, párr. 7.2

495 Ibid., Pág. 329, párr. 36.

496 Ibid., Pág. 203, párr. 10.4.

497 Ibid., Loc. Cit. El párrafo importante de la Observación General No. 23 en realidad lee lo siguiente: “Con respecto al ejercicio de los derechos culturales protegidos en el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta en diferentes formas, incluyendo de una forma particular de vida asociada con el uso de los recursos de la tierra, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir dichas actividades tradicionales como la pesca, caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El disfrute de dichos derechos puede requerir medidas leyes positivas de protección y medidas que aseguren la participación efectiva de los miembros de las comunidades minoritarias en decisiones que los afecten”. *Recopilación de Observaciones Generales de las Naciones Unidas*, Pág. 149, pie de página omitido.

cortes nacionales habían considerado si la explotación forestal propuesta constituiría una violación al artículo 27 del Pacto, y no había algo que sugiriera que dichas cortes habían malinterpretado y/o mal aplicado el artículo⁴⁹⁸.

Sin embargo, el Comité agregó, que si la explotación forestal se aprobaba en una escala más amplia o si se podía demostrar que los efectos planificados de la explotación forestal eran más serios que los previstos, entonces se tendría que considerar si constituiría una violación a los derechos de los peticionarios de disfrutar su propia cultura dentro del significado del artículo 27⁴⁹⁹.

6.11.2. Derecho a residir en una reserva nativa

En un caso decidido por el Comité de Derechos Humanos, *Lovelace c. Canadá*, se refiere a una mujer que nació y fue inscrita como indígena Maliseet, pero quien de acuerdo a la Ley Indígena canadiense, había perdido sus derechos y su condición de indígena después de casarse con un no indígena. Como un hombre que se casaba con una mujer no indígena no perdía su condición de indígena, la peticionaria alegó que la Ley Indígena era discriminatoria y violaba, entre otras cosas, los artículos 26 y 27 del Pacto. Aún después de su divorcio, a la peticionaria no se le permitió volver a su tribu.

Aunque el Comité no era competente para examinar el caso original de la pérdida de la condición de indígena de la peticionaria en 1970, ya que el Pacto entró en vigor con respecto a Canadá el 19 de agosto de 1976, pudo considerar los **efectos permanentes** de ese caso y examinar su congruencia con los términos del Pacto⁵⁰⁰ (énfasis agregado). De hecho, el Comité consideró la comunicación exclusivamente en vista del artículo 27. Así, la pregunta importante era si a la peticionaria, debido a que se le había negado el derecho legal de residir en la Reserva Tobique, se le había negado u derecho garantizado en el artículo 27, a las personas pertenecientes a las minorías, de disfrutar su propia cultura y a utilizar su propio idioma en la comunidad con otros miembros de su grupo⁵⁰¹.

Considerando el caso, en vista del hecho de que el matrimonio de la peticionaria con un no indígena se había disuelto, el Comité concluyó que a ella se le había negado el derecho legal de residir en la Reserva Tobique, en contravención del artículo 27 del Pacto⁵⁰².

Aunque el artículo 27 no garantiza como tal el derecho de vivir en una reserva, el Comité sostuvo que:

“Las restricciones estatutorias que afectan el derecho de residir en una reserva de una persona perteneciente a una minoría,

498 Comunicación No. 671/1995, *J.E. Läusman et al.* en doc. de NU, GAOR, A/52/40 (II), pp. 203-4, párr. 10.5.

499 *Ibid.*, Pág. 204, párr. 10.7.

500 *Ibid.*, Pág. 172, párr. 10.11.

501 *Ibid.*, Pág. 173, párr. 13.2.

502 *Ibid.*, Pág. 174, párrs. 17 y 19.

deben tener tanto una justificación razonable como objetiva y deben ser consistentes con las demás disposiciones del Pacto, leído como un todo”⁵⁰³.

Al Comité no le pareció que negarle a Sandra Lovelace el derecho a residir en la reserva era razonable, o necesario para preservar la identidad de la tribu. El Comité por lo tanto concluyó que impedir su reconocimiento como parte del grupo fue una negación injustificada a su derecho conforme al artículo 27⁵⁰⁴.

7. Acción afirmativa

Es posible que la “igualdad” en el trato no logre garantizar los objetivos mayores de “igualdad”, si se aplica por sí sola, sin tomar en cuenta tanto las diferencias como las similitudes existentes en la población.

En ese sentido, puede decirse que las leyes hacen distinciones, incluso cuando son aparentemente neutrales, puesto que pueden tener un impacto diferente sobre grupos o individuos específicos. Ello obedece a que hay factores estructurales que pueden dejar a ciertos grupos a la zaga en relación con el resto de la sociedad, independientemente de que formalmente reciban un trato equitativo o exista una prohibición de discriminación directa.

En un estudio sobre brechas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de discriminación, un grupo de estudio nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció que determinados grupos estaban en situación de subprotección: grupos religiosos, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, trabajadores migrantes, personas desplazadas dentro del país, comunidades basadas en la ascendencia, pueblos indígenas, minorías, y personas sometidas a la ocupación extranjera⁵⁰⁵.

Por ello, el derecho internacional propone sugerencias en cuanto a la forma de fijar un límite entre distinciones justificadas e injustificadas. El punto de partida, fijado por la Corte Europea de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos, es que no toda diferencia de trato es discriminatoria y que un trato igualitario no implica el otorgamiento de trato idéntico. En las palabras de la Observación General sobre no discriminación del Comité de Derechos Humanos, “el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia”⁵⁰⁶. Así, resulta que el hecho de no tomar en cuenta diferencias pertinentes, o bien el otorgamiento de un trato idéntico a personas desiguales, es tan discriminatorio como tratar a personas iguales de manera diferente.

503 Ibid., pp. 173 – 174, párrs. 15-16.

504 Ibid., Pág. 174, párr. Para la respuesta del Gobierno de Canadá, fechada el 6 de junio de 1983, a las Observaciones adoptadas por el Comité en el caso *Lovelace*, vea doc. de NU, GAOR, A/38/40, pp. 249-253.

505 Ver *Complementary International Standards: Report on the study by the five experts on the content and scope of substantive gaps in the existing international instruments to combat racism, racial discrimination, xenophobia and related intolerance*, A/HRC/4/WG.3/6, 27 agosto de 2007, párr. 20.

506 Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, párr. 8.

En ocasiones, el derecho internacional convencional impone la obligación de adoptar medidas especiales o de crear programas de acción afirmativa. Tal es el caso de la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer; y de manera menos explícita, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), encargado de monitorear la implementación de la Convención respectiva, ha reiterado la importancia de esta obligación en sus “Recomendaciones Generales” contenidas en su informe anual. La Recomendación General número 5 establece que:

“Tomando en cuenta que [...] sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la Convención introduciendo medidas tendentes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer, [...] Recomienda que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo”⁵⁰⁷.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha interpretado el Pacto en el sentido de exigir programas de acción afirmativa en ciertas circunstancias. En su Observación General sobre la no discriminación, el Comité señaló:

“El principio de 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 la 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”⁵⁰⁸.

Por su lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos no sólo permite sino que incluso exige medidas positivas para garantizar la igualdad. En su Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador en el año 1996, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) manifestó:

“En los lugares donde un grupo ha estado históricamente sometido a formas de discriminación pública o privada, la existencia de disposiciones legislativas puede no ser un mecanismo suficiente para garantizar el derecho de todos los habitantes a la igualdad dentro de la sociedad. Para asegurar el derecho a la igualdad de protección por la ley y ante la misma

507 CEDAW, Recomendación General número 5, Medidas Especiales Temporales, séptimo período de sesiones, 04/03/1988.

508 Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, *No discriminación*, párr. 10.

puede ser necesaria también la adopción de medidas positivas, como la garantía de un tratamiento no discriminatorio en la educación y el empleo, a fin de remediar y proteger contra la discriminación pública y privada”.

En similar sentido, en su Opinión Consultiva OC-18/03 del año 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó a fondo el tema de la discriminación dirigida contra trabajadores migratorios extranjeros. Según la Corte Interamericana, las obligaciones de un Estado respecto de los derechos humanos incluyen el deber de ejercer acción afirmativa, evitar tomar medidas que restringen o violan un derecho fundamental, además de eliminar las medidas y prácticas que restringen o violan algún derecho básico. La obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos es un deber que se impone a los Estados en beneficio de las personas que se encuentran bajo sus respectivas jurisdicciones, independientemente de la situación migratoria de los protegidos.

En ese orden ideas, debe considerarse que el derecho internacional sugiere una serie de características necesarias que debe cumplir una acción afirmativa a fin de ser coherente con el principio de igualdad o no discriminación. En primer lugar, la definición de discriminación contemplada en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial se refiere a “preferencia” como un tipo de acto que, en ciertas circunstancias, puede ser discriminatorio. Por tanto, las preferencias que tienen el mismo efecto perjudicial de menoscabar la igualdad que las distinciones, exclusiones o restricciones son también discriminatorias. Únicamente aquellas preferencias que pueden considerarse medidas especiales, de acción afirmativa, se tendrán por no constitutivas de discriminación.

En segundo lugar, la Convención sobre Discriminación Racial y la Convención sobre Discriminación contra la Mujer, que contienen definiciones expresas de medidas especiales, establecen que dichas medidas deben: adoptarse para ciertos propósitos limitados, a saber, deben estar encaminadas a asegurar el adelanto con el objeto de garantizar la igualdad en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales o la aceleración de la igualdad *de facto*; ser de carácter temporal; cesar cuando se hayan alcanzado los objetivos propuestos, específicamente: igualdad de oportunidad y trato; y no entrañar el mantenimiento de estándares o derechos desiguales o separados.

Resulta entonces que el derecho internacional de los derechos humanos aprueba, e incluso exige, medidas de acción afirmativa, pero reitera que tales acciones deben ser razonables, objetivas y proporcionales respecto de las metas. En consecuencia, las acciones positivas suelen ser limitadas en términos de su duración y alcance para hacer frente a las desventajas específicas que padecen ya sea una persona o un grupo. Así, en la Observación General número 23 sobre el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos reconoce que los derechos de las minorías protegidos por el artículo 27, son derechos individuales. Sin embargo, destaca que:

“puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas

para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo⁵⁰⁹.

8. Observaciones finales

Este capítulo ha abordado una visión general de las principales disposiciones legales a nivel universal y regional que tratan sobre el fenómeno de la discriminación, el cual está ampliamente generalizado y es multidimensional. También ha proporcionado ejemplos de la jurisprudencia internacional y de las diferentes situaciones que pueden o no surgir de la diferenciación injustificada, en otras palabras, la discriminación. Los incidentes o prácticas discriminatorias siempre afectan particularmente a la víctima o a las víctimas de una manera negativa, ya que éstas constituyen muy a menudo una negación de las características humanas distintivas y así su derecho intrínseco a la diferencia entre los seres humanos, quienes tienen un valor igual, independientemente del color de la piel o su origen, género, religión, etc.

Este capítulo ha mostrado que las disposiciones legales internacionales que garantizan el derecho a la igualdad y a la no discriminación son muchas. De esta manera, si las prácticas discriminatorias persisten alrededor del mundo, no es por la falta de normas jurídicas sino más bien por la falta de implementación de estas normas en la vida cotidiana de nuestra sociedad. Inevitablemente, este fracaso en implementar algunos de los principios más fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos a nivel nacional también tiene un impacto negativo en la paz y la seguridad interna e internacional.

Los jueces, fiscales y abogados nacionales tienen la obligación profesional de hacer que las disposiciones legales nacionales existentes sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación se transformen en conceptos legales efectivos verdaderamente, y deben aplicar, o estar guiados por las normas jurídicas legales internacionales en estos asuntos. Si esto se hiciera de forma consistente y efectiva, existiría una genuina posibilidad de hacer que el mundo se convierta en un mejor lugar para todos.

509 Comité de Derechos Humanos, Observación General número 23, párr. 6.2.