Felipe Gómez Isa (Director), José Manuel Pureza

La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI

HumanitarianNet
Thematic Network on Humanitarian Development Studies

La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI

La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI

Felipe Gómez Isa
(Director)

José Manuel Pureza

2004
Universidad de Deusto
Bilbao

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

1.ª reimpresión: Junio 2004

Publicación impresa en papel ecológico

Ilustración de portada: Xabi Otero

© Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao

I.S.B.N.: 84-7485-899-2
Depósito legal: BI - 1.503-04

Impreso en España/Printed in Spain

Fotocomposición: IPAR, S. Coop. - Bilbao

Imprime: RGM, S.A.

Indice

Presentación 11

Nota sobre los autores. 13

Parte I. Introducción general 21

La protección internacional de los derechos humanos
Felipe Gómez Isa 23

Parte II. Fundamentación de los derechos humanos 61

Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos
Xabier Etxeberria 63

Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos
Boaventura de Sousa Santos. 95

Parte III. Las Naciones Unidas y la protección universal de los derechos humanos 123

La Declaración Universal de Derechos Humanos
Jaime Oraá 125

La protección convencional de los derechos humanos 159

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos
Manfred Nowak 161

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales
José Milá Moreno 185

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial
Natalia Alvarez 215

La Convención contra la Tortura
Fernando M. Mariño 243

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo
Felipe Gómez Isa 279

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares
Jordi Bonet Pérez 309

La protección extraconvencional de los derechos humanos 351

La protección extraconvencional de los derechos humanos
José Luis Gómez del Prado 353

Parte IV. El Consejo de Europa y los derechos humanos 393

El Convenio Europeo de Derechos Humanos
Juan Antonio Carrillo Salcedo 395

La Carta Social Europea
Jordi Bonet Pérez y David Bondía 441

El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura
Yolanda Román González 481

El Convenio-Marco para la Protección de las Minorías Nacionales
Eduardo J. Ruiz Vieytez. 513

La Carta Europea para las Lenguas Regionales o Minoritarias
Eduardo J. Ruiz Vieytez. 527

Parte V. La Organización de Estados Americanos y los derechos humanos 547

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)
Antonio A. Cançado Trindade 549

Parte VI. La Unión Africana y los derechos humanos. 593

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
Cristof Heyns 595

Parte VII. El incipiente sistema asiático de derechos humanos . . . 621

Hacia un sistema de protección de los derechos humanos en Asia y Pacífico
Vitit Muntharborn 623

Parte VIII. Otras cuestiones de interés 637

La Corte Penal Internacional: sanciones para las más graves violaciones de los derechos humanos
Joana Abrisketa 639

La protección internacional de las minorías
Santiago Castellá Surribas 659

Los derechos de los pueblos indígenas
S. James Anaya 687

Las instituciones financieras internacionales y los derechos humanos: Derecho y Práctica
Koen De Feyter 721

Los derechos humanos ante la epidemia del Sida
Carlos Villán Durán 765

Una mirada sobre el movimiento a favor de los derechos humanos
Jean-Paul Marthoz 801

Derechos Humanos y Cultura de Paz: *Dangerous Liaisons?*
José Manuel Pureza 827

Presentación

Los derechos humanos, como auténtico horizonte ético de la humanidad, se han convertido en una de las cuestiones centrales de la agenda de la comunidad internacional en este incierto comienzo del siglo XXI. Desde 1945, fecha de la creación de las Naciones Unidas, se ha avanzado enormemente en el campo de la protección internacional de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista normativo como desde el de la instauración de mecanismos concretos para su protección. Este libro pretende dar cuenta de dicho avance y presentar un *estado de la cuestión* de la materia. En este sentido, hemos abordado tanto la protección universal en el marco de las Naciones Unidas como los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Para ello, hemos congregado a personas con experiencia tanto teórica como práctica de los cinco continentes, tratando de incorporar una perspectiva interdisciplinar. Desde el principio quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todas estas personas, sin las cuales este proyecto no hubiera podido ver la luz.

Este proyecto se enmarca en *HumanitarianNet*, una red que aúna a cerca de 100 Universidades y centros de investigación europeos coordinada por la Universidad de Deusto. Esta Red académica fue creada en 1996 y pretende analizar las causas subyacentes de las crisis humanitarias para formular estrategias apropiadas para la rehabilitación y el desarrollo. En este sentido, quiero reconocer públicamente la labor callada pero tremendamente efectiva de Julia González, Delegada del Rector para las Relaciones Internacionales de la Universidad de Deusto y auténtica *alma mater* de HumanitarianNet y de los diferentes proyectos que han ido surgiendo al calor de esta innovadora iniciativa. Con Julia González me une una vieja amistad pero también un principio que ha guiado toda nuestra trayectoria en común: el valor de la persona humana. Es para mí un gran honor el poder contribuir con la dirección

de este libro a avanzar en las estrategias internacionales para una efectiva protección internacional de esa misma persona humana. Asimismo, Almudena Garrido, coordinadora de proyectos de HumanitarianNet, ha jugado un papel fundamental en conseguir que este proyecto haya llegado a buen puerto.

También quiero expresar públicamente mi agradecimiento al *Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe* de la Universidad de Deusto, auténtico caldo de cultivo ideológico de este proyecto. A mis compañeros y compañeras del Instituto, con los que me une sobre todo el deseo de promover una auténtica cultura universal de los derechos humanos, les debo mucho en todo el itinerario de este libro. Una mención especial merece Jaime Oraá, fundador del Instituto de Derechos Humanos. Jaime Oraá ha sabido inocularnos un virus altamente contagioso: el de la pasión por los derechos humanos. Sin su magisterio y sin su visión de lo que tiene que ser una Universidad comprometida con la justicia el Instituto de Derechos Humanos no sería lo que ahora es.

Finalmente, no quería dejar de lado a los auténticos destinatarios de una obra de estas características: las víctimas de las violaciones de derechos humanos. Un grave peligro del trabajo académico es perder el contacto con la realidad y situarse en la famosa torre de marfil; ese riesgo está especialmente presente en un campo como en el de los derechos humanos. Que la mirada de las víctimas sea nuestro aliado más fiel para no perder el contacto con la realidad, la realidad de las víctimas, de los excluidos, de los grupos especialmente vulnerables…; a todas esas personas y grupos quiero dedicar este libro.

Felipe Gómez Isa
Junio de 2003

Nota sobre los autores

Joana Abrisketa es Doctora en Derecho Internacional Público con la tesis titulada *La Asistencia Humanitaria en el Derecho Internacional contemporáneo*. Master en Ayuda Internacional Humanitaria (Universidad de Deusto-Universidad Aix-Marsella). Actualmente es profesora de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y colaboradora del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la misma Universidad. Coordinadora de la *Unidad de Estudios Humanitarios* (Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe-Médicos sin Fronteras-Centro de Investigación para la Paz) y de la publicación *Los desafíos de la Acción Humanitaria* (Icaria, 1999).

Natalia Alvarez es licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto, diplomada en ayuda humanitaria, especialidad en Derecho (Universidad de Deusto) y antropología (Universidad de Oxford). Miembro del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto. Doctora en Derecho internacional por la Universidad de Deusto. Coordinadora del programa de formación en derechos humanos para pueblos indígenas de América Latina de la Universidad de Deusto-Naciones Unidas. Profesora del EMA, NOHA, programa indígena de la Universidad de Deusto y Master en Cooperación y Desarrollo de Hegoa, UPV. Consultora para España del Estudio sobre el impacto del trabajo realizado por los órganos de los tratados de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas. Este estudio se realizó conjuntamente con la Universidad de York y la Universidad de Pretoria en colaboración con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Investigadora asociada de la Universidad de Arizona en el proyecto sobre el derecho a la cultura indígena financiado por la UE y dirigido por el Consejo Saami. Coordinadora del primer informe alternativo presentado ante el CERD en el caso de España.

James Anaya es *Samuel M. Fegtly Professor of Law*, Universidad de Arizona, Tucson, Arizona; Consultor Especial del *Indian Law Resource Center*; anteriormente ha sido profesor de Derecho en la Universidad de Iowa. Ha llevado la dirección del grupo de abogados (trabajando bajo los auspicios del *Indian Law Resource Center* junto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Iowa y la Facultad de Derecho James E. Rogers de la Universidad de Arizona) que ha representado a la Comunidad Awas Tingni en sus esfuerzos de asegurar los derechos sobre sus tierras ante las autoridades nicaragüenses e internacionales, y ha sido asistente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su presentación del caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

David Bondía es doctor en Derecho y profesor titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona, en la que ha impartido docencia dentro de la Licenciatura de Derecho y de la Diplomatura de Relaciones Laborales, así como dentro de los estudios de Tercer Ciclo y Postgrado. También ha impartido la docencia sobre el mecanismo de garantía establecido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el Universidad de Montpellier I y sobre la protección internacional de los derechos humanos en las Universidades de Sofía, Sarajevo, Tuzla y Mostar. Entre sus líneas de investigación se encuentra la protección internacional de los derechos humanos, en el marco de la cual son de destacar sus estudios sobre el concepto de democracia y su incidencia en la protección internacional de los derechos humanos, la situación del pueblo kurdo y la interacción entre el Derecho comunitario europeo y el Convenio europeo de derechos humanos. Es Jefe de Estudios del Máster en Estudios Internacionales de la Universidad de Barcelona y miembro fundador del Réseau Méditerranéen de Formation et de Recherche en Droits de l'Homme.

Jordi Bonet Pérez es Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona, en la que ha impartido docencia dentro de la Licenciatura de Derecho y de la Diplomatura de Relaciones Laborales, así como dentro de los estudios de Tercer Ciclo y Postgrado. Dentro de su línea de investigación prioritaria destaca la protección internacional de los derechos humanos. Sus últimos trabajos han incidido en temas que, desde esta perspectiva, plantean algunos de los problemas más sugerentes en torno a la efectividad de los derechos humanos a escala mundial, tales como pueda ser la inmigración. Es miembro de la Junta del Institut de Drets Humans de Catalunya y del Observatori de Drets Econòmics, Socials i Culturals.

Antonio Augusto Cançado Trindade es Doctor en Derecho Internacional por la Universidad de Cambridge con la tesis titulada *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*. Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Brasilia. Profesor visitante de numerosas Universidades en todo el mundo. Ha sido asesor jurídico del Ministerio de Asuntos Exteriores de Brasil, siendo delegado de este país en numerosas Conferencias Internacionales, tanto de las Naciones Unidas como de la Organización de Estados Americanos. Director ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1994-1996). Miembro del *Institut de Droit International*, de la *International Law Association* y del *Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.* Autor de más de veinte libros y numerosos artículos científicos en los campos del Derecho Internacional y los Derechos Humanos. Actualmente es Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José, Costa Rica).

Juan Antonio Carrillo Salcedo es Catedrático de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Sevilla, donde dirige un equipo de investigación especializado en el campo de la protección internacional de los derechos humanos, el Derecho Internacional Humanitario y la justicia penal internacional. Ex miembro de la Comisión Europea de Derechos Humanos y ex Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Autor de numerosas publicaciones en el campo del Derecho Internacional y los derechos humanos, entre las que podemos destacar: *Curso de Derecho Internacional Público*, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional contemporáneo* o *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Impartió el Curso General de la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1996 bajo el título *Droit International et souveraineté des Etats*.

Santiago José Castellá Surribas es licenciado en Derecho y en Ciencias Políticas, Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Universitat de Barcelona y Master en Seguridad, Paz y Defensa por el Instituto Universitario «General Gutiérrez Mellado». Desde 1995 desarrolla su actividad docente e investigadora en la Universitat Rovira i Virgili donde ejerce como Profesor Titular del Area de Derecho Internacional Público de la Facultat de Ciencies Jurídiques. Ha centrado sus investigaciones en la cuestión de la protección internacional de las minorías, tema sobre el que ha publicado diversos artículos en revistas especializadas. Es colaborador de diversas publicaciones y medios de comunicación y partícipe en múltiples actividades asociativas y culturales.

Xabier Etxeberria es Doctor en Filosofía, Catedrático de Etica en la Universidad de Deusto y miembro del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto. Miembro asimismo de Bakeaz. Colabora en América Latina con organizaciones indígenas en el campo de la educación superior y los derechos humanos. Sus publicaciones se centran en las cuestiones de ética política y ética profesional, así como en la vertiente ética de los derechos humanos.

Koen De Feyter es Profesor de Derecho Internacional y de Relaciones Internacionales en el *Institute of Development Policy and Management* (Universidad de Antwerp, Bélgica) y en el *Centre for Human Rights* (Universidad de Maastricht, Países Bajos). Autor de la obra *World Development Law* (2001, Antwerp: Intersentia Publishers). Miembro del Comité Académico del *International summer school on human rights and cultural context* (Universidad de Bolonia/ Red temática de Utrecht) y ha actuado como responsable académico del módulo sobre Globalización y Derechos Humanos en el *European Master in Human Rights and Democratisation.* Ha trabajado como consultor/experto para varias organizaciones no gubernamentales y gubernamentales sobre derechos económicos, sociales y culturales y en varios países en desarrollo.

Felipe Gómez Isa es Profesor titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de Deusto e investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, donde coordina académicamente el *European Master in Human Rights and Democratisation*. Ha participado en el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Nueva York, 1998 y 1999). Profesor visitante en diversas Universidades tanto europeas como latinoamericanas. Es colaborador y miembro del Patronato de la ONG de cooperación al desarrollo *Alboan* y Vice-Presidente de la Coordinadora de ONGDs del País Vasco.

José Luis Gómez del Prado es exfuncionario de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde ha estado al cargo del programa de asesoramiento y cooperación técnica en Colombia, Ecuador, Guatemala, Paraguay, Camboya, Mongolia, Palestina, la región de los Grandes Lagos, Rumanía o Georgia. Ha sido secretario del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial y coordinador de diversos mandatos temáticos como ejecuciones sumarias, tortura, desaparecidos o intolerancia

religiosa. Es colaborador habitual del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe en el marco del *European Master in Human Rights and Democratisation*

Cristof Heyns es profesor de Derecho de los Derechos Humanos y Director del *Centre for Human Rights*, de la Universidad de Pretoria. Ha impartido conferencias en diversos países como Costa de Marfil, Egipto, Francia, Alemania, Ghana, Islandia, Malta, Marruecos, Mozambique, Países Bajos, Noruega, China, Portugal, Sudáfrica, España, Suecia, Tanzania, Uganda y Estados Unidos. Regularmente imparte clases en las sesiones de estudio del *International Institute for Human Rights* en Estrasburgo, Francia, y en *The Human Rights Academy*, de la *American University*, en Washington, DC. Ha evaluado programas de derechos humanos de Naciones Unidas en Malawi para la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2002). Miembro de una Misión para la formulación de proyectos para la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Sudáfrica (2002).

Fernando M. Mariño Menéndez es Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Carlos III de Madrid. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Diploma de Derecho Público por la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Ha sido Catedrático en las Universidades de Córdoba y Zaragoza. Es el Director del Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria» y titular de la Cátedra Jean Monnet de Estudios de Derecho Europeo. Es miembro del Comité contra la Tortura de Naciones Unidas. Es autor, entre otras obras, de *Derecho Internacional Público, parte general*, tercera edición, Madrid, 1999; *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, segunda edición, Madrid, 2003 y participa en la obra *Historia de los Derechos Fundamentales*. Ha dirigido más de 15 tesis doctorales. Ha sido Presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España (2000-2003).

Jean Paul Marthoz es periodista. Actualmente es Director del Instituto sobre Prensa y Política Exterior (Bruselas) y Director del Consejo editorial de la revista trimestral *Enjeux Internationaux*. Ha sido Director europeo de información de *Human Rights Watch* (1996-2002). Es también Director del Programa Medios para la democracia en Africa de la Federación Internacional de Periodistas. Antes fue corresponsal en Centro América, Director de la sección internacional de *Le Soir* (Bruselas) y redactor jefe de varios medios de comunicación (*DimancheMatin*,

Trends/Tendances y *La Libre Belgique*). Colabora en varias revistas internacionales, entre las cuales destaca *Papeles de Cuestiones Internacionales* (Madrid). Ha escrito o co-escrito unos veinte libros sobre derechos humanos, política exterior y periodismo. Ha sido asesor o colaborador de varios organismos intergubernamentales (UNESCO, Consejo de Europa, Comisión Europea) y de ONGs, como el Instituto Panos (París), el *Center for War, Peace and the News Media* (Universidad de Nueva York) o el Grupo de Investigación sobre la Paz (GRIP, Bruselas).

José Milá Moreno es Licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Caracas. Master en Economía Europea por el Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto y MBA por la Universidad de Mondragón. Ha sido Becario de la Cátedra UNESCO para la Formación de Recursos Humanos para América Latina de la Universidad de Deusto, donde está a punto de culminar su doctorado con una tesis sobre el Proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

Vitit Muntharborn es profesor de la Facultad de Derecho de la *Chulalongkorn University*, de Bangkok. Fue Relator Especial de las Naciones Unidas para la venta de niños. Es el Presidente del Sub-Comité Nacional de Tailandia sobre los derechos de la infancia, y es miembro de diversos Sub-Comités de la Comisión Nacional de Tailandia sobre Derechos Humanos.

Manfred Nowak es Doctor en Derecho, Catedrático y Director del *Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights* (Viena). Actualmente es Profesor visitante en el *Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law* (Universidad de Lund). Es Presidente del Consejo de Directores Nacionales del *European Master in Human Rights and Democratisation*. Miembro de la Cámara de Derechos Humanos de Bosnia&Herzegovina (Sarajevo). Autor de numerosas publicaciones en el campo de los derechos humanos, entre las que destaca un libro que se ha convertido en un auténtico clásico en la materia: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary* (actualmente está en fase de revisión de una nueva edición).

Jaime Oraá es Catedrático de Derecho Internacional Público y actualmente Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Realizó sus estudios de doctorado en la Universidad de Oxford con la tesis *Human Rights in states of emergency in international law* (Clarendon Press). Ha sido Director del Instituto de Derechos Humanos

Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, donde en la actualidad desempeña la labor de Director Nacional del *European Master in Human Rights and Democratization* que se lleva a cabo en coordinación con 30 Universidades europeas.

José Manuel Pureza es Doctor en Sociología de las Relaciones Internacionales por la Universidad de Coimbra, donde coordina la Licenciatura de Relaciones Internacionales y dirige el Núcleo de Estudios para la Paz del centro de Estudios Sociales de la Facultad de Economía. Colaborador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe en el *European Master in Human Rights and Democratisation,* entre sus numerosas publicaciones destaca *El Patrimonio Común de la Humanidad. ¿Hacia un Derecho Internacional de la solidaridad?* (Trotta, 2002).

Yolanda Román González es Licenciada en Derecho por la Universidad de Deusto, DEA en Derecho Comunitario por el *Centre Universitaire de Nancy* (Francia) y Master en Integración Europea del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Deusto. Ha sido colaboradora de la Cátedra Derecho y Genoma Humano de las Universidades de Deusto y del País Vasco y ha trabajado como investigadora asistente en *Amnesty International European Union Office* en Bruselas. Actualmente es Responsable de relaciones institucionales y política exterior de Amnistía Internacional en España.

Eduardo Javier Ruiz Vieytez es Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto y Director del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Ha impartido cursos en diversas Universidades europeas y es asesor del Consejo de Europa en materia de minorías lingüísticas. Entre sus publicaciones destacan las relacionadas con los derechos de los inmigrantes y las minorías nacionales en Europa.

Boaventura de Sousa Santos es Doctor en Sociología del Derecho por la Universidad de Yale. Actualmente es Catedrático en la Facultad de Economía de la Universidad de Coimbra, donde dirige el Centro de Estudios Sociales y la *Revista Crítica de Ciência Sociais*. Profesor visitante de la Universidad de Wisconsin-Madison, de la London School of Economics, de la Universidad de Sao Paulo y de la Universidad de Los Andes, entre otras. Ha participado como conferenciante en el Foro Social Mundial celebrado en Porto Alegre (2001, 2002 y 2003). Premio de Ensayo del Pen Club portugués (1994); Premio Gulbenkian de Ciencia (1996); Premio JABUTI en el área de Ciencias Humanas y Educación

(Brasil, 2001). Ultimamente, sus publicaciones se centran en temas relacionados con la globalización y la democracia participativa.

Carlos Villán Durán es especialista de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Anteriormente fue profesor de Derecho Internacional Público en las Universidades de Oviedo y León. Es profesor invitado del *Institut de Drets Humans de Catalunya* y desde el año 2000 co-director del Curso de Especialización en Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos que se celebra anualmente en la Universidad de Alcalá de Henares. Conferenciante invitado del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José) y de la Comisión Andina de Juristas (Lima). Es diplomado, miembro y profesor habitual del *Institut International des Droits de l'Homme (Estrasburgo)*. Ha representado a las Naciones Unidas en más de 100 conferencias internacionales sobre cuestiones de derechos humanos, ha redactado numerosos informes para las Naciones Unidas y ha publicado 75 trabajos científicos sobre diversos temas de derechos humanos.

Parte I

Introducción general

La protección internacional de los derechos humanos

Felipe Gómez Isa

Sumario: 1. Antecedentes de la protección internacional de los derechos humanos: 1) La labor de la Sociedad de Naciones. 2) Los derechos humanos en el periodo entreguerras. 3) Los derechos humanos durante la II Guerra Mundial. 2. Las Naciones Unidas y los derechos humanos: 1) La Conferencia de San Francisco. 2) Los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. 3) Los desarrollos normativos posteriores a 1945. 4) Indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos. 5) La aparición de los derechos humanos de la tercera generación. 6) La Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos. 7) Los derechos humanos ante el actual proceso de globalización.

La idea de los derechos humanos, basada en las nociones de dignidad del ser humano y de limitación al poder del Estado, es un fenómeno que se encuentra presente, aunque con diferentes manifestaciones, prácticamente a lo largo de toda la historia. La lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona es una constante del devenir histórico, desde el tímido reconocimiento de los derechos de los indios en la época de la Conquista española de América hasta la moderna plasmación de los derechos del hombre y del ciudadano tras la Revolución Francesa. En la actualidad nos encontramos en una fase de internacionalización de los derechos humanos, es decir, una vez que la mayor parte de los ordenamientos jurídicos internos han procedido al reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales, se ha abierto una etapa en la que los derechos humanos han sido objeto de proclamación en el ámbito de Organizaciones Internacionales tanto de carácter universal como regional. En este proceso progresivo de internacionalización en el que todavía hoy estamos inmersos, la promoción y protección de todos los derechos humanos han pasado de ser un asunto que caía bajo la esfera de la competencia exclusiva de los Estados a convertirse en «una preocupación legítima de la comunidad internacional», tal y como señala la Declaración y el Programa de Acción de Viena[1]. De todas formas, como nos vamos a

[1] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, Parte I, párr. 4.

encargar de analizar a continuación, este proceso de internacionalización no ha sido en absoluto un proceso sencillo sino que ha estado, y sigue estando, plagado de obstáculos y de dificultades, lo que hace que el logro de una verdadera cultura universal de los derechos humanos sea todavía más un deseo que una auténtica realidad.

1. **Antecedentes de la protección internacional de los derechos humanos**

La fecha clave en la que podemos afirmar que asistimos a la internacionalización de los derechos humanos es 1945, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial y creada la Organización de las Naciones Unidas. Sin embargo, en el período entreguerras, de la mano principalmente de la Sociedad de Naciones, asistimos al surgimiento de un amplio movimiento en favor del reconocimiento internacional de los derechos humanos, movimiento que, como veremos, va a congregar a académicos, a la opinión pública… para, finalmente, captar la atención de los políticos una vez comenzada la lucha contra el fascismo a partir de 1939[2].

El Derecho Internacional clásico, es decir, el Derecho Internacional anterior a 1945, se concebía como aquel ordenamiento jurídico que regulaba exclusivamente las relaciones entre los Estados; sólo los Estados eran sujetos de Derecho Internacional y, por lo tanto, sólo ellos eran susceptibles de ser titulares de derechos y obligaciones en la esfera internacional. Tras la I Guerra Mundial y la creación de la primera Organización Internacional de carácter general, la Sociedad de Naciones, la definición de los sujetos de Derecho Internacional comenzó a sufrir una tímida apertura, con el reconocimiento de una cierta personalidad jurídica a las Organizaciones Internacionales. Los individuos, en cambio, no ostentaban derechos; no eran sujetos, sino objetos del Derecho Internacional[3]. Ello hacía que la manera como los Estados trataban a sus nacionales fuese una cuestión que pertenecía exclusivamente

---

[2] Un análisis en profundidad de la trascendencia del período entreguerras para el proceso de internacionalización de los derechos humanos en BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century», *Human Rights Quarterly*, Vol. 14, 1992, pp. 447-477.

[3] Un análisis interesante de la posición del individuo en el Derecho Internacional clásico y su «rescate histórico» posterior en CANÇADO TRINDADE, A.A.: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2001, en especial pp. 19 y ss.

a la jurisdicción interna de cada Estado. Este principio negaba a los otros Estados el derecho a interceder o intervenir en favor de los nacionales del Estado en que eran maltratados[4]. La única excepción permitida era la institución de la *intervención humanitaria*: la teoría de la intervención humanitaria está basada en la asunción de que los Estados tienen la obligación internacional de garantizar a sus propios nacionales ciertos derechos básicos. Estos derechos son tan esenciales y de tal valor para la persona humana que las violaciones en las que incurra un Estado no pueden ser ignoradas por el resto de los Estados. En el supuesto de gravísimas, masivas y brutales violaciones de esos derechos humanos básicos se permitía el uso de la fuerza por uno o más Estados para poner fin a dichas violaciones[5]. Como vemos, comenzaban a surgir límites a la soberanía absoluta de los Estados.

Es cierto también que incluso antes de que se produjera la internacionalización de los derechos humanos, el Derecho Internacional clásico conoció algunas instituciones que protegían a ciertos grupos de personas y que, por tanto, se pueden citar como antecedentes próximos de dicha protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, y además de la referida institución de la intervención humanitaria, podemos mencionar:

- —el área de la responsabilidad internacional de los Estados por el trato a los extranjeros: un Estado incurría en responsabilidad si trataba a un nacional de otro Estado por debajo del standard mínimo de civilización y justicia;
- —algunos tratados internacionales del siglo XIX iban dirigidos a la protección de las minorías cristianas en el Imperio Otomano, mientras que otros instrumentos también de carácter convencional iban encaminados a la prohibición de la esclavitud y el tráfico de esclavos, destacando, entre otros, el Acta General de Bruselas (1890), la Convención de Saint-Germain-en-Laye (1919) o la Convención Internacional para la Abolición de la Esclavitud y la Trata de Esclavos (1926)[6];

---

[4] Para la relación entre la soberanía estatal y los derechos humanos CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001.

[5] ROUGIER, A.: «La Théorie de l'Intervention d'Humanité», *Revue Générale de Droit International Public*, 1910, pp. 468-526.

[6] Sobre el proceso de la abolición de la esclavitud y la trata de esclavos *cfr.* GANJI, M.: *International Protection of Human Rights*, Librairie E. Droz, Geneve-Librairie Minard, Paris, pp. 88-110.

—a su vez, el *Derecho Internacional Humanitario*, nacido a partir fundamentalmente de las Convenciones de Ginebra de 1864 y de La Haya de 1899 y 1907, y que trata de proteger a las víctimas de los conflictos armados, también ha sido considerado como uno de los antecedentes más relevantes de la actual protección internacional de los derechos humanos[7]. En última instancia, el Derecho Internacional Humanitario busca preservar los derechos más básicos de los individuos en situaciones de conflicto.

De todas formas, el hecho más importante para la creación de condiciones que hiciesen posible una progresiva internacionalización de los derechos humanos fue la aparición de la Sociedad de Naciones, Organización Internacional que, como vamos a ver a continuación, desplegó una labor decisiva para la generalización de la protección de los derechos del ser humano.

1.1. *La labor de la Sociedad de Naciones*

A pesar de que el Pacto de la Sociedad de Naciones no menciona ni una sola vez de manera explícita los «derechos humanos», existen varias disposiciones que, de una u otra forma, sirvieron de fundamento para la relevante labor que la Organización llevó a cabo en el campo de los derechos humanos[8]. En primer lugar, el artículo 22, cuando establece el sistema de los *mandatos* «para las colonias y territorios que, a consecuencia de la guerra hayan dejado de estar bajo la soberanía de los Estados que los gobernaban anteriormente», dispone la prohibición en esos territorios de «abusos tales como la trata de esclavos» o el establecimiento de condiciones que «garanticen la libertad de conciencia y de religión». Asimismo, el artículo 23 del Pacto señala que los Miembros de la Sociedad de Naciones:

> a) se esforzarán en asegurar y mantener condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño…, y, para este fin, fundarán y mantendrán las necesarias organizaciones internacionales.
>
> b) se comprometerán a asegurar un trato equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sometidos a su administración.

---

[7] DOSWALD-BECK, L. y VITE, S.: «Derecho Internacional Humanitario y Derecho de los Derechos Humanos», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Vol. 18, marzo-abril 1993, pp. 99-126.

[8] BRUNET, R.: *La Garantie Internationale des Droits de l'Homme d'après la Charte de San Francisco*, Ch. Grasset, Geneve, 1947, pp. 35 y ss.

c) confiarán a la Sociedad la inspección general de la ejecución de los acuerdos relativos a la trata de mujeres y de niños…

f) se esforzarán por adoptar medidas de orden internacional para evitar y combatir las enfermedades».

Consecuencia directa de este artículo fue la creación, en el marco de la Sociedad de Naciones, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que ha desempeñado, y sigue desempeñando hoy en día, una labor sin precedentes en el ámbito de los derechos laborales, la igualdad entre hombres y mujeres en el trabajo, la explotación laboral infantil, la protección de los pueblos indígenas…[9].

Los Tratados de Paz que pusieron fin a la primera gran contienda bélica del siglo pasado establecieron un sistema de protección de las minorías nacionales, sistema que iba a quedar al abrigo de la Sociedad de Naciones. Este régimen jurídico de protección de las minorías, basado en los principios de igualdad de trato y no discriminación, otorgaba amplios derechos a las minorías en lo que concierne a la conservación de su lengua, su religión, su sistema escolar e, incluso, preveía ciertos derechos políticos[10]. Como ha señalado el profesor Carrillo Salcedo respecto a este régimen jurídico de protección de los derechos de las minorías, «a pesar de sus deficiencias y límites (…) constituyó, sin embargo, un mecanismo de salvaguarda y protección de derechos humanos»[11]. Es muy significativo que ni en la Carta de las Naciones Unidas ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos se prevea un reconocimiento de los derechos de las minorías tan avanzado como el que se produjo en la época de la Sociedad de Naciones, lo que se convertirá en una de las principales lagunas de la Declaración Universal.

Como conclusión, podríamos señalar que el Derecho Internacional clásico desarrolló varias doctrinas e instituciones con el objeto de proteger diversos grupos de seres humanos: esclavos; minorías religiosas,

---

[9] La labor de la OIT en la protección de los derechos humanos se puede consultar en VALTICOS, N.: «La Organización Internacional del Trabajo (OIT)», en VASAK, K. (Editor General): *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Serbal-UNESCO, Barcelona, 1984, pp. 504-551; SAMSON, K.: «The Standard-Setting and Supervisory System of the International Labour Organization», en HANSKI, R. and SUKSI, M. (eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, Abo Akademi University-Institute for Human Rights, Turku, 1998, pp. 149-180.

[10] Una contribución interesante sobre el sistema de protección de las minorías establecido por los Tratados de Paz, en MANDELSTAM, A.: *La protection internationale des minorités*, Sirey, Paris, 1931.

[11] CARRILLO SALCEDO, J.A.: *El Derecho Internacional en perspectiva histórica*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 57.

étnicas y culturales; poblaciones indígenas; extranjeros; víctimas de violaciones masivas de derechos humanos; combatientes de guerra… Estas doctrinas e instituciones han influido en la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos puesto que, en el fondo, reconocían que los individuos tenían derechos como seres humanos y que esos derechos debían ser protegidos por el Derecho Internacional. Ahora bien, de lo que no se trataba era de una protección general y sistemática de los derechos humanos; tan solo se protegían los derechos de determinadas categorías de personas, no los derechos de la persona en cuanto tal. Esta protección global de los derechos humanos se producirá una vez finalizada la II Guerra Mundial, con la aprobación de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Todas estas aportaciones a la internacionalización de los derechos humanos por parte de la Sociedad de Naciones fueron creando el caldo de cultivo idóneo para que, en el período entreguerras, se fuera originando un amplio movimiento en favor del reconocimiento internacional de los derechos humanos.

1.2. *Los derechos humanos en el período entreguerras*

Al calor de los avances que se produjeron de la mano de la Sociedad de Naciones, diferentes organismos fueron lanzando iniciativas inspiradas en la necesidad de una garantía internacional de los derechos y libertades del ser humano. Propuestas de este tipo surgieron en la Academia Diplomática Internacional, la Unión Jurídica Internacional, la International Law Association, la Grotius Society, la Conferencia Interamericana de Juristas, el Instituto Americano de Derecho Internacional…[12]. Como ha puesto de manifiesto en este sentido uno de los que han analizado la evolución de los derechos humanos tras la I Guerra Mundial, Jan Herman Burgers, «mientras que en el período entreguerras la mayor parte de los gobiernos no eran partidarios de aceptar obligaciones de Derecho Internacional en relación al tratamiento a sus propios ciudadanos, una actitud mucho más positiva se fue desarrollando entre los académicos del Derecho Internacional»[13].

---

[12] Estas y otras propuestas están recogidas en CASSIN, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1951-II, p. 272.

[13] BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco: the Revival of the Human Rights Idea…», *op. cit.*, p. 450.

Una de las iniciativas más serias fue la lanzada por el Instituto de Derecho Internacional (IDI), quien en 1921 creó una Comisión presidida por André Mandelstam para estudiar la protección de las minorías y de los derechos humanos en general. Fruto del trabajo de esta Comisión fue la presentación de un proyecto de Declaración de Derechos Humanos a la sesión que el IDI celebró en Nueva York en 1929. Finalmente, tras varias discusiones, se aprobó el 12 de octubre de 1929 la *Declaración de Derechos Internacionales del Hombre*[14], con 45 votos a favor, 11 abstenciones y tan solo un voto en contra. En esta importante Declaración, el Instituto de Derecho Internacional considera que «la conciencia jurídica del mundo civilizado exige el reconocimiento al individuo de derechos excluidos de todo atentado por parte del Estado» y que «es necesario extender al mundo entero el reconocimiento internacional de los derechos humanos»[15]. Asimismo, en la parte dispositiva de la Declaración, no muy extensa por otra parte, se establece el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad y el principio de no discriminación (artículo 1); la libertad de creencias (artículo 2); el derecho a la nacionalidad (artículo 6)… En palabras de su principal mentor, el ya citado Mandelstam, esta Declaración de Derechos Internacionales del Hombre supuso «el punto de partida de una nueva era…, un desafío solemne a la idea de la soberanía absoluta de los Estados y, al mismo tiempo, la consagración de la igualdad jurídica de todos los miembros de la comunidad internacional»[16]. Lo realmente relevante de esta Declaración no fue su contenido, ciertamente nada revolucionario, sino que abrió la puerta a un proceso irreversible de internacionalización de los derechos humanos. A partir de este momento, y sobre la base de esta Declaración de Nueva York, surgieron diferentes iniciativas con un único objetivo: sustraer de la soberanía de los Estados la materia de los derechos y las libertades[17].

---

[14] *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Session de New-York, octobre 1929, vol. I, pp. 730-732.

[15] Esta misma idea había sido defendida un año antes, en 1928, por la Academia Diplomática Internacional, presidida por un ardiente defensor de la internacionalización de los derechos humanos, A.F. Frangulis. En una resolución aprobada el 8 de noviembre de 1928, la Academia señaló que la protección internacional de los derechos humanos «responde al sentimiento jurídico del mundo contemporáneo» y que, por lo tanto, «una generalización de la protección de los derechos del hombre y del ciudadano es altamente deseable». El texto de esta resolución figura en MANDELSTAM, A.: «La protection internationale des droits de l'homme», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1931-IV, p. 218.

[16] MANDELSTAM, A.: «La protection internationale…», *op. cit.*, p. 206.

[17] Algunas de estas iniciativas se pueden consultar en BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco…», *op. cit.*, pp. 453 y ss.

1.3. *Los derechos humanos durante la II Guerra Mundial*

Desde los inicios del régimen nazi en la Alemania de los años treinta la comunidad internacional comenzó a ser consciente de que no era un régimen respetuoso con los derechos humanos más elementales[18]. Todas estas sospechas quedaron confirmadas con creces con el inicio de la guerra en 1939. Todo ello hizo que los derechos humanos se convirtieran en uno de los objetivos de las Potencias del Eje en su lucha contra el fascismo, además de pasar a ocupar uno de los centros de atención de los intelectuales y la opinión pública. Siguiendo las acertadas palabras de René Brunet,

> «un amplio movimiento de opinión pública, nacido en Gran Bretaña y Estados Unidos con el comienzo de las hostilidades, creció incesantemente en fuerza y alcance a medida que avanzaba la guerra. Cientos de organizaciones políticas, académicas y religiosas, mediante sus publicaciones, llamadas, manifestaciones e intervenciones, extendieron la idea de que la protección de los derechos humanos debía ser uno de los objetivos de los Aliados»[19].

No es otro el trasfondo en el que tiene lugar el famoso Discurso sobre el estado de la Unión de Franklin Delano Roosevelt[20] al Congreso norteamericano el 6 de enero de 1941. En este Discurso[21], el Presidente de los Estados Unidos esboza cuáles son las libertades fundamentales que hay que garantizar a todo ser humano. Estas libertades son cuatro: libertad de palabra y pensamiento; libertad de religión; libertad ante la necesidad y libertad ante el miedo. Y es que «Roosevelt estaba personalmente convencido de que la internacionalización de la protección de los derechos humanos era la idea adecuada para unir al pueblo americano contra las fuerzas del totalitarismo»[22]. Lo cierto es que este Discurso de Roosevelt constituyó «el empuje propulsor que pondrá en

---

[18] MORSINK, J.: «World War Two and the Universal Declaration», *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, 1993, p. 360. Un análisis muy interesante de la connivencia de la propia sociedad alemana con los excesos del nazismo se puede encontrar en GELLATELY, R.: *No sólo Hitler. La Alemania nazi entre la coacción y el consenso*, Crítica, Barcelona, 2002.

[19] BRUNET, R.: *La Garantie Internationale des Droits de l'Homme…*, *op. cit.*, pp. 93-94.

[20] Una contribución muy rigurosa en torno a las aportaciones de Franklin D. Roosevelt y Eleanor Roosevelt al discurso de los derechos humanos, en JOHNSON, M.G: «The Contributions of Eleanor and Franklin Roosevelt to the Development of International Protection for Human Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987, pp. 19-48.

[21] Este discurso se encuentra recogido en GOOD, M.H.: «Freedom from Want: the Failure of United States Courts to protect Subsistence Rights», *Human Rights Quarterly*, Vol. 6, 1984, pp. 384 y 385.

[22] BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco…», *op. cit.*, p. 469.

marcha, a nivel mundial, la proclamación de los derechos humanos y, posteriormente, la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos»[23].

Pocos meses más tarde, el 14 de agosto de 1941, la *Carta del Atlántico* expresaba el deseo de alcanzar una paz «que brinde a todas las naciones los medios para vivir con seguridad dentro de sus propios límites y que garantice que todos los seres humanos puedan vivir libres de temor y de necesidades». En la misma línea de ir incorporando los derechos humanos como objetivo de la guerra, el 1 de enero de 1942 los países aliados, en la *Declaración de las Naciones Unidas*, señalaban que «la victoria total sobre los enemigos es esencial para defender la vida, la independencia y la libertad religiosa, y para preservar los derechos humanos y la justicia en los propios países, así como en otros países»[24]. Lo que queda meridianamente claro en este pronunciamiento es que los derechos humanos irrumpieron en la escena política en una fase bastante temprana de la guerra, dado que había una clara convicción de que la paz pasaba necesariamente por el establecimiento de regímenes políticos que protegiesen los derechos humanos.

En septiembre y octubre de 1944, cuando los llamados Cuatro Grandes (China, Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética) se reúnan en Dumbarton Oaks para vislumbrar la estructura de la sociedad internacional una vez que finalice la guerra, y decidan la creación de la Organización de las Naciones Unidas, los derechos humanos fueron uno de los temas objeto de discusión. El debate fue intenso, con apasionadas disputas entre las Grandes Potencias. La oposición más fuerte en torno a que los derechos humanos figurasen en la Propuesta de Dumbarton Oaks sobre la creación de las Naciones Unidas vino de la mano del delegado británico, Sir Alexander Cadogan. En su opinión, ello «podía abrir la posibilidad de que la Organización pudiese criticar la organización interna de los Estados Miembros», en clara alusión a la cuestión colonial, aspecto éste tremendamente sensible para los británicos. Como vemos, la cuestión de la soberanía va a estar siempre planeando a la hora de llegar a compromisos en materia de derechos humanos. La Unión Soviética tampoco era muy favorable a que los derechos humanos ocupasen un lugar privilegiado entre los principios de la nueva Organización que se iba a crear, aunque no oponía

---

[23] CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 37.

[24] Los extractos de estos importantes pronunciamientos internacionales, junto con un somero análisis de los mismos, figuran en RABOSSI, E.: *La Carta Internacional de Derechos Humanos*, EUDEBA, Buenos Aires, 1987, pp. 10 y ss.

escollos insalvables[25]. Ante estas dificultades, Estados Unidos tuvo que rebajar sus pretensiones, por lo que, finalmente, la Propuesta de Dumbarton Oaks tan solo incluyó una «vaga referencia a los derechos humanos»[26]. En la sección que trataba de la cooperación internacional económica y social, uno de los objetivos de las Naciones Unidas sería «facilitar la solución de los problemas internacionales, económicos, sociales y humanitarios, y promover el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales». A pesar de que en la Propuesta de Dumbarton Oaks los derechos humanos tan solo ocupen un lugar residual, sin embargo van a jugar un papel mucho más importante en la Conferencia de San Francisco. En esta Conferencia se procedió a la adopción la Carta de las Naciones Unidas, el documento constitutivo de la nueva Organización Internacional creada tras la II Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas.

2. **Las Naciones Unidas y los derechos humanos**

El fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos después de la II Guerra Mundial puede atribuirse a las monstruosas violaciones ocurridas en la era hitleriana y a la convicción de que muchas de estas violaciones se podrían haber evitado si hubiera existido en los días de la Sociedad de Naciones un sistema internacional efectivo de protección de los derechos humanos. Ahora bien, los horrores de la II Guerra Mundial no son el único factor, aunque quizás sí el más importante, que está detrás de este proceso de consagración internacional de los derechos humanos[27]. Como hemos visto en el anterior

---

[25] Es interesante destacar cómo en estos momentos la postura de la Unión Soviética hacia los derechos humanos era una postura bastante moderada. Esta postura contrasta con la defendida a partir de 1945 en las Naciones Unidas, a medida que la Guerra Fría se iba intensificando. A partir de este momento los derechos humanos se transformaron en un arma ideológica en el conflicto entre Estados Unidos y la Unión Soviética.

[26] SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration of Human Rights, 1945-1948*, CHR. Michelsen Institute, Bergen-Norway, 1993, p. 12.

[27] BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco…», *op. cit.*, p. 448. En cambio, para Manfred Nowak, el reconocimiento que de los derechos humanos se efectúa en la Declaración Universal de los Derechos Humanos «sólo se puede entender completamente como reacción a las atrocidades cometidas por el Gobierno nazi y su ataque absoluto a los derechos humanos y a la dignidad humana», NOWAK, M.: «The Significance of the Universal Declaration 40 years after its adoption», en *The Universal Declaration of Human Rights: Its Significance in 1988*, Report of the Maastricht/Utrecht Workshop held from 8 to 10 december 1988 on the occasion of the 40th Anniversary of the Universal Declaration, p. 67.

capítulo, se venía gestando un movimiento de amplio alcance en favor de los derechos humanos. La tragedia que se vivió en la II Guerra Mundial en relación a los derechos humanos sirvió como catalizador de todas estas fuerzas que estaban clamando por un reconocimiento de los derechos humanos en la esfera internacional. Todo ello hizo que los derechos humanos estuviesen muy presentes en la Conferencia de San Francisco.

2.1. *La Conferencia de San Francisco*

La Conferencia de San Francisco va a desempeñar un rol fundamental para la inclusión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Como ha señalado un gran conocedor del proceso de elaboración de la Carta en San Francisco,

> «había un gran interés, particularmente entre las pequeñas y medianas potencias y entre las organizaciones privadas que tenían status consultivo en la delegación norteamericana, en ampliar y reforzar el rol de la Organización en las cuestiones económicas y sociales, incluyendo el campo de los derechos humanos»[28].

En este sentido, desempeñaron un papel de una enorme trascendencia varias delegaciones latinoamericanas, lo que ha llegado a ser calificado como «el activismo latinoamericano»[29] en la Conferencia de San Francisco. Algunas de estas delegaciones querían un *Bill of Rights* en la Carta, es decir, una Declaración de Derechos Humanos como anexo. Países como México, Chile, Cuba, Panamá o Uruguay, espoleados por la Conferencia de Chapultepec[30], realizaron propuestas muy avanzadas en este sentido. Mientras que México y Panamá proponían una Declaración en el propio texto de la Carta de las Naciones Unidas, Uruguay y Cuba se conformaban con que, una vez creada la ONU, la Asamblea

---

[28] JHABVALA, F.: «The Drafting of the Human Rights Provisions of the UN Charter», *Netherlands International Law Review*, Vol. XLIV, 1997, p. 4.

[29] SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus…*, *op. cit.*, p. 15.

[30] En la *Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz*, Conferencia de Chapultepec (México, marzo de 1945), los Estados latinoamericanos declararon que la futura Organización de las Naciones Unidas debería asumir la responsabilidad en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos mediante un catálogo de derechos y deberes en una Declaración que adoptaría la forma de una Convención. *Cfr.* al respecto GARCÍA BAUER, C.: *Los Derechos Humanos Preocupación Universal*, Editorial Universitaria, Guatemala, 1960, en particular pp. 25 y ss., cuando analiza el surgimiento de los derechos humanos en el ámbito latinoamericano.

General aprobase en el plazo de tiempo más corto posible una Declaración de Derechos Humanos. Sin ninguna duda, la propuesta más audaz fue la efectuada por Panamá, quien introdujo como enmienda una «Declaración de Derechos Humanos Esenciales»[31], Declaración que incluía tanto derechos civiles y políticos como derechos económicos, sociales y culturales y que formaría parte integrante de la Carta de las Naciones Unidas.

Sin embargo, estas propuestas encontraron el más absoluto rechazo por parte, fundamentalmente, de las Grandes Potencias presentes en San Francisco. Son varias las razones que explican este rechazo. En primer lugar, un aspecto que preocupaba a todas las Potencias era que los derechos humanos no interfiriesen en sus asuntos internos, sobre todo teniendo en cuenta que todas ellas tenían en esos momentos serios problemas en relación a los habitantes de sus territorios. Estados Unidos se enfrentaba a la cuestión de la discriminación racial contra las personas de color; la Unión Soviética, por su parte, mantenía sus *Gulag*, donde los derechos humanos brillaban por su ausencia; finalmente, tanto el Reino Unido como Francia seguían disfrutando de sus imperios coloniales en los que tampoco se puede decir que se respetasen escrupulosamente los derechos humanos. En segundo lugar, hubiera sido muy difícil elaborar una Declaración de Derechos Humanos en una Conferencia Internacional de varias semanas como la de San Francisco, en la que, además, existían otros muchos problemas que solventar, como las delicadas cuestiones relacionadas con la paz y la seguridad internacionales. Por último, otra cuestión que también estuvo planeando durante toda la Conferencia de San Francisco fue «el fantasma del rechazo del Senado de los Estados Unidos a dar su consentimiento al Pacto de la Sociedad de Naciones»[32], lo que, entre otros factores, contribuyó al relativo fracaso de la Organización creada tras la I Guerra Mundial. El haber forzado a Estados Unidos a aceptar una Carta de las Naciones Unidas con una Declaración de Derechos Humanos en su seno quizás hubiera motivado de nuevo su «aislacionismo internacional», cosa que se quería evitar en todo momento.

A pesar de que, finalmente, fue imposible la inclusión de una Declaración de Derechos en la Carta de las Naciones Unidas, sí que se recogen importantes referencias a los derechos humanos, disposiciones mucho

---

[31] Esta Declaración había sido elaborada por juristas de 24 países latinoamericanos entre 1942 y 1944 bajo los auspicios del Instituto de Derecho Americano.

[32] JHABVALA, F.: «The Drafting of the Human Rights Provisions…», *op. cit.*, p. 11.

más fuertes que las contenidas en las Propuestas de Dumbarton Oaks[33]. Esta fuerza relativa de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas que hacen referencia a los derechos humanos se debe básicamente al lobby llevado a cabo por ciertos países pequeños, como los de América Latina, y por las ONGs que formaban parte de la delegación norteamericana en la Conferencia de San Francisco[34]. Como se ha señalado a este respecto por John P. Humphrey, Director de la División de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al tiempo de la elaboración de la Declaración Universal,

> «las propuestas relativamente fuertes sobre los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas fueron, en su mayor parte, el resultado del lobby llevado a cabo por ONGs e individuos en la Conferencia de San Francisco. El Gobierno de los Estados Unidos había invitado a 42 organizaciones representativas de diferentes aspectos de la vida americana (Iglesias, sindicatos, grupos étnicos, movimientos por la paz…) a que enviasen sus representantes a la Conferencia de San Francisco, donde actuaron como consultores de su delegación. Este grupo de gente, ayudados por las delegaciones de algunos países pequeños, llevaron a cabo un lobby en favor de los derechos humanos sobre el que no existe paralelo en la historia de las relaciones internacionales y que fue, en gran medida, responsable de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos»[35].

Por otro lado, Panamá, ante el rechazo a su iniciativa de incluir una Declaración de Derechos Humanos en la Carta de las Naciones Unidas, propuso que en el informe del Comité que había redactado la Carta se recomendase que, una vez creada la Organización de las Naciones Unidas, ésta se embarcase inmediatamente en la elaboración de una Declaración de Derechos Humanos. Esta propuesta fue aceptada[36], con lo que estaba en el ánimo de las diferentes delegaciones presentes

---

[33] BURGERS, J.H.: «The Road to San Francisco…», *op. cit.*, p. 475.

[34] Sobre el papel de las ONGs en la Conferencia de San Francisco KOREY, W.: *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights*, St. Martin's Press, New York, 1998, en particular pp. 29 y ss.

[35] HUMPHREY, J.P.: *Human Rights & United Nations: A Great Adventure*, Transnational Publishers, New York, 1984, p. 13.

[36] La propuesta reza de la siguiente forma: «El Comité recibió la idea de una Declaración de Derechos Humanos con simpatía, pero decidió que la presente Conferencia, ante la ausencia de tiempo, no podía proceder a redactar dicha Declaración. La Organización, una vez formada, podría proceder mejor a considerar la sugerencia y a llevarla a cabo… El Comité recomienda que la Asamblea General considere esta propuesta y la lleve a efecto», citado en JHABVALA, F.: «The Drafting…», *op. cit.*, p. 13.

en San Francisco que una de las primeras tareas de la nueva Organización que se acababa de crear sería la adopción de un instrumento en materia de derechos humanos que precisase las disposiciones de la Carta.

2.2. *Los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas*

Ya en el mismo preámbulo de la Carta, los pueblos de las Naciones Unidas reafirman «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». Hay que señalar, como han hecho unos de los principales comentaristas de la Carta de las Naciones Unidas, que, junto con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, la otra idea-fuerza que resulta de este preámbulo es el respeto a los derechos humanos[37]. Por su parte, en el párrafo final del preámbulo de nuevo los pueblos de las Naciones Unidas se declaran resueltos «a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad». Este enunciado, que, como veremos, también figura en el preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, va a ser de una importancia excepcional para la ampliación del concepto tradicional de los derechos humanos. Si este concepto tradicional se ha centrado exclusivamente en los derechos civiles y políticos surgidos de las revoluciones liberales del siglo XVIII, con el pronunciamiento en torno a un *concepto más amplio de la libertad*, la Carta de las Naciones Unidas, influida en este punto por el Discurso de las Cuatro Libertades de Roosevelt, va a dar entrada a los derechos de la segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, el artículo 1.3 de la Carta señala como uno de los propósitos de la Organización «realizar la cooperación internacional… 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». Como podemos comprobar, desde la parte programática de la Carta de las Naciones Unidas se está asumiendo un compromiso claro y diáfano con la causa de los derechos humanos. Además, en esta disposición se consagra el *principio de no discriminación* como principio básico. La inclusión de este principio en un

---

[37] COT, J-P. et PELLET, A.: «Préambule», en COT, J-P. et PELLET, A. (sous la direction de): *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1985, p. 7.

apartado tan importante de la Carta, como es donde se establecen cuáles son los propósitos de la nueva Organización Internacional, en absoluto fue pacífica, generando un debate muy intenso fundamentalmente entre los Estados Unidos y la Unión Soviética. Aunque la Guerra Fría todavía no había comenzado, ya se dejaban sentir algunos de sus más perniciosos efectos, lo que influyó sobremanera en la forma de enfrentarse a la cuestión de los derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas. Finalmente, tras arduas discusiones, Estados Unidos, donde se vivía con toda su crudeza el problema racial, aceptó que figurase el principio de no discriminación a cambio de que la Unión Soviética renunciase a sus pretensiones de incluir una referencia expresa en la Carta al derecho al trabajo y al derecho a la educación, derechos muy queridos para la concepción socialista de los derechos humanos. Gran Bretaña, que seguía con sus recelos motivados por el miedo a que las referencias a los derechos humanos en la Carta pudieran suponer una interferencia en sus asuntos internos, no tuvo más remedio que plegarse ante el consenso al que se había llegado entre Estados Unidos y la Unión Soviética[38].

Las obligaciones que asumen los Estados para el logro de los objetivos marcados en el mencionado artículo 1.3 de la Carta están recogidas en los artículos 55 y 56 de la misma, disposiciones que inauguran el capítulo IX de la Carta, el consagrado a la «Cooperación Internacional Económica y Social». En el artículo 55, la Organización vuelve a asumir el compromiso de promover el respeto universal de los derechos humanos sin ningún tipo de distinción, tratando de velar en todo momento por su efectividad. Además, en este artículo 55 se establece el principio de la libre determinación de los pueblos, principio que, como veremos, ni tan siquiera se menciona en la Declaración Universal de Derechos Humanos[39]. En virtud de este artículo 55,

> «con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

---

[38] Los avatares de todas estas discusiones se encuentran en SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus…*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.

[39] Un análisis sugerente sobre la inclusión del principio de la libre determinación de los pueblos en la Carta de las Naciones Unidas en DOEHRING, K.: «The Right of Self-Determination as Expressly Mentioned in the United Nations Charter», en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations. A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 56-72.

> … c) 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, y la efectividad de tales derechos y libertades».

Aunque el mandato que se encarga a la ONU en este artículo 55 es muy amplio, los poderes que se le confieren son muy limitados. La tarea de llevar adelante este compromiso se le asigna a la Asamblea General (artículo 13.1.b[40]) y al Consejo Económico y Social (artículo 62.2[41]), órganos cuyas resoluciones en estos temas no son jurídicamente vinculantes. Hay que decir que sobre la base de este artículo las Naciones Unidas, de la mano de la Comisión de Derechos Humanos y de la Asamblea General, han desplegado una importantísima labor en orden a la promoción y el respeto de los derechos humanos[42].

Mientras que el artículo 55 que acabamos de analizar se dirige a la Organización de las Naciones Unidas, estableciendo cuáles son sus responsabilidades en el área de los derechos humanos, en cambio, el artículo 56 va a tener como objetivo conminar a los Estados a que se comprometan, en cooperación con las Naciones Unidas, con la causa de los derechos humanos. En este artículo 56, «todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo 55».

Analizadas someramente estas disposiciones, hoy en día podemos afirmar sin ninguna ambigüedad que las obligaciones de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas establecen *auténticas obligaciones jurídicas* en materia de derechos humanos tanto para la Organización como para todos y cada uno de los Estados Miembros, y no meras recomendaciones programáticas, como han sostenido ciertos

---

[40] Como señala esta artículo 13.1.b de la Carta de las Naciones Unidas, «la Asamblea General promoverá estudios y hará recomendaciones para (…) ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión».

[41] Según lo dispuesto en el artículo 62.2, «el Consejo Económico y Social podrá hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades».

[42] MARIE, J-B. et QUESTIAUX, N.: «Article 55: alinéa c», en COT, J-P. et PELLET, A. (sous la direction de): *La Charte des Nations Unies…*, *op. cit.*, pp. 870 y ss. Asimismo, una exposición detallada de los principales desarrollos tanto normativos como institucionales que en la esfera de los derechos humanos se han producido en el ámbito de las Naciones Unidas se puede consultar en VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2002.

Estados. Sin embargo, desde los mismos inicios de las Naciones Unidas, tanto desde la doctrina como desde diferentes Estados, se ha cuestionado hasta qué punto los derechos humanos constituyen un asunto que entra dentro de aquellas materias «que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados» (artículo 2.7 de la Carta) y que, como consecuencia, no permitirían una intervención ni por parte de las Naciones Unidas ni por parte de otros Estados de la comunidad internacional. Aunque inicialmente existieron dudas al respecto, muy pronto dichas dudas se disiparon y los derechos humanos entraron en un proceso de internacionalización que los iba alejando progresivamente de la jurisdicción interna de los Estados[43]. Como han señalado a este respecto Jean-Bernard Marie y Nicole Questiaux, el artículo 2.7 de la Carta es una disposición de «geometría evolutiva», lo que hace que los derechos humanos hayan escapado progresivamente del dominio reservado de los Estados para convertirse en una materia «de interés internacional»[44]. Esta misma línea de argumentación es sostenida en nuestro país por el profesor Carrillo Salcedo, para quien «la práctica ha confirmado plenamente esta interpretación del artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, en virtud de la cual los derechos humanos han dejado de pertenecer a la categoría de asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados»[45]. No es otro el tenor de una relevante resolución del Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Santiago de Compostela, celebrada en septiembre de 1989, que afirma que ningún Estado que viole la obligación internacional de proteger los derechos humanos «podrá sustraerse a su responsabilidad internacional so pretexto de que esta materia es esencialmente de su jurisdicción interna»[46]. La culminación de este proceso ha venido de la mano de la Declaración de Viena de 1993, que ha señalado que los derechos humanos son una «preocupación legítima de la comunidad internacional»[47], como vimos en su momento.

Ahora bien, no se nos escapa que existen serias e importantes lagunas en las referencias genéricas a los derechos humanos que encontramos en

---

[43] GANJI, M.: *International Protection of Human Rights*, *op. cit.*, pp. 133 y ss.; CASSIN, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 253.

[44] MARIE, J-B. et QUESTIAUX, N.: «Article 55: alinéa c», *op. cit.*, p. 870.

[45] CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos…, op. cit*., p. 42.

[46] «La protección de los derechos humanos y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados», *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 63-II, 1990, pp. 338 y ss.

[47] *Declaración y Programa de Acción de Viena*…, *op. cit*., Parte I, párr. 4.

la Carta de las Naciones Unidas. En primer lugar, no se ofrece una definición de lo que debe entenderse por derechos humanos. Tampoco procede la Carta, en segundo lugar, a una mínima enumeración de cuáles son esos derechos, salvo la referencia expresa al principio de no discriminación. Y, por último, no se establecen mecanismos concretos para garantizar los derechos humanos. Pues bien, a pesar de estas deficiencias, «la inclusión de las disposiciones de derechos humanos en la Carta de las Naciones Unidas cambió los parámetros del debate sobre los derechos humanos e introdujo nuevos principios en la política mundial y en el Derecho Internacional»[48]. La Carta de las Naciones Unidas se convirtió a partir de 1945 en el fundamento legal y conceptual del proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Una última disposición relevante de la Carta relativa a los derechos humanos que no podemos olvidar es el artículo 68. Este artículo[49] permite al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) la creación de las comisiones que sean necesarias para el desempeño de todas sus funciones. El hecho realmente significativo en lo que a nosotros nos concierne es que en este artículo 68 se cita expresamente que el ECOSOC «establecerá comisiones de orden económico y social y *para la promoción de los derechos humanos*…». Si he citado en cursiva las palabras anteriores es porque esa frase nos parece dar a entender que el Consejo Económico y Social deberá establecer una comisión para la promoción de los derechos humanos. Lo cierto es que la inclusión de esta frase en el artículo 68 fue el fruto de un intenso grupo de presión en favor de la creación de una comisión de derechos humanos. De nuevo en este punto jugaron un papel determinante las 42 ONGs con status consultivo en la delegación norteamericana presente en la Conferencia de San Francisco. Su presión finalmente tuvo éxito, dado que tuvieron que influir en la delegación norteamericana para que venciese las grandes reticencias que habían mostrado Gran Bretaña, la Unión Soviética y China, que no eran favorables a una disposición tan explícita que posibilitaría la creación de una comisión de derechos humanos[50]. Además, se entendía que esta comisión de derechos humanos que se crearía por parte del ECOSOC sería la encargada de elaborar la Declaración de Derechos Humanos que vendría a precisar las disposiciones de la Carta en materia

---

[48] JHABVALA, F.: «The Drafting of the Human Rights Provisions of the United Nations Charter», *op. cit.*, p. 2.

[49] Una reflexión sobre las vicisitudes y contenido de este artículo en PARTSCH, K-F.: «Article 68», en SIMMA, B. (Ed.): *The Charter of the United Nations…*, *op. cit.*, pp. 875-892.

[50] *Cfr.* en este sentido SAMNOY, A.: *Human Rights as International Consensus. The Making of the Universal Declaration…*, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

de derechos humanos[51]. Pues bien, todo se desarrolló tal y como se había previsto en este guión, y uno de los primeros actos del Consejo Económico y Social fue la creación de la *Comisión de Derechos Humanos* en 1946, órgano que tendría como labor fundamental en sus primeros años de vida la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

2.3. *Los desarrollos normativos posteriores a 1945*

Una vez iniciada la andadura de la nueva Organización surgida de las cenizas de la II Guerra Mundial, se vio claramente que sus primeros momentos iban a estar consagrados a la concreción de las disposiciones un tanto vagas y genéricas de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Así, se encargó a la Comisión de Derechos Humanos la aprobación de un documento que recogiese los principales derechos humanos junto con mecanismos para su protección. Sin embargo, dado que las Grandes Potencias ya estaban enfrascadas en plena Guerra Fría, no se pudo avanzar en esta cuestión todo lo que hubiera sido deseable, aprobando únicamente una Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948[52]. El problema con el que se enfrentaba la Declaración Universal es que fue aprobada mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, resoluciones que constituyen meras recomendaciones para los Estados, pero no obligaciones jurídicas vinculantes. Por lo tanto, era imprescindible el proceder a la aprobación de unos instrumentos de derechos humanos que tuviesen carácter plenamente jurídico y pudiesen vincular a los Estados que los ratificasen. Sin embargo, como ocurriese con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, iba a ser una tarea enormemente complicada. De nuevo el conflicto Este-Oeste iba a planear sobre la elaboración de los Pactos de derechos humanos[53]. Para hacernos una idea, inicialmente estaba previsto aprobar un único Pacto de derechos humanos, un único Pacto que recogiese el conjunto de los derechos y libertades fundamentales. Finalmente, debido al conflicto entre el bloque occidental y el bloque socialista, se procedió a la aprobación de dos Pactos de derechos humanos. Así, en la actualidad contamos con el Pacto internacional de derechos civiles y

---

[51] HUMPHREY, J.P.: *Human Rights & United Nations…*, *op. cit.*, p. 13.

[52] Ver al respecto el estudio de Jaime Oraá en este volumen.

[53] Sobre esta cuestión se pude consultar ALVAREZ MOLINERO, N.: «La evolución de los derechos humanos a partir de 1948: hitos más relevantes», en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS: *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, pp. 93-178.

políticos y con el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, aprobados ambos, paradójicamente, el mismo día y en la misma sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Sin embargo, hubo que esperar otros diez años, hasta 1976, para que estos dos Pactos pudiesen entrar en vigor tras la ratificación de un número suficiente de Estados. Pues bien, estos tres instrumentos básicos de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, la Declaración Universal y los dos Pactos, constituyen la denominada *Carta Internacional de Derechos Humanos*.

Además de la adopción de estos 3 textos, la Organización de las Naciones Unidas ha jugado un papel crucial en el proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[54], aprobando todo un conjunto de instrumentos en campos tan diversos como los derechos de la infancia, la discriminación contra la mujer, la lucha contra la tortura… Los instrumentos más relevantes van a ser objeto de estudio específico en otros apartados de este libro.

Tampoco podemos olvidarnos al analizar el avance de la protección internacional de los derechos humanos de los desarrollos que se han producido en el marco de Organizaciones Internacionales de carácter regional, como son el Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana[55]. En estos ámbitos hemos asistido no sólo a un desarrollo ejemplar de carácter normativo, sino que incluso han aparecido mecanismos de carácter jurisdiccional bastante perfeccionados para la protección de los derechos humanos, como pueden ser el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos[56].

2.4. *Indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos*

A pesar de la existencia y aparición histórica de dos diferentes categorías o generaciones de derechos humanos, como son los derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro, y que han sido reconocidos convencionalmente en instrumentos separados, como acabamos de ver, estos dos tipos de

---

[54] Fernández de Casadevante Romaní, C.: «El Derecho Internacional de los Derechos Humanos», en Fernández de Casadevante Romaní, C. (Coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2000, pp. 49-73.

[55] Desde julio de 2002 la OUA se ha convertido en la *Unión Africana*.

[56] Un estudio en profundidad figura en Cançado Trindade, A.A.: *El acceso directo del individuo…*, *op. cit*.

derechos no son dos compartimentos-estanco, dos categorías completamente autónomas, sino que ambas categorías van a estar profundamente interrelacionadas[57]. Esta compenetración de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales ya se puso de manifiesto en la Primera Conferencia Internacional de Derechos Humanos celebrada en Teherán en 1968. En el Acta Final de esta Conferencia[58] se proclamaba la indivisibilidad e interdependencia de ambos tipos de derechos. Esta idea, de una enorme importancia en la práctica de los derechos humanos, es reiterada en la resolución 32/130 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1977. En esta resolución se afirma que

> «todos los derechos humanos y libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; deberá prestarse la misma atención y urgente consideración a la aplicación, la promoción y la protección tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales; la plena realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible; la consecución de un progreso duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social…».

Esta indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos ha vuelto a ser proclamada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena del 13 al 24 de junio de 1993. En la Declaración Final, en su párrafo 5, se afirma que «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso…».

Por lo tanto, actualmente, a pesar de que esta distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro, mantiene todo su sentido, debe ser matizada a la luz de las disposiciones que hemos comentado en torno a la profunda interrelación que debe existir entre ambos tipos de derechos. La defensa de la dignidad humana necesita de los dos tipos de derechos. Ello supone que «en ningún caso los Estados podrían escudarse en la promoción y protección

---

[57] Ver al respecto el profundo estudio de MEYER-BISCH, P.: *Le corps des droits de l'homme. L'indivisibilité comme principe d'interprétation et de mise en oeuvre des droits de l'homme*, Editions Universitaires Fribourg, Fribourg, 1992.

[58] *Recopilación de instrumentos internacionales*, ST/HR/1/Rev.5 (Vol. I, Part 2).

de una determinada categoría de derechos, para eludir la promoción y protección de otra, o lo que es lo mismo, implica colocar a ambas categorías de derechos en el mismo nivel de atención y urgencia»[59].

Sin embargo, tenemos que reconocer que los derechos económicos, sociales y culturales han sido «retóricamente ensalzados pero nunca abordados real y resueltamente en las Naciones Unidas, donde el tópico y el lugar común es proclamar enfáticamente la indivisibilidad de los derechos humanos cuando acaso sería más conforme con los hechos —como críticamente ha propuesto el profesor Philip Alston— hablar de la *invisibilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales»[60].

2.5. *La aparición de los derechos humanos de la tercera generación*

A partir de los años 70 estamos asistiendo a la aparición de un conjunto de nuevos derechos humanos, nuevos derechos que tratan de responder a los retos más urgentes que tiene planteados ante sí la comunidad internacional[61]. Entre los derechos humanos que han sido propuestos para formar parte de esta «nueva frontera de los derechos humanos» se encuentran los siguientes: el derecho al desarrollo[62]; el derecho a la paz[63]; el derecho al medio ambiente[64]; el derecho a beneficiarse del Patrimonio Común de la Humanidad[65] o el derecho a la asistencia humanitaria[66].

---

[59] BLANC ALTEMIR, A.: «Universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal», en BLANC ALTEMIR, A. (Ed.): *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 33.

[60] CARRILLO SALCEDO, J.A.: *Soberanía de los Estados…*, *op. cit.*, p. 24.

[61] RODRÍGUEZ PALOP, M.E.: *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson, Madrid, 2002.

[62] Sobre el surgimiento de este nuevo derecho ver, entre otros, M'BAYE, K.: «Le droit au développement comme un droit de l'homme», *Revue des Droits de l'Homme*, 1972, pp. 505-534.

[63] *Cfr.* la *Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*, adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984.

[64] FRANCO DEL POZO, M.: «El derecho humano a un medio ambiente adecuado», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 8, 2000.

[65] Sobre el novedoso concepto del Patrimonio Común de la Humanidad pueden consultarse: KISS, A. CH.: «La notion de patrimoine commun de l'humanité», *RCADI*, t. 175, 1982-II, pp. 99-256; BLANC ALTEMIR, A.: *El Patrimonio Común de la Humanidad. Hacia un régimen jurídico internacional para su gestión*, Bosch, Barcelona, 1992; GÓMEZ ISA, F.: «Patrimonio Común de la Humanidad», *Estudios de Deusto*, Vol. 41/2, julio-diciembre 1993, pp. 119-192.

[66] Sobre este problemático derecho *cfr*. ABRISKETA, J.: «El derecho a la asistencia humanitaria: fundamentación y límites», en UNIDAD DE ESTUDIOS HUMANITARIOS: *Los desafíos de la acción humanitaria*, Icaria, Barcelona, 1999, pp. 71-100.

Y es que, como afirma Karel Vasak, «la lista de los derechos humanos ni es ni será nunca una lista cerrada»[67]. En el mismo sentido se expresa un gran conocedor de los derechos humanos como es Philip Alston cuando señala que esta nueva generación de derechos humanos representa «el dinamismo esencial de la tradición de los derechos humanos»[68].

Diferentes son los factores que han propiciado, y siguen propiciando, la aparición de estos nuevos derechos humanos. En primer lugar, el proceso descolonizador de los años 60 supuso toda una revolución en la sociedad internacional y, por ende, en el ordenamiento jurídico llamado a regularla, el Derecho Internacional. Este cambio también ha dejado sentir su influencia en la teoría de los derechos humanos, que cada vez se va a orientar más hacia los problemas y necesidades concretas de la nueva categoría de países que había aparecido en la escena internacional, los países en vías de desarrollo[69]. Si fueron las revoluciones burguesas y socialistas las que dieron lugar a la primera y segunda generación de derechos humanos, respectivamente, va a ser esta revolución anticolonialista la que dé origen, según Stephen Marks, a la aparición de los derechos humanos de la tercera generación[70].

Otro factor que ha incidido de una forma notable en el surgimiento de estos derechos de la solidaridad es la interdependencia y globalización presentes en la sociedad internacional a partir de los años 70. Cada vez más los Estados son conscientes de que existen problemas globales cuya solución exige respuestas coordinadas, exige, en suma, de embarcarse en procesos de cooperación internacional[71]. Consecuencia de este cambio global, los derechos de la tercera generación son derechos que enfatizan la necesidad de cooperación internacional, que inciden básicamente en los aspectos colectivos de dichos derechos; son «*community-oriented rights*»[72], en expresión de Gros Espiell, es

---

[67] VASAK, K.: «Les différentes catégories des Droits de l'homme», en *Les dimensiones universelles des Droits de l'homme*, UNESCO-Bruylant, Bruxelles, 1990, p. 297.

[68] ALSTON, P.: «A third generation of solidarity rights: progressive development or obfuscation of International Human Rights Law?», *Netherlands International Law Review*, 1982, p. 314.

[69] En este sentido, no es de extrañar que el derecho al desarrollo tuviera su origen en el continente africano y que hayan sido juristas provinientes del tercer mundo sus más ardientes defensores.

[70] MARKS, S.: «Emerging Human Rights: a new generation for the 1980s?», *Rutgers Law Review*, Vol. 33, 1981, p. 440.

[71] Así, se ha hablado de la emergencia de un Derecho Internacional Cooperativo: FRIEDMANN, W.: *La nueva estructura del Derecho Internacional*, Ed. Trillas, México, 1967, p. 90.

[72] GROS ESPIELL, H.: «Introduction», en BEDJAOUI, M. (Ed.): *International Law: Achievments and Prospects*, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 1167.

decir, derechos que revelan la urgente necesidad de tomar decisiones y acciones conjuntas en el marco de la comunidad internacional, no sólo en la esfera de los Estados nacionales.

La palabra clave de estos nuevos derechos es la palabra solidaridad[73], lo que no significa que tan solo estos derechos sean los vehículos para promocionar esa solidaridad. También los derechos humanos de las dos primeras generaciones deben servir para plasmar ese valor tan necesario en una sociedad internacional tan dividida como en la que estamos viviendo actualmente. Pero lo que sí es cierto es que «quizá los derechos de la tercera generación requieran de la solidaridad en un grado mayor»[74].

Ahora bien, esta nueva generación de derechos humanos no ha sido aceptada de forma pacífica ni por la doctrina ni por los propios Estados, suscitando un intenso debate en torno a ellos. En palabras de Angustias Moreno,

> «para la protección internacional de los derechos humanos las nuevas corrientes presentan unos riesgos de entidad suficiente como para hacernos ir a ellos con prudencia; tal vez, incluso, para contribuir al respeto de los derechos humanos sería más provechoso intentar consolidar lo logrado antes de conquistar nuevas fronteras»[75].

Parecida opinión es la del profesor Kooijmans, para quien la introducción de la idea de los derechos humanos de la tercera generación «no sólo difumina la cuestión, sino que constituye un peligro para lo que está en la raíz de la internacionalización de los derechos humanos: la protección del individuo frente al Estado»[76].

Una de las objeciones más frecuentes a estos nuevos derechos es que la proliferación excesiva de derechos humanos puede debilitar la protección de los derechos humanos ya existentes. Esta crítica ha sido rebatida por los partidarios de estos derechos emergentes. Gros Espiell, entre otros, arguye que no existe tal riesgo de debilitamiento de los derechos de generaciones anteriores, sino que, por el contrario, los derechos de la solidaridad «son un prerequisito para la existencia y ejercicio de todos los derechos humanos»[77]. Es decir, más que debilitar o diluir, estos

---

[73] MARKS, S.: «Emerging Human Rights…», *op. cit.*, p. 441.

[74] GROS ESPIELL, H.: *op. cit.*, p. 1169.

[75] MORENO LÓPEZ, A.: «Los derechos humanos de la solidaridad», en *IV Jornadas de profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, 4-6 de julio de 1979, Universidad de Granada, 1980, p. 50.

[76] KOOIJMANS, P.H.: «Human Rights-Universal Panacea? Some reflections on the so-called human rights of the third generation», *Netherlands International Law Review*, 1990, p. 329.

[77] GROS ESPIELL, H.: *op. cit.*, p. 1168.

derechos humanos pretenden reforzar la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Pero lo cierto es que, como señala con propiedad Alston, «el reto es encontrar un equilibrio entre la necesidad de mantener la integridad y credibilidad de la tradición de los derechos humanos y la necesidad de adoptar una aproximación dinámica que refleje las cambiantes necesidades y perspectivas y que responda a la emergencia de nuevos ataques a la dignidad y bienestar humanos»[78].

Otra crítica común a estos derechos de la tercera generación es que el término «generación» parece implicar que los derechos de las anteriores generaciones ya están trasnochados o anticuados, superados, en una palabra. Esta crítica también ha sido contestada. En este sentido, Karel Vasak afirma que estos nuevos derechos son *derechos-síntesis*, es decir, derechos que «no pueden ser realizados más que gracias a la puesta en marcha de los otros derechos humanos, que son, de alguna manera, sus elementos constitutivos»[79]. Y es que uno de los contenidos esenciales de estos derechos es la protección y salvaguarda de todos los derechos individuales, de los cuales vienen a ser un complemento.

Una crítica que ha resultado ser bastante acertada es que la reivindicación de estos derechos de la solidaridad puede servir, en ocasiones, para justificar violaciones masivas de los derechos civiles y políticos, fundamentalmente en el tercer mundo. Esta ha sido una situación frecuente en el continente africano, asolado por dictaduras ominosas. Muchos dirigentes africanos vieron en la defensa de los derechos de la solidaridad, principalmente en el derecho al desarrollo, una forma de perpetuar su dominio, de ignorar los derechos individuales y de defender la no interferencia en sus asuntos internos[80]. Lo cierto es que si de verdad queremos que estos nuevos derechos sean creíbles y se acepten por parte de la comunidad internacional, deben conllevar un respeto escrupuloso de los derechos humanos individuales, en particular los civiles y políticos.

Pero, sin duda, la principal objeción que se les puede hacer a estos derechos emergentes es que, salvo el derecho a beneficiarse del

---

[78] ALSTON, P.: «Conjuring up new Human Rights: a proposal for quality control», *American Journal of International Law*, Vol. 78, 1984, p. 609.

[79] VASAK, K.: «Les différentes catégories des Droits de l'homme», en *Les dimensions universelles…*, *op. cit.*, p. 305.

[80] Esta «perversión de los derechos de la solidaridad» ha sido puesta de manifiesto por diferentes autores, entre otros: MAHMUD, S.S.: «The State and Human Rights in Africa in the 1990s: perspectives and prospects», *Human Rights Quarterly*, Vol. 15, n.º 3, 1993, pp. 488 y ss.; HOWARD, R.E.: *Human Rights in Commonwealth Africa*, Rowman and Littlefield Publishers, New Jersey, 1986.

Patrimonio Común de la Humanidad[81], ninguno de los otros nuevos derechos ha sido reconocido mediante un instrumento convencional de alcance universal, es decir, mediante un tratado internacional vinculante para los Estados que lo ratifiquen. El reconocimiento de estos nuevos derechos se ha efectuado principalmente a través de resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, lo que nos plantea el espinoso tema del valor jurídico de tales resoluciones[82].

Para una parte de la doctrina internacionalista, mayoritaria en Occidente, el valor jurídico de las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas es un valor «relativo», depende de las circunstancias en las que se adopta una determinada resolución (si es aprobada por unanimidad, si sus términos son lo suficientemente precisos y concretos, las opiniones de los Estados al respecto…). En muchas ocasiones, las normas contenidas en esas resoluciones entran de lleno en lo que se conoce como *soft-law*, es decir, normas a las que no se las puede calificar como plenamente jurídicas[83].

En cambio, desde otros sectores doctrinales, más comprometidos con la transformación del ordenamiento jurídico internacional, se pretende que tales resoluciones tengan plenos efectos jurídicos[84].

---

[81] El concepto de Patrimonio Común de la Humanidad ha sido recogido expresamente en dos tratados internacionales. El primero de ellos es el *Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes*, de 14 de diciembre de 1979. El segundo es la *III Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar*, firmada en Montego Bay el 30 de abril de 1982 y que entró en vigor en noviembre de 1994.

[82] Sobre este tema existe una abundante literatura. De ella podemos destacar: VIRALLY, M.: «La valeur juridique des recommandations des Organisations Internationales», *Annuaire Française de Droit International*, 1956, pp. 66-95; PÉREZ VERA, E.: «Algunas consideraciones sobre el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General en el 26 aniversario de la ONU», *Boletín de la Universidad de Granada*, n.º 105, Vol. V, 1973, pp. 37-52; CASTAÑEDA, J.: «La valeur juridique des résolutions des Nations Unies», *RCADI*, 1970-I, t. 129, pp. 205-332.

[83] Para la noción de *soft-law* ver: WEIL, P.: «Vers une normativité relative en Droit International?», *Revue Générale de Droit International Public*, 1982, pp. 6 y ss.; IDA, R.: «Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de *Soft-law*», en *Le Droit International au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991, pp. 334 y ss.

[84] BEDJAOUI, M.: *Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional*, UNESCO-Sígueme, Salamanca, 1979, pp. 157 y ss.; BEKHECHI, M.A.: «Les résolutions des Organisations Internationales dans le processus de formation de normes en Droit International», en FLORY, M.; MAHIOU, A. et HENRY, J-R.: *La formation des normes en Droit International du Développement*, Table Ronde franco-maghrébine Aix-en-Provence, octobre 1982, Office des Publications Universitaires, Alger et Centre National de la Recherche Scientifique, Paris, 1984, pp. 181-196.

Por lo tanto, nos encontramos ante unos nuevos derechos humanos que estarían todavía en proceso de formación, serían derechos humanos en *statu nascendi*, dado que los Estados, principales creadores del Derecho Internacional, se muestran reacios a su reconocimiento en otro instrumento que no sean resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Pero debemos tener en cuenta que los anteriores derechos humanos también encontraron fuertes resistencias al tiempo de su proclamación. Esto nos debe servir de acicate para redoblar nuestros esfuerzos en aras del reconocimiento de estos nuevos derechos de la solidaridad, derechos que responden en gran medida a los principales retos que tiene planteados ante sí la comunidad internacional: el desarrollo, la paz, el medio ambiente, las catástrofes humanitarias…

2.6. *La Conferencia Mundial de Viena sobre Derechos Humanos*

La Conferencia de Viena sobre derechos humanos es la segunda Conferencia Mundial sobre la materia, celebrada a los 25 años de la Primera Conferencia Mundial, la Conferencia de Teherán (1968). En esta segunda Conferencia se habían depositado unas enormes expectativas en cuanto a que podía convertirse en un punto de inflexión en lo que concierne al respeto universal de los derechos humanos. Sin embargo, los resultados de la Conferencia dejaron un sabor ciertamente agridulce tanto en las delegaciones gubernamentales como en las numerosas organizaciones no gubernamentales que participaron en la Conferencia[85], aunque existen voces que no son tan pesimistas, llegando incluso a afirmar que la Conferencia de Viena «ha constituido un gran éxito para la causa de los derechos humanos»[86].

Varios fueron los temas que, con mayor o menor fortuna, se discutieron en Viena. En lo que a nosotros respecta, los aspectos más importantes fueron la cuestión de la universalidad de los derechos humanos, los vínculos entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo,

---

[85] Más de 3.500 ONG's que trabajan en el campo de los derechos humanos participaron en una *Conferencia paralela* que tuvo lugar en Viena durante la celebración de la Conferencia oficial. Además, hay que señalar que las discusiones que tuvieron lugar en la Conferencia paralela ejercieron su influencia en la Declaración Final de la Conferencia oficial.

[86] Estas palabras provienen de Julián Palacios, Director de la Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores español al tiempo de la celebración de la Conferencia de Viena, en PALACIOS, J.: «Más luces que sombras en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos», *Tiempo de Paz*, n.º 29-30, otoño 1993, p. 6.

la incorporación de los derechos de las mujeres a la agenda internacional relativa a los derechos humanos y, en cuarto lugar, el rol creciente de las organizaciones no gubernamentales en la defensa y promoción de los derechos humanos.

Sin ninguna duda el tema central de la Conferencia de Viena giró en torno a la consideración de si los derechos humanos son universales, es decir, aplicables en todos los países de la comunidad internacional o si, por el contrario, tienen que ser entendidos a la luz de las diferentes circunstancias históricas, culturales, religiosas… Dos teorías pugnaban respecto a este tema, la teoría universalista o la teoría del relativismo cultural. Las posturas estaban bastante alejadas, ya que mientras que los países occidentales defendían la universalidad de los derechos humanos, los países islámicos y una parte importante del tercer mundo eran firmes partidarios del relativismo cultural, considerando la teoría de la universalidad como una nueva forma de colonialismo, esta vez en forma de derechos humanos. Lo cierto es que tras los debates en torno a esta espinosa cuestión las conclusiones a las que se llegaron no fueron excesivamente satisfactorias, ya que, como vamos a ver a continuación, la Declaración Final de la Conferencia de Viena es extremadamente ambigua en cuanto al problema de la universalidad de los derechos humanos[87]. En la Declaración Final de la Conferencia se llegó a una especie de consenso que, en mi opinión, sigue sin zanjar este espinoso problema. Como se sostiene en la Declaración de Viena, tras proclamar en su primer párrafo que el carácter universal de los derechos humanos «no admite dudas»,

> «todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí (…). Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así

[87] Una muestra palpable de que las posiciones estaban bastante alejadas entre sí se puede obtener si se comparan los documentos finales de las Reuniones Regionales preparatorias de la Conferencia Mundial de Viena. La primera fue la Reunión Regional para Africa, celebrada en Túnez del 2 al 6 de noviembre de 1992, *Informe de la Reunión Regional para Africa de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/AFRM/14, de 24 de noviembre de 1992. La segunda fue la Reunión Regional para América Latina y El Caribe, *Aprobación de los Documentos Finales y/o Declaración de la Reunión Regional para América Latina y El Caribe*, A/CONF.157/LACRM/12/Add.1, de 22 de enero de 1993. La tercera fue la Reunión Regional para Asia, *Informe de la Reunión Regional para Asia de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, A/CONF.157/ASRM/8, de 7 de abril de 1993. La Unión Europea, por su parte, también celebró su reunión preparatoria de la Conferencia, *Nota verbal de 23 de abril de la Misión Permanente de Dinamarca (en nombre de la Comunidad Europea) ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra*, A/CONF.157/PC/87, de 23 de abril de 1993.

> como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales»[88].

Podemos comprobar claramente cómo en este ambiguo párrafo no se toma partido abiertamente ni por la universalidad de los derechos humanos ni por la teoría del relativismo cultural; se trata de contentar, en la medida de lo posible, a los defensores de ambas posturas. Y es que, como ya hemos comentado, en las sesiones de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos se demostró claramente que las posturas estaban muy enfrentadas y el consenso estaba todavía muy lejos de conseguirse[89]. La única vía mediante la cual va a ser posible, si existe voluntad política por parte de los diferentes Estados, lograr la universalidad de por lo menos los derechos humanos más fundamentales es la apertura de un diálogo intercultural[90] sincero y abierto entre los Estados occidentales y los Estados que se muestran partidarios del relativismo cultural. Ambos grupos de Estados van a tener que dejar de lado dogmas y posturas preconcebidas para estar dispuestos, a partir de ese diálogo, a ceder en parte de sus pretensiones. Y es que nos encontramos ante uno de los principales problemas con los que se está enfrentando en la actualidad la teoría de los derechos humanos. De una adecuada respuesta a este problema va a depender, en gran parte, la evolución futura de los derechos humanos en un mundo en conflicto.

La segunda de las cuestiones abordadas en la Conferencia de Viena fue la del nexo creciente entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo. Este es uno de los aspectos que más han evolucionado en la teoría de los derechos humanos. En la actualidad se defiende abiertamente la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo. Es decir, para que quepa una defensa efectiva de los derechos y las libertades fundamentales es imprescindible estar en presencia de un Estado democrático y de un Estado que haya alcanzado un mínimo grado de desarrollo económico, social, cultural, político…

---

[88] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, *op. cit.*, Parte I, párr. 5.

[89] Sobre el tema de la universalidad de los derechos humanos en la Conferencia de Viena y en la Declaración Final ver VILLÁN DURÁN, C.: «Significado y alcance de la universalidad de los derechos humanos en la Declaración de Viena», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, n.º 2, 1994, pp. 505-532.

[90] ETXEBERRIA, X.: «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS: *La Declaración Universal…*, *op. cit.*, p. 385.

Este aspecto no suscitó tantas discusiones como la cuestión de la universalidad, y así se refleja en la Declaración Final de la Conferencia. Es el párrafo 8 de la Declaración de Viena el que sostiene que

> «la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son conceptos interdependientes que se refuerzan mutuamente… La comunidad internacional debe apoyar el fortalecimiento y la promoción de la democracia, el desarrollo y el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el mundo entero».

Un aspecto íntimamente relacionado con este vínculo entre los derechos humanos, la democracia y el desarrollo es el reconocimiento en la Declaración de Viena del derecho al desarrollo. Es muy importante este reconocimiento dado que, como ya hemos puesto de manifiesto, este derecho se encontró con la cerrada oposición de los países occidentales al momento de su surgimiento. Resulta significativo que años más tarde, en 1993, todos los países presentes en Viena se pusiesen de acuerdo en el reconocimiento del derecho al desarrollo. Como se señala en la Declaración Final, «la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el derecho al desarrollo, según se proclama en la Declaración sobre el derecho al desarrollo, *como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales*»[91] (la cursiva es nuestra). Por lo tanto, comprobamos cómo el derecho al desarrollo ocupa una posición relativamente importante en la Declaración de Viena, lo que hizo afirmar al ya citado Julián Palacios que «el reconocimiento del principio del derecho al desarrollo… constituye un éxito sin precedentes que *ab initio* parecía imposible que se pudiera obtener»[92].

Asimismo, otra de las cuestiones que en Viena fue discutida y que finalmente logró con éxito su inclusión en la Declaración Final es la asunción por parte de la comunidad internacional del firme compromiso de situar los derechos humanos de las mujeres como una de las prioridades en la agenda internacional de los derechos humanos. Lo cierto es que el *lobby* de los movimientos en favor de los derechos de las mujeres en Viena se dejó sentir durante toda la Conferencia, consiguiendo un reconocimiento muy relevante en la Declaración Final. Como señala en este sentido la Declaración de Viena,

---

[91] *Declaración y Programa de Acción*…, *op. cit*., Parte I, párr. 10.
[92] PALACIOS, J.: «Más luces que sombras…», *op. cit*., p. 8.

> «los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales (…) La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer…»[93].

Un último aspecto que hay que destacar de los tratados en la Conferencia de Viena fue la importancia otorgada a las organizaciones no gubernamentales que trabajan en la esfera de los derechos humanos. En primer lugar, como ya hemos manifestado, las ONGs participaron de una manera muy activa en las discusiones de la Conferencia, tanto en la Conferencia oficial como en la Conferencia paralela de ONGs. Por otro lado, en la Declaración Final de la Conferencia de Viena se les reconoce el importante rol que las ONG's tienen que desempeñar en cuanto a la protección y en cuanto a la promoción de los derechos humanos. En este sentido, el párrafo 38 de la Declaración Final establece que

> «la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importante función que cumplen las organizaciones no gubernamentales en la promoción de todos los derechos humanos (…). La Conferencia aprecia la contribución que esas organizaciones aportan a la tarea de acrecentar el interés público en las cuestiones de derechos humanos, a las actividades de enseñanza, capacitación e investigación en ese campo y a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales…».

2.7. *Los derechos humanos ante el actual proceso de globalización*

El actual proceso de globalización está caracterizado por ser un proceso generador de exclusión y de una profunda desigualdad, lo que conlleva consecuencias muy serias para la protección de los derechos humanos tanto civiles y políticos como, sobre todo, económicos, sociales y culturales[94]. Esta constatación ya fue planteada por los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York en la famosa *Cumbre del Milenio* celebrada en septiembre de 2000. En su opinión,

---

[93] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, *op. cit*., Parte I, párr. 18.

[94] Martínez de Bringas, A.: «Globalización y Derechos Humanos», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos*, n.º 15, 2001.

> «la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual… Consideramos que sólo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos… se podrá lograr que la mundialización sea plenamente incluyente y equitativa»[95].

Como vemos, la propia Asamblea General está clamando por una mundialización[96] «plenamente *incluyente* y *equitativa*», lo que pone claramente de manifiesto que la actual globalización no camina por esos derroteros. Nos encontramos frente a un proceso de globalización que está teniendo unas consecuencias que hacen que se le llegue a calificar como una globalización *sesgada*[97], dado que está acentuando de una manera dramática las disparidades tanto dentro de los países[98] como entre los diferentes países. Lo cierto es que la desigualdad global está aumentando en una proporción «que nunca con anterioridad había sido conocida»[99]. Una muestra evidente de esta creciente desigualdad son los datos que ofrece el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), quien señala que «la diferencia de ingreso entre el quinto de la población mundial que vive en los países ricos y el quinto que vive en los países más pobres era de 74 a 1 en 1997, superior a la relación de 60 a 1 de 1990 y a la de 30 a 1 de 1960»[100]. Como podemos comprobar, en un lapso de tiempo de 30 años, de 1960 a 1990, la distancia entre el quinto de la población

---

[95] *Declaración del Milenio*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 55/2, de 8 de septiembre de 2000.

[96] *Mundialización* es el término que se suele utilizar en los países de habla francesa para referirse a la globalización, siendo dos términos equivalentes.

[97] DUBOIS, A.: «Una globalización sesgada», *Mientras Tanto*, n.º 70, 1997, pp. 67-84.

[98] Un análisis muy interesante de los efectos de la globalización dentro de los propios países, con una mención especial al caso español, se puede encontrar en NAVARRO, V.: *Globalización económica, poder político y Estado del Bienestar*, Ariel, Barcelona, 2000. Análisis muy similar referido a América Latina en RUIZ VARGAS, B.: «Globalización de la economía y ampliación de la pobreza», *El Bordo*, Universidad Iberoamericana, Tijuana, 2000, pp. 41-50; URQUIDI, V. (Coord.): *México en la globalización. Condiciones y requisitos de un desarrollo sustentable y equitativo*, FCE, México, 1997.

[99] Esta creciente desigualdad no se circunscribe a las cifras macroeconómicas, sino que afecta a cuestiones como la escolarización, el porcentaje de científicos y técnicos, las inversiones en investigación y desarrollo mientras que, sin embargo, «ha disminuido en esperanza de vida, nutrición, mortalidad infantil, acceso al agua potable…», en BERZOSA, C.: «El Subdesarrollo, una toma de conciencia para el siglo XXI», en *Derechos Humanos y Desarrollo*, Mensajero-Alboan, Bilbao, 1999, pp. 22 y ss.

[100] PNUD: *Informe sobre Desarrollo Humano 1999*, Mundi-Prensa, Madrid, 1999, p. 3.

mundial que vive en los países desarrollados y el quinto que vive en los países subdesarrollados se había duplicado, y la tendencia sigue siendo hacia la profundización de la desigualdad. De seguir por este camino corremos el riesgo de que el mundo se convierta en un auténtico *Apartheid Global*[101] donde ricos, por un lado, y pobres, por otro, vivamos cada vez más separados por un auténtico muro de pobreza con escasas posibilidades de encontrar espacios comunes y de colaboración.

Además de la principal consecuencia que ya hemos analizado, que es el incremento vertiginoso de la desigualdad tanto a nivel interno como en el panorama internacional, que se ha convertido en un rasgo característico inherente al actual proceso de globalización neoliberal, debemos señalar otras consecuencias que también pueden tener una notable repercusión en el disfrute de los derechos humanos. Me refiero, en primer lugar, a la reducción del papel del Estado que lleva aparejada la globalización y, en segundo lugar, al protagonismo que en la actual globalización están adquiriendo las empresas transnacionales.

En lo concerniente a la reducción del rol del Estado, es evidente que la liberalización y la desregulación auspiciadas por la globalización neoliberal han tenido como objetivo esencial tratar de reducir el papel del Estado en el sistema económico y social, dejando en manos del mercado sectores que hasta entonces habían sido cubiertos fundamentalmente por el sector público. Lo cierto es que este proceso ha tenido como consecuencia el debilitamiento progresivo de la protección de los derechos humanos en muchos países, afectando básicamente a los derechos económicos, sociales y culturales. Como sabemos, estos derechos dependen fundamentalmente del Estado para su realización efectiva. Son derechos que demandan la prestación de un servicio por parte del Estado: derechos como el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación y al vestido, a los servicios sociales básicos, a un sistema público de seguridad social… En la medida en que el Estado se ha ido retirando de determinados sectores, haciendo una dejación de sus funciones, los derechos económicos, sociales y culturales se han ido resintiendo. Esta auténtica «privatización de los derechos humanos» ha tenido consecuencias nefastas para una protección efectiva de muchos de ellos[102].

---

[101] Esta es una expresión utilizada por el profesor de la Universidad de Coimbra José Manuel Pureza, en PUREZA, J.M.: *El Patrimonio Común de la Humanidad. ¿Hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 60 y ss.

[102] BARRIOS MENDÍVIL, R.: «Obstáculos para la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales», en TERRE DES HOMMES: *El derecho a la equidad. Etica y mundialización social*, Icaria, Barcelona, 1997, pp. 83-116.

Esta disminución del papel del Estado ha sido especialmente intensa en muchos países en vías de desarrollo fruto de los Programas de Ajuste Estructural impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, lo que ha contribuido a agravar aún más si cabe la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en estos países, con influencias también en la satisfacción de los derechos civiles y políticos. La indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos hace que cuando una categoría de derechos se resiente, los otros también resulten afectados. Lo cierto es que las repercusiones de estos planes auspiciados por las instituciones de Bretton Woods han sido muy importantes desde el punto de vista de la satisfacción de los derechos humanos[103].

En segundo lugar, las empresas transnacionales se han convertido en uno de los vehículos más relevantes del actual proceso de globalización, con unas actividades que están comenzando a suscitar serias dudas desde la óptica de los derechos humanos, en particular desde los derechos económicos, sociales y culturales y desde el derecho al desarrollo[104]. Como ha señalado al respecto la propia Mary Robinson, anterior Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la presentación de un informe sobre los derechos humanos y los agentes económicos, «las empresas deberían apoyar y respetar la protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos en sus esferas de influencia y asegurarse de que no se convierten en cómplices de abusos de derechos humanos»[105]. No son ajenos a esta preocupación ciertos escándalos en los que se han visto involucradas determinadas empresas transnacionales en los que se han comprobado abusos de los derechos laborales más básicos, explotación de mano de obra infantil, interferencias en los asuntos internos de determinados Estados, graves consecuencias medioambientales de sus actividades productivas[106]…

---

[103] PIGRAU I SOLE, A.: «Las políticas del FMI y del Banco Mundial y los Derechos de los Pueblos», *Afers Internacionals*, n.º 29-30, 1995, pp. 139-175.

[104] Sobre este tema se puede consultar, entre otros, GÓMEZ ISA, F.: «Las Empresas Transnacionales y los derechos humanos», *Boletín de Estudios Económicos*, Vol. LV, n.º 170, agosto 2000, pp. 333-348; RATNER, S.R.: «Corporations and Human Rights: a Theory of Legal Responsibility», *The Yale Law Journal*, Vol. 111, 2001, pp. 443-545.

[105] *Business and Human Rights: A Progress Report*, OHCHR, Geneva, January 2000, p. 2.

[106] Por poner tan solo un ejemplo, Amnistia Internacional denunció en su momento la complicidad de varias Empresas Transnacionales del sector del petróleo con las gravísimas violaciones de los derechos humanos que estaban acaeciendo en Sudán. Además, dichas Empresas se beneficiaban de esas violaciones de derechos humanos, dado que les allanaban el camino para la explotación petrolera, en AMNESTY INTERNATIONAL: *Sudan: The Human Price of Oil*, AFR 54/04/00, 3 may 2000.

Ante todo ello, desde la década de los 70 se han sucedido varias iniciativas en el ámbito de las Naciones Unidas para tratar de elaborar un Código de Conducta para las Empresas Transnacionales en el que se establezcan determinados principios a los que tienen que estar sujetas las actividades de estas empresas. En una de las últimas versiones de este proyecto de Código de Conducta, que desgraciadamente todavía no ha sido aprobado debido a la oposición de los países industrializados donde la mayor parte de las empresas transnacionales tienen su sede principal, se establece en su artículo 14 que «las empresas transnacionales deben respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales en los países en los que realizan sus actividades…». Asimismo, recientemente la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías[107] ha decidido establecer un Grupo de Trabajo encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales para ver los impactos que tienen en el disfrute de los derechos humanos. Este Grupo de Trabajo ha celebrado ya varios periodos de sesiones, constatando los serios peligros que están suponiendo ciertos métodos de trabajo y ciertas actividades de determinadas empresas transnacionales para el conjunto de los derechos humanos[108].

Hasta ahora nos hemos centrado en los efectos perjudiciales de la globalización para los derechos humanos. Sin embargo, la globalización también puede llegar a brindar posibilidades y oportunidades para la extensión universal de los derechos humanos. Se trata de globalizar no sólo los mercados y las comunicaciones, como ha ocurrido hasta ahora, sino también los derechos humanos más elementales, contribuyendo así a su verdadera universalización.

En primer lugar, una cultura auténticamente universal de los derechos humanos exigiría la globalización de todos los derechos humanos, no sólo los civiles y políticos, sino también los de carácter económico, social y cultural. El germen de esta globalización de los derechos humanos ya se encontraba presente en la misma Declaración Universal de

---

[107] *Relación entre el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo, y los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales*, Resolución 1998/8, 20 de agosto de 1998.

[108] *Informe del Grupo de Trabajo del período de sesiones encargado de examinar los métodos de trabajo y las actividades de las empresas transnacionales sobre su primer período de sesiones*, Presidente-Relator: Sr. El-Hadji GUISSE, E/CN.4/Sub.2/1999/9, 12 de agosto de 1999, p. 5. Se puede consultar también el informe sobre los siguientes periodos de sesiones, en E/CN.4/Sub.2/2000/12, 28 de agosto de 2000; E/CN.4/Sub.2/2001/9, 14 de agosto de 2001 y E/CN.4/Sub.2/2002/13, 15 de agosto de 2002.

Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 28 proclama que «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos». Como vemos, este artículo plantea lo que se ha denominado el *enfoque estructural de los derechos humanos*, es decir, la necesidad de cambios de carácter estructural tanto en la esfera interna como en la esfera internacional para que todos los derechos humanos puedan ser plenamente efectivos[109]. Una prolongación de este enfoque estructural, que ha significado la apuesta más decidida por globalizar la solidaridad, el desarrollo y los derechos humanos, ha sido la proclamación por la Asamblea General de las Naciones Unidas del derecho al desarrollo en 1986. Como establece el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho al desarrollo, «el derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él». Además, van a ser los Estados quienes tengan «el deber primordial de crear condiciones nacionales e internacionales favorables para la realización del derecho al desarrollo» (artículo 3.1). El problema básico con el que se ha encontrado este intento de universalizar y globalizar los derechos humanos y el desarrollo es la falta de voluntad política por parte de los principales países desarrollados para reconocer este derecho al desarrollo y, sobre todo, para llevar a cabo medidas concretas tendentes a su realización[110]. Esta es una de las principales fallas del discurso occidental en torno a la universalidad de los derechos humanos. Cuando la mayor parte de estos países abogan por la universalidad, están pensando exclusivamente en la universalidad de los derechos civiles y políticos, olvidándose por completo de que la dignidad de los seres humanos también está exigiendo la

---

[109] Un análisis en profundidad de este artículo 28 de la Declaración Universal figura en EIDE, A.: «Article 28», en ALFREDSSON, G. and EIDE, A. (eds.): *The Universal Declaration of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1999, pp. 597-632.

[110] No debemos olvidar al respecto que la Declaración sobre el derecho al desarrollo es una mera resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya naturaleza jurídica es meramente recomendatoria. Además, esta resolución cosechó el voto negativo de Estados Unidos y las abstenciones de Dinamarca, la República Federal de Alemania, Reino Unido, Finlandia, Islandia, Suecia, Japón e Israel. Un análisis pormenorizado de los avatares del derecho al desarrollo y de sus principales obstáculos en GÓMEZ ISA, F.: *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

universalidad de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo[111].

Otro de los aspectos en los que la globalización puede introducir nuevos aires es en la progresiva instauración del principio de *jurisdicción universal* en la protección internacional de los derechos humanos. Desde la Paz de Westphalia (1648) ha sido un dogma indiscutido del Derecho Internacional el principio de la jurisdicción territorial, es decir, el ejercicio de la jurisdicción por parte del Estado estaba absolutamente limitada por el marco de las fronteras estatales. Fruto de la interdependencia creciente y de la globalización, este principio se ha ido erosionando y ha ido cediendo paso, de una manera muy limitada todavía, al principio de la jurisdicción universal, en virtud del cual determinados delitos que repugnan a la conciencia de la humanidad (genocidio, torturas, terrorismo…) podrían ser perseguidos no sólo en el lugar en el que se producen sino también en otros países[112]. No es otra cosa lo que ha sucedido con el intento de enjuiciar en España a Augusto Pinochet por parte de la Audiencia Nacional por los hechos cometidos durante el ejercicio de su mandato en Chile. A pesar de que finalmente por razones «humanitarias» el Ministro británico de Interior denegó su extradición a España, lo cierto es que las decisiones de la Cámara de los Lords avalando su extradición no dejan lugar a duda de lo que este caso ha supuesto para el avance del principio de jurisdicción universal y del propio Derecho Internacional. Como se ha señalado en este sentido, «el arresto de Pinochet fue un indicio claro de que el proceso de globalización, hasta ahora restringido a cuestiones de comercio internacional, Internet y la libertad de las multinacionales para derribar las barreras a su actividad

---

[111] Una crítica radical de este planteamiento occidental de la universalidad es efectuada por Ignacio Ellacuría, para quien «la oferta de humanización y de libertad que hacen los países ricos a los países pobres no es universalizable y, consiguientemente, no es humana… El ideal práctico de la civilización occidental no es universalizable, ni siquiera materialmente, por cuanto no hay recursos materiales en la Tierra para que todos los países alcanzaran el mismo nivel de producción y consumo…», en ELLACURÍA, I.: «Utopía y profetismo», en *Mysterium Liberationis*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 393 y ss.

[112] La Audiencia Nacional se ha basado en el artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (1985) para solicitar la extradición de Pinochet. En este artículo se dispone que «igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de ser tipificados, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: genocidio, terrorismo, piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves…, y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, deba ser perseguido en España».

global, podía extenderse también a otras áreas de la vida»[113]. Otros casos han seguido la estela abierta por el caso Pinochet y, por poner un ejemplo, la Fundación Rigoberta Menchú ha tratado de pedir justicia ante la Audiencia Nacional por el genocidio, las torturas y el terrorismo de Estado que acontecieron en Guatemala durante los años 80, petición que ha sido denegada, por ahora, por la Audiencia Nacional. El otro caso emblemático es la decisión del Gobierno mexicano de conceder la extradición de Ricardo Miguel Cavallo para ser juzgado en España por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, presuntamente cometidos durante la dictadura en Argentina[114]. Como podemos comprobar, la globalización también se está aliando con la justicia universal y con la lucha contra la impunidad y ya ha producido sus primeros frutos, frutos que se consolidarán en el momento en el que entre en pleno funcionamiento el Tribunal Penal Internacional tras la entrada en vigor en julio de 2002 del Estatuto de Roma.

Por lo tanto, tras este breve análisis efectuado, podemos concluir con que el actual proceso de globalización neoliberal está planteando serias dudas desde el punto de vista de los derechos humanos, aunque, por otro lado, también debemos admitir que se dejan entrever ciertas luces y ciertas esperanzas que nos hacen creer firmemente en que es posible otra globalización, la de la cultura universal de los derechos humanos.

---

[113] O'SHAUGHNESSY, H.: *Pinochet. The Politics of Torture*, New York University Press, New York, 2000.

[114] Ver al respecto el análisis que hace el anterior Ministro de Asuntos Exteriores mexicano sobre las repercusiones de este caso para el futuro del sistema de protección internacional de los derechos humanos, en CASTAÑEDA, J.G.: «La extradición de Cavallo a España. Un precedente internacional», *EL PAIS*, 21 de marzo de 2001, p. 4.

Parte II

Fundamentación de los derechos humanos

Fundamentación y orientación ética de la protección de los derechos humanos

Xabier Etxeberria

Sumario: 1. Planteamiento inicial. 2. La dignidad como fundamento y horizonte de la protección de los derechos humanos. 3. La protección de los derechos humanos como protección de las condiciones de posibilidad de la autonomía. 4. La protección de los derechos humanos como reconocimiento y protección plena de la igualdad. 5. La solidaridad como referente para la universalidad de la protección de los derechos humanos

1. **Planteamiento inicial**

Desde la perspectiva jurídica parece evidente que si se reconocen determinados derechos —en nuestro caso, los derechos humanos— hay que ofrecer mecanismos eficaces de protección para los mismos. No garantizar los segundos supondría un reconocimiento vacío de los primeros. Sin embargo, tras esta supuesta evidencia se agazapan una serie de cuestiones relevantes que conviene desvelar y afrontar para dar más solidez y fundamentación a la dinámica «reconocer derechos/ofrecer mecanismos de protección de los mismos». Y estas cuestiones, desbordando al Derecho en su sentido más estrictamente positivo pero en compleja imbricación con él en su sentido amplio, nos conducen a la Etica.

La primera de las cuestiones, la que surge de modo más primario, se remite al fundamento de los derechos que se declaran. La protección de los derechos humanos será tanto más exigible, estará tanto más fundada, cuanto más fundados estén los derechos que deben protegerse. Este es un tema que nos lleva al complejo debate de la justificación ético-filosófica de los derechos humanos. Aquí no entraremos de lleno en él, pero sí será imprescindible explorar el referente al que las propias declaraciones dan la categoría de raíz de los mismos: la dignidad. Estos derechos serán tanto más sólidos cuanto más sólido sea el concepto de dignidad del que emanan, y la protección de los mismos será en el fondo la protección de la dignidad humana.

La segunda de las cuestiones nos conduce a preguntarnos por los desarrollos básicos que debe tener el concepto de dignidad. De lo con-

trario, este concepto resulta ser muy formal y la protección asociada a él muy vaga. Pues bien, la primera categoría que nos surge ahora es la de la autonomía: si, como veremos, la dignidad supone que se es fin en sí, el sujeto de dignidad debe ser libre y autónomo, pues de lo contrario es tratado como puro medio. Esto significa que la primera gran concreción de los derechos de la dignidad son los derechos de la autonomía, y que la protección de los derechos es protección del ejercicio y de las condiciones de posibilidad de la autonomía. La segunda categoría que emana de la dignidad es la de igualdad: si todos tenemos la misma dignidad, todos somos iguales desde esta perspectiva fundamental. Esto supone que tenemos derecho a que se nos reconozca y a que se realice eficazmente esta igualdad, y por tanto a que se generen adecuados mecanismos de protección de la misma.

Aclarada de este modo, desde las categorías de dignidad, libertad-autonomía e igualdad, la referencia fundamentadora y el horizonte de la protección de los derechos humanos, nos surge una tercera cuestión: ¿cuál debe ser el alcance de esta protección? En principio percibimos un derecho —«tener un derecho»— como aquello que genera deberes ineludibles en los otros, que tienen obligación de cumplirlos más allá de lo que puedan ser sus opiniones y deseos. Ahora bien, ¿qué tipo de deberes emanan de los derechos humanos? Pongamos un ejemplo: si yo tengo derecho a la libertad de expresión, parece imponerse de modo evidente que los otros tienen el deber de no imponerme el silencio; ¿pero tienen también el deber —en circunstancias y modos que habría que concretar— de facilitar mi capacidad de expresión? Esto es, habrá que ver si junto a los deberes en negativo se imponen también deberes en positivo. Esta es una cuestión muy relevante para el tema que nos ocupa, puesto que en realidad proteger nuestros derechos es garantizar que los deberes que emanan de ellos serán cumplidos. El ámbito de la protección será tanto más amplio cuanto más amplios sean estos deberes. La Comunidad Internacional ha respondido de algún modo a esta cuestión, al proponer no sólo derechos civiles y políticos, hacia los que parece más connatural formular deberes en negativo, sino también derechos económicos, sociales y culturales, que resultan irrealizables universalmente sin deberes en positivo. Pero todos sabemos las reticencias políticas (costes e intereses) e intelectuales (¿serían liberticidas?) que existen a la hora de asumir con todas sus consecuencias los deberes positivos. Afrontar esta cuestión desde el punto de vista de la fundamentación nos conducirá al debate existente en torno a la justicia entre libertaristas —que sólo contemplan deberes en negativo— e igualitarios —que defienden los deberes en positivo—.

Hay una cuarta cuestión que conviene plantear. Del hecho de que los derechos humanos se reconozcan de modo universal, ¿se deriva que todos estamos obligados a garantizar mecanismos de protección de los mismos para todos? En principio, a la pregunta de quién debe garantizar la protección de los derechos humanos, se puede responder que los propios ciudadanos, con su conducta personal —cumpliendo los deberes correlativos de los que acabamos de hablar—, pero especialmente la sociedad organizada políticamente en Estados y la Comunidad Internacional —cumpliendo ellos mismos los deberes que les son propios y exigiendo que los ciudadanos y las instituciones los cumplan, si es preciso acudiendo a modos de coacción acordes con los derechos—. Ahora bien, debajo de esta respuesta late una pregunta respecto a su alcance: está claro que yo como ciudadano debo cumplir mis deberes que emanan de los derechos de los demás, ¿pero estoy *obligado* también a trabajar para que todos los demás cumplan sus deberes —entra eso dentro de los deberes de los derechos— o puedo desentenderme del hecho de que otros los quebranten? E igualmente: está claro que si vemos al Estado como expresión del consenso de sus ciudadanos, éste debe asumir sus deberes de ejecución y protección de los derechos de sus miembros, ¿pero está obligado también a trabajar activa y consecuentemente para que se cumplan en los otros Estados? En definitiva, ¿por qué debemos asumir la protección de los derechos de todos los humanos? Se han avanzado varias respuestas, siendo dos las más destacadas: por egoísmo inteligente, dirán unos, esto es, porque es el modo más seguro de que mis propios derechos queden garantizados; por solidaridad, dirán otros, porque la separabilidad de los individuos proclamada desde el liberalismo clásico debe ser articulada dialécticamente con la experiencia empática de la *común* dignidad que nos hace sentirnos un *solidus* a todos los humanos y desde ahí nos incita a asumir como propios los derechos de los otros. Aquí mantendremos esta última tesis, desde la que se propone que la referencia a la solidaridad es un pilar decisivo para fundamentar y motivar la universabilidad de la protección de los derechos humanos.

Cerramos esta introducción con una quinta cuestión. En última instancia, ¿por qué deben ser protegidos los derechos humanos?, ¿por qué algo debe ser protegido? La respuesta general es: porque es valioso. Lo valioso como propiedad de algo, puede serlo de un modo instrumental. Un automóvil es valioso porque me permite trasladarme; tiene un valor como medio, y su protección se impone sólo condicionadamente (en la medida en que lo necesite para trasladarme). Pero junto a este modo de valoración, cabe afirmar también que algo puede ser valioso en sí mismo, y que precisamente porque es valioso en sí mismo

no puede ser utilizado como instrumento —es fin y no medio— y su protección se nos impone de modo incondicionado. Este es el caso precisamente de los valores en juego en los derechos humanos. Aquí el valor en sí es la persona, precisamente como sujeto de dignidad, que pide una protección incondicional[1]. Vemos así que, de nuevo, nos hemos topado con la categoría central de la dignidad.

De esta categoría de la dignidad, que merece respeto no instrumentalizador, derivaban, decíamos, otras tres categorías centrales, que se constituyen de ese modo en valores igualmente centrales: la libertad, la igualdad y la solidaridad. Valores que especifican al valor en sí de la persona y que por tanto piden también protección incondicional. Esto no quiere decir que no puedan aparecer tensiones entre ellos a la hora de ser protegidos, pero deben resolverse de modo muy diferente a como se resuelven cuando se trata de valores instrumentales. En este último caso, un valor puede desplazar a otro (el automóvil puede desplazar a la carreta) porque todo medio es sustituible. En cambio, cuando las tensiones se dan entre valores no instrumentales, hay que buscar aquel modo de protección que, estableciendo ciertos límites, mejor los garantiza a todos. Así, la libertad puede quedar en parte limitada cuando se protege la igualdad, pero si se hace correctamente, no sólo se respetarán los dos valores sino que de hecho a cada uno de ellos se le purificará en su modo de concebirlo y realizarlo.

Al utilizar la categoría de valor en el campo de los derechos humanos, se impone una segunda precisión. No sólo se trata, en su nuclearidad, de valores incondicionados. Se trata también de valores que no son meramente subjetivos. En principio, algo es valioso para nosotros porque lo valoramos (momento de la subjetividad), pero se supone que lo valoramos porque es valioso (momento de la objetividad). Hoy en día tenemos tendencia a resaltar, a veces hasta la unilateralidad, el momento subjetivo, con lo cual hacemos al valor dependiente de nuestra apreciación —lo creamos al apreciar algo—, y por tanto, a su protección, dependiente de quienes lo aprecian, con toda la provisionalidad implicada en la mera subjetividad. Si a los valores de los derechos humanos los vemos de esta manera, toda la protección que pidamos para ellos se contaminará de su precariedad. Estos valores tienen que asentarse por eso en un momento objetivo, en el que no hay creación sino descubrimiento, y que en última instancia no es otro que el de la dignidad de los seres humanos.

---

[1] Desgraciadamente, con frecuencia hacemos de los fines medios, pero también de los medios fines.

Es importante, pues, que al remitirnos a estos valores veamos en ellos el «término de un compromiso», como se ha dicho, en el que lo objetivo y lo subjetivo, la universalidad y la historicidad, se confrontan y tratan de sintetizarse, en el que lo que construimos y lo que descubrimos se complementa. Tomemos por ejemplo el valor de la igualdad. Bajo un cierto punto de vista lo hemos construido los humanos, de una cierta manera y en un cierto momento histórico, pero bajo otro punto de vista reconocemos en él algo que se nos impone, que como tal hemos descubierto y que nos hace decir que la esclavitud es injusta incluso cuando los humanos no la consideran como disvalor. Y es precisamente desde ese descubrimiento desde donde nos atrevemos a proponer ese valor y su correspondiente protección como universales e incondicionales. Siendo conscientes a su vez de que la concreción de lo que sea la igualdad que debe ser protegida estará mediada por la historicidad y que habrá que retrabajarla siempre (los primeros defensores de la igualdad de los derechos pensaron en la igualdad formal; hoy muchos vemos que hay que estar abiertos a la igualdad de oportunidades y de circunstancias de elección).

2. **La dignidad como fundamento y horizonte de la protección de los derechos humanos**

Pasemos a desarrollar las diversas cuestiones planteadas. Comenzamos resaltando que la justificación y orientación de la protección de los derechos humanos dependerá de la fundamentación de los mismos. ¿Por qué tenemos derechos y derechos de tal naturaleza que piden ser perentoriamente protegidos? Porque, avanzábamos, emanan de la dignidad humana[2]. La fundamentación filosófica de los derechos humanos es un tema complejo y discutido, del que nos hemos ocupado en otros lugares[3]. En ellos llegábamos a la conclusión de que el iusnaturalismo estricto que está en la base de las Declaraciones del siglo XVIII e incluso en la del 48 no nos resulta hoy fácilmente defendible desde nuestra mentalidad postmetafísica. Pero, sin embargo, matizábamos, es

---

[2] «Reconociendo que estos derechos se derivan (se desprenden) de la dignidad inherente a la persona humana…», se dice en el preámbulo de los Pactos de 1966.

[3] Véase especialmente ETXEBERRIA, X.: *Imaginario y derechos humanos desde Paul Ricoeur*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 1995; y «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en VV.AA.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, 309-396.

fundamental que salvemos la «intención iusnaturalista», pues es la condición de posibilidad de la universalidad de los derechos. De algún modo, esta intención se hace carne en la afirmación de la común dignidad de todos los humanos. Dejando aquí de lado los diversos debates, centrémonos pues en esta cuestión central: ¿cómo definir la dignidad que sustenta los derechos humanos y qué justificaciones y exigencias de protección se derivan de ella?

El término «dignidad»[4] designaba en latín aquello que era estimado o considerado o valorado por sí mismo, no como derivado de otra cosa. Pero esta palabra, manteniendo de algún modo esta significación básica, ha sido y sigue siendo polivalente en su uso.

En primer lugar, y en diversas sociedades, la dignidad ha sido asociada a la casta. Hay castas —las superiores— dignas, con derechos, y castas indignas, en situación de inferioridad, sin derechos, instrumentalizables. La dignidad es aquí algo que se hereda por nacimiento y que, heredado, se mantiene de por vida. Es igualmente un concepto que divide a los humanos, con una franja intransitable, en dignos e indignos. Evidentemente esta concepción está en las antípodas de los derechos humanos, que surgen precisamente enfrentándose a ella.

En segundo lugar, dignidad es un apelativo que se aplica a las acciones. Ciertas acciones son consideradas dignas, son valiosas y estimadas por sí mismas (por ejemplo, prestar ayuda a quien la necesita), debido a la calidad moral que tienen, si quien las hace asume además el fin que les es propio (en el ejemplo, satisfacer una necesidad del otro, no realizar la ayuda como estrategia para conseguir fines propios). Otras acciones, en cambio, son consideradas indignas, ya sea por su propia naturaleza (por ejemplo, cometer una violación), ya sea por la intención que la anima (por ejemplo, ofrecer cierta ayuda como estrategia de seducción).

Si tomado en este sentido el calificativo «dignidad» se aplica directamente a las acciones, indirectamente revierte en los sujetos que las realizan. Una persona es digna cuando realiza acciones dignas. En cambio, las acciones indignas hacen indigno al que las realiza. Aquí la dignidad que tiene una persona es algo que se merece, que se conquista, a través de la conducta moral correcta. La dignidad es también, como antes, un concepto que sirve para establecer diferencias, que divide a

---

[4] Al abordar las categorías de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad, retomo diversas consideraciones ya planteadas en un trabajo previo, pero con un enmarque diferente y con determinados desarrollos y matizaciones. Ver: ETXEBERRIA, X.: *Lo «humano irreductible» de los derechos humanos*, Bilbao, Cuaderno Bakeaz n.º 28, 1998.

los humanos, sólo que la raya que les separa en dignos e indignos, ya no es infranqueable en ninguna de las direcciones.

En este enfoque, la dignidad está decididamente unida no a los derechos sino a los deberes. Es el enfoque dominante entre nosotros hasta la Edad Moderna. Así, para Tomás de Aquino, la palabra latina *ius* no remite a derechos en sentido moderno. Aunque pueda traducirse por «derecho» («derecho natural» en primer lugar), remite en realidad a las leyes justas que hay que cumplir para no caer en la indignidad.

La tercera acepción va a aparecer con la modernidad, precisamente preparando o acompañando las declaraciones de derechos humanos. En primer lugar, los modernos cambian el sentido de la palabra *ius*, y más adelante resaltan un nuevo significado de la palabra «dignidad», el significado que se adecuará a los derechos nacientes, el que convertirá a esta palabra en referencia primordial y universal.

El cambio de sentido de *ius* se anuncia ya en el neoescolástico Suárez (1597), para quien el significado estricto del mismo es una facultad que cada ser humano tiene o sobre su propiedad o con respecto a lo que le es debido. Fijémonos: ya no se trata de entender por «derecho» lo que debemos sino lo que podemos legítimamente y lo que nos es debido. Hobbes (1642) rematará esta orientación —con radicalización excesiva— al separar *lex* y *ius*, ley y derecho, y considerarlos antitéticos: la ley como obligación, el derecho como libertad. Desde este momento, el derecho —ya en plural, los derechos— es algo que una persona *tiene*, que los demás le deben reconocer, y que consiste básicamente en un poder o libertad.

Sentado esto, los modernos, como el mismo Hobbes o Locke, se hacen la pregunta básica: ¿qué derechos tenemos los humanos por el mero hecho de ser humanos, qué derechos nos corresponden por naturaleza? Y Locke (1690) se responde:

> El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones[5].

Expresadas en el marco del individualismo liberal, y con el correlato de deberes sólo en negativo, aparecen así las primeras formulaciones de derechos humanos en sentido moderno.

---

[5] En *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, 1994, 38.

Surge, con todo, una cuestión importante: ¿pueden los humanos, por ejemplo con vistas a obtener la paz, usar su libertad para enajenar sus derechos —incluido el de la propia libertad—, entregándolos a un soberano absoluto que les garantice la seguridad buscada? Hobbes responderá que es lo más conveniente, que es lo que pide la propia ley natural. Locke, en cambio, entenderá que no, porque va en contra de la autoconservación. Pero es Rousseau (1762) el que da la respuesta decisiva para clarificar el sentido que van a tener los derechos: no se puede hacer tal enajenación porque:

> Renunciar a su libertad es renunciar a su cualidad de hombre, a los derechos de la humanidad, incluso a sus deberes. No hay compensación posible para quien renuncia a todo. Semejante renuncia es incompatible con la naturaleza del hombre, y es privar de toda moralidad a sus acciones el privar a su voluntad de toda libertad.[6]

Esta inalienabilidad de los derechos humanos naturales, la condición «sagrada» de los mismos[7], apunta ya al nuevo significado de «dignidad», afirmada ahora como característica básica del sujeto que los posee. Quien va a formular con claridad este nuevo significado, en un texto que se ha hecho clásico, es Kant (1785).

> En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad. Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un *precio comercial*; lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un *precio de afecto*; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, *dignidad*. La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad.[8]

---

[6] ROUSSEAU, JJ.: *Del Contrato Social*, Madrid, Alianza, 1989, 16.

[7] Así se hace eco de ello la Declaración francesa de 1789: «Los derechos humanos [la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión] son naturales, inalienables y sagrados».

[8] KANT, I.: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1973, 92-93.

Como puede verse, desde este enfoque todo ser humano, por el hecho de serlo, por el hecho de ser racional y libre y por tanto capaz de moralidad, es sujeto de dignidad, valor absoluto y no relativo, fin en sí y no medio. Y precisamente porque tiene esa dignidad, ni deben tratarle los demás hombres como puro medio (la dignidad es fuente de sus poderes-derechos, que obligan al respeto a los otros) ni debe tratarse a sí mismo en condición de tal (no debe alienar su libertad).

Este tercer sentido de «dignidad» cambia muy significativamente los dos anteriores. Es una crítica radical del primero de ellos y es una transformación relevante del segundo. Ahora la dignidad es algo que se posee por el mero hecho de ser humano, que, por tanto, no se necesita merecer y que no se pierde por lo que se pueda hacer. La dignidad deja de ser un criterio de diferenciación y pasa a ser el criterio radical de igualación. Todos somos iguales en dignidad e iguales en los derechos que se derivan de la dignidad, precisamente los que hemos acabado llamando derechos humanos, que por esa razón son universales[9].

Como vemos, pues, esta concepción de la dignidad fundamenta la igualdad, el respeto a la libertad y la universalidad de los derechos humanos en los que se materializan esa libertad e igualdad. Es, por eso, la concepción decisiva. Con todo, hay una cuarta manera de entender esta categoría, que conviene destacar también. La Declaración de 1948 dice que todos los humanos «nacemos iguales en dignidad» (art. 1). Como acabamos de indicar, ésta es una afirmación irrenunciable, porque garantiza que todos somos sujetos de derechos, pero es también insuficiente, porque en sí ignora las circunstancias concretas de esos sujetos, ignora la dimensión material de la dignidad, la dignidad realizada porque se realizan de hecho los derechos que se presuponen. Desde esta constatación, acabará por aparecer un nuevo significado de la palabra «dignidad», como característica que expresa la realización de las potencialidades básicas de la vida humana, a la que se tiene derecho precisamente por ser sujetos de dignidad. Quien consigue esa realización tiene una *vida digna*; a quien se le impide se ve impelido a tener una vida que no es digna del ser humano. La dignidad vuelve a ser algo que se consigue, pero desde el derecho, no desde el deber,

---

[9] Como se indicó en nota 2, esto es algo que se recoge en los Pactos de 1966. También en la Declaración Universal del 48, en su artículo 1 y en el preámbulo, en el que puede leerse: «Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad intrínseca* y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana…»

algo que se exige: todos podemos exigir a la sociedad y al Estado, aunque también debamos poner por nuestra parte lo que nos toca, condiciones para hacer posible esa vida digna[10].

No es fácil encontrar en los textos internacionales de derechos humanos referencias explícitas a este sentido de la dignidad[11], pero especialmente en los derechos económicos sociales y culturales y en los llamados derechos de solidaridad se le tiene claramente presente como fondo[12].

Apliquemos ahora el concepto de dignidad así concebido al tema de la protección de los derechos humanos.

La primera cuestión relevante aquí es la relativa a la fundamentación. Si los derechos humanos se enraízan en la dignidad, y ésta se nos muestra como universal e inalienable, en última instancia tenemos derecho a que se protejan nuestros derechos como humanos a través de los correspondientes mecanismos de protección, porque somos sujetos de dignidad, según el sentido y las razones que se han aducido para ésta[13]. Mecanismos que unas veces son jurídicos y otras se expresan como medidas políticas. Y que nos remiten a las instituciones del Estado y la Comunidad Internacional, como a los garantes y ejecutores de los mismos.

La dignidad, además de fundamentar, marca el horizonte al que deben apuntar los mecanismos de protección. Estos deben estar encaminados a garantizar que la dignidad que formalmente poseemos sea

---

[10] Este sentido de dignidad como vida realizada de acuerdo con los derechos, se ha ramificado para adquirir otras connotaciones. Así sucede especialmente en torno al debate de la eutanasia, en el que desde la defensa de la misma se habla del derecho a decidir y gestionar la propia muerte, a «morir con dignidad» cuando ya se nos han cerrado las posibilidades de vivir una «vida digna». No entro aquí en este debate.

[11] Con todo, aparecen a veces. Así, la Proclamación de Teherán (1968) concluye exhortando «a todos los pueblos y gobiernos a ofrecer a todos los seres humanos una *vida libre y digna* que les permita alcanzar un estado de bienestar físico, mental, social y espiritual».

[12] En los Preámbulos de los Pactos del 66 se dice: «Reconociendo que no puede realizarse el ideal de ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos…»

[13] La dignidad, decimos, fundamenta los derechos y su protección. Podemos preguntarnos, por supuesto, qué es lo que fundamenta a su vez a la dignidad. Ya he indicado en nota 3 que esta pregunta desborda las pretensiones de este estudio y que he tratado de abordarla en otros lugares. En cualquier caso, creo que tal justificación fundada —más que fundamentación apodíctica— proviene de una adecuada articulación de: discernimiento de convicciones —con su toque de intuición—, hermenéutica de relatos significativos y argumentaciones racionales.

dignidad real. Lo que esto significa nos viene marcado por la concepción kantiana de dignidad, que es la que asumen los derechos. En la práctica vivimos fácticamente nuestra condición de dignidad cuando no somos intrumentalizados. Los mecanismos de protección tienen que perseguir por eso, en última instancia, hacer que no seamos tratados como puro medio. Como hay modos diversos de ser tratado como puro medio, podrán diseñarse estrategias diversas de protección, pero todas apuntando al mismo horizonte.

En principio, los mecanismos de protección tienen que ejercer una tarea preventiva, tratar de lograr que la instrumentalización no se produzca. Pero a veces tienen que actuar cuando la instrumentalización se ha producido, con estrategias que la frenan en lo posible, que reparan también en lo posible el daño sufrido y que previenen futuros quebrantamientos de derechos. En toda esta lógica, la coacción y la pena se hacen inevitables. Pues bien, también aquí el concepto de dignidad tiene algo fundamental que decir, a fin de marcar el sentido y los límites de las mismas. Como dijimos, esta dignidad no es ya algo que depende de las acciones sino algo que se tiene desde la propia condición de humanos. Si circunstancias límite fuerzan al recorte de los derechos de algunos (sistema penal nacional o internacional) para proteger el disfrute de los derechos de todos, deberá hacerse con el mínimo inevitable de coacción, en un marco de seguridad jurídica que exprese los derechos humanos en esa situación y sin perder nunca de vista que los acusados de delitos siguen siendo siempre sujetos de dignidad. La consecuencia más elemental de este enfoque es la renuncia a la pena de muerte.

Una última consideración. Según lo que vamos diciendo, la orientación de protección que surge desde la dignidad tiende a verse espontáneamente en negativo: garantizar que no me fuercen a ser mero instrumento al servicio de los intereses de otro[14]. Esto es, por supuesto, algo fundamental y básico. Pero el último significado que comentamos de dignidad como vida digna nos abre, desde este mismo concepto, a la necesidad de mecanismos de protección de los derechos humanos que apunten también a garantizar la condiciones de esa vida digna, lo que inevitablemente supone que se establezcan mecanismos de protección también para los derechos económicos, sociales y culturales. Aunque ciertamente sea algo más complejo, no deja de ser algo igualmente

[14] Las instrumentalizaciones extremas son la esclavitud (expresión de la radicalización en el tiempo y en la globalidad: el esclavo era para Aristóteles un «instrumento animado»), las violencias de tortura en sus diversas formas (expresión de la radicalización en las formas) y la supresión física (instrumentalización radical en negativo: como sólo puedes ser instrumento, me deshago de ti si no me vales o me estorbas).

necesario. Por decirlo abruptamente y con un caso extremo pero desgraciadamente muy frecuente: no basta que se me proteja para que no me maten, debe protegérseme para que no me muera por circunstancias evitables ajenas a mi voluntad (derecho al alimento y a los cuidados de la salud). Pero sobre esta cuestión, que nos introduce de lleno en los deberes positivos, nos extenderemos más ampliamente en los apartados siguientes.

3. **La protección de los derechos humanos como protección de las condiciones de posibilidad de la autonomía**

Como ya avanzamos, el desarrollo más básico del concepto de dignidad, el que comienza a concretarlo algo más, es el de libertad y autonomía. La versión en positivo de que no podamos ser instrumentalizados es que se nos reconozca como seres libres y por tanto autónomos, esto es, capaces de darse sus propias leyes y diseñar sus propios proyectos de realización.

En una primera aproximación podríamos definir la libertad como la capacidad de elegir sin coacción y realizar entre varias posibilidades la que se prefiere. En esta afirmación hay implicados dos momentos en dos niveles. Por un lado, tenemos la capacidad de elegir, de dar consentimiento a algo; por otro, la capacidad de actuar. Por un lado, tenemos la vivencia de no ser obstaculizados por agentes externos a nosotros; por otro, la de poner un acto que podemos llamar nuestro. Este segundo nivel con sus dos momentos, es el que suele presentarse con las denominaciones de libertad «negativa» y libertad «positiva».

Se tiene libertad negativa, libertad «de», cuando hay ausencia de coacción, cuando estamos libres *de* ella, cuando tenemos independencia frente a la voluntad de terceros a la hora de hacer o dejar de hacer algo. Tener derecho a la libertad, desde este punto de vista, es tener derecho a no ser coaccionado. Las primeras declaraciones de derechos humanos se refieren sobre todo a esta perspectiva, y el coaccionador potencial por excelencia en el que piensan es el Estado[15]. En realidad, el Estado liberal mínimo puede ser interpretado como un mecanismo institucional de protección de la libertad negativa.

---

[15] «La ley debe proteger la libertad pública e individual contra la opresión de aquellos que gobiernan», se lee en el artículo 9 de la Declaración de Derechos situada a la cabeza de la Constitución francesa de 1793.

Junto a esa libertad negativa, completándola, está la libertad positiva, la libertad «para»: porque estoy libre de obstáculos, ejerzo mi libertad *para* actuar con vistas a un fin que me propongo, para autorrealizarme, para realizar mis ideales o cumplir lo que considero mis deberes. Cuando elijo, cuando realizo libremente una acción, decido determinarme a mí mismo y a la realidad en la que influyo de un cierto modo, porque encuentro en ello el sentido de la acción. Esta perspectiva rompe el esquema estrictamente individualista con el que puede ser percibida la libertad «de». Si no elijo por elegir, si elijo con vistas a un objetivo de realización, yo soy en parte creador del mismo, pero a la vez soy deudor, para fijarlo, de lo que me ofrecen mis diversas comunidades culturales de pertenencia. Elegimos en el horizonte de sentido que nos ofrecen estas comunidades (receptividad inicial, no partimos de cero, no inventamos de la nada fines y sentido), pero lo hacemos con opciones y rechazos libres y contribuyendo a la modificación del patrimonio recibido (creatividad, no somos mera repetición, podemos hacer surgir la novedad). Este será un aspecto importante a tener en cuenta al diseñar los mecanismos de protección de los derechos.

Desde esta libertad «para», se ve claramente la conexión de libertad con autonomía-autodeterminación. Ejerzo mi libertad para darme una determinación, una realización. Esto puede ser vivido desde la arbitrariedad del querer, como lo que Kant llama, para criticarlo, *autocracia*, esto es, como el poder de nuestro libre arbitrio para decidir sobre el ejercicio de nuestras facultades ante situaciones concretas, en oposición a la obligación de someternos a la voluntad de otros. Pero el mismo Kant lo reasume en su versión positiva, cuando especifica su principio de libertad con la formulación de que nadie (ni otras personas, ni el Estado, ni institución alguna) puede obligarnos a ser felices a su modo y que, en cambio, es lícito que cada uno busque su felicidad por el camino que mejor le parezca, con tal de que no impida a la libertad de los demás hacer lo mismo. La autonomía se conexiona así fuertemente con la *autorrealización*: soy autónomo para decidir mis proyectos de realización personal y actuar en consecuencia.

Kant, con todo, no se contenta con esa versión de la autonomía, y avanza hacia otra versión que puede ser definida como *autolegislación*. Tenemos que determinarnos, dirá Kant, pero no por la materia —el objeto del deseo—, pues eso es en realidad heteronomía[16], siempre empírica y contingente, variable como el deseo mismo, sino por la forma,

[16] Porque en realidad no manda un deseo que podemos interpretar como nuestro, sino el *objeto* del deseo, que es el que nos atrae y empuja a la decisión, y que es externo.

por la legislación, que tiene que ser a la vez propia (dada y asumida desde mi libertad) y universal (formulada desde mi racionalidad purificada del deseo, que se identifica así con la racionalidad humana). Este modo de definir la autonomía supone un afinamiento moral de la misma muy relevante, a pesar de las objeciones que pueden hacérsele y en las que aquí no vamos a entrar. Pero, de todos modos, cuando se habla de mecanismos de protección de la libertad y la autonomía, se piensa sobre todo en la primera versión como autorrealización.

La libertad y la autonomía así afirmadas en general, son concretadas luego por las declaraciones de derechos humanos en *libertades* (de asociación, de expresión, de religión, etc.), en poderes de acción autónoma en ámbitos específicos. La crítica marxista verá pronto que se trata de libertades *formales*, vacías de contenido e incluso ilusorias, para todos aquellos que carecen de los medios materiales o culturales necesarios para ejercerlas. La tradición comunista radicalizó dramáticamente este enfoque, al reclamar en la práctica los derechos económicos y sociales *contra* los derechos libertades. Pero tenía su momento de verdad: la defensa de las libertades se muestra vacía e incluso cínica si no está acompañada del esfuerzo por garantizar para todos las condiciones de posibilidad del ejercicio de las mismas.

Una última consideración sobre los valores de libertad y autonomía, antes de precisar las exigencias de protección de las mismas. Las libertades de las que hablan los liberales que van cuajando el clima de las primeras declaraciones no son sólo negativas, son también sobre todo «privadas»: buscan garantizar que el individuo tenga la máxima libertad para perseguir sus fines personales (libertad de los modernos). Frente a ellas, recuperando actualizadamente la tradición republicana, puede hablarse de libertades «públicas», del derecho a participar en la vida política de la sociedad a fin de regular entre todos la convivencia y el diseño y logro de objetivos comunes. Son éstas unas libertades que tienen una cierta cara de deber y que precisan ser ejercidas comunitariamente. De nuevo aquí, se afina el alcance de la libertad cuando se articulan adecuadamente libertades privadas y públicas.

Tras todas estas precisiones, veamos qué significa la protección de los derechos humanos cuando la relacionamos con el valor básico de la libertad y la autonomía. Se diseñan especialmente tres motivaciones y orientaciones para tal protección.

En primer lugar, deben garantizarse mecanismos de protección para que nos veamos libres de todas las coacciones externas, para que podamos disfrutar de lo que hemos definido como libertad negativa. Este es el nivel más básico y elemental. En realidad, para los liberales clásicos como Locke y los que hoy algunos llaman libertaristas (como

Nozick), éstos deberían ser los únicos mecanismos de protección de los derechos humanos. Efectivamente, para estos autores[17] los derechos humanos:

—Actúan como restricciones laterales frente a las acciones de los demás, esto es, mis derechos son inviolables con independencia de las consecuencias que su ejercicio pueda generar. Dicho de otro modo, no cabe sacrificarlos por el bien común. Extreman de tal manera esta intangibilidad que acaban haciendo compatibles los derechos con la pobreza severa de amplias capas de la población.

—Son sólo derechos negativos, esto es, derecho a que otros no me dañen, no derecho positivo a que otros me asistan en mis necesidades. Concretamente, tenemos derecho a la vida e integridad física, a las libertades y a las propiedades que consigamos en el juego de libertades. En este sentido, se rechaza todo intervencionismo estatal, que es visto como coacción de nuestra libertad en el diseño de nuestra vida: a mí nadie puede exigirme que pague impuestos para satisfacer las necesidades de otros, aunque yo libremente y desde mis propios deberes éticos pueda hacer donaciones de cara a ello.

—Son exhaustivos, esto es, lo que se nos puede exigir se agota en las exigencias inherentes a esos derechos negativos. La justificación que se ofrece es que sólo así se realiza de verdad la autonomía.

Desde este punto de vista, y como ya adelantamos, se propugna un «Estado mínimo» que es concebido en realidad como mecanismo de protección de esos derechos negativos, como mecanismo de garantía de no coacción de nuestras libertades. Un Estado de tal naturaleza debe limitarse a proteger a las personas contra el robo, el fraude y el uso ilegítimo de la fuerza, y a garantizar el cumplimiento de los contratos libres entre los individuos. Lo que significa que sólo puede recaudar y gestionar lo mínimo necesario para el mantenimiento de las instituciones que se precisan para la protección de los intercambios libres, fundamentalmente el sistema judicial y policial.

Quienes, individuos o Estados, son muy remisos a reconocer derechos económicos y sociales, se sitúan con más o menos intensidad en esta perspectiva. En cambio, si somos coherentes con la indivisibilidad

---

[17] Ver especialmente NOZICK, R.: *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1998. El autor matizó posteriormente algo el radicalismo liberal de las tesis de esta obra.

de los derechos, si entendemos que las libertades son vacías si no existen sus condiciones sociales de ejercicio, debemos ir más allá de ello. Desde las teorías de la justicia es lo que se propugna en lo que podríamos llamar liberalismo igualitario o socialismo democrático. Con autores como Rawls[18], típico ejemplo de la primera de las corrientes, si apreciamos de verdad como valor fundamental la libertad, debemos defender que el destino de las personas debe estar determinado por sus elecciones y acciones y no por sus circunstancias de las que no es responsable. Esto significa que es de justicia igualar en circunstancias, para que luego pueda ser plena nuestra responsabilidad por las elecciones. Pero hay más, una intuición sopesada nos muestra que la desigualdad en cualidades naturales (por ejemplo, discapacidad física o intelectual marcada) es tan inmerecida como en el caso de las sociales (por ejemplo, haber nacido en contextos de miseria), por lo que la exigencia de igualación en circunstancias debe llegar a ambos casos. Pues bien, para ello no basta el principio de igualdad de oportunidades, hay que incluir el principio de la diferencia, que garantiza que los menos afortunados se benefician de las diferencias sociales. Surgen así los dos principios de justicia:

—Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales, que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos.
—Las desigualdades económicas y sociales han de satisfacer dos condiciones: 1) deben estar abiertas a cargos y posiciones abiertas a todos en condiciones de una equitativa igualdad de oportunidades; 2) deben procurar el máximo beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad —principio de la diferencia—.

Desde esta concepción lo central siguen siendo las libertades —primer principio—, y por tanto el objetivo fundamental que deben perseguir los mecanismos de protección de los derechos humanos es el de la protección de las libertades personales. Ahora bien, proteger las libertades significa proteger también sus condiciones de ejercicio garantizando una igualación en aquellos bienes básicos que necesitamos para ello —segundo principio—. Los mecanismos de protección, por tanto,

---

[18] Ver Rawls, J.: *El liberalismo político*, Barcelona, Crítica, 1996. Aquí no entro en la compleja argumentación contractual del autor, ni en los ricos debates a que ha dado lugar su teoría. Sólo resalto sintéticamente aquellos elementos que nos abren a una concepción de las libertades que pide mecanismos de protección también para sus condiciones personales y sociales de ejercicio.

tendrán también como objetivo concomitante asegurar estos bienes, que desde este punto de vista, como condición de la libertad, se pueden exigir como derechos. A ello apuntan precisamente los derechos económicos y sociales, superándose de ese modo el mero formalismo de la libertad. Por nuestra parte, entendemos que cuando se habla de protección de las libertades, es la postura que hay que mantener con firmeza, porque responde a la vez a las concepciones más afinadas de justicia y a los documentos internacionales de derechos humanos.

Junto a la protección de las libertades negativas y de participación —garantizar la no coacción— y la protección de sus condiciones de ejercicio —garantizar la superación del formalismo vacío de la libertad— había una tercera cuestión en nuestro planteamiento: la de las libertades positivas o libertad «para». Al definirlas indicábamos que la creatividad que supone es deudora de la comunidades de pertenencia, que nos ofrecen los materiales desde los que tejemos nuestros proyectos de vida. ¿Qué consecuencias tiene esto para la protección? Si este modo de libertad necesita los horizontes de sentido que le proporcionan esas comunidades de pertenencia, la protección de la misma significará la protección de dichas comunidades como condición de posibilidad de la realización autónoma de los individuos. Este es un tema delicado y sujeto a diversas polémicas. No podemos profundizar aquí en él, por lo que señalaremos sólo algunas pautas. Entre las comunidades de pertenencia a ser protegidas hay que hacer una distinción.

Hay, en primer lugar, grupos (como las iglesias) que pueden necesitar únicamente que se les reconozca autonomía como grupos que, con iniciativa propia en la sociedad civil, persiguen determinados objetivos propios. No piden a las instituciones públicas más protección que la que garantiza la existencia de condiciones iguales de libertad para todos, esto es, piden que se aplique a ellos el esquema moral de la no coacción, no discriminación respecto a otras identidades y respeto. La razón por la que un grupo identitario debe remitirse sólo a este esquema es que si aspirara a más (por ejemplo, en el caso de las religiones, a un Estado militantemente confesional de una religión concreta), supondría la amenaza de la autonomía individual de determinadas personas (en el ejemplo, las que no participan de esa religión oficial). Por otro lado, a las instituciones públicas, además de garantizar la no discriminación por razones de pertenencia grupal, les toca garantizar la autonomía de las personas que componen los diversos grupos, esto es, no puede haber identidades grupales opresoras de la libertad de las personas.

Hay, además, otro tipo de grupos identitarios que plantean que, por la propia naturaleza de la identidad que les define, deben tener una autonomía pública, un significativo grado de autogobierno; deben

ser reconocidos como dimensión significativa de la propia organización política del Estado. En las circunstancias actuales, es lo que está pasando con grupos inmigrantes en ciertas circunstancias y especialmente con grupos que se definen como pueblos o naciones sin Estado. En su extremo, piden derecho de autodeterminación en sentido fuerte. ¿Deben ser protegidos de esta manera estos grupos, garantizándoles este derecho? La respuesta, en este caso, es polémica[19]. Con todo, un principio general que parece razonable que se imponga es el siguiente: los grupos deben disponer de aquel grado de autogobierno que necesitan para sobrevivir y desarrollarse, como condición de posibilidad del ejercicio de la autonomía de los individuos que los componen y se remiten a ellos, y siempre que no desarrollen rasgos y conductas que violen las libertades de sus miembros[20]. La protección que debe ofrecerse tendría que implicar protección que garantice ese autogobierno.

4. **La protección de los derechos humanos como reconocimiento y protección plena de la igualdad**

Si uno de los desarrollos fundamentales de la dignidad en la que se fundamenta la protección de los derechos humanos es la libertad, el otro es la igualdad. Puesto que todos tenemos la misma dignidad, todos, como dice la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, somos iguales en dignidad y derechos. Se proclama con ello la igualdad que algunos llaman *ontológica*, la que deriva de la naturaleza humana, la que deberá disponer de adecuados mecanismos de protección. Veamos, por eso, todo lo que implica.

Lo primero que pide esta afirmación fundamental desde el punto de vista de los derechos es el rechazo radical de toda desigualdad entre los humanos atribuida a la naturaleza de las cosas, desigualdad que sería así «de derecho» e «inmutable». Ese ha sido el caso en especial de las mujeres y de los esclavos, pero también de diversas sociedades que establecían castas desiguales por naturaleza, por nacimiento.

Lo segundo que pide la afirmación ontológica de la igualdad es su reconocimiento en las leyes, pasando a constituirse en *igualdad de todos*

---

[19] Una vez más, volvemos a encontrarnos con un problema que no podemos desarrollar por falta de espacio. Por mi parte, lo he tratado ampliamente en «El derecho de autodeterminación en la teoría política actual y su aplicación al caso vasco», VV.AA.: *Derecho de autodeterminación y realidad vasca*, Vitoria-Gasteiz, 2002.

[20] Uno de los autores que más afinadamente trabaja esta cuestión es W. Kymlicka. Puede consultarse su obra *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Paidós, 1996.

ante la ley. La igualdad se nos muestra entonces como principio fundamental del ordenamiento jurídico. Esta igualdad ante la ley se nos presenta especialmente como no discriminación, oponiéndose así a lo que define a las sociedades jurídicamente desiguales, que son las que asumen la discriminación legalizada. No ser discriminado supone ser tratado imparcialmente por las leyes (y por las políticas que respetan esas leyes), en igualdad. Lo que implica a su vez que ante la ley se consideran irrelevantes las características que nos hacen diferentes (por ejemplo, la condición sexual o étnica). ¿Debe ser esto así en todo contexto y circunstancia? Avancemos un poco más para aclararlo.

Si la ley nos hace, nos reconoce iguales a seres humanos con iniciativa propia, debe diseñar y potenciar situaciones en las que partamos en igualdad de condiciones para que así cada uno tenga igualdad de posibilidades para realizar los proyectos que desee; ignorarlo es profundamente injusto, porque asienta y acrecienta las desigualdades existentes, hace de la proclamación de la igualdad mero formalismo. Aparece de este modo la *igualdad de oportunidades*, que ya no es puramente formal, puesto que pide intervenciones de los poderes públicos para igualar socialmente las condiciones de partida, pudiendo defenderse de cara a ello la «discriminación positiva», que como tal tiene vocación de transitoriedad (mientras se logra la igualación en oportunidades). Como indicamos en el apartado anterior, frente a los libertaristas liberales, que sólo aceptan las libertades negativas y la igualdad formal, hay que apostar, de acuerdo con los liberales igualitarios, por esta igualdad de oportunidades.

Hay que tener presente, de todos modos, que esta igualdad de oportunidades se inhibe de los resultados, que, por el propio planteamiento de la misma, van a implicar desigualdades, debidas tanto a las diversas estrategias de acción de los sujetos (es lo que suele resaltarse) como a la «fortuna». En realidad, la mera igualdad de oportunidades justifica la desigualdad de resultados, instaura la «meritocracia», permite distribución diferente de bienes en función de los méritos: «a cada uno según sus méritos, después de haber sido igualados en oportunidades».

Esta solución no acaba de ser del todo satisfactoria. Por lo que algunos avanzan: si todos los humanos somos iguales de derecho, debemos ser también iguales de hecho, debemos reclamar la *igualdad de resultados*, la igualdad efectiva en los bienes de que disponemos. Como hemos reiterado, frente al planteamiento liberal a ultranza, hay que defender la necesaria referencia a la igualdad material, pues si no la igualdad acaba por ser un concepto vacío. Pero ¿hasta dónde debe llegar esta igualdad?

Se ha llegado a plantear el igualitarismo estricto: que todos tengan igualdad de bienes, «a todos por igual». Pero ese criterio ignora que, de partida, tenemos diferentes capacidades y situaciones, por lo que un reparto igualitario en esas circunstancias afianzaría la desigualdad. Con lo que, teniendo en cuenta esto, se modifica el criterio de igualdad material —para conseguirla— que, con Marx, podría expresarse así: que cada uno aporte según sus capacidades y reciba según sus necesidades, «a cada uno según sus necesidades». Ahora bien, se aduce, por un lado esto, al menos generalizado, pediría una sociedad de santos —intento vano— y, por otro lado, arrinconaría el criterio de «a cada uno según sus méritos», que, si presupone la igualdad de oportunidades, parece ser también justo.

¿Cómo resolver este dilema? Se proponen dos vías estrechamente relacionadas: una, centrarse precisamente en la igualdad material de oportunidades, y otra centrarse en lo que podríamos llamar bienes o necesidades primarias o básicas. En el primer caso, deben establecerse vías legales y políticas para que se nivelen las diferencias de partida, compensando con recursos impersonales las deficiencias de recursos personales, por expresarlo con la terminología de Dworkin. En el segundo caso, se trata de definir las necesidades básicas, los bienes primarios que precisamos para poder realizarnos como humanos (en lo que se refiere a salud, cultura, bienes económicos, respeto, etc.) y garantizarlos a todos a través, de nuevo, de medidas legales, políticas y sociales, incluso cuando se fracasa desde la igualdad de oportunidades (eso es lo que permite de hecho el principio de la diferencia de Rawls).

De las consideraciones precedentes se desprende la firme defensa de la igualdad ontológica y la firme promoción de leyes y políticas que supriman las desigualdades para garantizar también la igualdad básica y compleja de hecho. Pero este esquema topa con una dificultad: el que no distingue expresamente entre desigualdades que se quieren suprimir (por ejemplo, pobreza o dominación del varón sobre la mujer) y diferencias que se quieren mantener y que, por tanto se piden proteger (por ejemplo, y hoy especialmente por lo que se refiere a su impacto público, la diferencia cultural). La igualdad aquí no será ya sólo igualdad entre individuos, será también igualdad entre grupos culturales diferentes entre sí, que habría que garantizar con tal de que no sean opresores de sus miembros.

Esto, además de volver a conducirnos a las cuestiones de la autonomía de los grupos, nos introduce en otras cuestiones más de fondo relativas al sentido de la igualdad. Si la igualdad material se realiza a través de la distribución de bienes —justicia—, si hay que respetar a las culturas, y si cada cultura tiene creaciones específicas a la hora de de-

terminar los bienes a repartir y los criterios de reparto, ¿no habrá tantas concepciones de justicia —y de igualdad— como culturas? ¿Pero no quiebra esto la decisiva referencia universal de los derechos humanos?

Quizá el autor que de modo más relevante —y no exento de polémica— ha reflexionado sobre estas cuestiones es Walzer. Situándonos dentro de una cultura concreta, dice, hay que hablar de un nuevo concepto de igualdad, el de *igualdad compleja*. Y es que debe tenerse presente que, por una lado, se distribuyen bienes múltiples y, por otro, a cada uno se le asigna una significación que es la que determina el criterio de distribución. Surgen así diversas «esferas distributivas», con sus correspondientes criterios de distribución, y con su autonomía (relativa) entre ellas[21]. El que las esferas funcionen autónomamente significa que unas —con sus bienes y sus criterios— no deben invadir a las otras (por ejemplo, no debe poder comprarse con dinero un honor público). Con lo que aparece el criterio general de justicia que realiza la igualdad compleja: «Ningún bien social X ha de ser distribuido entre hombres y mujeres que posean algún otro bien Y simplemente porque poseen Y sin tomar en cuenta el significado de X». La igualdad compleja no significa de este modo eliminación de las diferencias sino constitución de una sociedad libre de dominación.

Expliquemos esto último. Las sociedades tienen siempre una pluralidad de bienes. Lo que pasa es que, a través de procesos complejos, tienden a destacar un bien que se muestra dominante, esto es, que los que lo poseen, por el hecho de poseerlo pueden obtener otros bienes (entre nosotros, el dinero); y que tiende a ser monopolizado, esto es, acaparado por unos pocos. Evidentemente, esto genera malestar y es fuente de conflicto social, que puede desembocar en dos tipos de exigencia de justicia: 1) la de redistribuir equitativamente el bien dominante, porque se considera que lo injusto es el *monopolio*; 2) la de distribuir autónomamente y por sus criterios internos los diversos bienes sociales, porque se considera que lo injusto es el *predominio.* La primera pretensión, dice Walzer, remite a la igualdad simple, la segunda a la igualdad compleja. Esta, la que hay que potenciar, se realiza como consecuencia de múltiples distribuciones autónomas de bienes diversos: cada una de ellas es desigualitaria en el sentido de que los individuos disfrutan de cantidades diferentes del bien en cuestión, pero el resultado

---

[21] Por ejemplo, y en nuestro contexto cultural: la salud, a la que le correspondería el criterio «a cada uno según sus necesidades»; el trabajo duro, a repartir según el criterio de «a todos por igual»; el reconocimiento u honor, con su criterio de «a cada uno según sus méritos»; el dinero y la mercancía, guiados por los intercambios libres, etc.

global es igualitario si se cumplen estas dos condiciones: 1) que se reconozca una serie de bienes distintos que se distribuyen según criterios internos; 2) que se frene la convertibilidad de unos bienes en otros, que no pueda darse la invasión de esferas, que es lo que para Walzer define la *tiranía*. A mí no debe importarme si otro acumula más dinero y bienes materiales que yo como fruto del criterio de intercambios libres en esa esfera, con tal de que las esferas de la seguridad y la salud, la educación, el tener trabajo, los honores y responsabilidades públicas, etc. se repartan con criterios que no dependen del dinero y que garantizan que los tendré, en función, según los casos, de mis necesidades o de mis méritos.

Saliendo ahora de una sociedad culturalmente concreta, se plantea la segunda cuestión antes anunciada: ¿hay que respetar todas las expresiones de igualdad compleja presentes en las diversas sociedades? Hay textos de Walzer que tienden a un excesivo relativismo, que se congenia con dificultad con la universalidad de los derechos humanos, desde la que deben criticarse determinados productos culturales. Pero también es cierto que él habla de mínimos universalizables de justicia. Aquí se plantea un tema delicado e importante: debe quedar claro que «lo humano irreductible de los derechos humanos» debe imponerse universalmente, con toda su fuerza de crítica cultural, y que, por otro lado, en los derechos humanos habrá siempre dimensiones relevantes de inculturación, con sus cambios históricos y su pluralidad. Para concretar esta cuestión, se impone un diálogo intercultural afinado y hecho en condiciones de igualdad[22].

Aclarada de este modo toda la problemática presente en la noción de igualdad, pasemos a ver las consecuencias de cara a la protección de los derechos humanos. Aquí la protección se nos presenta como fundamentada en nuestra igualdad ontológica y con el objetivo de garantizar lo que a niveles de realización se deriva de ella.

En primer lugar, la protección de los derechos humanos debe suponer la protección por la ley y ante la ley. Debe ser una protección jurídica

---

[22] Las obras más relevantes de M. Walzer en torno a lo aquí dicho son: *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993; y *Moralidad en el ámbito local e internacional*, Madrid, Alianza, 1996. Por mi parte, he trabajado la cuestión de la universalidad y la inculturación de los derechos humanos en: «El debate sobre la universalidad de los derechos humanos», en VV.AA.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999, 309-396; y «Universalismo ético y derechos humanos», en RUBIO CARRACEDO, J., J.M. ROSALES y M. TOSCANO (Eds.): *Retos pendientes en ética y política*, Madrid, Trotta, 2002, 305-320.

y política que garantice nuestra igualdad ante una ley que se deberá guiar por los criterios de imparcialidad y no discriminación abiertos a la discriminación positiva.

En segundo lugar, debe ser una protección que garantice la realización de una igualdad material, con todos los afinamientos en torno a la misma que se han ido indicando. Una protección por tanto que, yendo más allá de la mera proclamación enfática de la igualdad formal, permita que todos tengamos dignamente cubiertas nuestras necesidades básicas, de modo tal que estemos en disposición de desarrollar plenamente nuestras capacidades y podamos así realizar nuestros planes de vida personales y colectivos[23].

En tercer lugar, a la hora de proteger esta igualdad material, hay que estar atentos a hacerlo de modo tal que se articule afinadamente con la protección de la libertad. Sabemos por la historia que seguir las estrategias comunistas de «garanticemos primero los derechos económicos y sociales a costa de la libertad —presuponiendo que esto es necesario para lo primero— a fin de que después vengan las libertades no formales», se ha revelado no sólo inadecuado sino profundamente injusto. Pero sabemos igualmente que la estrategia contraria de «libertades para todos —formales y de mercado—, que la riqueza para todos acabará fluyendo de modo espontáneo», también ha sido una falacia y una trampa que ha condenado a la pobreza a la mayoría. Esa misma experiencia ha acabado mostrando que de lo que se trata es de afrontar a la vez —de proteger a la vez— la realización de las libertades y la igualdad, sabiendo que en principio ambas se potencian y que aunque a veces se imponen mutuamente ciertos límites, en realidad se purifican (haciéndose la primera menos egoísta y la segunda más personalizada). En este sentido, la dinámica de la realidad está confirmando la indisolubilidad declarada de los derechos humanos[24].

En cuarto lugar, hay que prestar atención al sujeto fundamental para la realización de la igualdad. Innegablemente el sujeto más relevante es

---

[23] A este respecto, pueden ser iluminadores los estudios de Sen. No hay que valorar, según este autor, el desarrollo y la realización de la justicia en las personas según los bienes que se tienen, ni por la satisfacción de los deseos, ni siquiera por las realizaciones objetivas, sino por las capacidades que se han tenido para elegir modos de vida que se consideran valiosos, o si se quiere, por el conjunto de realizaciones entre las que se ha elegido, por aquello a lo que Sen llama «libertad de bienestar». Pueden consultarse sus obras: *Nuevo examen de la desigualdad*, Madrid, Alianza, 1995; *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997; *Desarrollo y libertad*, Barcelona, Planeta, 2000.

[24] Sobre la estrecha relación entre derechos humanos y desarrollo puede verse el *Informe sobre desarrollo humano 2000*, elaborado por el PNUD, Madrid, Mundi Prensa, 2000.

el Estado. Ya no podrá tratarse de un Estado mínimo, deberá tratarse de un Estado Social de Derecho. Estado de Derecho, que garantice la igualdad y seguridad jurídica. Y Estado Social, que garantice la igualdad material. Si para los derechos-libertades de la primera generación se pidió un Estado mínimo que se limitara a garantizarlas, para los derechos-créditos de la segunda generación que realizan la igualdad material se precisa una intervención activa y fuerte de los Estados, a través de las convenientes políticas de redistribución, internamente y, como se verá en el punto siguiente, como miembros de la comunidad internacional.

Por último, y a la vista de este sujeto, aparece una cuestión especialmente delicada. ¿Cómo debe plasmarse la protección de los derechos humanos cuando el Estado falla gravemente en ofrecerla a sus ciudadanos? ¿Qué deberes de protección recaen sobre la comunidad internacional cuando un Estado quebranta gravemente los derechos humanos de sus miembros o de minorías existentes en su seno? Nos vemos aquí abocados a la cuestión de la injerencia, cuestión compleja y delicada pero fundamental, que abordaremos también en el apartado siguiente.

5. La solidaridad como referente para la universalidad de la protección de los derechos humanos

A partir de todo lo que antecede, va quedando claro que cada uno de nosotros tiene el deber de protección de los derechos del otro, respetándolos con su propia conducta personal. También de que, para que la protección sea eficaz, debe estar organizada institucional y públicamente, enmarcándose entonces nuestra iniciativa de protección en esa institucionalización. La cual se hace en parte con organizaciones de la sociedad civil, con sus labores de intervención y denuncia. Pero especialmente con las instituciones del Estado, tanto las jurídico-policiales como las que regulan las diversas estrategias político-económicas que deben hacerse.

De todos modos, espontáneamente, la protección personalizada a través de nuestra conducta directa tiende a apuntar a aquellas personas con las que nos relacionamos, y a la protección del Estado le pedimos que se centre en los miembros del propio Estado, al que desde las perspectivas liberales tendemos a percibir como unidad contractual. Con este enfoque nos hemos visto abocados a una situación cuanto menos paradójica. Declaramos universales a los derechos humanos, pero luego la protección firme que ofrecemos es protección estatal,

con lo que aquellas personas que están en Estados que no pueden o no quieren ofrecer esa protección se encuentran desamparadas. ¿Cómo afrontar esta situación enormemente dolorosa porque en la práctica está dejando sin protección eficaz a la mayoría de la población del mundo? ¿Qué referente ético puede sernos de ayuda fundamentadora y orientadora para proyectar universalmente la protección? El que en el marco de la Revolución francesa fue llamado «fraternidad» y que hoy solemos llamar «solidaridad».

Solidaridad proviene de *solidus*, una palabra latina que ha tenido diversos usos, como el propio del campo de la construcción (se habla de edificios sólidos, esto es, compactos, firmes, estables) o el del campo jurídico. Este segundo uso es particularmente significativo para su derivación hacia la ética. Remite a obligaciones contraídas *in solidum* en las que, cuando hay varios acreedores, cada uno de ellos tiene derecho a exigir la totalidad del crédito y cuando hay varios deudores cada uno de ellos tiene el deber de asumir íntegramente la deuda, en el caso de que los demás se declaren insolventes. Esto es, ser solidario en este sentido es llevar las cargas de los otros y luchar por sus causas haciéndolas propias.

En su uso actual, cargado de sentido moral, la solidaridad remite sobre todo a lo que implicaba su uso jurídico, pero suponiendo también la solidez de lo compacto. Desde esta etimología se nos sugiere además cuál es la base de la solidaridad: la *empatía*, que puede adquirir la forma de *compasión* en su sentido más noble, que es lo que hace que varias personas se sientan un «solidus». Y nos sugiere igualmente cuál es su meta: el *compartir* lo que se tiene sin calcular el provecho personal, sino pensando en el bien de los otros y en el provecho del colectivo, que es lo que hace realidad el «solidus».

Espontáneamente, vivimos las solidaridades que podemos llamar *orgánicas*, aquellas que experimentamos con quienes participan de nuestra identidad grupal (familia, nación, comunidad de creencias, etc.). Tienen una dimensión positiva que no se puede ignorar: resultan decisivas para construir la identidad de las personas y para ofrecer ciertos marcos de seguridad que todos necesitamos. Pero tienen dos importantes peligros: no reconocer la autonomía de los individuos, diluyendo su identidad en la identidad grupal; y ser solidaridades cerradas, en las que la fuerte cohesión interna se expresa como insolidaridad hacia el exterior. La solidaridad de los derechos humanos deberá enfrentarse a ambos peligros, sin ignorar las ventajas —la necesidad— de las solidaridades específicas.

El individualismo moderno se rebela concretamente contra el primero de los peligros señalados, pero para acabar haciendo del ideal de

fraternidad algo ilusorio. Frente a la persona definida decisivamente como miembro de una comunidad, va a afirmar con rotundidad al individuo autónomo y de alguna manera autosuficiente. Lo que va a tener serias consecuencias sobre el modo de entender la solidaridad. El pensador que ha hecho una descripción ya clásica de esta mentalidad que ha arraigado notablemente entre nosotros es MacPherson, con sus tesis sobre el individualismo posesivo, que se pueden sintetizar del siguiente modo[25].

—Lo que hace humano a un hombre es ser libre de las dependencias de los demás. El individuo es esencialmente propietario de su propia persona y sus capacidades, por las cuales nada debe a la sociedad.
—La libertad de la dependencia de los demás significa libertad de cualquier relación con los demás, salvo aquellas relaciones en las que el individuo entra voluntariamente por su propio interés. La sociedad humana consiste en una serie de relaciones mercantiles.
—La sociedad política es una invención humana para garantizar estas relaciones mercantiles. Sólo puede limitar la libertad de cada uno en la medida y modo en que es estrictamente necesario para garantizar la libertad de los demás.

Desde esta perspectiva, la solidaridad en cuanto tal deja de tener sentido. El ideal que aparece con fuerza es, en cambio, el de la autorrealización a partir de la autonomía, que ya resaltamos en su momento. Se reconoce que, de cara a esa autorrealización individual, son necesarias las relaciones con los demás, pero éstas están subordinadas al propio proyecto individual. En este sentido, si soy «solidario» es porque me lo pide la búsqueda inteligente de mi propio interés o porque forma parte de un proyecto de autorrealización que me satisface.

De hecho, este individualismo insolidario de la mentalidad moderna ha sido atemperado por las solidaridades internas que han creado los perjudicados por él (la más importante de las cuales ha sido entre nosotros el sindicalismo) y por la «solidaridad desde el Estado», cuando éste, superando el individualismo duro, ha asumido que existen también derechos económicos y sociales y se ha convertido en factor reequilibrador de la riqueza y los bienes. Esta experiencia nos enseña dos cosas:

---

[25] Véase MACPHERSON, C.B.: *La teoría política del individualismo posesivo*, Barcelona, Fontanella, 1970.

—Los derechos humanos deben desbordar el individualismo estricto, insolidario, para ser expresión de la vivencia de la solidaridad: el imaginario de individuos que compiten en el mercado debe ser superado no sólo por el de personas que debaten en la plaza pública para llegar a acuerdos, sino también por el de «hermanos» dispuestos a compartir y hacer propias las causas y las cargas de los desfavorecidos y oprimidos.

—Esta solidaridad puede ser vivida de múltiples formas, unas desde las organizaciones de la vida civil y otras —imprescindibles y fundamentales— desde el Estado, que no puede renunciar a sus deberes al respecto, pero en todos los casos deberán ser solidaridades abiertas. Y cuando se habla de solidaridad abierta desde el Estado, no hay que pensar sólo en que sea abierta a todos los ciudadanos que lo componen; debe ser también abierta a la comunidad internacional, pues de lo contrario sigue siendo solidaridad orgánica cerrada. Este es precisamente el reto fundamental para que la que solidaridad se convierta en referente de la dinamización de la realización eficaz de la universalidad de los derechos humanos y de su protección.

La solidaridad de los derechos humanos *universales* debe ser evidentemente solidaridad *universal*. Esto supone, frente a los riesgos y límites de las solidaridades orgánicas y del individualismo, por un lado, asumir de un cierto modo las solidaridades orgánicas necesarias, y, por otro, vivir la solidaridad abierta a la comunidad humana mundial.

Comencemos por el modo como debemos asumir nuestras solidaridades orgánicas, las solidaridades con quienes forman parte de nuestros grupos de pertenencia, con la familia, la confesión religiosa, la nación, la etnoidentidad, el partido o sindicato, etc. Primero hay que ser conscientes de que frente al individualismo moderno que pretende ignorar nuestras diferentes pertenencias, o al menos relegarlas a su insignificancia o estricta privacidad, el que pertenencias de este tipo se den, con sus correspondientes y necesarias solidaridades, parece ser algo inherente a la condición humana: no se trataría de negarlo sino de vivirlo positivamente desde el punto de vista ético y de los derechos.

La solución no está, por eso, en la imparcialidad abstracta que pide que «todos cuenten como uno y nadie como más de uno» (Bentham), pues esta formulación, en principio atractiva, ignora estas pertenencias inevitables e ignora igualmente desigualdades *de facto* desde las que hay personas —los desfavorecidos— que deben contar de modo especial. La solución está en vivir las solidaridades internas de modo tal que se eviten sus graves riesgos, antes señalados. Concretamente, frente al

riesgo de que las solidaridades grupales diluyan las identidades de las personas, hay que afirmar que éticamente esas solidaridades se justifican sólo cuando, desde este punto de vista, son también solidaridades para gestar y potenciar la autonomía de las personas que las componen: hay aquí algo muy válido de la mentalidad moderna a lo que no podemos renunciar. Y, frente al riesgo de ser solidaridades cerradas, insolidarias frente al exterior, hay que afirmar que éticamente sólo se justifican cuando, imaginándolas generalizadas, vemos que plenifican al conjunto de la humanidad y cuando sirven expresamente para potenciar la solidaridad extragrupal.

La segunda exigencia para vivir la fraternidad de los derechos universales es vivir la solidaridad abierta, la solidaridad hacia quienes no forman parte de nuestros grupos específicos de pertenencia pero forman parte de la «familia humana», de modo tal que se haga solidaridad universal. Esta puede definirse por los tres rasgos siguientes[26]:

- —Es solidaridad dirigida a todo el ser humano (totalidad en profundidad) y a todos los seres humanos (totalidad en amplitud), es decir, el «grupo de pertenencia» englobante de todos los demás es aquí la humanidad: nada humano, ningún ser humano, me es ajeno. Ninguna de mis otras pertenencias particulares puedo vivirlas en contradicción con ésta, más aún, debo vivirlas potenciando ésta.
- —Es una solidaridad que se expresa en el marco de la igualdad, es decir, una solidaridad que asume la justicia social, con todo lo que ello implica: obligatoriedad, horizonte de igualdad material, perspectiva estructural.
- —Es una solidaridad que se abre a todos desde la perspectiva de los menos favorecidos, para afirmar el ideal de igualdad de todos teniendo en cuenta la condición de asimetría de los individuos y grupos menos favorecidos. La solidaridad no se define tanto por su pura relación universal, cuanto por el compromiso respecto al amenazado y vulnerable. No se define por su imparcialidad abstracta, sino por su «parcialidad» por el débil y oprimido, o, si se quiere, persigue la imparcialidad a través de esa parcialidad[27].

---

[26] Ver VIDAL, M.: *Para comprender la solidaridad: virtud y principio ético*, Estella, Verbo Divino, 1996.

[27] Se acaba de decir que la solidaridad debe asumir la justicia, no sustituirla. Si, a pesar de todo, por algo se diferencia de la justicia, es por esta inclinación específica hacia el vulnerable y por ese sentimiento de empatía que busca espontáneamente el bien de los otros miembros del *solidus*. Desde aquí, se da una relevancia moral mucho más fuerte a las omisiones y se está dispuesto a ir más allá de lo que pide estrictamente la justicia, pero sin ignorarla, considerándola como lo básico.

En el campo estricto de los derechos humanos, este valor de la fraternidad y solidaridad se ha expresado en los que suelen llamarse a veces derechos de solidaridad, de tercera generación, en general derechos en proceso de definición y aceptación por la comunidad internacional, discutidos en más de un aspecto, pero en los que nos jugamos la efectiva realización de la universalidad. Entre ellos, los más destacados, pero no los únicos, son el derecho al desarrollo (el más avanzado, pues cuenta ya con Declaración de la Asamblea de las Naciones Unidas, 1986), a la paz y al medio ambiente adecuado.

En realidad, algunos prefieren llamarlos derechos síntesis, porque entienden que llamarlos derechos de solidaridad sugiere que las otras generaciones de derechos no realizan la solidaridad, cuando ésta —como la libertad y la igualdad— debe estar presente de un modo u otro en todos los derechos; llamarlos derechos síntesis llevaría en cambio a la idea adecuada de que la realización de cada uno de ellos supone la realización de todos los derechos fundamentales, planteada desde una determinada perspectiva: serían derechos que atestiguan con fuerza la indivisibilidad. Sin negar la consistencia de estas observaciones, puede mantenerse de todos modos el apelativo de derechos de solidaridad porque, proclamados, muestran una relación intrínseca dominante con la solidaridad y, realizados, expresan la realización de la misma.

Que una solidaridad así entendida fundamenta la universalidad de la protección de los derechos humanos añadiendo la fuerza empática a la fundamentación decisiva derivada de la dignidad, es evidente. Veamos ahora de qué modo la orienta.

En primer lugar, no niega la protección de las comunidades orgánicas, en las que se vive una solidaridad interna. Pero condiciona esa protección a que tal solidaridad interna sea, por un lado, respetuosa de la autonomía de las personas y, por otro, estímulo para la solidaridad abierta al conjunto de la humanidad.

En segundo lugar, es protección que asume la justicia, tanto en su dimensión distributiva como penal. Y que la asume en una perspectiva internacional. Con esto se quiere decir que para realizarla el sujeto Estado debe ser desbordado por la comunidad de Estados y por la Comunidad Internacional en cuanto tal. Algunos proponen avanzar hacia un único Estado mundial con una ciudadanía cosmopolita, como mejor manera de realizar esta solidaridad universal. Pero parece que esto, al margen de resultar hoy por hoy imposible, es poco conveniente por los riesgos de opresión y uniformación que conlleva. Ahora bien, por otro lado, considerar sólo los ámbitos nacionales autosuficientes de justicia, fuera de los cuales habría únicamente deber de asistencia voluntaria, se revela injusto por sus efectos para la mayoría de la humanidad que en la

práctica está quedando desamparada. Habrá por eso que avanzar hacia modelos que articulen los ámbitos nacionales con los internacionales, los primeros encaminados fundamentalmente a las dimensiones más culturales e identitarias de las necesidades y capacidades, los segundos más encaminados a las dimensiones más materiales y de seguridad de las mismas. Esto pide, por supuesto, crear instituciones internacionales democráticas de recogida y distribución de recursos con las que no sólo se afronten con rapidez, eficacia e imparcialidad las situaciones de catástrofe sino también situaciones habituales de desigualdad injusta, del mismo modo que un Estado Social de Derecho afronta esas situaciones en su seno. Desde un enfoque como éste, los esquemas del tipo 0.7 quedan totalmente superados y replanteados, y por supuesto, con más razón, organizaciones como el BM, FMI u OMC[28].

Lo que se acaba de decir implica retos enormes, pero fundamentales. Pide en concreto fuertes solidaridades interestatales que desbordan decididamente los actuales esquemas de asistencia humanitaria y cooperación al desarrollo. Y a su vez remite a un problema delicado pero que inevitablemente debe ser afrontado. ¿Qué hacer cuando quien es responsable del quebrantamiento de los derechos humanos es aquél que debía protegerlos, esto es, el propio Estado? ¿Cómo expresar la solidaridad internacional hacia los miembros de ese Estado? Nos topamos aquí con la cuestión de la injerencia como mecanismo de protección en casos extremos. De nuevo otro tema que pediría amplios desarrollos, pero que aquí sólo podemos esbozar[29].

—Si, por las razones que se han ido apuntando, puede darse valor moral a las fronteras nacionales no excluyentes, potenciadoras de los derechos humanos de sus miembros y abiertas a la interdependencia y a la cooperación, entonces la no injerencia en este tipo de naciones es un deber moral. Como es igualmente un deber moral la cooperación internacional cuando ésta es necesaria para que cada país «sea miembro pleno y autosuficiente de la sociedad de los pueblos», para utilizar la expresión de Rawls.
—Si la injerencia debe plantearse como socorro a las víctimas aplastadas por las estructuras políticas y militares en las que se

---

[28] Sobre estas cuestiones me he ocupado ampliamente en «Justicia distributiva internacional», en ETXEBERRIA, X.; E. MARTÍNEZ NAVARRO y A. TEITELBAUM: *Etica y derechos humanos en la cooperación internacional*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, 13-32.

[29] He hecho un desarrollo mayor de esta cuestión en ETXEBERRIA, X.: «Perspectiva ética del acceso a las víctimas», en UNIDAD DE ESTUDIOS HUMANITARIOS: *Puertas cerradas. El acceso a las víctimas en la acción humanitaria*, Barcelona, Icaria, 2001, 37-52.

insertan —precisamente las que deberían proteger los derechos—, esto significa que antes de hablar de derecho a injerirse hay que hablar de deber ante las víctimas de asistirlas, que da derecho ante sus violadores a injerirse. Esto tiene una consecuencia importante: si la injerencia es primero un deber de intervención para que se realice un derecho universal, él mismo debe ser universal, no aplicable por tanto arbitrariamente, en función de los propios intereses (contra las políticas de *doble rasero*).

—En cuanto a las condiciones éticas de la injerencia, pueden apuntarse las siguientes: que se dé una violación grave y generalizada de los derechos humanos, que haya una situación de urgencia, que se hayan agotado otros medios de protección, que el cálculo de las consecuencias de la intervención sea globalmente positivo desde el punto de vista de los derechos humanos, que se utilicen medios inspirados en los derechos humanos —mínimo de violencia—.

—En cuanto al modo de intervención, hay que responder adecuadamente a estas tres preguntas: quién la decide, cómo se debe intervenir y quién realiza la intervención. Según los supuestos de la ética discursiva, la más adecuada para esta tarea, la respuesta correcta a tales cuestiones es la que darían todos los implicados en ellas dialogando en vistas al consenso, sin coacciones y guiados por los intereses generalizables y la ley del mejor argumento. Es ese diálogo el que debería acordar e institucionalizar tanto los procesos de decisión como los mecanismos y fuerzas de intervención. En principio, los sujetos implicados son todos los Estados, o mejor, las poblaciones a través de sus Estados cuando éstos son democráticos. Pero aquí aparece el primer problema, al haber Estados dictatoriales y autoritarios que frenarán decididamente toda vía de injerencia que pueda amenazarles y al haber Estados, democráticos o no, firmemente centrados en intereses no generalizables que tratarán de encontrar mecanismos de injerencia que permitan el doble rasero. Esto nos muestra que luchar por un modelo de injerencia acorde con la solidaridad universal de los derechos humanos pide coordinar el trabajo en el ámbito internacional con el trabajo al interior de los Estados.

En las relaciones internacionales nos hallamos aún muy lejos de propuestas que regulen las intervenciones de modo democrático y al servicio de los derechos humanos, y únicamente tenemos iniciativas que —a falta de consensos firmes y fundados en este terreno— cabe calificar de «provisionales», que con frecuencia tienen elementos clara-

mente criticables y que, en el mejor de los casos, nadan en la ambigüedad. Basta pensar, por ejemplo, en la dinámica del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, tan relevante para este tema, por ser oficialmente la instancia decisoria, con sus graves límites democráticos, o en la tendencia a deslizarse por lo que se está llamando «lógica de la sustitución», desde la que un Estado o grupo de Estados se arroga la autoridad para la intervención en otro cuando entiende que debe hacerse y que la ONU se muestra incapaz de hacerlo, con todos los riesgos de arbitrariedad y prepotencia que esto supone. Por eso, parece que se impone, como mecanismo de protección en este terreno, para avanzar hacia el horizonte que propone la ética discursiva, ir planteándose la conveniencia de una convención que, más allá del actual Derecho Humanitario, regule y gestione la asistencia humanitaria incluyendo la posibilidad de coacción.

Cerramos ya estas reflexiones resaltando que en ellas hay bastantes cuestiones concretas que han quedado sólo apuntadas, esto es, que merecerían tratamientos más desarrollados y afinados. Pero a pesar de ello, nos parece que lo decisivo, lo que se pretendía propiamente, sí ha quedado claro: en los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, la protección de los derechos humanos encuentra no sólo su fundamento, sino también su orientación y su motivación.

Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*

Boaventura de Sousa Santos

Sumario: 1. Introducción. 2. Sobre las globalizaciones. 3. Los derechos humanos como instrumento emancipatorio. 4. Hacia una hermenéutica diatópica. 5. Las dificultades de un multiculturalismo progresista. 6. Las condiciones para un multiculturalismo progresista. 7. Conclusión.

1. **Introducción**

En los últimos años he estado reflexionando hasta qué punto los derechos humanos se han convertido en el lenguaje de una política de carácter progresista. De hecho, durante muchos años tras la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos formaron parte de la dinámica política de la guerra fría, y así eran vistos por la izquierda. Dobles raseros, complacencia hacia los dictadores considerados amigos, la defensa de equilibrios entre derechos humanos y desarrollo…; todo ello sembró ciertas sospechas sobre los derechos humanos como herramienta emancipatoria. Tanto en los países centrales como en el mundo en desarrollo, las fuerzas progresistas preferían utilizar el lenguaje de la revolución y el socialismo para la formulación de políticas emancipatorias.

---

* Versiones anteriores de este trabajo han promovido intensos debates en diferentes ocasiones y sería muy difícil mencionar a todas las personas con cuyos comentarios se ha enriquecido. Sin embargo, me gustaría mencionar dos momentos cruciales en el proceso de elaboración de las ideas tal y como ahora aparecen: el Primer Seminario Nacional sobre las Jurisdicciones Especiales Indígenas y la Autonomía Territorial, celebrado durante la primera semana de marzo de 1997 en Popayán (Colombia), organizado por el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y el Gobierno colombiano y al que asistieron más de 500 líderes indígenas y activistas; asimismo, un inolvidable seminario en el Center for the Study of Developing Societies de Nueva Delhi, el 25 de abril de 2000, en el que participaron, entre otros, D.L. Sheth, Ashis Nandy, Shiv Visnavathan, Shalini Randeria, Achuyt Yagnik, Gabrielle Dietrich y Nalini Nayak. Un sincero agradecimiento a todos ellos y también a Rajeev Bhargava y Elizabeth García. Un agradecimiento especial a María Irene Ramalho. Este trabajo será publicado en HERNÁNDEZ-TRUYOL, B. (Ed.): *Moral Imperialism. A Critical Anthology*, New York University Press, New York, 2002. La traducción del original en inglés al castellano ha sido realizada por Felipe Gómez Isa.

Sin embargo, con el advenimiento de lo que parece ser una crisis irreversible de estos anteproyectos de emancipación, aquellas mismas fuerzas progresistas se encuentran hoy recurriendo a los derechos humanos para la reconstitución del lenguaje de la emancipación. Es como si los derechos humanos fueran llamados a llenar el vacío dejado por las experiencias socialistas. Pero, ¿pueden los derechos llenar tal vacío? Mi respuesta es un sí cualificado. Por lo tanto, mi objetivo analítico es tratar de especificar las condiciones en virtud de las cuales los derechos humanos se pueden poner al servicio de una política progresista de carácter emancipatorio.

La especificación de tales condiciones nos conduce a desenmarañar algunas de las tensiones dialécticas que descansan en el corazón de la modernidad occidental[1]. La crisis que actualmente afecta a estas tensiones pone de manifiesto de una manera evidente los problemas a los que se enfrenta la modernidad occidental. En mi opinión, la política de los derechos humanos a principios de siglo es un factor clave para entender dicha crisis.

Yo identifico tres tensiones principales. La primera tiene lugar entre la regulación social y la emancipación social. He estado reivindicando que el paradigma de la modernidad está basado en la idea de una tensión dialéctica creativa entre la regulación social y la emancipación social, que todavía se puede observar, aunque de una manera un tanto vaga, en el lema positivista «orden y progreso». A fines del siglo pasado esta tensión dejó de ser una tensión creativa. La emancipación ya no es la otra cara de la regulación, pasando a convertirse en un doble de la regulación. Mientras que hasta fines de los sesenta la crisis de la regulación social fue acompañada por el reforzamiento de las políticas emancipatorias, hoy estamos siendo testigos de una doble crisis social: la crisis de la regulación social, simbolizada por la crisis de la regulación estatal y del Estado de Bienestar, y la crisis de la emancipación social, reflejada en la crisis de la revolución social y del socialismo como paradigmas de una transformación social en un sentido radical. La política de los derechos humanos, que ha sido tanto una política de carácter regulatorio como de carácter emancipatorio, está atrapada en esta doble crisis, mientras que, al mismo tiempo, supone un intento de superarla.

La segunda tensión dialéctica se produce entre el Estado y la sociedad civil. El Estado moderno, aunque un Estado minimalista, es potencialmente

---

[1] En otro lugar he analizado en profundidad las tensiones de la modernidad occidental, en SANTOS, B.: *Toward a New Common Sense. Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, New York, 1995.

un Estado maximalista, en la medida en que la sociedad civil se reproduce a sí misma mediante leyes y regulaciones que emanan del Estado y para las que parece no haber límites, siempre que las normas democráticas relativas a la creación normativa sean respetadas. Los derechos humanos se sitúan en el centro de esta tensión: mientras la primera generación de derechos humanos fue planteada como una lucha de la sociedad civil contra el Estado, que se consideraba como el único que podía vulnerarlos, en cambio la segunda y tercera generación de derechos humanos recurren al Estado como garante de esos mismos derechos humanos.

Finalmente, la tercera tensión aparece entre el Estado-nación y lo que denominamos la globalización. El modelo político de la modernidad occidental es un modelo en el que los Estados-nación soberanos coexisten en un sistema internacional basado en el principio de la igualdad soberana de los Estados, el sistema interestatal. La unidad privilegiada y la escala tanto de la regulación social como de la emancipación social es el Estado-nación. Por un lado, el sistema interestatal siempre ha sido concebido como una sociedad más o menos anárquica, gobernada por una legalidad bastante débil; por el otro, las luchas internacionalistas en pos de la emancipación, como el internacionalismo proletario, siempre han constituido más una aspiración que una auténtica realidad. Actualmente, la erosión selectiva del Estado-nación debido a la intensificación del proceso de globalización plantea la cuestión de si tanto la regulación social como la emancipación social van a ser desplazadas a nivel global. Hemos comenzado a hablar de la sociedad civil global, de la gobernabilidad, de la equidad global, de las esferas públicas transnacionales. El reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional se sitúa en la vanguardia de todo este proceso. La tensión, sin embargo, descansa en el hecho de que en aspectos muy cruciales la política de derechos humanos es una política cultural. Hasta tal punto que podemos llegar a pensar en los derechos humanos como simbolizando un retorno de lo cultural e incluso de lo religioso en este principio de siglo. Pero hablar de cultura y de religión es referirse a las diferencias, a las fronteras, a las particularidades. ¿Cómo pueden los derechos humanos ser una política cultural y, al mismo tiempo, una política global?

Mi propósito aquí, por lo tanto, va a ser desarrollar un marco analítico para resaltar y apoyar el potencial emancipador de los derechos humanos en el doble contexto de la globalización, por un lado, y la fragmentación cultural e identitaria, por el otro. Mi objetivo no es otro que establecer una competencia global y una legitimidad local

para una política progresista de derechos humanos: los derechos humanos como la fuerza impulsora y como el lenguaje de unas esferas públicas[2] cada vez más incluyentes en el ámbito local, nacional y transnacional.

2. **Sobre las globalizaciones**

Comenzaré tratando de especificar lo que yo entiendo por globalización, un término cuya definición es bastante ardua. La mayor parte de las definiciones se centran en la economía, es decir, en la nueva economía mundial que ha emergido en las últimas tres décadas como consecuencia de la globalización de la producción de bienes y servicios y de los mercados financieros. Este es un proceso mediante el cual las empresas transnacionales y las instituciones financieras internacionales han adquirido una nueva preeminencia como actores internacionales que carece de precedentes.

Para mis propósitos analíticos prefiero una definición de globalización que sea más sensible a las dimensiones sociales, políticas y culturales. Parto de la asunción de que lo que normalmente denominamos globalización consiste en conjuntos de relaciones sociales; a medida que estos conjuntos de relaciones sociales cambian, en esa misma medida cambia también la globalización. Por lo tanto, estrictamente hablando, no existe una única entidad llamada globalización; más bien, lo que existen son globalizaciones, y deberíamos utilizar el término solamente en plural. Cualquier concepto de carácter omnicomprensivo debería ser siempre más de naturaleza procedimental que sustantiva. Por otro lado, si las globalizaciones son conjuntos de relaciones sociales, en estas últimas se producen relaciones de conflicto, en las que hay ganadores y perdedores. Muy a menudo, el discurso acerca de la globalización es la historia de los vencedores contada por los propios vencedores. De hecho, la victoria es aparentemente tan absoluta que los derrotados terminan incluso desapareciendo de la historia.

---

[2] Por esfera pública entiendo un campo de interacción social y decisión en el que los individuos, grupos y asociaciones, a través de una retórica dialógica y de reglas procedimentales compartidas, 1) definen equivalencias y jerarquías entre los intereses, las reivindicaciones y las identidades; y 2) aceptan que tanto las reglas como las definiciones sean puestas en cuestión a través del tiempo por intereses, demandas e identidades previamente excluidas, no reconocidas o silenciadas de los mismos u otros individuos, grupos y asociaciones.

Aquí está mi definición de globalización: es el proceso mediante el cual una determinada condición o entidad local logra extender su influencia a nivel planetario y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar a una condición social o entidad rivales como locales.

Las implicaciones más importantes de esta definición serían las siguientes. En primer lugar, en las condiciones actuales del sistema capitalista mundial occidental no existe una genuina globalización. Lo que denominamos globalización es siempre la globalización exitosa de un determinado localismo. En otras palabras, no existe ninguna condición global para la que no podamos encontrar una raíz local, un marco cultural específico. La segunda consecuencia es que la globalización supone localización. Por lo tanto, sería igualmente correcto en términos analíticos si definiéramos la actual situación y nuestros temas de investigación en términos de localización más que de globalización. La razón por la que preferimos este último término es básicamente porque el discurso científico hegemónico muestra sus preferencias por la historia del mundo tal y como ha sido contada por los ganadores. Se podrían aportar numerosos ejemplos de cómo la globalización supone localización. El inglés, como auténtica *lingua franca* contemporánea, es tan solo un ejemplo. Su expansión como lengua global ha supuesto la localización de otras lenguas también potencialmente globales como, por ejemplo, el francés.

Por lo tanto, una vez que identificamos un determinado proceso de globalización, no podemos obtener su significado pleno sin tener en cuenta procesos adyacentes de relocalización que tienen lugar al mismo tiempo y que se entrecruzan. La globalización del sistema de estrellas cinematográficas de Hollywood puede implicar la etnización del sistema de estrellas hindú producido por la que en su momento fue una potente industria del cine en La India. De una manera muy similar, los actores franceses o italianos de los 60 (de Brigitte Bardot a Alain Delon, pasando por Marcello Mastroiani o Sofía Loren), que entonces simbolizaban una forma de actuar universal, parecen hoy, cuando vemos de nuevo sus películas, responder a un actuar europeo un tanto provinciano o de carácter étnico. En todo este tiempo, la forma de actuar en Hollywood ha conseguido globalizarse.

Una de las transformaciones que más comúnmente se asocian con la globalización es la compresión del binomio espacio-tiempo, es decir, el proceso social mediante el cual los diferentes fenómenos se aceleran y se extienden a lo largo del globo. Aunque aparentemente monolítico, este proceso combina situaciones y condiciones muy diferenciadas, y por esa razón no se puede analizar de una manera independiente de las relaciones de poder que influyen en las diferentes formas de movili-

dad en el tiempo y en el espacio. Por un lado, existe una clase capitalista transnacional, que tiene realmente en sus manos la compresión espacio-tiempo, y que tiene capacidad para orientarla en su propio beneficio. Por otro lado, las clases y grupos subordinados, como pueden ser los trabajadores migrantes y los refugiados, que también experimentan un gran movimiento físico pero que no tienen el control de la compresión espacio-tiempo. Entre los ejecutivos de las grandes empresas y los inmigrantes y refugiados, los turistas representan un tercer modo de producción de la compresión espacio-tiempo.

También están aquéllos que contribuyen en gran parte a la globalización pero que, sin embargo, permanecen prisioneros de su tiempo-espacio local. Los agricultores de Bolivia, Perú y Colombia, al cultivar la coca, contribuyen decisivamente a una cultura mundial de la droga, pero ellos mismos siguen estando más «localizados» que nunca. Es lo mismo que ocurre con los habitantes de las favelas de Río de Janeiro, que permanecen prisioneros de su forma de «ocupar» el territorio mientras que sus canciones y sus danzas forman parte de una cultura musical globalizada. Finalmente, aunque desde otra perspectiva, la competencia global requiere en ocasiones la acentuación de la especificidad local. La mayor parte de los rincones turísticos actualmente están obligados a ser muy exóticos, vernáculos y tradicionales si quieren convertirse en lo bastante competitivos como para entrar en el mercado global del turismo.

Para poder tener en cuenta todas estas asimetrías, como ya he sugerido, nos tenemos que referir siempre a la globalización en plural. De alguna forma, podríamos hablar de diferentes modos de producción de la globalización, que, como voy a defender, dan lugar a cuatro formas de globalización.

La primera yo la denominaría *localismo globalizado*. Consiste en el proceso en virtud del cual un determinado fenómeno local consigue globalizarse, ya sea la actuación mundial de las empresas transnacionales, la transformación de la lengua inglesa en *lingua franca*, la globalización de la música o de la comida rápida americanas o la adopción mundial del Derecho de propiedad intelectual americano o la nueva *lex mercatoria*.

A la segunda forma de globalización la llamaría *globalismo localizado*. Consiste en el impacto específico de prácticas e imperativos transnacionales en determinadas condiciones locales que, como consecuencia, son desestructuradas y reestructuradas para poder responder a esos imperativos de naturaleza transnacional. Entre estos globalismos localizados podríamos incluir: los enclaves de libre comercio; la deforestación y el agotamiento masivo de recursos natura-

les para poder pagar la deuda externa; el uso para fines turísticos de tesoros históricos, emplazamientos y ceremonias religiosas, arte y artesanías, vida natural; el dumping ecológico; la conversión de una agricultura orientada a la sostenibilidad en una agricultura para la exportación como parte del «ajuste estructural»; la etnización del lugar de trabajo.

La división internacional del globalismo asume el siguiente patrón: los países centrales se especializan en localismos globalizados, mientras que la elección de globalismos localizados se impone a los países periféricos[3]. El sistema mundial es una red de globalismos localizados y localismos globalizados.

Sin embargo, la intensificación de las interacciones globales conlleva otros dos procesos que no se pueden caracterizar de forma adecuada ni como localismos globalizados ni como globalismos localizados. Al primero de ellos yo lo denominaría *cosmopolitanismo*. Las formas prevalentes de dominación no excluyen la oportunidad de los Estados-nación, regiones, clases o grupos sociales que se encuentran en una situación de subordinación, junto con sus aliados, de organizarse transnacionalmente en defensa de intereses que se perciben como comunes y de usar en su propio beneficio las capacidades de la interacción transnacional creada por el sistema mundial. Las actividades cosmopolitas incluyen, entre otras, diálogos y organizaciones Sur-Sur, nuevas formas de internacionalismo proletario, redes transnacionales de grupos de mujeres, organizaciones indígenas y de derechos humanos, servicios legales alternativos transfronterizos, solidaridad anticapitalista Norte-Sur, ONGs de carácter transformador, redes de grupos que trabajan por un desarrollo alternativo y sostenible, movimientos literarios, artísticos y científicos en la periferia del sistema mundial en busca de valores culturales alternativos y no imperialistas… A pesar de la heterogeneidad de las organizaciones involucradas, la protesta ante la reunión de la Organización Mundial de

---

[3] Se ha defendido que la nueva economía global, basada en el capital informacional, ha eliminado la distinción entre países centrales, periféricos y semiperiféricos, en CASTELLS, M.: *The Rise of Network Society*, Blackwell, Oxford, 1996, pp. 92 y ss. En mi opinión, la distinción sigue siendo válida, así como la jerarquía que contiene. Más que nunca la distinción reside en la mezcla específica de actividades, producciones, sectores, sistemas de empleo… centrales y periféricos en cada país. El predominio de los rasgos centrales en la mezcla implica que el país se especializa en localismos globales; el predominio de los rasgos periféricos, por el contrario, trae consigo el predominio de globalismos localizados. Los países semiperiféricos son aquéllos con un equilibrio inestable entre globalismos localizados y localismos globalizados.

Comercio en Seattle (noviembre de 1999) es un buen ejemplo de lo que yo llamo cosmopolitanismo[4].

El otro proceso que tampoco se puede describir de una manera adecuada ni como localismo globalizado ni como globalismo localizado es la emergencia de cuestiones que, por su propia naturaleza, son tan globales como el mismo globo y a las que yo denominaría, utilizando un término de Derecho Internacional, patrimonio común de la humanidad (…). Nos referimos a cuestiones que sólo cobran sentido cuando se relacionan con el globo en su totalidad: la sostenibilidad de la vida humana sobre la tierra, por ejemplo, o aspectos medioambientales tales como la protección de la capa de ozono, la Amazonia, la Antártida, la biodiversidad o los fondos marinos y oceánicos. También incluiría en esta categoría la exploración del espacio ultraterrestre, la luna y otros planetas, dado que sus interacciones con la tierra son también patrimonio común de la humanidad. Todas estas cuestiones se refieren a recursos que, por su propia naturaleza, deben ser administrados por fideicomisarios de la comunidad internacional en representación de las generaciones tanto presentes como futuras.

La preocupación en torno al cosmopolitanismo y al patrimonio común de la humanidad ha conocido un gran desarrollo en las últimas décadas; pero también ha suscitado fuertes resistencias. El patrimonio común de la humanidad, en particular, ha estado bajo un continuo ataque por parte de los países hegemónicos, fundamentalmente Estados Unidos. Los conflictos, resistencias, luchas y coaliciones que se han producido en torno al cosmopolitanismo y al patrimonio común de la humanidad muestran que lo que denominamos globalización es, de hecho, un conjunto de escenarios en los que acontecen diversas luchas de carácter transfronterizo.

---

[4] No utilizo cosmopolitanismo en el sentido moderno y convencional. La modernidad occidental ha asociado cosmopolitanismo con el individualismo y con un universalismo sin raíces, con la ciudadanía mundial, con la negación de las fronteras o los límites culturales o territoriales. Esta idea viene expresada en la «ley cósmica» de Pitágoras, la *philallelia* de Demócrito, la idea medieval de la *res publica christiana*, la concepción renacentista de la «humanitas», en el dicho de Voltaire en torno a que «para ser un buen patriota uno necesita convertirse en enemigo del resto del mundo» y, finalmente, en el internacionalismo proletario del siglo XX. Para mí, el cosmopolitanismo supone una solidaridad transfronteriza entre grupos que están explotados, oprimidos o excluidos por la globalización hegemónica. Tanto las poblaciones hiper-localizadas (como, por ejemplo, los pueblos indígenas de la cordillera andina) como las poblaciones hiper-transnacionalizadas (como, por ejemplo, los pueblos indígenas en Brasil, Colombia o India desplazados por «proyectos de desarrollo» o los inmigrantes ilegales en Europa y América del Norte), estos grupos experimentan una compresión espacio-tiempo sobre la que no tienen control alguno.

Para el propósito de este artículo, es útil distinguir entre globalización desde arriba y globalización desde abajo, o entre globalización hegemónica y globalización contrahegemónica. Lo que yo he denominado *localismo globalizado* y *globalismo localizado* constituyen globalizaciones desde arriba; en cambio, el *cosmopolitanismo* y el *patrimonio común de la humanidad* suponen una globalización desde abajo.

3. **Los derechos humanos como instrumento emancipatorio**

La complejidad de los derechos humanos radica en que pueden ser concebidos tanto como una forma de localismo globalizado o como una forma de cosmopolitanismo; o, por utilizar otras palabras, como una globalización desde arriba o como una globalización desde abajo. Mi intención es tratar de especificar en qué condiciones los derechos humanos se pueden concebir como una globalización de este último tipo. En este artículo no voy a analizar todas las condiciones que son necesarias, sino que sólo voy a abordar las de carácter cultural. Mi tesis es que en la medida en que los derechos humanos sean concebidos como derechos universales, tendrán tendencia a actuar como un localismo globalizado, una forma de globalización desde arriba. Para ser capaces de operar como un tipo de cosmopolitanismo, o como una forma contrahegemónica de globalización, los derechos humanos deben ser reconceptualizados como multiculturales. Si son concebidos, tal y como ha ocurrido hasta ahora, como universales, los derechos humanos siempre serán un instrumento del «choque de civilizaciones» de Samuel Huntington, es decir, de la lucha de Occidente contra todos los demás. Su alcance global se obtendrá a costa de su legitimidad local. Por el contrario, un multiculturalismo progresista, tal y como yo lo entiendo, es una precondición para una relación equilibrada y mutuamente beneficiosa entre el alcance global y la legitimidad local, los dos atributos de una política de derechos humanos auténticamente contrahegemónica en nuestros días.

Sabemos, por supuesto, que los derechos humanos no son universales en su aplicación. Existen cuatro sistemas de protección internacional de los derechos humanos que se pueden distinguir actualmente: el europeo, el interamericano, el africano y el asiático[5]. Pero la pregunta

---

[5] Un amplio análisis, junto con una extensa bibliografía, de los cuatro regímenes figura en SANTOS, B.: *Toward a New Common Sense…, op. cit.*, pp. 330-337. Asimismo, se pueden consultar los estudios específicos de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos que se encuentran en este libro.

que surge inevitablemente es: ¿son los derechos humanos universales, como una especie de artefacto cultural, algo que no varía culturalmente, una cultura global? Mi respuesta es que no. Aunque todas las culturas tienden a definir sus valores últimos como los más extendidos, sólo la cultura occidental tiende a concentrarse en la universalidad. La cuestión de la universalidad de los derechos humanos traiciona la universalidad de lo que cuestiona por la forma en como lo cuestiona. En otras palabras, la cuestión de la universalidad es una cuestión de carácter particular, una cuestión cultural occidental.

El concepto de derechos humanos descansa en un conjunto bien conocido de presupuestos, todos ellos claramente occidentales, como son: existe una naturaleza humana universal que puede ser conocida por medios racionales; la naturaleza humana es esencialmente diferente y está en una posición de superioridad respecto del resto de la realidad; el individuo tiene una dignidad absoluta e irreductible que tiene que ser defendida en contra de la sociedad y del Estado; la autonomía del individuo exige que la sociedad sea organizada de una manera no jerarquizada, como una suma de individuos libres[6]… Dado que todos estos presupuestos son claramente occidentales y liberales, y fácilmente distinguibles de otras concepciones de la dignidad humana en otras culturas, nos deberíamos preguntar por qué la cuestión de la universalidad de los derechos humanos se ha convertido en una cuestión que se debate de una manera tan acalorada, por qué, en otros términos, la universalidad sociológica de esta cuestión ha llegado a oscurecer su universalidad filosófica.

Si miramos a la historia de los derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial, no es difícil concluir que las políticas de derechos humanos han estado en gran parte al servicio de los intereses económicos y geopolíticos de los Estados capitalistas hegemónicos. El generoso y seductor discurso acerca de los derechos humanos ha consentido atrocidades indecibles, evaluando y enfrentando dichas atrocidades con repugnantes dobles raseros. Escribiendo en 1981 acerca de la manipulación de la agenda de derechos humanos por parte de Estados Unidos junto con los mass media, Richard Falk se refirió a «políticas de invisibilidad» y «políticas de supervisibilidad»[7]. Como ejemplos de una política de invisibilidad cita el total bloqueo informativo por parte

---

[6] PANIKKAR, R.: «Is the notion of Human Rights a Western Concept?», *Cahier*, vol. 81, pp. 28-47.

[7] FALK, R.: *Human Rights and State Sovereignity*, Holmes and Meier Publishers, New York, 1981.

de los medios sobre el trágico intento de diezmar al pueblo maubere en Timor del Este (que segó más de 300.000 vidas) o la mala situación por la que atraviesan los millones de «intocables» en La India. Como ejemplos de una política de supervisibilidad Falk menciona el gran énfasis con el que se informó en Estados Unidos acerca de las violaciones post-revolucionarias de los derechos humanos que tuvieron lugar en Irán y en Vietnam. En realidad, podríamos decir lo mismo de los países de la Unión Europea, cuyo más conmovedor ejemplo es el absoluto silencio durante más de una década respecto del genocidio del pueblo maubere, lo que contribuyó a facilitar el floreciente comercio internacional con Indonesia.

Pero el sesgo occidental y, aún más, liberal occidental, del discurso dominante acerca de los derechos humanos se puede observar en muchas otras instancias: en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que fue redactada sin la participación de la mayoría de pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivamente de derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación que, sin embargo, ha estado restringido a los pueblos sujetos al colonialismo europeo; en la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y en el reconocimiento del derecho de propiedad como el primero y, durante muchos años, el único derecho económico.

Pero ésta no es toda la historia. A lo largo y ancho del mundo, millones de personas y cientos de ONGs han estado luchando a favor de los derechos humanos, a menudo con riesgo incluso para sus vidas, en defensa de las clases y grupos sociales oprimidos que se han convertido en víctimas de Estados capitalistas autoritarios. Las agendas políticas de tales luchas son normalmente anticapitalistas, bien de forma explícita o de forma implícita. Un discurso y una práctica de los derechos humanos de carácter contrahegemónico han sido desarrollados, se han propuesto concepciones no occidentales de los derechos humanos, se han organizado diálogos transculturales sobre derechos humanos… La tarea central de una política emancipatoria en este campo consiste en transformar la conceptualización y la práctica de los derechos humanos desde un localismo globalizado a un proyecto de naturaleza cosmopolita.

¿Cuáles son las premisas para tal transformación? La primera premisa es que es imperativo trascender el debate sobre el universalismo y el relativismo cultural. El debate es, en el fondo, un falso debate, cuyos conceptos extremos son perjudiciales para una concepción emancipatoria de los derechos humanos. Todas las culturas son relativas, pero el relativismo cultural, como postura filosófica, es erróneo. Todas las culturas aspiran a alcanzar valores últimos esenciales, pero el universalismo cultu-

ral, como postura filosófica, también es erróneo. Contra el universalismo debemos proponer diálogos transculturales sobre cuestiones isomórficas. Contra el relativismo debemos desarrollar procedimientos y criterios transculturales para poder distinguir políticas progresistas de aquéllas de carácter regresivo, políticas de empoderamiento de aquéllas que lo niegan o, por último, políticas de emancipación de políticas de regulación. En la medida en que el debate provocado por los derechos humanos podría evolucionar hacia un diálogo competitivo entre diferentes culturas acerca de los principios de la dignidad humana, es imperativo que tal competición induzca a coaliciones transnacionales que traten de llegar lo antes posible a la cima antes que al fondo (¿cuáles son los standards mínimos absolutos, los derechos humanos más básicos, el mínimo común denominador?). El muy a menudo aireado comentario en torno a la necesidad de ir con precaución ante la sobrecarga de los derechos humanos con la aparición de nuevos y más sofisticados derechos o con concepciones diferentes y más amplias de los mismos[8] es una clara manifestación de la rebaja de las demandas emancipatorias de la modernidad occidental hasta el grado de emancipación que posibilita o tolera el capitalismo mundial. Los derechos humanos de baja intensidad son la otra cara de la democracia de baja intensidad.

La segunda premisa es que todas las culturas tienen concepciones acerca de lo que significa la dignidad humana pero no todas ellas la conciben como derechos humanos. Por lo tanto, es importante indagar en las preocupaciones isomórficas entre las diferentes culturas. Diferentes denominaciones, conceptos y *Weltanschauungen* pueden conllevar preocupaciones y aspiraciones similares o mutuamente inteligibles.

La tercera premisa es que todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de dignidad humana. Esta ausencia de plenitud deriva del hecho de que hay una pluralidad de culturas. Si cada cultura fuera tan completa como defiende que es, entonces existiría una única cultura. La idea de plenitud está en la raíz del exceso de sentido que parece estar presente en todas las culturas. La ausencia de dicha plenitud es más visible desde fuera, desde la perspectiva de otra cultura. Contribuir a alcanzar el mayor grado de concienciación sobre la falta de plenitud cultural es una de las tareas cruciales en la construcción de una concepción multicultural de los derechos humanos.

La cuarta premisa es que todas las culturas tienen diferentes versiones de la dignidad humana, algunas más amplias que las otras, con un

---

[8] DONELLY, J.: *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell University Press, Ithaca, 1989, pp. 109-124.

mayor círculo de reciprocidad o más abiertas a las otras culturas. Por ejemplo, la modernidad occidental se ha desdoblado en dos concepciones y prácticas sobre los derechos humanos muy divergentes entre sí, la liberal, por un lado, y la socialdemócrata o marxista, por el otro. La primera prioriza los derechos civiles y políticos, mientras que la segunda incide más en los derechos económicos, sociales y culturales[9].

Finalmente, la quinta premisa es que todas las culturas tienden a distribuir a la gente y a los grupos sociales entre dos principios competitivos de pertenencia jerárquica. Uno opera a través de jerarquías entre unidades homogéneas. El otro opera mediante la separación entre identidades únicas y diferencias. Los dos principios no necesariamente se superponen, y por esa razón no todas las igualdades son idénticas y no todas las diferencias son desiguales.

Estas son las premisas de un diálogo intercultural acerca de la dignidad humana que, eventualmente, puede conducir a una concepción *mestiza* de los derechos humanos, una concepción que, en lugar de recurrir a falsos universalismos, se organiza a sí misma como una constelación de significados locales mutuamente inteligibles, de redes de referencias normativas de empoderamiento.

4. **Hacia una hermenéutica diatópica**

En el caso del diálogo intercultural el intercambio no se produce tan solo entre diferentes conocimientos sino también entre diferentes culturas, es decir, entre diferentes y, en un sentido fuerte, inconmensurables universos de significado. Estos universos de significado consisten en constelaciones de *topoi* fuertes. Estos son los principales lugares comunes retóricos de una determinada cultura. Funcionan como premisas de argumentación, haciendo de esa manera posible la producción e intercambio de argumentos. Los *topoi* fuertes se convierten en muy vulnerables y problemáticos cuando se intentan «utilizar» en una cultura diferente[10]. Lo mejor que les puede ocurrir es ser rebajados de la categoría de premisas

---

[9] Ver al respecto POLLIS, A. and SCHWAB, P. (Eds.): *Human Rights. Cultural and Ideological Perspectives*, Praeger, New York, 1979; AN-NA'IM, A.A.: *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives. A Quest for Consensus*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1992.

[10] En intercambios interculturales uno experimenta muy a menudo la necesidad de explicar y justificar ideas y líneas de acción que en la cultura de uno son tan obvias y de sentido común que ofrecer una explicación o justificación de ellos sería extraño e inoportuno, si no completamente ridículo.

de argumentación a argumentos. Entender una determinada cultura desde los *topoi* de otra cultura puede resultar muy difícil, si no del todo imposible. Por lo tanto, propongo una *hermenéutica diatópica*. En la esfera de los derechos humanos y la dignidad, la movilización de apoyo social a favor de las demandas emancipatorias que potencialmente tienen, solamente se puede conseguir si tales demandas han sido asumidas y apropiadas en el contexto cultural local. La apropiación, en este sentido, no se puede conseguir mediante la canibalización cultural. Requiere un diálogo intercultural y una hermenéutica diatópica.

La hermenéutica diatópica está basada en la idea de que los *topoi* de una cultura determinada, no importa lo fuertes que sean, son tan incompletos como la propia cultura. Esa ausencia de plenitud no es visible desde dentro de la cultura, dado que la aspiración a la totalidad induce a tomar *pars pro toto*. El objetivo de una hermenéutica diatópica es, por lo tanto, no alcanzar la plenitud, dado que eso es un objetivo inalcanzable, sino, por el contrario, concienciar al máximo acerca de la recíproca ausencia de plenitud mediante el diálogo, como si tuviera un pie en una cultura y el otro pie en la otra. En esto consiste su carácter *diatópico*[11].

Una hermenéutica diatópica se puede llevar a cabo entre el *topos* de los derechos humanos en la cultura occidental, el *topos* del *dharma* en la cultura hindú y el *topos* de la *umma* en la cultura islámica. Se podrá argumentar que comparar o contrastar una concepción secular de la dignidad humana (la occidental) con concepciones religiosas (la islámica e hindú) es incorrecto o ilegítimo[12]. En contra de este argumento tengo dos respuestas. En primer lugar, la distinción secular-religioso es claramente occidental y, en consecuencia, lo que distingue cuando se aplica a la cultura occidental no es equivalente a lo que distingue cuando se aplica a una cultura no occidental. Por ejemplo, lo que es considerado como secular en una sociedad en la que predomina una o varias culturas no occidentales, se considera muy a menudo, cuando se observa desde dentro de esas culturas, como una variedad de lo religioso. Lo que se tiene por secular es producto de un consenso, si es democrático mucho mejor, sobre un compromiso con alguna demanda

---

[11] Ver asimismo PANIKKAR, R.: *op. cit*., p. 28. Etimológicamente, *diatopical* evoca lugar (Gr. topos), dos (Gr. di-) y a través o mediante (Gr. dia-).

[12] A menudo se ha señalado que el hinduísmo no es una religión bien definida y claramente identificable en el sentido del cristianismo o el islam, sino que más bien nos encontramos ante «un conglomerado amorfo y escasamente coordinado de preceptos o formaciones similares», en HALBFASS, W.: *Tradition and Reflection. Explorations in Indian Thought*, State University of New York Press, New York, 1991, p. 51.

religiosa. Por esta razón, las concepciones del secularismo varían ampliamente entre los propios países europeos. En cualquier caso, las raíces judeocristianas de los derechos humanos (comenzando con las primeras escuelas del Derecho Natural) son bastante visibles[13]. En tales condiciones, defiendo que la propia distinción secular-religioso debe ser sometida a una hermenéutica diatópica.

De acuerdo con Panikkar, *dharma* «es lo que mantiene, da cohesión y refuerza todas las cosas, la realidad y, en última instancia, los tres mundos (*triloka*). La justicia mantiene juntas las relaciones humanas; la moralidad mantiene a uno mismo en armonía; el derecho es el principio vinculante para las relaciones humanas; la religión es lo que mantiene la existencia del universo; el destino es lo que nos une con el futuro; la verdad es la cohesión interna de las cosas… Un mundo en el que la noción de Dharma es central y casi omnipresente no se preocupa de encontrar el «derecho» de un individuo contra otro o del individuo *vis-à-vis* la sociedad, sino que de lo que se preocupa es de intentar encontrar el carácter dhármico (correcto, verdadero, consistente) o adhármico de una determinada cosa o acción en el marco del complejo antropocósmico de la realidad»[14]. Vistos desde el *topos* del *dharma*, los

---

[13] Ashis Nandy ha sido uno de los críticos más consistentes del secularismo occidental aplicado al contexto hindú; ha demostrado cómo el reciente resurgimiento de la ideología religiosa en La India (Hindutva y el Bharatiya Janata Party) es una parte y una parcela de una política secularizada, en NANDY, A.: «The Politics of Secularism and the Recovery of Religious Tolerance», *Alternatives*, Vol. XIII, 1988, pp. 177-194; NANDY, A.: «The Twilight of Certitudes: Secularism, Hindu Nationalism and Other Masks of Deculturation», *Postcolonial Studies*, Vol. 1, n.º 3, 1998, pp. 283-298. Bhargava, por su parte, proporciona un detallado y profundo análisis del concepto de secularismo. Resalta las complicadas cuestiones que plantea el concepto en el contexto hindú, y ofrece una perspectiva nueva e innovadora sobre el secularismo en las sociedades occidentales, en BHARGAVA, R.: «Religious and Secular Identities», en PAREKH, B. and BAKSHI, U. (Eds.): *Crisis and Change in Contemporary India*, Sage, New Delhi, 1995, pp. 317-349; BHARGAVA, R. (Ed.): *Secularism and its Critics*, Oxford University Press, New Delhi, 1998. Para una discusión sobre el secularismo y los derechos de las minorías religiosas ver también CHANDHOKE, N.: *Beyond Secularism. The Rights of Religious Minorities*, Oxford University Press, New Delhi, 1999.

[14] PANIKKAR, R.: *op. cit*., p. 39. Ver también HALBFASS, W.: *op. cit*.; INADA, K.: «A Budhist Response to the Nature of Human Rights», en WELCH, C. and LEARY, V. (Eds.): *Asian Perspectives on Human Rights*, Wetsview Press, Boulder, 1990, pp. 91-101; MITRA, K.: «Human Rights in Hinduism», *Journal of Ecumenical Studies*, Vol. 19, n.º 3, 1982, pp. 77-84; THAPAR, R.: «The Hindu and Buddhist Traditions», *International Social Science Journal*, Vol. 18, n.º 1, 1996, pp. 31-40; de acuerdo con Knipe, *dharma* es «el deber espiritual acorde con el orden y el derecho cósmico; quizás la palabra en sánscrito más cercana a *religión*», en KNIPE, D.M.: *Hinduism. Experiments in the Sacred*, Harper, San Francisco, 1991, p. 156.

derechos humanos son incompletos al no establecer el vínculo entre la parte (el individuo) y el todo (la realidad), o, incluso de una manera más evidente, al centrarse en lo que es meramente derivativo, en los derechos, más que en lo que constituye el imperativo primordial, el deber de los individuos de encontrar su lugar en el orden de la sociedad y del cosmos. Vistos desde el *dharma* e incluso también desde la *umma*, la concepción occidental de los derechos humanos está basada en una muy simplista y mecánica simetría entre derechos y deberes. Garantiza derechos solamente a aquéllos a los que puede demandar deberes. Esto explica por qué según la versión occidental de los derechos humanos la naturaleza no tiene derechos: porque no se le puede imponer ningún deber. Por la misma razón, es imposible garantizar derechos a las generaciones futuras: no tienen derechos porque no tienen deberes.

Por otro lado, visto desde el *topos* de los derechos humanos, el *dharma* es también incompleto debido a su fuerte sesgo, nada dialéctico, a favor de la armonía del *status quo* social y religioso, ocultando por lo tanto las injusticias y rechazando por completo el valor del conflicto como una forma de alcanzar una mayor armonía. Por otra parte, el *dharma* no se preocupa de los principios del orden democrático, de la libertad y autonomía individuales, y rechaza el hecho de que, sin derechos básicos, el individuo es demasiado frágil como para evitar ser atropellado por cualquier cosa que le trascienda. Además, el *dharma* tiende a olvidar que el sufrimiento humano tiene una irreductible dimensión individual: no son las sociedades quienes sufren, son los individuos.

A otro nivel conceptual, la misma hermenéutica diatópica se puede conseguir entre el *topos* de los derechos humanos y el *topos* de la *umma* en la cultura islámica. Los pasajes del Corán en los que aparece la palabra *umma* son tan variados que su significado no puede ser definido de una manera rígida. Sin embargo, a pesar de esa constatación, hay algunos aspectos que parecen ser ciertos: siempre se refiere a grupos étnicos, lingüísticos o religiosos de personas que son el objeto de un plan divino de salvación. A medida que la actividad profética de Mahoma iba avanzando, los fundamentos religiosos de la *umma* comenzaron a ser más evidentes y, en consecuencia, la *umma* de los árabes se transformó en la *umma* de los musulmanes. Visto desde el *topos* de la *umma*, la ausencia de plenitud de los derechos humanos individuales descansa en el hecho de que, sobre la base de los mismos exclusivamente, es imposible establecer los vínculos y las solidaridades colectivas sin las cuales ninguna sociedad puede sobrevivir, y mucho menos florecer. Aquí reside la dificultad de la concepción occidental de los de-

rechos humanos a la hora de aceptar los derechos colectivos de grupos sociales o pueblos, sean éstos minorías étnicas, mujeres o pueblos indígenas. Este es tan solo un aspecto específico de una dificultad mucho más amplia: la dificultad de definir la comunidad como un espacio para una solidaridad concreta y como una obligación política de carácter horizontal. Siendo central para Rousseau, esta idea de la comunidad fue dejada a un lado en la dicotomía liberal que separó netamente el Estado, por un lado, y la sociedad civil, por el otro.

A la inversa, desde el *topos* de los derechos humanos individuales, la *umma* enfatiza excesivamente los deberes en detrimento de los derechos y, por esa razón, se ve obligada a hacer caso omiso de lo que constituyen desigualdades detestables, tales como la desigualdad entre hombres y mujeres y entre musulmanes y no musulmanes. Tal y como ha sido revelado por la hermenéutica diatópica, la debilidad esencial de la cultura occidental consiste en la estricta dicotomía entre el individuo y la sociedad, lo que la convierte en vulnerable ante el individualismo posesivo, el narcisismo, la alienación y la anomia. Por otro lado, la debilidad fundamental de las culturas islámica e hindú consiste en que no consiguen reconocer que el sufrimiento humano tiene una irreductible dimensión individual, que solamente se puede abordar adecuadamente en una sociedad que no esté jerárquicamente organizada.

El reconocimiento de las debilidades y de las ausencias de plenitud recíprocas es una *conditio-sine-quae-non* para un diálogo intercultural. La hermenéutica diatópica construye tanto sobre la identificación local de la ausencia de plenitud y de las propias debilidades como sobre su inteligibilidad translocal. En el campo de los derechos humanos y de la dignidad, la movilización de apoyo social en favor de las reclamaciones emancipatorias que potencialmente conllevan solamente se pueden alcanzar si tales demandas han sido asumidas y apropiadas en el propio contexto cultural local. La apropiación, en el sentido que aquí se plantea, no se puede obtener mediante la canibalización cultural. Requiere de un diálogo intercultural y de una hermenéutica diatópica. Un buen ejemplo de hermenéutica diatópica entre el islam y la cultura occidental en el terreno de los derechos humanos ha venido de la mano de Abdullahi Ahmed An-na'im[15].

Existe desde hace ya mucho tiempo un debate sobre la relación entre el islamismo y los derechos humanos y sobre la posibilidad de una

---

[15] An-na'im, A.: *Toward Islamic Reformation*, Syracuse University Press, Syracuse, 1990; An-na'im, A.: *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*…, *op. cit*.

concepción islámica de los derechos humanos[16]. Este debate cubre un amplio abanico de posiciones, y su impacto va mucho más allá del mundo islámico. Aún corriendo el riesgo de una excesiva simplificación, se pueden identificar dos posiciones extremas en este debate. Una, absolutista o fundamentalista, es mantenida por aquéllos para quienes el sistema jurídico religioso del Islam, la shari'a, tiene que ser aplicada plenamente como constituyendo el Derecho de un Estado islámico. De acuerdo con esta postura, existen inconsistencias irreconciliables entre la shari'a y la concepción occidental de los derechos humanos, debiendo prevalecer en todo momento la shari'a. Por ejemplo, en lo concerniente al status de los no musulmanes, la shari'a establece la creación de un Estado que contempla como ciudadanos tan solo a los musulmanes, mientras que los no musulmanes carecen de derechos políticos; las relaciones pacíficas entre los musulmanes y los no musulmanes son siempre problemáticas y las confrontaciones parecen ser inevitables. En cuanto a las mujeres, no existe en absoluto igualdad; la shari'a obliga a la segregación de las mujeres e, incluso según algunas interpretaciones más estrictas, se les llega a excluir de la vida pública por completo.

En el otro extremo se sitúan los secularistas o modernistas, que creen que los musulmanes deberían organizarse por medio de Estados seculares. El Islam es una religión y un movimiento espiritual, no un movimiento político y, como tales, las modernas sociedades musulmanes tienen libertad para organizar su gobierno de la manera que estimen conveniente de acuerdo a sus propias circunstancias. La aceptación del sistema internacional de protección de los derechos humanos es una cuestión de carácter político que no debería estar influenciada por consideraciones de tipo religioso. Por citar tan solo un ejemplo de los muchos que se podrían aportar, una ley tunecina de 1956 prohibió por completo la poligamia sobre la base de que ya no era aceptable y de

---

[16] Además de AN-NA'IM, A.: *Toward Islamic…*, *op. cit*., ver DWYER, K.: *Arab Voices. The Human Rights Debate in the Middle East*, University of California Press, Berkeley, 1991; MAYER, A.E.: *Islam and Human Rights. Tradition and Politics*, Westview Press, Boulder, 1991; LEITES, J.: «Modernist Jurisprudence as a Vehicle for Gender Role Reform in the Islamic World», *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 22, 1991, pp. 251-330; AFKHAMI, M. (Ed.): *Faith and Freedom. Women's Human Rights in the Muslim World*, Syracuse University Press, Syracuse, 1995; HASSAN, R.: «On Human Rights and the Qur'anic Perspective», *Journal of Ecumenic Studies*, Vol. 19, n.º 3, 1982, pp. 51-65; AL FARUQUI, I.: «Islam and Human Rights», *The Islamic Quarterly*, Vol. 27, n.º 1, 1983, pp. 12-30. Sobre la amplia cuestión de la relación entre la modernidad y el islam, ver SHARABI, H.: «Modernity and Islamic Revival: The Critical Tasks of Arab Intellectuals», *Contention*, Vol. 2, n.º 1, pp. 127-147; SHARIATI, A.: *What is to be done: The Enlightened Thinkers and an Islamic Renaissance*, The Institute for Research and Islamic Studies, Houston, 1986.

que el requisito coránico de justicia entre las co-esposas era imposible de alcanzar en la práctica por parte de los hombres, salvo para el Profeta.

An-na'im critica ambas posiciones extremas. La vía intermedia que él propone persigue la construcción de una fundamentación intercultural para los derechos humanos, identificando las áreas de conflicto de la shari'a con «los standards de derechos humanos», tratando de reconciliarlos y de llegar a establecer relaciones positivas entre los dos sistemas. Por ejemplo, el problema con la shari'a histórica es que excluye a las mujeres y a los no musulmanes de la aplicación de este principio. Por lo tanto, es necesaria una reforma o una reconstrucción de la shari'a. El método propuesto para esta «reforma islámica» está basado en una aproximación evolutiva a las fuentes islámicas que tenga en cuenta el contexto histórico específico en el que fue creada la shari'a, creación que se produjo desde las fuentes originales del Islam por parte de los juristas fundadores en el siglo octavo y noveno. A la luz de dicho contexto, una construcción restrictiva del otro probablemente estuviera justificada. Pero esto ya no es así. Por el contrario, en el presente nos encontramos en un contexto muy diferente, con un Islam que justifica plenamente una visión más ilustrada.

Siguiendo las enseñanzas del *Ustadh* Mahmoud, An-na'im muestra que un examen atento del Corán y la Sunna revelan dos niveles o etapas en el mensaje del Islam, uno del periodo anterior a la Meca y el otro de la época posterior, la época de la Medina. El mensaje inicial de la época de la Meca es el mensaje eterno y fundamental del Islam, que enfatiza la dignidad inherente de todos los seres humanos, independientemente del género, la creencia religiosa o la raza. Bajo las condiciones históricas del siglo VII (la etapa de la Medina), este mensaje fue considerado como demasiado avanzado para su tiempo, por lo que fue suspendido, siendo postpuesta su implementación hasta que unas circunstancias más idóneas emergiesen en el futuro. El tiempo y el contexto, en opinión de An-na'im, ya están preparados para ello.

No me corresponde a mí evaluar la validez específica de esta propuesta dentro de la cultura islámica. Esto es lo que distingue precisamente la hermenéutica diatópica del orientalismo. Lo que quiero enfatizar en el enfoque de An-na'im es el intento de transformar la concepción occidental de los derechos humanos en una concepción transcultural que reivindique la legitimidad islámica más que renunciar a ella. En abstracto y desde fuera, es difícil enjuiciar si un enfoque religioso o uno secular va a estar mejor preparado para tener ciertas garantías de éxito en un diálogo transcultural sobre los derechos humanos basado en el Islam. Sin embargo, teniendo en cuenta que los derechos humanos occidentales son la expresión de un profundo aunque incompleto proceso

de secularización que no tiene punto de comparación en la cultura islámica, uno se inclina a sugerir que, en el contexto musulmán, la energía movilizadora que se necesita para un proyecto cosmopolita relativo a los derechos humanos surgirá de una manera más sencilla con un marco religioso de carácter ilustrado. Si ello es así, la aproximación de An-na'im es muy prometedora.

En la India una vía intermedia similar se está intentando desde determinados grupos de derechos humanos y, en particular, por aquellos partidarios de la reforma de la casta de los intocables. Consiste en enraizar la lucha de los intocables por la justicia y la igualdad en las nociones hindúes del *karma* y el *dharma*, revisándolos y reinterpretándolos e, incluso, subvirtiéndolos selectivamente de tal forma que se conviertan en fuentes de legitimidad y de apoyo de las manifestaciones y protestas. Una ilustración de tales revisiones es el énfasis creciente otorgado al «*dharma común*» (*sadharana dharma*), en contraste con el «*dharma especializado*» (*visesa dharma*) de las normas, los ritos y los deberes de las castas. De acuerdo con Khare, el dharma común

> «basado en la uniformidad espiritual de todas las criaturas, tradicionalmente promueve un sentido compartido de ayuda mutua, eliminación de toda violencia o daño y búsqueda de la justicia. Tradicionalmente promueve actividades en beneficio del interés común y atrae a reformadores de carácter progresista. Los defensores de los derechos humanos deberían situar ahí un impulso autóctono hindú que tienda a la convergencia. El *dharma común* ético es muy adecuado para los que pretenden reformar el sistema de castas»[17].

El «impulso hindú» del «dharma común» proporciona a los derechos humanos un enraizamiento y una legitimidad local allí donde dejan de ser un localismo globalizado. La revisión de la tradición hindú para permitir una cierta apertura a las demandas de derechos humanos es otro buen ejemplo de una hermenéutica de naturaleza diatópica. El resultado es una demanda híbrida en favor de la dignidad humana, una concepción *mestiza* de los derechos humanos.

La hermenéutica diatópica no es tarea para una sola persona escribiendo desde una única cultura. Por ejemplo, el enfoque de An-na'im, aunque constituye un auténtico ejemplo de hermenéutica diatópica,

---

[17] KHARE, R.S.: «Elusive Social Justice, Distant Human Rights: Untouchable Women's Struggles and Dilemmas in Changing India», en ANDERSON, M. and GUHA, S. (Eds.): *Changing Concepts of Rights and Justice in South Asia*, Oxford University Press, New Delhi, 1998, pp. 198-219.

sin embargo no lo efectúa con una total consistencia. En mi opinión, An-na'im acepta la idea de derechos humanos universales muy rápidamente y de una manera excesivamente acrítica. Aunque es partidario de un enfoque evolutivo y está bastante atento al contexto histórico de la tradición islámica, se convierte en sorprendentemente ahistórico e ingenuamente universalita cuando se trata de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La hermenéutica diatópica requiere no sólo un tipo diferente de conocimiento, sino también un proceso diferente de creación intelectual. Requiere la producción de conocimiento colectivo y participativo basado en intercambios cognitivos y emocionales de carácter equitativo, es decir, el conocimiento-como-emancipación más que el conocimiento-como-regulación[18].

La hermenéutica diatópica llevada a cabo por An-na'im, desde la perspectiva de la cultura islámica, y las luchas en favor de los derechos humanos organizadas por movimientos feministas islámicos de carácter local siguiendo las ideas de la «reforma islámica» propuesta por él, debe ser seguida por una hermenéutica diatópica promovida desde la perspectiva de otras culturas, fundamentalmente desde la óptica de la cultura occidental. Este es probablemente el único camino para incorporar en la cultura occidental la idea de derechos colectivos, los derechos de la naturaleza y de las futuras generaciones o los deberes y responsabilidades *vis-à-vis* entidades colectivas, sean éstas la comunidad, el mundo o, incluso, el cosmos.

5. **Las dificultades de un multiculturalismo progresista**

La hermenéutica diatópica ofrece un amplio abanico de posibilidades para los debates que ya están en marcha, en las diferentes regiones culturales del sistema mundial, sobre cuestiones de carácter general como el universalismo, el relativismo, los marcos culturales de transformación social, el tradicionalismo y el renacimiento cultural[19]. Sin embargo, una

---

[18] Ver SANTOS, B.: *op. cit.*, 1995, p. 25 en lo concerniente a la distinción entre estos dos tipos de conocimiento, uno que progresa desde el caos al orden (conocimiento-como-regulación) y el otro que progresa desde el colonialismo a la solidaridad (conocimiento-como-emancipación).

[19] Para el debate africano ver OLADIPO, O.: «Towards a Philosophical Study of African Culture: A Critique of Traditionalism», *Quest*, Vol. 3, n.º 2, 1989, pp. 31-50; ORUKA, H.O.: «Cultural Fundamentals in Philosophy», *Quest*, Vol. 4, n.º 2, 1990, pp. 21-37; WIREDU, K.: «Are There Cultural Universals?», *Quest*, Vol. 4, n.º 2, 1990, pp. 5-19; WAMBA DIA WAMBA, E.: «Some Remarks on Culture, Development and Revolution in Africa», *Journal of*

concepción idealista del diálogo transcultural puede olvidar fácilmente que tal diálogo sólo es posible si se simultanean temporalmente dos o tres formas diferentes de contemporaneidad. Los participantes en ese diálogo son solo superficialmente contemporáneos; de hecho, cada uno de ellos se siente a sí mismo o a sí misma contemporáneo solamente con la tradición histórica de su respectiva cultura. Esta es la situación más probable cuando las diferentes culturas involucradas en ese diálogo comparten un pasado plagado de intercambios desiguales. ¿Cuáles son las posibilidades de un diálogo transcultural cuando una de las culturas *presentes* ha sido moldeada a lo largo del tiempo por violaciones de derechos humanos masivas y recurrentes perpetradas en nombre de la otra cultura? Cuando las culturas comparten un pasado de esa naturaleza, el presente que comparten al momento de comenzar el diálogo es, en el mejor de los casos, un *quid pro quo*, y, en el peor, un fraude. El dilema cultural es el siguiente: dado que en el pasado la cultura dominante consideró impronunciables algunas de las aspiraciones a la dignidad humana de la cultura subordinada, ¿es ahora posible pronunciarlas en el marco de ese diálogo transcultural sin contribuir a justificar o, incluso, a reforzar su impronunciabilidad?

El imperialismo cultural y el epistemicidio son parte de la trayectoria histórica de la modernidad occidental. Tras siglos de intercambios culturales desiguales, ¿es justo el tratamiento por igual a todas las culturas? ¿Es necesario considerar como impronunciables algunas de las aspiraciones de la cultura occidental para crear espacios para la pronunciabilidad de las aspiraciones de otras culturas? Paradójicamente, y en contra del discurso hegemónico, es precisamente en el campo de

---

Historical Sociology, Vol. 4, 1991, pp. 219-235; WAMBA DIA WAMBA, E.: «Beyond Elite Politics of Democracy in Africa», *Quest*, Vol. 5, n.º 1, 1991, pp. 28-42; PROCEE, H.: «Beyond Universalism and Relativism», *Quest*, Vol. 6, n.º 1, 1992, pp. 45-55; RAMOSE, M.B.: «African Democratic Traditions: Oneness, Consensus and Openness», *Quest*, Vol. 6, n.º 1, 1992, pp. 63-83. Una pequeña muestra del rico debate que está teniendo lugar en la India se encuentra en NANDY, A.: «Cultural Frames for Social Transformation: A Credo», *Alternatives*, Vol. 12, 1987, pp. 113-123; NANDY, A.: *Traditions, Tyranny and Utopias. Essays in the Politics of Awareness*, Oxford University Press, Oxford, 1987; NANDY, A.: «The Politics of Secularism and the Recovery of Religious Tolerance», *Alternatives*, Vol. 13, 1988, pp. 177-194; CHATTERJEE, P.: «Gandhi and the Critique of Civil Society», en GUHA, R. (Ed.): *Subaltern Studies III: Writings on South Asian History and Society*, Oxford University Press, New Delhi, 1984, pp. 153-195; PANTHAM, T.: «On Modernity, Rationality and Morality: Habermas and Gandhi», *The Indian Journal of Social Science*, Vol. 1, n.º 2, 1988, pp. 187-208; BHARGAVA, R. (Ed.): *op. cit.*, 1998; BHARGAVA, R.; BAGCHI, A. and SUDARSHAN, R. (Eds.): *Multiculturalism, Liberalism and Democracy*, Oxford University Press, New Delhi, 1999. Una visión a vista de pájaro acerca de las diferencias culturales en GALTUNG, J.: «Western Civilization: Anatomy and Pathology», *Alternatives*, Vol. 7, 1981, pp. 145-169.

los derechos humanos donde la cultura occidental más debe aprender del Sur[20], si queremos convertir la falsa universalidad atribuida a los derechos humanos en el contexto imperial en una nueva universalidad cosmopolita mediante un diálogo transcultural.

El carácter emancipatorio de la hermenéutica diatópica no está garantizado *a priori* y, de hecho, el multiculturalismo se puede convertir en una nueva marca de una política reaccionaria. Basta con mencionar al respecto el multiculturalismo del Primer Ministro de Malasia o de la gerontocracia china cuando se refieren a «la concepción asiática de los derechos humanos».

Uno de los presupuestos más problemáticos de una hermenéutica diatópica es la concepción de las culturas como entidades incompletas. Se puede argumentar que, al contrario, sólo las culturas completas pueden participar en un diálogo intercultural sin correr el riesgo de ser atropelladas por culturas más poderosas o, incluso, ser disueltas en ellas. Una variación de este argumento señala que sólo una cultura poderosa e históricamente victoriosa, como la cultura occidental, puede garantizarse a sí misma el privilegio de proclamar su propia falta de plenitud sin correr el riesgo de disolverse. De hecho, la falta de plenitud cultural puede ser, en este caso, una herramienta fundamental para la hegemonía cultural. A ninguna de las culturas no occidentales se les concede actualmente dicho privilegio.

Esta línea de argumentación es especialmente convincente cuando se aplica a aquellas culturas no occidentales que soportaron en el pasado los «encuentros» más destructivos con la cultura occidental. Fueron tan destructivos que en muchos casos condujeron a una absoluta extinción cultural. Este es el caso de las culturas de los pueblos indígenas en América, Australia, Nueva Zelanda, La India… Estas culturas han sido agredidas de tal forma por la cultura occidental que la demanda de ausencia de plenitud, como prerequisito para una hermenéutica diatópica, es, como mínimo, un ejercicio ridículo[21].

---

[20] En otro sitio he abordado en detalle la idea de «aprender del Sur», en SANTOS, B.: *Toward a New Common Sense*…, *op. cit*., pp. 475-519.

[21] En este artículo, me centro en la hermenéutica diatópica entre la cultura occidental y las «grandes culturas orientales» (hinduísmo e islamismo). Soy consciente de que una hermenéutica diatópica que incluya las culturas de los pueblos indígenas plantea otros problemas analíticos y exige unas precondiciones de carácter específico. Centrándome en los pueblos indígenas de América Latina, he abordado esta cuestión en SANTOS, B.: «Pluralismo Jurídico y Jurisdicción Especial Indígena», en VARIOS AUTORES: *Del Olvido Surgimos para traer Nuevas Esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena*, Ministerio de Justicia y Derecho-Consejo Regional Indígena del Cauca-Ministerio del Interior, Bogotá, 1997, pp. 201-211; SANTOS, B. y GARCÍA VILLEGAS, M.: *El Caleidoscópio de Justiças en Colombia*, Uniandes y Siglo del Hombre, Bogotá, 2000.

El problema con esta línea de argumentación es que conduce, lógicamente, a dos resultados alternativos, ambos bastante preocupantes: el cierre cultural o la conquista como las únicas alternativas realistas a los diálogos interculturales. En una época en la que asistimos a prácticas sociales y culturales intensificadas de carácter transnacional, el cierre cultural es, en el mejor de los casos, una pía aspiración que oculta e implícitamente aprueba procesos caóticos e incontrolables de desestructuración, de contaminación y de hibridación. Dichos procesos residen en relaciones de poder y en intercambios culturales desiguales, hasta tal punto que el cierre cultural se convierte en la otra cara de la conquista cultural. La cuestión es, entonces, si la conquista cultural puede ser reemplazada por diálogos interculturales basados en condiciones mutuamente consensuadas y, si es así, en qué condiciones.

El dilema de la plenitud cultural, como yo lo denominaría, se puede formular de la siguiente manera: si una determinada cultura se considera a sí misma como completa, no encuentra ningún interés en llevar a cabo diálogos interculturales; si, por el contrario, entra en dicho diálogo como consecuencia de su sentimiento de ausencia de plenitud, ello la hace vulnerable, lo que, en última instancia, la deja expuesta a la conquista cultural. No existe una salida fácil para este dilema. Teniendo en cuenta que el cierre cultural es contraproducente, no encuentro ninguna otra alternativa más que elevar los standards para un diálogo intercultural hasta un umbral lo suficientemente alto como para minimizar la posibilidad de una conquista cultural, pero no tan alto que impida por completo la posibilidad del diálogo (en cuyo caso revertiría en un mayor cierre cultural y, por tanto, en una conquista cultural).

6. **Las condiciones para un multiculturalismo progresista**

Las condiciones para un multiculturalismo progresista varían ampliamente a lo largo del tiempo y del espacio, fundamentalmente de acuerdo con las culturas específicas que están involucradas y las relaciones de poder entre ellas. Sin embargo, me aventuro a señalar que las siguientes orientaciones procedimentales de carácter contextual y los siguientes imperativos transculturales deben ser aceptados por todos los grupos sociales interesados en un diálogo intercultural.

6.1. *De la plenitud a la ausencia de plenitud*

Como he señalado anteriormente, la plenitud cultural es el punto de partida, no el punto de llegada. De hecho, la plenitud cultural es

la condición que prevalece antes de que comience el diálogo intercultural. El verdadero punto de partida para este diálogo es un momento de descontento con la cultura de uno mismo, un sentimiento difuso en torno a que la cultura propia no proporciona respuestas satisfactorias a algunas de nuestras propias dudas, perplejidades o expectativas. Esta sensibilidad difusa va unida a un vago conocimiento y a una curiosidad sin articular respecto de otras posibles culturas y sus respuestas. El momento de descontento incluye un pre-entendimiento de la existencia y posible relevancia de otras culturas y se traslada a una conciencia no reflexiva acerca de la ausencia de plenitud de la propia cultura. El impulso individual o colectivo para el diálogo intercultural y, en cierta medida, para la hermenéutica diatópica comienza aquí.

Lejos de tornar la ausencia de plenitud cultural en plenitud cultural, la hermenéutica diatópica profundiza, a medida que progresa, la ausencia de plenitud cultural, y transforma una conciencia vaga y en parte irreflexiva en torno a esa finitud en una conciencia fruto de la reflexión. El objetivo de la hermenéutica diatópica es crear una conciencia auto-reflexiva de la propia ausencia de plenitud cultural. En este caso, la auto-reflexión supone el reconocimiento de la ausencia de plenitud de la propia cultura, un reconocimiento que surge a través del diálogo y de mirarse en el espejo de la ausencia de plenitud cultural de la otra cultura.

6.2. *De versiones limitadas a versiones amplias de las culturas*

Como he mencionado con anterioridad, lejos de ser entidades monolíticas, las culturas comprenden una amplia variedad interna. La conciencia de tal variedad se incrementa a medida que progresa la hermenéutica diatópica. De las diferentes versiones de una determinada cultura, debemos elegir aquélla que represente el círculo más amplio de reciprocidad dentro de esa cultura, la versión que vaya más allá en el reconocimiento del otro. Como hemos visto, de las dos interpretaciones diferentes del Corán, An-na'im elige aquélla que cuenta con el círculo más amplio de reciprocidad, la que incluye a musulmanes y a no musulmanes, a hombres y mujeres por igual. De la misma forma y por la misma razón, los que pretenden reformar el status de los intocables enfatizan el «*dharma común*» en detrimento del «*dharma especializado*». Pienso que debemos hacer lo mismo dentro de la cultura occidental. De las dos versiones sobre los derechos humanos que existen en nuestra cultura, la liberal y la socialdemócrata o marxista, esta última tiene que ser aceptada si queremos extender al ámbito social y eco-

nómico la igualdad que la versión liberal sólo considera legítima en el terreno político.

6.3. *De momentos unilaterales a momentos compartidos*

El momento para el diálogo intercultural no se puede establecer de manera unilateral. Cada cultura y, por lo tanto, la comunidad o comunidades que la sostienen, deben decidir si y cuándo están en disposición de llevar a cabo un diálogo intercultural. A causa de la falacia de la plenitud, cuando una determinada cultura comienza a sentir la necesidad del diálogo intercultural tiende a creer que las otras culturas sienten la misma necesidad y están deseosas de embarcarse en dicho proceso. Esto es con toda probabilidad más característico en el caso de la cultura occidental, la cual durante siglos no ha sentido la necesidad de diálogos interculturales mutuamente aceptados. Ahora, a medida que la irreflexiva conciencia de la falta de plenitud se instala en Occidente, la cultura occidental tiende a creer que todas las otras culturas deberían reconocer su propia ausencia de plenitud y estar preparadas y deseosas de iniciar diálogos interculturales con ella.

Si el momento para iniciar un diálogo intercultural se debe consensuar entre las culturas y los grupos sociales involucrados, el momento para poner fin a dicho diálogo de manera provisional o de manera permanente debe quedar en manos de cada cultura y de cada grupo social. No debería haber nada irreversible en el marco de una hermenéutica diatópica. Una determinada cultura puede necesitar una pausa antes de pasar a una nueva fase del diálogo; o sentir que el diálogo le está acarreando más daños que eventuales ventajas y que, en consecuencia, quiere acabar con él definitivamente. La reversibilidad del diálogo es crucial para tratar de evitar su perversión si acaba por convertirse en un cierre cultural recíproco o en una conquista cultural unilateral. La posibilidad de reversión es lo que convierte al diálogo intercultural en un proceso político abierto y explícito. El significado político de una decisión unilateral de terminar con el diálogo intercultural es diferente cuando la decisión es tomada por una cultura dominante o por una cultura dominada. Mientras que si nos encontramos ante este último caso puede ser un acto de autodefensa, en el caso de una cultura dominante lo más probable es que sea un acto de chauvinismo agresivo. Depende de las fuerzas políticas progresistas dentro de una determinada cultura y a través de las culturas (lo que he denominado cosmopolitanismo) defender a la política emancipatoria que conlleva la hermenéutica diatópica de desviaciones de carácter reaccionario.

6.4. *De socios y temas unilateralmente impuestos a mutuamente elegidos*

Ninguna cultura comenzará posiblemente un diálogo con cualquier otra cultura y sobre cualquier tema. El diálogo intercultural es siempre selectivo, tanto en términos de los socios con quienes se va a dialogar como en términos de los temas acerca de los que se va a discutir. El requisito de que tanto los compañeros de viaje como los temas no puedan ser impuestos unilateralmente sino que tengan que ser mutuamente acordados es con toda probabilidad una de las condiciones más exigentes de una hermenéutica diatópica. El proceso específico histórico, cultural y político en virtud del cual las diferencias de una determinada cultura se convierten en significativas para otra cultura en un determinado momento varía ampliamente. Pero, en general, el colonialismo, las luchas de liberación y el postcolonialismo han sido los procesos más decisivos subyacentes a la emergencia de diferencias significativas. En lo concerniente a los temas, el acuerdo es inherentemente problemático no sólo porque los temas de una determinada cultura no son fácilmente trasladables a otra cultura, sino porque en cada cultura siempre existen ciertas cuestiones que no son negociables o sobre las que hay un acuerdo tácito, siendo los tabúes uno de los ejemplos paradigmáticos. Como ya he discutido anteriormente, la hermenéutica diatópica se tiene que centrar, más que en los «mismos» temas, en preocupaciones isomórficas, en perplejidades comunes y en las inquietudes desde las que emerge la sensación de ausencia de plenitud cultural.

6.5. *Desde igualdad o diferencia a igualdad y diferencia*

Probablemente todas las culturas tienden a distribuir a la gente y a los grupos de acuerdo con dos principios de pertenencia jerárquica (intercambios desiguales entre iguales, tales como la explotación, y un reconocimiento desigual de la diferencia, como el racismo o el sexismo) que están basados en concepciones competitivas de la igualdad y la diferencia. Bajo tales circunstancias, ni el reconocimiento de la igualdad ni el reconocimiento de la diferencia será suficiente para alcanzar una política multicultural emancipatoria. El siguiente imperativo transcultural tiene que ser aceptado por todos los participantes en el diálogo si queremos que la hermenéutica diatópica tenga éxito: las personas tienen derecho a ser iguales cuando la diferencia les haga inferiores, pero también tienen el derecho a ser diferentes cuando la igualdad ponga en peligro su identidad.

7. **Conclusión**

Tal y como se entienden actualmente de una manera predominante, los derechos humanos son una especie de esperanto, que difícilmente se pueden convertir en el lenguaje cotidiano de la dignidad humana a lo largo del globo. Depende de la hermenéutica diatópica que hemos tratado de esbozar el transformar los derechos humanos en una política cosmopolita que sirva para transmitir lenguajes de emancipación autóctonos que sean mutuamente inteligibles y trasladables. Este proyecto puede sonar un tanto utópico. Pero, como dijo Sartre en una ocasión, antes de que una idea se convierta en realidad guarda un extraño parecido con la utopía.

Parte III

Las Naciones Unidas y la protección universal de los derechos humanos

La protección convencional de los derechos humanos

La protección extraconvencional de los derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos

Jaime Oraá

Sumario: 1. El proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos. 2. Contenido de la DUDH: 1) El Preámbulo. 2) Análisis de la parte dispositiva. 3. Valor jurídico y político de la DUDH. 4. Conclusión.

1. El proceso de elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos

Desde los primeros pasos de las Naciones Unidas la elaboración de un instrumento de derechos humanos que concretase y definiese las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas (1945) se convirtió en uno de sus objetivos esenciales. Fue la Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC), quien asumió la parte más importante de dicha tarea. Ahora bien, desde el principio la Comisión de Derechos Humanos fue consciente de la dificultad de tal empresa, ya que las posiciones estaban, como vamos a ver, muy enfrentadas.

Inicialmente, la Comisión de Derechos Humanos se planteó un triple objetivo. Se trataba de aprobar, para una adecuada protección internacional de los derechos humanos, una Declaración en primer lugar, un Pacto de derechos humanos y, por último, una serie de medidas para la puesta en práctica de los derechos reconocidos en los dos instrumentos anteriores. Estos tres documentos formarían lo que René Cassin denominó la «Carta de Derechos Humanos»[1]. Sin embargo, muy pronto se vio que era un objetivo demasiado ambicioso; los Estados no estaban dispuestos a asumir compromisos de tal naturaleza y, finalmente, se optó por un objetivo mucho más modesto, la elaboración de un único documento que consagrase los derechos humanos de mayor relevancia. Ahora bien, todavía subsistía un problema, cual era el dilucidar si el instrumento que se iba a elaborar sería una mera Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sin pleno valor jurídico vinculante para los Estados,

---

[1] Cassin, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1951-II, p. 270.

o, por el contrario, un Pacto internacional de derechos humanos, un verdadero tratado internacional con fuerza obligatoria[2]. De nuevo volvió a primar la postura más tibia y menos vinculante para los Estados, optando por elaborar una Declaración de derechos humanos, una especie de manifiesto con carácter político y programático, dejando para más adelante la elaboración de un instrumento con mayor grado de vinculatoriedad para los Estados y la adopción de medidas concretas para la puesta en práctica de los derechos humanos reconocidos.

De todas formas, la elaboración de una Declaración de derechos humanos tampoco iba a ser un camino sencillo, sino que, más bien al contrario, iba a estar plagado de escollos y de dificultades. El principal problema al que se enfrentaba la Comisión de Derechos Humanos en la realización de esta tarea era el gran conflicto ideológico-político que se vivía en esos momentos en la sociedad internacional y, por supuesto, dentro de las Naciones Unidas. Nos estamos refiriendo al conflicto Este-Oeste, la pugna ideológica, política, económica… entre Estados Unidos y sus aliados occidentales, por un lado, y, por otro, el bloque socialista capitaneado por la Unión Soviética. Para la Unión Soviética y los países del bloque socialista la Declaración Universal de los Derechos Humanos no era un objetivo fundamental, mostrando más bien una «hostilidad irreductible»[3]. En su opinión, la persona es, ante todo, un ser social y, por lo tanto, los derechos que hay que garantizar son los derechos de carácter económico, social y cultural, no otorgando tanta importancia a los derechos de naturaleza civil y política. Por otro lado, los países socialistas daban una enorme importancia al principio de la soberanía estatal. En este sentido, los derechos humanos no podían pasar por encima de la soberanía de los Estados, es decir, las cuestiones relativas a los derechos humanos se consideraban un asunto esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados y, en consecuencia, la comunidad internacional no podía intervenir y criticar la situación de los derechos humanos en un determinado país. En cambio, la postura defendida por los países occidentales, en especial Francia, Estados Unidos y Gran Bretaña, se distinguía por una decidida defensa de los derechos de carácter civil y político, las libertades clásicas de las democracias occidentales. Asimismo, estos países eran partidarios de que los derechos humanos pasasen a ser un asunto que

---

[2] Mientras Estados Unidos defendía la postura de elaborar una Declaración, otros países como Gran Bretaña o Australia eran partidarios de aprobar un documento con un mayor grado de vinculatoriedad. *Cfr.* al respecto VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme*, Societé d'Etudes Morales, Sociales et Juridiques, Louvain, Editions Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1964, pp. 54 y ss.

[3] CASSIN, R.: «La Déclaration Universelle…», *op. cit.*, p. 267.

escapase a la jurisdicción interna de los Estados, es decir, que la comunidad internacional tuviese algo que decir en estas cuestiones.

Como vemos, la controversia estaba servida, y los derechos humanos se convirtieron en un arma arrojadiza más entre las grandes potencias ya enfrascadas en la Guerra Fría que durará desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial hasta principios de los años noventa. Los derechos humanos han sido una cuestión que ha estado absolutamente politizada, entrando en juego factores externos a lo que constituye la esencia y la razón de ser de los derechos humanos: la defensa de la dignidad de la persona humana.

A pesar de esta excesiva politización hay que decir que, finalmente, la Declaración Universal constituyó un equilibrio, una suerte de consenso, como veremos cuando analicemos su contenido, entre las diferentes posturas que existían en la comunidad internacional en torno a la controvertida cuestión de los derechos humanos. Como ha señalado con acierto el profesor Antonio Cassese, la Declaración Universal, más que un triunfo de uno u otro bloque, supuso «una victoria (no total, ciertamente) de la humanidad entera»[4].

Como ya hemos señalado, iba a ser la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas quien asumiese la complicada tarea de elaborar el proyecto de Declaración Universal de Derechos Humanos[5]. Sin embargo, antes de que comenzase sus trabajos la Comisión de Derechos Humanos, la primera medida que adoptó el ECOSOC en cuanto a la Declaración Universal fue el nombramiento de un Comité inicial (también denominado *Comisión nuclear*) compuesto por nueve personas[6]

---

[4] CASSESE, A.: *Los derechos humanos…*, *op. cit.*, p. 53.

[5] Sobre las diferentes etapas por las que pasó la elaboración de la Declaración Universal de los Derechos Humanos ver la síntesis realizada por MOLLER, J.T.: «The Universal Declaration of Human Rights: How the Process Started», en EIDE, A.; ALFREDSSON, G.; MELANDER, G.; REHOF, L.A. and ROSAS, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, pp. 1-3.

[6] Estas nueve personas que iban a desempeñar sus funciones a título individual fueron las siguientes: Paul Berg (Noruega); René Cassin (Francia); Fernand Dehousse (Bélgica); Víctor Haya de la Torre (Perú); K.C. Neogy (India); Eleanor Roosevelt (Estados Unidos); John C.H. Wu (China), sustituido posteriormente por C.L. Hsia; Jerko Radmilovic (Yugoslavia), reemplazado por Dusan Brkish; y Nicolai Krioukov (URSS), sustituido por el Sr. Borisov. Hay que destacar en relación con estos nueve componentes de esta Comisión nuclear que ya se encontraban presentes René Cassin y Eleanor Roosevelt, dos de los principales impulsores de la Declaración Universal, sobre la que ejercieron una notable influencia. Sobre el papel desempeñado por Cassin y Roosevelt *cfr.* EIDE, A. and ALFREDSSON, G.: «Introduction», en EIDE, A.; ALFREDSSON, G.; MELANDER, G.; REHOF, L.A. and ROSAS, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, p. 11.

que ejercerían sus funciones a título particular. Tras los primeros trabajos de esta Comisión nuclear, se nombró un Comité de redacción compuesto por delegados de ocho países, con lo que nos podemos hacer una idea de cuáles fueron las principales influencias en la Declaración Universal. Los ocho países representados en este Comité de redacción fueron Australia, Chile, China, Estados Unidos, Francia, Líbano, Gran Bretaña y la Unión Soviética. Este Comité de redacción, tras sus primeras reuniones y discusiones, encargó al profesor René Cassin que elaborase un proyecto de Declaración. Tras el visto bueno del Comité de redacción de este proyecto redactado por René Cassin, se presentó a la segunda sesión de la Comisión de Derechos Humanos, que se celebró entre noviembre y diciembre de 1947. Sin embargo, el proyecto de Declaración todavía no estaba lo suficientemente maduro, por lo que tuvo que ser objeto de discusión de nuevo en la tercera sesión de la Comisión de Derechos Humanos, celebrada de mayo a junio de 1948. En opinión cualificada de Albert Verdoot, esta tercera sesión de la Comisión fue la más decisiva para el proyecto final de la Declaración, suscitándose debates muy importantes en su seno, como fue, por poner un ejemplo, el relativo a la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales[7].

Una vez aprobado el proyecto de Declaración Universal en la Comisión de Derechos Humanos, este mismo órgano se lo transmite al ECOSOC para que, a su vez, el ECOSOC se lo presente a la Asamblea General de las Naciones Unidas, que es quien finalmente tenía que aprobar el proyecto. En septiembre de 1948 la Asamblea General envió el proyecto de Declaración a su Tercera Comisión, la Comisión de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales, para que lo examinase. Tras 24 sesiones de trabajo, esta Comisión ultimó el proyecto de Declaración, recomendando su aprobación a la Asamblea General por 29 votos a favor, ningún voto en contra y sí, en cambio, 7 abstenciones. Los países que se abstuvieron en la votación que se produjo en la Tercera Comisión de la Asamblea General fueron los 6 países de la Europa socialista y Canadá, aunque, como veremos, este último país votó afirmativamente en la Asamblea General. Ciertamente, la mayor oposición provenía de parte de los países del bloque socialista.

Finalmente, el 10 de diciembre de 1948 tuvo lugar la aprobación en el Palacio Chaillot de París de la Declaración Universal de los Derechos Humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas[8]. La

---

[7] VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de L'Homme…*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

[8] Debemos observar que, desde entonces, el 10 de diciembre se ha convertido en el *Día Internacional de los Derechos Humanos*.

votación final que se produjo en la Asamblea General es bastante reveladora de dónde habían estado los principales problemas en orden a la aprobación de la Declaración Universal. En este sentido, hay que señalar que la Declaración contó con 48 votos a favor, 8 abstenciones y ni un solo voto en contra[9], lo que constituyó todo un triunfo. Ahora bien, el texto final cuenta con 8 abstenciones. Estas 8 abstenciones fueron las siguientes: República Socialista Soviética de Bielorusia; Checoslovaquia; Polonia; Yugoslavia; República Socialista Soviética de Ucrania; la Unión Soviética; la Unión Sudafricana y Arabia Saudí. Como podemos comprobar, los países del ámbito socialista se abstuvieron en bloque al no estar de acuerdo con alguna de las partes de la Declaración. Por su parte, como veremos más adelante, Arabia Saudí expresó ciertas reservas derivadas de sus tradiciones religiosas y familiares, y la Unión Sudafricana no se mostraba en absoluto de acuerdo con la inclusión en la Declaración de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero lo que es muchísimo más importante desde nuestro punto de vista es que no se produjo ni un solo voto en contra de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, convirtiéndose así de ahora en adelante en el referente imprescindible de la humanidad en lo que concierne a la materia de los derechos humanos.

2. **Contenido de la Declaración Universal**

En lo que respecta al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, éste va a ser un fiel reflejo de los avatares y de la pugna ideológica que se suscitó entre, fundamentalmente, el bloque socialista liderado por la Unión Soviética y el bloque occidental capitaneado por Estados Unidos. Como ha sostenido en este sentido el gran experto en derechos humanos Antonio Cassese, «la discusión que se trabó en las Naciones Unidas sobre la Declaración Universal fue íntegramente un fragmento de Guerra Fría»[10], tratando cada bloque de expresar en la Declaración su propia concepción de los derechos humanos y del orden político, social y económico. Nos encontramos, a la hora de modelar el contenido de la Declaración Universal, ante «la confrontación de dos mesianismos de los derechos humanos»[11], el capitalista y el socialista. Mientras uno de ellos, el capitalista, pone el acento

---

[9] Honduras y Yemen no estuvieron presentes en la votación final, por lo que sus votos no se contabilizaron.

[10] CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo…*, *op. cit.*, p. 42.

[11] VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle…, op. cit.*, p. 13.

en las libertades individuales de corte clásico, es decir, los derechos civiles y políticos surgidos de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, el otro enfatiza las circunstancias económicas y sociales en las que los individuos y los grupos sociales tienen que ejercitar esos derechos, otorgando una mayor importancia a los derechos económicos, sociales y culturales nacidos a finales del siglo XIX y en el primer tercio del siglo XX.

A pesar de todo lo señalado, y contra todo pronóstico, el contenido final de la Declaración constituye un delicado y sano equilibrio entre las diferentes ideologías y concepciones de los derechos humanos y de la sociedad que existían en la época de su redacción. Aunque es de justicia reconocer que en determinados pasajes de la Declaración se observa indudablemente un influjo predominante de las tesis occidentales[12], el resultado final no podemos decir que fuese una imposición de una ideología sobre la otra. En acertadas palabras del eminente jurista latinoamericano Héctor Gros Espiell,

> «la Declaración Universal pretendió presentar una concepción universal, un ideal común a la humanidad entera, de los derechos humanos, elevándose, en un mundo dividido, sobre las distintas ideologías y los opuestos criterios sobre su origen y naturaleza…»[13].

A continuación nos vamos a detener con una cierta profundidad en el estudio de los principales elementos del contenido de la Declaración Universal de 1948. Para ello, en primer lugar procederemos al análisis del preámbulo de dicho texto para, posteriormente, estudiar los diferentes derechos consagrados en la Declaración, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo estos últimos la principal novedad de la Declaración.

2.1. *El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos*

El preámbulo del texto que venimos analizando goza de una importancia excepcional, dado que es ahí donde se contienen las principales líneas y directrices en cuanto a la concepción de los derechos humanos

---

[12] EIDE, A. and ALFREDSSON, G.: «Introduction», en EIDE, A.; ALFREDSSON, G.; MELANDER, G.; REHOF, L.A. and ROSAS, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary*, Scandinavian University Press, Oslo, 1992, p. 11.

[13] GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Civitas, Madrid, 1988, p. 30.

que quiere expresar la Declaración Universal. Contiene, por decirlo así, la matriz ideológica de la Declaración. Además, el preámbulo se redactó al final, una vez que ya se conocían todos los derechos humanos que iban a figurar en el texto de la Declaración, con lo que se refuerza la tesis de que supone una síntesis de la ideología de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Como ha puesto de manifiesto en este mismo sentido Jan Marteson, que ha analizado específicamente este preámbulo que venimos comentando, el preámbulo «señala inequívocamente que el fundamento de la libertad, la justicia y la paz es el reconocimiento de la dignidad inherente a la persona humana y la igualdad de todos los miembros de la familia humana»[14].

En primer lugar, hay que señalar que en el preámbulo se contienen, de una u otra forma, las cuatro libertades destacadas por Franklin D. Roosevelt en su famoso discurso al Congreso Norteamericano en enero de 1941. Para el Presidente del *New Deal*, las libertades fundamentales de las que debe gozar todo ser humano se resumen en cuatro: libertad de palabra y pensamiento; libertad de religión; libertad ante la necesidad[15] y libertad ante el miedo. Pues bien, la filosofía contenida en el pensamiento de Roosevelt está expresada ya en el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[16], cuando se afirma en él que lo que se pretende con el reconocimiento internacional de los derechos humanos es «el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias»[17]. Como vemos, nos encontramos en la antesala de la Declaración con una fiel transcripción de las cuatro libertades propugnadas por el Presidente norteamericano.

Otro aspecto destacable del preámbulo es la afirmación clara y rotunda de la *unidad de la familia humana*, unidad cuya base son, como no podía ser de otra forma, los derechos fundamentales de la persona humana. En este sentido, es el párrafo primero del preámbulo el que considera que «la libertad, la justicia y la paz tienen por base el

---

[14] Marteson, J.: «The Preamble of the Universal Declaration of Human Rights and the United Nations Human Rights Programme», en Eide, A.; Alfredsson, G.; Melander, G.; Rehof, L.A. and Rosas, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights…*, *op. cit.*, p. 19.

[15] Por «libertad ante la necesidad» Roosevelt se estaba refiriendo a lo que se conoce como los derechos económicos, sociales y culturales, de los que fue un gran impulsor.

[16] *Cfr.* al respecto Eide, A.: «The Universal Declaration in Space ant Time», en *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities*, UNESCO-Roosevelt Study Center, Meckler, Westport, 1990, p. 16.

[17] Párrafo segundo del preámbulo de la Declaración Universal.

reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de *todos los miembros de la familia humana*» (la cursiva es nuestra). En este último inciso que hemos subrayado en cursiva se ven las pretensiones de universalidad de la Declaración de 1948. La Declaración trata de dirigirse y de reconocer los derechos humanos a «todos los miembros de la familia humana», independientemente de su raza, religión, sexo, nacionalidad… Esta vocación de universalidad de la Declaración, que a sí misma se denomina «Universal», viene confirmada por los artículos 1 y 2 de su parte dispositiva. Mientras que el artículo 1 señala que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos…», el artículo 2.1 dispone que «toda persona tiene todos 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». Como ha señalado al respecto René Cassin, el representante francés en el grupo de trabajo que redactó la Declaración y uno de sus principales ideólogos,

> «la Declaración Universal ha sido comparada al vasto pórtico de un templo, en el que el frontón está formado por el preámbulo que afirma la unidad de la familia humana, y donde las columnas están constituidas por los principios generales de libertad, igualdad, no discriminación y fraternidad proclamados en los artículos 1 y 2»[18].

En el preámbulo asimismo figura una llamada de atención a los gravísimos atentados cometidos contra los derechos humanos a lo largo de la II Guerra Mundial, y que constituyen una de las circunstancias más importantes que llevaron a los vencedores de la contienda bélica a adoptar un compromiso serio y decidido en favor de los derechos humanos[19]. Es el párrafo 3.º del preámbulo de la Declaración el que considera que

---

[18] Cassin, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1951-II, pp. 277 y 278. Lo cierto es que René Cassin, Premio Nobel de la Paz en 1968, ha sido uno de los grandes inspiradores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la obra posterior de las Naciones Unidas en esta materia. Para un perfil personal y académico del gran pensador francés consultar Gros Espiell, H.: «René Cassin, los derechos del hombre y la América Latina», en Gros Espiell, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 95-104.

[19] Sobre cómo influyeron los hechos acecidos durante la II Guerra Mundial en el surgimiento de una clara conciencia en torno al respeto de los derechos humanos *cfr.* Buergenthal, T.: *International Human Rights in a nutshell*, West Publishing Co., Minnesota, 1988, pp. 17 y ss.

«el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad…». Lo cierto es que a partir de ahora la comunidad internacional es plenamente consciente de que si quiere que tales hechos no se vuelvan a repetir en la historia de la humanidad se debe volcar en la promoción, el estímulo y la protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas[20].

Otro de los aspectos en los que incide el preámbulo es la conexión entre lo que él denomina «*un régimen de Derecho*» y la protección efectiva de los derechos humanos. Es decir, es «esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho»[21]. En ningún momento se define en el preámbulo qué se considera un «régimen de Derecho», pero si leemos atentamente, como vamos a hacer a continuación, los diferentes artículos de la Declaración Universal, podemos sacar algunas conclusiones en torno a lo que los redactores de la Declaración entendían por tal. Quizás la clave esté en el artículo 21.3 de la Declaración, en el que se señala que

> «la voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresa mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto».

Sin embargo, hay otros muchos derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal que ayudan a configurar este «régimen de Derecho», entre los que podemos destacar la igualdad ante la ley (artículo 7), el derecho a un recurso efectivo ante los tribunales (artículo 8), el derecho a la presunción de inocencia (artículo 11), el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (artículo 18), el derecho a la libertad de opinión y expresión (artículo 19)… Todos ellos son la base de lo que se conoce actualmente como el Estado democrático de Derecho, requisito indispensable para una protección efectiva de los derechos humanos. Tal es así que, como reconoce el propio párrafo 3.º del preámbulo, es necesaria la protección de los derechos humanos dentro de 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». Como

---

[20] Por desgracia, los hechos ocurridos en la ex-Yugoslavia, en Ruanda, en Liberia… han traído de nuevo a nuestras retinas imágenes que considerábamos condenadas al baúl de la historia.

[21] Párrafo 3.º del preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

podemos observar, en el preámbulo se está dando entrada, por influjo de los países socialistas, al derecho a la rebelión ante regímenes que no son respetuosos con los derechos humanos. Sin embargo, en la parte dispositiva de la Declaración no volvemos a encontrar ninguna otra referencia a este controvertido derecho, por lo que dicho derecho queda, en cierta medida, minimizado, tal y como querían los países occidentales[22].

Un apartado crucial del preámbulo es su párrafo 5.º, que subraya que «… los pueblos de las Naciones Unidas… se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad». Como podemos comprobar, se vincula de una forma clara y rotunda el progreso social con los derechos humanos. Es decir, para que se produzca un disfrute real y efectivo de los derechos humanos es absolutamente necesario el progreso y el desarrollo tanto en lo económico como en lo social. Es por ello que el preámbulo aboga por un «*concepto más amplio de la libertad*», es decir, la libertad ya no se entiende en su mera acepción de libertad formal, sino que debe incluir una mejora en las condiciones de vida de las personas. Para defender la dignidad humana va a ser imprescindible defender tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales, derechos estos últimos que han sido reconocidos por primera vez en el ámbito internacional por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Es este hecho el que ha motivado que Philip Alston haya señalado que en lo que respecta al contenido de la Declaración nos encontramos ante un «contenido revolucionario»[23]. Y es que no podemos olvidar que «toda reflexión sobre la eficacia de un sistema jurídico de promoción y protección de los derechos humanos debe partir de la consideración de que la realidad de estos derechos está determinada por las condiciones económicas, sociales y culturales. En un mundo caracterizado por la miseria, la enfermedad, la explotación y la injusticia, podrán existir los derechos humanos según el orden normativo vigente, pero no serán una verdad real si no se dan determinadas condiciones económicas y sociales»[24]. En una palabra, ya desde el mismo preámbulo se está avanzando el novedoso concepto de la *indivisibilidad e interdependencia* de las dos categorías

---

[22] Sobre los avatares y los diferentes puntos de vista y discusiones en torno a este derecho a la rebelión ver CASSESE, A.: *Los derechos humanos…*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

[23] ALSTON, P.: «The Fortieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: A Time More for Reflection than for Celebration», en *Human Rights in a Pluralist World. Individuals and Collectivities…*, *op. cit.*, p. 1.

[24] GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II…*, *op. cit.*, p. 254.

de derechos humanos, los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, concepto que abordaremos en una fase posterior de este estudio.

Por último, el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su inciso final que «una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso» (se refiere al compromiso, asumido en el párrafo 6.º del preámbulo, de «asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre», lo que nos recuerda indudablemente a los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas). Este párrafo final reitera una vez más el llamamiento a la universalidad de los derechos humanos, a la importancia esencial de lograr una concepción de los derechos humanos y de las libertades que sea compartida por los diferentes pueblos y culturas que pueblan el planeta. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas, al proclamar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la define como el «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse…», señalando asimismo la importancia de la «enseñanza y la educación» para la promoción y el estímulo de una verdadera cultura de los derechos humanos. Es una responsabilidad de todos, instituciones públicas y privadas, Universidades, medios de comunicación, personas a título particular… el que esa cultura de los derechos humanos se instale definitivamente entre nosotros y nosotras.

2.2. *Análisis de la parte dispositiva de la Declaración Universal*

Una vez analizado el preámbulo, nos vamos a detener en el estudio de los diferentes derechos que han sido reconocidos y consagrados en la Declaración Universal, lo que nos va a dar una idea cabal de cuál es la concepción de los derechos humanos por la que aboga este texto de capital importancia en la historia de los derechos humanos. Para ello nos vamos a valer del análisis efectuado por uno de los principales inspiradores de la Declaración, el ya citado René Cassin. Para este autor, cuatro columnas de igual importancia sostienen el pórtico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: la primera columna está formada por los derechos y libertades de orden personal (artículos 3 a 11 de la Declaración); la segunda por los derechos del individuo en relación con los grupos de los que forma parte (artículos 12 a 17); la tercera viene constituida por los derechos políticos (artículos 18 a 21), mientras que la última se refiere a los derechos económicos, sociales y

culturales (artículos 22 a 27). Sobre estas cuatro columnas, prosigue el profesor Cassin, se sitúa un frontspicio, los artículos 28 a 30 de la Declaración, artículos finales que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad de la que forma parte[25]. A continuación vamos a ir desgranando las diferentes divisiones efectuadas por el profesor Cassin.

2.2.1. Derechos y libertades de orden personal (artículos 3 a 11)

En este primer apartado de los derechos humanos contenidos en la Declaración Universal se recogen aquellos derechos que hacen referencia al ámbito más íntimo y personal del ser humano. En este sentido, como no podía ser de otro modo, hay que destacar el «*derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad personal*» del que goza todo individuo en virtud del artículo 3 de la Declaración, uno de los derechos más importantes del catálogo actual de derechos humanos. El artículo 4, por su parte, prohibe la *esclavitud* y la *trata de esclavos* en todas sus formas, culminando así un proceso que se había iniciado en el Derecho Internacional con el Acta General de Bruselas de 1890, la Convención de Saint-Germain-en-Laye y la Convención de Ginebra de 1926, que trataban de suprimir la esclavitud y la trata de esclavos[26]. El artículo 5 se dedica a establecer que «*nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes»,* dado que se considera que estos hechos suponen uno de los atentados más graves contra la dignidad humana. El derecho de todo ser humano al «*reconocimiento de su personalidad jurídica*» se consagra en el artículo 6, mientras que el artículo 7 establece el *principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación.* Al amparo de este artículo,

> «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».

El artículo 8 de la Declaración reconoce que «toda persona tiene *derecho a un recurso efectivo,* ante los tribunales nacionales competentes…» para defender sus derechos fundamentales. Otro artículo significativo es el artículo 9, que establece que «*nadie podrá ser*

---

[25] Cassin, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme»…, *op. cit.*, pp. 278 y ss.

[26] *Cfr.* al respecto Carrillo Salcedo, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27.

arbitrariamente detenido, preso ni desterrado». En relación con los dos artículos anteriores se encuentra el artículo 10, señalando que «*toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial…»,* es decir, la independencia e imparcialidad del Poder Judicial va a ser un elemento fundamental para el disfrute efectivo de los derechos y libertades fundamentales. Por último, el artículo 11 consagra el principio de la *presunción de inocencia*[27] así como el principio de la irretroactividad de la ley penal[28].

Como vemos, todo este abanico de artículos que recogen derechos directamente relacionados con el ámbito personal y civil del individuo tratan de velar por el establecimiento y la pervivencia del «régimen de Derecho» del que nos hablaba el preámbulo de la Declaración Universal. En suma, la democracia y el respeto a las reglas básicas del Estado de Derecho son indispensables para la construcción de un régimen de derechos y libertades.

2.2.2. Derechos del individuo en sus relaciones con los grupos de los que forma parte (artículos 12 a 17)

Esta segunda columna de las que sostienen los principios fundamentales de la Declaración Universal de los Derechos Humanos está constituida por aquellos derechos y libertades que se refieren a las relaciones del individuo con los diferentes grupos sociales en los que necesariamente está inserto. Así, el artículo 12 protege la *vida privada y familiar* de las personas, estableciendo que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación…». El artículo 13 establece la *libertad de circulación y de residencia* y el *derecho a salir libremente del país en el que uno se encuentre*[29].

---

[27] El artículo 11, en su párrafo 1.º, dispone que «toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en jucio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa».

[28] Por su parte, el artículo 11.2 preceptúa que «nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito».

[29] El párrafo 1.º del artículo 13 señala que «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado», mientras que el párrafo 2.º del mismo artículo dispone que «toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país».

En la misma línea, el artículo 14 se destina al reconocimiento del *derecho de asilo,* estableciendo que «en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país». Lo que no se establece, desgraciadamente para los refugiados en busca de asilo, es la obligación de los países de recibir a los solicitantes de asilo. Además, este derecho de asilo va a contar con las oportunas limitaciones según se establece en el artículo 14.2. En virtud de este artículo, «este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

El artículo 15 reconoce el *derecho de toda persona a ostentar una nacionalidad,* sin que nadie pueda ser privado de ella de una manera arbitraria. El siguiente artículo, el 16, es un poco más polémico, dado que proclama el *derecho a casarse* sin ningún tipo de restricción y fundar una familia, configurando a ésta como el «elemento natural y fundamental de la sociedad»[30]. Decimos que es un artículo polémico porque algunas delegaciones del mundo islámico presentes en las discusiones que condujeron a la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos expresaron ciertas reservas al respecto motivadas fundamentalmente por factores de tipo cultural y de tipo religioso. Tal es así que, finalmente, como sabemos, Arabia Saudí se abstuvo en la votación final sobre la Declaración Universal porque no estaba totalmente de acuerdo con la redacción final de este artículo 16 y del artículo 18 que luego comentaremos. En este sentido, un gran conocedor de los derechos humanos como es el internacionalista australiano Philip Alston ha recomendado «la importancia de ser culturalmente sensibles en nuestra interpretación y aplicación de alguna de las normas contenidas en la Declaración», citando en especial este artículo 16 y su afirmación de que la familia es «el elemento natural y fundamental de la sociedad»[31]. Esta formulación puede que sea cierta en el mundo occidental, pero a medida que nos alejamos, en sentido cultural y

---

[30] *Artículo 16:* «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

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

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

[31] ALSTON, P.: «The Fortieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights: A Time More for Reflection than for Celebration», en *Human Rights in a Pluralist World…*, *op. cit.*, pp. 7 y 8.

antropológico, de ese mundo, esa misma afirmación se va difuminando y comienza a perder nitidez progresivamente. En última instancia, este tema nos está planteando la controvertida y espinosa cuestión de la universalidad de los derechos humanos recogidos en la Declaración, cuestión que todavía no se ha resuelto de una manera definitiva en la comunidad internacional.

Finalmente, el artículo 17 se dedica a reconocer el *derecho de propiedad*. Tras agrias polémicas e intensas discusiones entre las diversas delegaciones de los países del bloque socialista y del bloque capitalista se llegó a una suerte de consenso en cuanto a la formulación de este derecho. El derecho de propiedad quedó establecido de la siguiente forma: en el párrafo 1.º del artículo 17 se señala que «toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente», disponiendo el inciso 2.º del mismo artículo que «nadie será privado arbitrariamente de su propiedad». Como podemos observar, el consenso se plasmó en que se reconoce la propiedad *individual y colectivamente*, con lo que se intentó dar cabida a las expectativas tanto del mundo occidental como del mundo oriental. Sin embargo, el consenso real estaba todavía muy lejos de conseguirse, como se demuestra en el hecho de que cuando en 1966 se aprobaron los dos Pactos Internacionales de derechos humanos en ninguno de ellos figurase explícitamente el derecho de propiedad. Actualmente, tras la caída del Muro de Berlín y el derrumbe del bloque socialista estamos asistiendo a una cierta *desideologización de los derechos humanos*, con lo que es de esperar que estas controversias, muchas veces estériles, en torno a los derechos humanos se vayan apaciguando[32].

2.2.3. Derechos y libertades de carácter político (artículos 18 a 21)

Si en el primer apartado, como hemos visto, se contenían los derechos y libertades de tipo civil, indispensables para un «régimen de Derecho», este régimen también debe contar ineludiblemente con los derechos y libertades de índole política. En esta línea, el artículo 18 se consagra al reconocimiento del *«derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión»*[33]. Como ya hemos puesto de relieve

---

[32] En torno a esta desideologización de los derechos humanos *cfr.* Eide, A. and Alfredsson, G.: «Introduction»…, *op. cit.*, p. 12.

[33] Como se señala en este artículo 18 de la Declaración, «toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

anteriormente, de nuevo algunas delegaciones de países islámicos plantearon problemas ante el reconocimiento de la libertad de religión y de cambio de religión, lo que contribuyó a la abstención de Arabia Saudí[34]. Como ha señalado René Cassin respecto a la postura de los países islámicos, en concreto en lo que concierne a la postura de Arabia Saudí, «es difícil exigir a regímenes teocráticos fundados sobre una religión determinada el proclamar la posibilidad para el individuo de evadirse de ella»[35].

Otro derecho importante en este mismo sentido es el *«derecho a la libertad de opinión y de expresión»,* plasmado en el artículo 19 de la Declaración[36]. Por su parte, el artículo 20 reconoce el derecho de toda persona «a la libertad de reunión y asociación pacíficas», estableciendo asimismo en su párrafo 2.º que «nadie podrá ser obligado a pertenecer a una asociación».

El último de los artículos de este apartado es el destinado a consagrar el *derecho a la participación política.* Por la importancia que reviste este derecho para el establecimiento de una sociedad democrática reproducimos a continuación el artículo 21 de la Declaración Universal:

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

Como vemos, en este artículo se expresa de una forma diáfana el credo democrático liberal auspiciado por los países occidentales, credo

---

[34] Asimismo, por las mismas razones, Egipto demandó que figurasen sus reservas como condición *sine quae non* para su voto afirmativo sobre el conjunto de la Declaración Universal. Sobre estas reservas de ciertos países islámicos ante los artículos 16 y 18 consultar VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme…*, *op. cit.*, p. 77.

[35] CASSIN, R.: «La Déclaration Universelle et la mise en ouvre des droits de l'homme»…, *op. cit.*, p. 287.

[36] Este artículo dispone que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

democrático que planteaba a las delegaciones del bloque socialista ciertos problemas en cuanto a su aceptación con todas sus consecuencias. De nuevo este derecho a la participación política tiene que ser interpretado de una manera amplia y flexible para que sea susceptible de dar acogida en su seno a otros conceptos de democracia vigentes en ámbitos culturales ajenos a Occidente[37].

2.2.4. Derechos económicos, sociales y culturales (artículos 22 a 27)

Nos encontramos ante el conjunto de derechos que suponen una verdadera innovación en lo que concierne a la protección internacional de los derechos humanos. Hasta entonces, ningún texto internacional había recogido los llamados derechos de la *segunda generación*. Como puso de manifiesto el representante belga en las discusiones tendentes a la aprobación de la Declaración Universal, «… es sólo a partir del artículo 22 cuando de verdad innovamos en materia de derechos humanos»[38]. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se convirtió así en «el primer texto jurídico-internacional que formula un catálogo omnicomprensivo de derechos humanos»[39].

Ahora bien, la inclusión de estos derechos de carácter económico, social y cultural estuvo lejos de ser una inclusión pacífica. Como ya hemos señalado con anterioridad, estos derechos eran los derechos propugnados fundamentalmente por los países socialistas, mientras que los países occidentales se mostraban reacios a su reconocimiento. Finalmente, tras superar escollos importantes, se consiguió plasmar en la Declaración Universal un equilibrio entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, quizás uno de los mayores logros con los que cuenta en su haber la Declaración. En esta tarea fue fundamental el concurso de René Cassin; sin ningún género de dudas podemos afirmar que fue gracias a sus dotes intelectuales y a sus habilidades en cuanto a la negociación que se superaron con éxito las enormes dificultades y reticencias que había al respecto. Como ha

---

[37] Una aportación interesante en torno al concepto de poder político en las sociedades africanas lo podemos encontrar en Matala Kabangu, T.: *El poder por el poder en Africa*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996.

[38] *Cfr.* el texto reproducido en González, N.: «¿Hacia una nueva Declaración de Derechos Humanos?», en *El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos*, Editorial Complutense, Madrid, 1991, p. 378.

[39] Sommermann, K-P.: «El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948», en Pérez Luño, A-E. (Coord.): *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 98.

puesto de manifiesto Albert Verdoot en cuanto a la influencia destacada del profesor Cassin,

> «este último se beneficia de su pasado de jurista eminente y de sus capacidades particulares para conciliar las tendencias liberales de la Declaración Francesa de 1789 y las tendencias socialistas de las Constituciones modernas, especialmente las de la URSS. Consiguió mantener en la Declaración Universal tanto los derechos tradicionales como los nuevos derechos económicos y sociales»[40].

Aún así, y a pesar de todos los esfuerzos desplegados para que el equilibrio entre las dos categorías de derechos fuera satisfactorio para todos, la delegación de la Unión Sudafricana se abstuvo en la votación final sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos por dar entrada a los derechos económicos y sociales. Para este país, los derechos económicos, sociales y culturales, que no pueden gozar de la consideración de libertades fundamentales, jamás deberían haber figurado en el texto de la Declaración.

Sin niguna duda el artículo más importante del catálogo de los derechos económicos, sociales y culturales es el artículo 22, una especie de artículo *chapeau*[41], como fue definido por el propio René Cassin, es decir, un artículo que sirve de base y que marca las directrices generales de todos los derechos consignados en este capítulo. Este artículo es el que reconoce el *derecho de toda persona a la seguridad social*. Como reza el propio artículo 22,

> «toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad».

En primer lugar, es importante el reconocimiento que este artículo realiza del derecho que ostenta toda persona a la seguridad social. Por

---

[40] VERDOOT, A.: *Naissance et Signification de la Déclaration Universelle…*, *op. cit.*, p. 49. En la misma línea, Eide y Alfredsson definieron a René Cassin como «un eminente redactor con un profundo compromiso social…», en EIDE, A. and ALFREDSSON, G.: «Introduction», en EIDE, A.; ALFREDSSON, G.; MELANDER, G.; REHOF, L.A. and ROSAS, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights…*, *op. cit.*, p. 11.

[41] Ver al respecto el prefacio que René Cassin realiza en la obra de VERDOOT, A.: *op. cit.*, p. IX.

otra parte, es igualmente significativa la caracterización que efectúa de los derechos económicos, sociales y culturales como «indispensables» para la dignidad de la persona humana y para el «libre desarrollo de su personalidad». Estas afirmaciones son de una crucial trascendencia y sirven para apuntalar definitivamente ese «concepto más amplio de la libertad» del que habla el preámbulo de la Declaración Universal que ya hemos comentado. Con este artículo 22 queda establecida de una forma clara y contundente la *indivisibilidad e interdependencia* de las dos categorías de derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales. Ambas categorías de derechos tienen que recibir un trato adecuado si de verdad se quiere garantizar la plena dignidad de la persona. Sin embargo, en la práctica las divergencias entre las diferentes concepciones de los derechos humanos han seguido planeando, dificultando una verdadera definición omnicomprensiva de los mismos. Como ha afirmado, con un cierto tono escéptico, el profesor Cassese,

> «las divergencias son profundas y de poco valen las fórmulas diplomáticas con las que se ha intentado, en la documentación, superar las distancias entre las orillas opuestas. Una de esas fórmulas habla de *indivisibilidad e interdependencia*. Cómodo slogan que sirve para aplacar la discusión dejando las cosas tal como estaban. En realidad, los problemas perduran y los choques políticos e ideológicos tan solo se postergan, para reproducirse con mayor aspereza a la primera ocasión»[42].

Una muestra de estas profundas divisiones, y de lo difícil que resulta superarlas con éxito en la práctica, viene dada por las negociaciones conducentes a la aprobación de un Pacto Internacional de Derechos Humanos que complementase las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Las discusiones comenzaron nada más aprobarse la Declaración Universal en 1948. Sin embargo, las labores no se pudieron concluir hasta 18 años más tarde, en 1966, y los Pactos no pudieron entrar en vigor más que diez años más tarde, en 1976. Y además, no fue posible la aprobación de un único Pacto que recogiese todos los derechos humanos fundamentales. Finalmente, a causa de las vicisitudes de la Guerra Fría y del enfrentamiento político e ideológico entre los países occidentales y los países de la órbita socialista, se procedió a la aprobación de dos Pactos Internacionales,

---

[42] CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo…*, *op. cit.*, p. 72.

uno consagrado a los derechos civiles y políticos y otro dedicado al reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales[43]. En la actualidad, una vez acabada la Guerra Fría, es de esperar que los conflictos en cuanto a la concepción de los derechos humanos vayan remitiendo. No obstante, ha sido Philip Alston quien previene contra «el claro intento de excluir los derechos económicos, sociales y culturales» de una cabal definición de los derechos humanos, intento que fundamentalmente se está produciendo por parte de los Estados Unidos[44].

Otro elemento importante que hay que destacar en este artículo 22, y que contribuye a la caracterización general de los derechos económicos, sociales y culturales, es que estos últimos van a depender del «esfuerzo nacional» y de la «cooperación internacional». Es decir, para la satisfacción de los derechos de la segunda generación es esencial, en primer lugar, el esfuerzo que tienen que realizar los Estados; es una tarea que incumbe primordialmente a cada Estado, que debe convertirse así en el garante principal de los derechos económicos, sociales y culturales de sus ciudadanos. Ahora bien, cuando los recursos de un Estado no sean suficientes, será necesario el reforzamiento de la cooperación internacional. Y es que cuando nos enfrentamos con los derechos de la segunda generación caemos en la cuenta de que son derechos que dependen de los recursos económicos y de todo tipo con los que cuentan los Estados. Estos derechos no son derechos absolutos, sino que están caracterizados por las notas de *relatividad* y *progresividad*; en todo momento van a depender de la cantidad de recursos disponibles. El propio artículo 22 reconoce que estos derechos van a depender de «la organización y los recursos de cada Estado». La conclusión que podemos obtener es que para el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales se tiene que producir una necesaria complementariedad entre el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, sobre todo si tenemos en cuenta las dificultades por las que atraviesan cantidad de países del Tercer Mundo. En muchos de estos países, ante la insuficiencia de recursos, los derechos de la segunda generación pasan inexorablemente por el establecimiento de unas relaciones de cooperación más

---

[43] Paradójicamente, ambos Pactos Internacionales fueron aprobados el mismo día y en la misma sesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966.

[44] ALSTON, P.: «The Fortieth Anniversary of the Universal Declaration of Human Rights…», *op. cit.*, p. 6. Una muestra de este intento de exclusión es el hecho de que Estados Unidos todavía no haya ratificado el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y, lo que es más grave aún, no parecen existir indicios fiables de que lo vaya a hacer en un lapso de tiempo más o menos cercano.

estrechas con los países industrializados. En este sentido, en la actualidad estamos asistiendo al divorcio cada vez más nítido entre los países desarrollados y los países subdesarrollados en cuanto a la forma de concebir los derechos humanos y en cuanto al énfasis que hay que otorgar a unos u otros derechos. En acertadas palabras de Eide y Alfredsson, «existen indicios de que las tensiones previas entre el Este y el Oeste están siendo reemplazadas por diferencias crecientes entre el Norte y el Sur»[45]. El debate sobre los llamados *derechos de la tercera generación* o *derechos de la solidaridad*, aparecidos en los años setenta, es una muestra de esta tensión creciente.

Por lo tanto, hemos comprobado cómo este importantísimo artículo 22 sirve de pórtico para el conjunto de los derechos económicos, sociales y culturales, contribuyendo a perfilar sus principales características.

El siguiente artículo del apartado dedicado a los derechos de la segunda generación viene constituido por el artículo 23, que consagra el *derecho al trabajo y a un salario equitativo* y el *derecho a sindicarse libremente.* Este derecho al trabajo viene complementado por el artículo 24, que contempla el *derecho al descanso y a vacaciones periódicas pagadas.*

Otro artículo importante es el artículo 25, que se dedica al reconocimiento del *derecho a un nivel de vida adecuado para todas las personas.* Como dispone el propio artículo 25.1,

> «toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios se subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad»[46].

Por último, mientras que el artículo 26 reconoce el *derecho a la educación,* el siguiente artículo, el 27, establece el *derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad* así como a beneficiarse de ella, protegiendo asimismo los derechos de autor.

---

[45] EIDE, A. and ALFREDSSON, G.: «Introduction», en EIDE, A.; ALFREDSSON, G.; MELANDER, G.; REHOF, L.A. and ROSAS, A. (Eds.): *The Universal Declaration of Human Rights…*, *op. cit.*, p. 12.

[46] El inciso 2.º de este artículo 25 se dedica a la protección específica de la maternidad y la infancia así como a la equiparación en cuanto a la protección social de los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio.

Pues bien, como observamos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos realiza un reconocimiento muy significativo de los más importantes derechos económicos, sociales y culturales, contribuyendo así, por lo menos ésa es su intención, a la indivisibilidad e interdependencia de las dos generaciones de derechos humanos, los civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales.

2.2.5. Derechos que señalan los vínculos entre el individuo y la sociedad (artículos 28 a 30)

Estos artículos han sido denominados por René Cassin como «el frontspicio de la Declaración Universal», denotando así la enorme importancia de la que gozan. Estas disposiciones vienen a precisar que «el pleno y libre desarrollo de la personalidad del individuo sólo es posible cuando forma parte de una comunidad y observa sus deberes hacia ella»[47]. Sin embargo, a pesar de este énfasis especial del profesor Cassin en relación a estos artículos, lo cierto es que se les ha prestado muy poca atención en el desarrollo posterior de las disposiciones de la Declaración; en cierta medida, se ha producido un cierto «olvido» de estas disposiciones, olvido que, a nuestro juicio, es un olvido plenamente consciente, ya que no se está dispuesto a aceptar todas las consecuencias que se derivarían de una aceptación plena y efectiva de estos artículos.

La primera de estas disposiciones es el artículo 28, que establece que

> «toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos».

En este artículo, como podemos comprobar, se proclama la importancia del orden social e internacional para la satisfacción de los derechos humanos. Es decir, los derechos humanos van a depender en muchas ocasiones del orden social que prevalezca en un determinado Estado así como de la estructuración del orden internacional. Para muchos, este artículo 28 es el germen de lo que en los años setenta se denominó el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos*[48]. Este Enfoque

---

[47] Eide, A.: «The Universal Declaration in Space and Time», en *Human Rights in a Pluralist World…*, *op. cit.*, p. 19.

[48] Sobre el *Enfoque Estructural de los Derechos Humanos* y la importancia del orden interno e internacional para los derechos humanos ver Van Boven, T.: «Human Rights and Development. Rhetorics and Realities», en *Festschrift für Felix Ermacora*, E. Verlag, Strasbourg, 1988, pp. 575-587.

Estructural ponía el acento en la importancia que tiene tanto la estructura interna como la estructura internacional para el adecuado disfrute de los derechos humanos. Muchas veces son las estructuras políticas, sociales, económicas, culturales… a nivel interno y en la esfera internacional las que se esconden detrás de gravísimas violaciones de los derechos humanos. En última instancia, el artículo 28 pretende subrayar, en opinión de Cassese, que los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal «sólo podrán llevarse a la práctica si se instaura una estructura social que permita el desarrollo de los países y si el contexto internacional general facilita el despegue económico de los países pobres o una mayor redistribución de la riqueza en los países desarrollados»[49]. Este derecho a un determinado orden social e internacional ha sido criticado por muchos autores, que lo han calificado como una disposición utópica. Como respuesta a estas críticas, el profesor Gros Espiell ha señalado que

> «utópica o no, esta forma de considerar la cuestión es de capital importancia, no sólo teóricamente, sino incluso con un enfoque práctico, porque la utopía ha sido y es, en ciertas condiciones históricas, un motor insustituible del progreso y la evolución política, ideológica, económica, social y jurídica de la humanidad»[50].

Lo cierto es que la grave situación de subdesarrollo, miseria, enfermedad, degradación medioambiental… que sufren tres cuartas partes de la humanidad supone uno de los ataques más graves y más flagrantes contra los derechos humanos fundamentales. Mientras esa situación persista, la causa de los derechos humanos seguirá sin gozar de buena salud, dado que, como se ha llegado a defender de forma gráfica, «los derechos humanos empiezan con el desayuno».

El artículo 29 también es un artículo importante al cual no se le ha otorgado la debida atención en nuestro ámbito cultural. En virtud de esta disposición, «*toda persona tiene deberes respecto a la comunidad,* puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad». Es decir, este artículo nos ofrece un punto de vista

---

[49] CASSESE, A.: *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo…*, *op. cit.*, p. 47. No en vano, este artículo 28 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos se encuentra en la base del surgimiento de los derechos humanos de la tercera generación, en particular del derecho al desarrollo, ya que este derecho propugna la legitimidad de los individuos y de los pueblos para reivindicar un determinado grado de desarrollo económico, social, cultural…

[50] GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II…*, *op. cit.*, pp. 349 y 350.

diferente al que estamos acostumbrados a percibir cuando nos referimos a los derechos humanos. Se trata de analizar los derechos humanos desde el prisma de los deberes hacia el resto de la comunidad[51]. Y es que «es evidente que un orden jurídico que reconozca y garantice derechos del ser humano, sólo puede existir si esos derechos se integran en un sistema que asegure la armonización de los derechos de todos. Los derechos de cada hombre no pueden ser, por naturaleza, ilimitados, ya que únicamente pueden ser tales si coexisten con y respetan a los derechos de los demás»[52]. En este sentido, es curioso comprobar cómo en Occidente se ha puesto el énfasis en los derechos individuales de las personas, olvidando prácticamente por completo la existencia de deberes correlativos, mientras que en otros ámbitos culturales, como pueden ser el africano o el latinoamericano, los deberes ocupan un lugar de relativa importancia[53].

Además de los deberes, este artículo 29, en sus párrafos 2.º y 3.º, también se ocupa de las limitaciones que cabe establecer a los derechos y libertades fundamentales. Las limitaciones que planean sobre los

---

[51] Quizás el estudio más riguroso sobre los deberes de las personas hacia la comunidad es el realizado por la Relatora Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Erica-Irene A. Daes: *Los deberes de toda persona respecto de la comunidad y las limitaciones de los derechos y libertades humanos según el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, E/CN.4/Sub.2/432/Rev.2. Ver asimismo VASAK, K.: «Proposition pour une Déclaration Universelle des devoirs de l'homme», en MEYER-BISCH, P. (Dir.): *Les devoirs de l'homme. De la réciprocité dans les droits de l'homme*, Editions Universitaires, Fribourg Suisse-Editions du CERF, Paris, 1989, pp. 9-16.

[52] GROS ESPIELL, H.: *Estudios sobre Derechos Humanos II…*, *op. cit.*, p. 321.

[53] Ya el preámbulo de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (abril de 1948) disponía que «el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad». El capítulo II de la Declaración Americana se consagra íntegramente al reconocimiento de los deberes de la persona (artículos 29 a 38). Asimismo, la *Convención Americana de Derechos Humanos* (1969) dedica el capítulo V a los deberes de las personas. Es el artículo 32 de este capítulo V quien afirma que «toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad». En el sistema regional africano, la *Convención Africana sobre los Derechos de los Hombres y de los Pueblos* (1981) también dedica el capítulo II de la parte I a los deberes. En concreto, el artículo 27 señala que «todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para la comunidad internacional». Es paradójico y muy significativo, en cambio, que en la *Convención Europea de Derechos Humanos* (1950) no se contenga ninguna disposición que haga referencia a los deberes de la persona ni a la relación entre derechos y deberes.

derechos reconocidos en la Declaración Universal son las siguientes: en primer lugar, «toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y las libertades de los demás»; asimismo, otra limitación puede derivar de «las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática». Por último, según señala el artículo 29.3, en ningún caso se podrán ejercer los derechos y las libertades «en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas», es decir, los derechos humanos no se pueden utilizar para tratar de menoscabar los principios fundamentales por los que se conduce la Organización de las Naciones Unidas.

Por último, el artículo final de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 30, establece una cláusula final cuyo objetivo es proteger los derechos y libertades consignados en la propia Declaración de previsibles ataques provinientes de un Estado, de personas a título individual o de grupos de personas. Como sostiene esta disposición, «nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración». Es decir, nadie se puede amparar en los derechos reconocidos en la Declaración para atentar contra la propia Declaración Universal.

3. **Valor jurídico y político de la Declaración Universal**

El tema de la naturaleza jurídica de la Declaración Universal es un tema complejo y que ha provocado una cierta controversia en la comunidad internacional[54]. Es claro que la Declaración Universal no es un tratado, y por tanto un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados partes del mismo. Los Estados no quisieron darle esta forma ni asumir tal grado de obligaciones internacionales. La Declaración fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas como una resolución y, por tanto, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, es una «recomendación» que no tiene, *prima facie*,

---

[54] Como simple botón de muestra se puede consultar el artículo de CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos», en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 167-178.

fuerza de ley[55]. El objetivo de la Declaración fue, como dice el preámbulo, establecer «un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», y su contenido se considera como «una concepción común de los derechos y libertades» a los que se refiere la Carta de las Naciones Unidas. De ahí que en un primer momento se subrayara su gran valor moral y político, relativizando su valor jurídico[56].

Sin embargo, en las décadas siguientes a 1948, la Declaración ha sufrido una transformación dramática en cuanto a su valor jurídico. Hoy en día pocos internacionalistas niegan que la Declaración se haya convertido en un instrumento normativo que crea obligaciones jurídicas para los Estados miembros de las Naciones Unidas. La controversia en la actualidad gira más bien en torno a dos cuestiones: en primer lugar, sobre la interpretacion del proceso a través del cual la Declaración

---

[55] La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue adoptada el 10 de diciembre de 1948 mediante la resolución 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el voto favorable, como ya hemos visto, de 48 Estados, ningún voto en contra y 8 abstenciones. De todas formas, como es bien sabido, las «Declaraciones» no son simples resoluciones de la Asamblea General, sino que tienen una importancia especial. Como ha señalado la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de las Naciones Unidas, «en la práctica de las Naciones Unidas, una Declaración es un instrumento solemne que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posibles», *Memorandum de la Oficina de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de las Naciones Unidas*, E/CN.4/L.610. En cuanto a las variables que condicionan el valor jurídico de una Declaración son fundamentalmente cuatro: la intención de enunciar principios jurídicos; la mayoría por la que ha sido aprobada; el contenido y la práctica posterior de los Estados, en DÍEZ DE VELASCO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1990 (7.ª ed.), p. 59.

[56] El mismo día de la adopción de la Declaración Universal, la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos y representante de los Estados Unidos en la Asamblea General, Eleanor Roosevelt, manifestó que «aprobando la Declaración en el día de hoy, es de una importancia fundamental el tener claro el carácter básico del documento. No es un tratado, ni un acuerdo («agreement») internacional. No es, ni pretende ser, una declaración de derecho o de obligación jurídica. Es una declaración de principios básicos de derechos humanos y libertades, impresa con la aprobación de la Asamblea General con el voto formal de sus miembros para que sirva como un ideal común por el cual todos los pueblos y naciones deben esforzarse», citado en WHITEMAN: *5 Digest of International Law*, Department of State Publications, Washington DC., 1965, p. 243. Sin embargo, uno de los «padres» de la Declaración, René Cassin, sostuvo ya en aquel momento de la adopción que la Declaración constituía «una interpretación autorizada de la Carta de las Naciones Unidas» aunque no tuviera «fuerza legal coercitiva», UN GAOR 3d. Comm., 3d Sess., 1948, p. 61. Para Cassese, en cambio, la Declaración constituía una «simple promesa recíproca y solemne que comprometía sólo en el plano ético-político», CASSESE, A.: *Los derechos humanos…*, *op. cit.*, p. 51.

se ha convertido en vinculante; y, en segundo lugar, se discute si todos los derechos proclamados en la Declaración son vinculantes para los Estados y si lo son en toda circunstancia.

Hoy en día se considera que la Declaración es una *interpretación autorizada* de las obligaciones contenidas en la Carta de las Naciones Unidas respecto a los derechos humanos. Hoy también se considera que muchas de sus cláusulas tienen el carácter de *Derecho Internacional consuetudinario.* El proceso por el cual la Declaración Universal se convirtió en instrumento normativo se debió en parte a que la redacción, aprobación y entrada en vigor de los dos Pactos Internacionales de derechos humanos duró mucho tiempo (hasta 1976), y la comunidad internacional necesitaba un documento jurídico que definiese las obligaciones jurídicas de los Estados en materia de derechos humanos. De esta manera la Declaración se fue utilizando con gran frecuencia; cuando los gobiernos, las Naciones Unidas y otras Organizaciones internacionales querían invocar las normas de derechos humanos, o querían condenar sus violaciones, se referían a la Declaración Universal como la norma básica. Así, la Declaración llegó a simbolizar lo que la comunidad internacional entendía por «derechos humanos», reforzando la convicción de que los gobiernos tenían la obligación de asegurar el cumplimiento de los derechos consagrados en la Declaración a todos los que se encontraban bajo su jurisdicción.

La significación jurídica de este proceso es doble:

1. Algunos internacionalistas y gobiernos sostienen que el hecho de que los órganos de las Naciones Unidas hagan referencia constante a la Declaración cuando aplican las cláusulas de la Carta implica que la Declaración se acepta como una interpretación autorizada de esas cláusulas. Numerosos órganos de Naciones Unidas han hecho referencias constantes a la Declaración: la Asamblea General en numerosísimas resoluciones; la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión; los relatores especiales tanto por países como por temas, etc… Particular importancia tienen las referencias del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya (TIJ), máximo órgano judicial de la comunidad internacional, cuando ha tenido que emitir alguna opinión consultiva o juzgar algún caso en relación con los derechos humanos. Veamos algunos ejemplos:

En el conocido caso de la «*Barcelona Traction»,* el Tribunal, cuando se refiere a las obligaciones *erga omnes*, es decir, aquellas obligaciones que tienen los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, señala como una de las fuentes de estas obligaciones «los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la

esclavitud y la discriminación racial. Ciertos derechos de protección correspondientes se han integrado en el Derecho Internacional general; otros son conferidos por instrumentos internacionales de carácter universal o cuasi universal»[57].

Asimismo, en el «*Asunto relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos»,* secuestrado por los estudiantes fundamentalistas islámicos en Teherán, el Tribunal sostuvo que el hecho de privar abusivamente de su libertad a seres humanos y de someterles a coacción física en penosas condiciones, es manifiestamente incompatible con la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[58].

Como ha señalado un conocido internacionalista al examinar la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, «aparentemente la opinión unánime del Tribunal es que la Declaración Universal es un documento de suficiente *status* jurídico como para justificar su invocación en el contexto de las obligaciones de los Estados según el Derecho Internacional general…; la Declaración en su conjunto expone principios fundamentales reconocidos por el Derecho Internacional general»[59].

2. Otros internacionalistas piensan que el hecho de que los gobiernos citen continuamente la Declaración, y que hayan incorporado incluso muchas de sus cláusulas a sus legislaciones, ha hecho que esa práctica de los Estados haya generado una norma de Derecho Internacional consuetudinario, si no respecto a todos los artículos de la Declaración, sí respecto a gran parte de los mismos.

En lo que concierne a las referencias realizadas por los gobiernos en los documentos finales de Conferencias Internacionales de particular importancia, no podemos dejar de mencionar la Proclamación de Teherán en la Primera Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos en 1968, precisamente al cumplirse el 20 aniversario de la Declaración Universal; el Acta Final de Helsinki en 1975 y la Declaración Final de Viena en 1993 al terminar la Segunda Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos. En la *Proclamación de Teherán* (13 de mayo de 1968), los Estados declaran obligatoria la Declaración para la comunidad internacional, y consideran las violaciones graves de los derechos humanos como violaciones de la Carta de las Naciones Unidas. En el *Acta Final de Helsinki*,

---

[57] *CIJ Recueil*, 1970, p. 34.

[58] *CIJ Recueil*, 1979, p. 19.

[59] RODLEY, N.: «Human Rights and Humanitarian Intervention: the Case Law of the World Court», *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, 1989, pp. 321-326.

cuya gran importancia no es menester señalar aquí como inicio del proceso de distensión, los Estados del Este y el Oeste, al enunciar los principios que van a guiar sus relaciones, consagran precisamente el capítulo VII al respeto de los derechos y libertades fundamentales; en este sentido, declaran que en el campo de los derechos humanos «los Estados actuarán en conformidad con los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanso». Por último, en la *Declaración Final de Viena* (1993), los 171 Estados participantes vuelven a «reafirmar su adhesión a los propósitos y principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal».

Todas estas manifestaciones de los Estados en contextos particularmente solemnes en los cuales colocan a la misma altura la Carta y la Declaración son evidencia de una *opinio iuris*, es decir, de una convicción de los Estados sobre el carácter jurídicamente obligatorio de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Otra evidencia importante del carácter normativo consuetudinario que ha ido adquiriendo la Declaración se encuentra en la práctica muy extendida de los Estados consistente en la incorporación de la misma a sus Constituciones y ordenamientos jurídicos internos. Como ha señalado acertadamente la *International Law Association* (ILA), «la Declaración Universal ha servido directa o indirectamente como modelo para muchas constituciones, leyes, reglamentos y políticas que protegen los derechos humanos. Estas manifestaciones internas incluyen: referencias constitucionales directas a la Declaración o incorporación de sus cláusulas; artículos sustantivos de la Declaración se han reflejado en las legislaciones nacionales; y la interpretación judicial de las leyes nacionales con referencia a la Declaración»[60]. A este respecto, y por mencionar sólo un ejemplo, la Constitución Española de 1978 establece en su artículo 10.2 que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal…».

Cualquiera que sea la interpretación sobre la fundamentación del caracter jurídico actual de la Declaración y, por tanto, de su obligatoriedad («interpretación autorizada de la Carta», «Derecho Internacional consuetudinario», o incluso «expresión de principios generales de Derecho sobre los que existe aceptación general»)[61], el problema central estriba en

---

[60] «Final Report on the status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *ILA Report of the Sixty-Sixth Conference*, Buenos Aires (Argentina), 1994, pp. 527 y ss.

[61] En torno a la interesante postura de la Declaración como expresión de principios generales de Derecho ver la opinión de CARRILLO SALCEDO, J.A.: «Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal…», *op. cit.*, pp. 167 y ss.

precisar qué artículos en concreto de la Declaración son hoy obligatorios para todos los Estados de la comunidad internacional como consecuencia de su aceptación general. Es evidente que no se puede colocar al mismo nivel el derecho a la vida (art. 3) o la prohibición de la tortura (art. 5) con el derecho a unas vacaciones periódicas pagadas (art. 24). Por esta razón, la indagación sobre qué artículos de la Declaración han obtenido una aceptación general en la práctica de los Estados y cuáles no, es una labor de indudable trascendencia para conocer en concreto el *status* jurídico de la Declaración. A esta labor se consagró, en principio, el Comité de Derechos Humanos de la ILA desde 1988 a 1994. El resultado del Informe Final presentado en la Conferencia de Buenos Aires[62] (1994) sobre este punto deja una cierta insatisfacción para el estudioso que busca un análisis exhaustivo de la práctica internacional sobre cada artículo. El mismo Comité reconoce que «sería presuntuoso pretender analizar comprensivamente (en el informe) cada uno de los derechos contenidos en la Declaración». Sin embargo, a la luz de la práctica de los Estados avanza algunas conclusiones tentativas que por su interés las incluimos.

1. Para el Comité serían normas jurídicas vinculantes para todos los Estados de la comunidad internacional, como normas de Derecho consuetudinario:

1.1. Las contenidas en los artículos 1,2 y 7, que expresan el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en el goce de los derechos. Sería difícil negar la aceptación general de este derecho, aunque en la práctica de los Estados no se encuentre un pleno cumplimiento de este principio de igualdad. En este sentido, a las mujeres muchas veces se les impide ejercer sus derechos en plena igualdad con los hombres; distinciones basadas en creencias políticas y religiosas se encuentran en bastantes Constituciones; y una efectiva garantía de los derechos de los ricos y de los pobres es a menudo muy diferente. La discriminación por motivos de raza es aceptada por toda la doctrina como prohibida por el Derecho Internacional general e, incluso, declarada como norma de *ius cogens*[63].

---

[62] Ya hemos señalado cómo este interesante informe se puede encontrar en «Final Report on the status of the Universal Declaration of Human Rights in National and International Law», *ILA Report of the Sixty-Sixth Conference*…, *op. cit.*, pp. 525-563.

[63] PASTOR RIDRUEJO, J.A.: *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1996 (6.ª ed.), p. 69.

1.2. Las garantías del artículo 3 (derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad) están formuladas de manera muy general como para constituir un standard útil y operativo. Sin embargo, la protección del derecho a la vida ha sido citado siempre como una de las normas de Derecho Internacional consuetudinario, de tal manera que la práctica de los asesinatos, desapariciones y la privación arbitraria de la vida, han sido condenadas universalmente como violaciones del derecho a la vida.

1.3. La prohibición de la esclavitud (artículo 4), la prohibición de la tortura (artículo 5), la prohibición de las detenciones arbitrarias prolongadas (artículo 9), el derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica (artículo 6), el derecho a un juicio justo (artículos 10 y 11) y el derecho a contraer matrimonio (artículo 16) también entrarían dentro de la categoría de las normas consuetudinarias.

2. En cambio, no habrían adquirido, por diferentes motivos, el *status* de normas consuetudinarias: el derecho a un recurso efectivo contra violaciones de derechos humanos (artículo 8), la prohibición de injerencias arbitrarias en la vida privada (artículo 12), el derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio, así como el derecho a entrar y salir libremente del país (artículo 13), el derecho a una nacionalidad (artículo 15), el controvertido derecho de propiedad (artículo 17), el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (artículo 18), el derecho a la libertad de expresión y opinión (artículo 19), el derecho a la libertad de reunión y asociación (artículo 20) y el derecho a buscar asilo (artículo 14). En relación con este último derecho habría que decir que la devolución de una persona a un país donde existen temores fundados de que pueda ser sometida a tortura o perseguida, iría contra una norma consuetudinaria prácticamente cristalizada, como es el principio de «*non-refoulemont*» (es decir, la no devolución). Finalmente, aunque algunos argumentan que está emergiendo como norma consuetudinaria un «derecho a la democracia», es claro que muchos Estados no han aceptado el derecho de toda persona a participar en el gobierno de su país, reconocido en el artículo 21 de la Declaración Universal.

El Comité de la International Law Association señala igualmente que los derechos económicos, sociales y culturales, contenidos entre los artículos 22 a 27 de la Declaración (derecho a la seguridad social, al trabajo, al descanso, a un adecuado nivel de vida…), raramente son calificados por la doctrina y por los tribunales como normas consuetudinarias, a pesar de que gozan en algunos casos de mayor aceptación

universal que algunos de los derechos civiles y políticos. Entre los derechos económicos, sociales y culturales, quizá los más claros candidatos a convertirse próximamente en costumbre internacional serían el derecho a la libre elección del trabajo, el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse libremente y el derecho a la educación primaria gratuita y libre, de acuerdo a los recursos disponibles por parte del Estado.

Aunque las conclusiones provisionales de la ILA tienen un cierto interés, sería necesario un análisis mucho más pormenorizado y exhaustivo de la práctica de los Estados respecto a cada uno de los derechos antes de llegar a conclusiones definitivas sobre el carácter de normas consuetudinarias y, por tanto, vinculantes para todos los Estados de la comunidad internacional, de cada uno de los derechos protegidos en la Declaración.

4. **Conclusión**

Tras este breve estudio en torno a la génesis y a los principales elementos del contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos, una de las principales conclusiones a las que he llegado es que nos encontramos ante un documento que es hijo de su tiempo, es decir, está indisolublemente unido a los avatares que habían acaecido durante la Segunda Guerra Mundial, aspecto éste que se ve reflejado en diversos pasajes tanto del preámbulo como del texto sustantivo de la Declaración. La Declaración Universal supuso tan sólo el primer paso y el punto de partida para un vasto proceso de internacionalización de los derechos humanos, proceso en el cual las Naciones Unidas han desempeñado un papel fundamental, con la aprobación de una amplísima gama de instrumentos dirigidos a desarrollar las disposiciones a veces vagas y genéricas contenidas en la Declaración Universal. En este sentido, hay que interpretar las diferentes disposiciones de la Declaración de una manera dinámica, a la luz de los tratados internacionales y otros instrumentos de los que se ha dotado con posterioridad la comunidad internacional.

Por otro lado, la Declaración, como no podía ser de otra forma, fue fruto del consenso. El contenido final de este texto refleja un compromiso y un delicado equilibrio entre las diferentes ideologías y las diferentes cosmovisiones que estaban presentes en esos momentos en las Naciones Unidas. Al hilo de esta reflexión, hay que señalar que la Declaración Universal se convirtió en un instrumento revolucionario, dado que constituyó el primer texto de carácter internacional que lograba integrar en su seno tanto los derechos civiles y políticos como

los derechos económicos, sociales y culturales, avanzando así el concepto de la indivisibilidad e interdependencia del conjunto de los derechos humanos.

Finalmente, me gustaría poner de relieve cómo la Declaración, más de 50 años después, sigue siendo un documento vivo y pleno de fuerza inspiracional para enfrentarse a las nuevas amenazas a la dignidad humana y a la propia supervivencia de la humanidad. En la Declaración se encuentra el germen de todos los desarrollos que se han producido y se siguen produciendo en torno a los derechos humanos.

La protección convencional de los derechos humanos

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*

Manfred Nowak

Sumario: 1. Introducción. 2. Disposiciones sustantivas: un panorama general. 3. Obligaciones de los Estados Parte. 4. Cláusulas de derogación y limitación. 5. El Comité de Derechos Humanos. 6. El procedimiento de informes. 7. El procedimiento de quejas interestatales. 8. El procedimiento de quejas individuales. 9. Conclusiones.

1. **Introducción**

En 1986, el Comité de Derechos Humanos decidió que la exigencia de «sostener económicamente a la familia» que figuraba en la Ley Holandesa sobre los Beneficios del Desempleo (las mujeres casadas recibían ayudas sólo cuando podían probar que eran «quienes mantenían económicamente a sus familias», mientras que esta prueba no se les requería a los maridos casados) constituía una *discriminación específica de género,* en violación del artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)[1]. Como consecuencia de ello, Holanda y otros Estados partes del Pacto tuvieron que corregir un número sustancial de leyes sobre seguridad social, para proporcionar una igualdad real a las mujeres.

Durante la época del régimen militar en Uruguay, el Comité examinó un gran número de quejas individuales que recibió, en nombre de prisioneros políticos, de familiares que residían en el extranjero. En la

---

* Agradecemos a Raija Hanski y Markku Suksi el permiso para la publicación del presente artículo de Manfred Nowak, cuyo original figura en NOWAK, M.: «The International Covenant on Civil and Political Rights», en HANSKI, R. and SUKKSI, M. (Eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, Turku/Abo, 1999 (2nd revised edition), pp. 79-100. Traducción al castellano de Mikel Berraondo y Felipe Gómez.

[1] Communication No. 172/1984, *S. W. M. Broeks v. the Netherlands*, and Communication No. 182/1984, *F. H. Zwaan-de Vries v. the Netherlands*. Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-second Session, Supplement No. 40 (A/42/40), pp. 139-150 and 160-169.

mayoría de estos casos se producían serias violaciones del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas, de la prohibición de la tortura y condiciones de prisión inhumanas, de la libertad de expresión y de otros derechos políticos y libertades. Analizadas en conjunto, la jurisprudencia que se generó reveló un patrón consistente de violaciones de derechos humanos flagrantes atestiguadas a través de fuentes fidedignas, que, como tales, contribuyeron más que otros procedimientos internacionales al derrocamiento del Gobierno militar en 1985. Además, en una decisión de julio de 1994, el Comité sostuvo que las víctimas de violaciones flagrantes de derechos humanos, tales como la tortura, tienen derecho, bajo el artículo 2(3)(a) del Pacto, a un *remedio efectivo*, el cual supone (o implica) la obligación para los gobiernos democráticos partes del Pacto de llevar a cabo investigaciones oficiales para identificar a los autores individuales de las violaciones y de otorgar compensaciones a las víctimas. Como consecuencia, la ley de amnistía de diciembre de 1986 fue declarada incompatible con las obligaciones legales de Uruguay bajo la argumentación de que «ha contribuido a una atmósfera de impunidad, la cual puede socavar el orden democrático y dar lugar a nuevas violaciones de derechos humanos»[2]. Esta decisión ha tenido un impacto muy importante en las políticas de reconciliación e impunidad, no sólo en Uruguay, sino también en muchos otros Estados inmersos en procesos de transición hacia la democracia como países africanos, de Europa del Este y, muy notablemente, latinoamericanos.

La compensación por violaciones de derechos humanos de una dictadura fue también el motivo de un caso contra la República Checa, que se decidió en julio de 1995. El caso se basaba en una queja realizada por un grupo de personas que habían abandonado el país por motivos políticos entre 1968 y 1987 y cuyas propiedades habían sido confiscadas por el entonces Gobierno comunista. La Ley de Restitución de 1991 no resultaba aplicable a los demandantes, quienes actualmente viven en Canadá y Suiza, debido a que el derecho de restitución y compensación se otorgaba únicamente a ciudadanos checos que residían de manera permanente en el país. A pesar de que el derecho a la propiedad no se protege en el Pacto (al contrario que, por ejemplo, la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades

---

[2] Communication No. 322/1988, *Hugo Rodríguez v. Uruguay*. Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), pp. 5-11. Ver también NOWAK, M.: «The Activities of the UN Human Rights Committee: Developments from 1 August 1992 to 31 July 1995», *Human Rights Law Journal*, Vol. 16, n.º 10-12, 1995, pp. 395-396.

Fundamentales; de aquí en adelante Convención Europea sobre Derechos Humanos o CEDH), el Comité encontró que las condiciones simultáneas de ciudadanía y residencia permanente no eran razonables y, por lo tanto, violaban la igualdad en la protección de la ley bajo el artículo 26 del PIDCP[3].

Con respecto al número creciente de quejas formuladas por prisioneros en el corredor de la muerte en Jamaica y Trinidad y Tobago, el Comité estableció una línea consistente de razonamiento jurídico según el cual, en caso de pena de muerte, los Estados Partes deben observar rigurosamente todas las garantías para asegurar un juicio justo, y la imposición de una sentencia a muerte basada en un juicio injusto constituye una violación del derecho a la vida establecido en el artículo 6 del PIDCP[4]. Como consecuencia, un numero reducido de condenas a muerte fueron conmutadas por sentencias de prisión, y algunos prisioneros fueron liberados. Además, en noviembre de 1993, el Comité llego a la conclusión de que las ejecuciones por aspiración de gas, como se practicaban, por ejemplo, en California, constituyen un tratamiento cruel e inhumano. Consecuentemente, la exposición de alguna persona al riesgo real de ser ejecutada de tal manera, a través de la extradición a los Estados Unidos desde Canadá, un Estado parte que ha abolido la pena de muerte, violó el artículo 7 del Pacto[5]. Como los Estados Unidos no han ratificado el Primer Protocolo Facultativo al Pacto, las quejas individuales no pueden ser presentadas directamente contra el Gobierno de los EEUU. Con respecto a la práctica de los EEUU de imponer sentencias de muerte, incluso a menores de edad, el Comité considera que la reserva adoptada por los EEUU al artículo 6(5) del PIDCP es incompatible con el objetivo y fin del Pacto y ha pedido explícitamente al Gobierno de los EEUU que retire esta reserva, así como la reserva relativa a la prohibición de la tortura[6].

---

[3] Communication No. 516/1992, *Alina Simunek et al. v. the Czech Republic*. See Human Rights Committee, Final Decisions, UN Doc. CCPR/C/57/1, pp. 99-108; y NOWAK, M.: *op. cit.*, p. 391.

[4] Ver NOWAK, M.: «The Activities of the UN Committee: Developments from 1 August 1989 to 31 July 1992», *Human Rights Law Journal*, Vol. 14, 1993, pp. 13-14 y NOWAK, M.: *op. cit.*, 1995, pp. 384-385 y 389. Ver también Communications Nos. 575 and 576/1994, *Lincoln Guerra and Brian Wallen v. Trinidad and Tobago*, Human Rights Committee, Final Decisions, UN Doc. CCPR/C/57/1, pp. 195-202; y *Human Rights Law Journal*, Vol. 16, No. 10-12, 1995, pp. 400-403.

[5] Communication No. 469/1991, *Charles Chitat Ng v. Canada*. Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), pp. 189-220. Consultar también NOWAK, M.: *op. cit.*, 1995, pp. 385-387.

[6] UN Doc. CCPR/C/79/Add.50.

Un grupo de líderes del partido de la oposición *Union pour la Democratie et le Progrès S*ocial (U.D.P.S.), incluido el último primer ministro, Etienne Tshisekedi, han formulado quejas contra el régimen del Presidente Mobutu en el Zaire. En la mayoría de los casos, el Comité encontró en sus investigaciones serias violaciones de los derechos a la libertad personal, integridad física, privacidad y movimientos y, de este modo, contribuyeron a la presión internacional sobre el régimen de Mobutu para que mejorara la situación de los derechos humanos. Violaciones de derechos humanos similares de miembros de la oposición han sido reconocidas con respecto de otros países africanos y latinoamericanos como Zambia, Guinea Ecuatorial, Camerún, Madagascar, Libia, Surinam, República Dominicana, Nicaragua, Ecuador y Colombia. Con respecto a un incremento de casos de desapariciones en América Latina, el Comité sigue, en principio, la jurisprudencia de la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos, admitiendo violaciones de los derechos a la libertad personal, seguridad e integridad física, así como del derecho a la vida. Adicionalmente, urgió a los Estados partes respectivos que abrieran investigaciones sobre los casos de desapariciones, para proporcionar una compensación apropiada y llevar ante la justicia a los responsables[7].

En marzo de 1994, la prohibición general de la homosexualidad masculina en el Estado australiano de Tasmania fue declarada como una violación del derecho a la privacidad del artículo 17 del Pacto[8]. Con el apoyo activo del Gobierno Federal de Australia, el cual, de hecho, desaprobó la práctica de Tasmania, las leyes en cuestión han sido ahora revocadas[9].

En el controvertido caso *Faurisson v. Francia,* el Comité dictaminó que las sanciones penales impuestas por los Tribunales franceses a un conocido profesor de literatura, por su negación de la existencia de cámaras de gas nazis para el exterminio de los judíos, no violaba su libertad de expresión bajo el artículo 19 del Pacto. El Comité mostró, sin embargo, ciertas dudas con la compatibilidad de la «Ley Gayssot»

---

[7] Ver Communications No. 540 and 563/1993, *Ana Rosario Celis Laureano v. Peru* and *Nydia Erika Bautista de Arellana v. Colombia*. Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Fifty-first Session, Supplement No. 40 (A/51/40), pp. 108-115, 132-143.

[8] Communication No. 488/1992, *Nicholas Toonen v. Australia*. Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), pp. 226-237. Ver también NOWAK, M.: *op. cit.*, 1995, pp. 390-391.

[9] Report of the Human Rights Committee, Vol. I, UN General Assembly, Official Records, Fifty-second Session, Supplement No. 40 (A/52/40), pp. 88-89.

francesa de 1990, la cual convierte en una ofensa penal el cuestionar la existencia de la categoría de crímenes contra la humanidad tal y como se define en la Carta del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, según la cual los líderes nazis fueron condenados después de la segunda guerra mundial[10].

En el famoso caso de la *Banda del Lago Lubicon v. Canada*, aunque el Comité desestimó las alegaciones de la violación de su derecho a la autodeterminación basándose en aspectos de carácter procedimental, dictaminó que las injusticias históricas, así como la amplia expropiación para intereses comerciales de tierras de la banda de los indios Cree (explotaciones de petróleo y gas), amenazaron la forma de vida y la cultura de esta *minoría indígena* y, por lo tanto, constituía una violación del artículo 27 del Pacto[11]. El Gobierno canadiense ofreció establecer una reserva de tierras de 95 millas cuadradas y pagar 45 millones de dólares canadienses como compensación por las injusticias históricas. Esto se considero por el Comité como un remedio apropiado en el marco del artículo 2 del PIDCP. Sin embargo, debido a diferencias de opinión entre la banda del Lago Lubicon, la provincia y el Gobierno Federal, esta compensación todavía no se había ejecutado en 1999.

Estos casos han sido seleccionados para ilustrar la *variedad de cuestiones que se acogen bajo el Pacto* y el impacto de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en problemas domésticos de derechos humanos. Por otro lado, este impacto no tiene que llevarnos a conclusiones precipitadas. Muchos Estados en donde ocurren flagrantes y sistemáticas violaciones de derechos humanos no son (todavía) partes del Pacto o de su Primer Protocolo Facultativo, y tan solo una minoría de Estados Partes realizan actualmente esfuerzos convincentes para cumplir con las obligaciones que les implica el cumplimiento del Pacto y de las decisiones no vinculantes jurídicamente del Comité. Con objeto de valorar el actual significado del Pacto y de los logros del Comité de una manera justa, equilibrada y realista, hay que analizar el contexto total del progreso y de las dificultades de la protección internacional de los derechos humanos durante los más de 50 años que han pasado desde que se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

---

[10] Communication No. 550/1993, *Robert Faurisson v. France*. Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Fifty-second Session, Supplement No. 40 (A/52/40).

[11] Communication No. 167/1984, *Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*. Report of the Human Rights Committee, Vol. II, General Assembly, Official Records, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), pp. 1-30.

Originariamente, las Naciones Unidas previeron la elaboración de un único tratado general sobre derechos humanos para dar fuerza vinculante a las disposiciones de la Declaración Universal[12]. Durante los primeros años de la guerra fría los Estados occidentales lograron, sin embargo, imponer sus criterios para crear *dos Pactos diferentes* con diferentes obligaciones para los Estados y diferentes órganos y mecanismos de supervisión[13]. Desde su punto de vista, tan solo los derechos civiles y políticos, de la llamada «primera generación», eran derechos humanos genuinos que pudieran ser garantizados de manera inmediata e implementados con procedimientos de naturaleza judicial. Los derechos económicos, sociales y culturales, pertenecientes a la denominada «segunda generación», eran considerados simplemente como «derechos programáticos». Los Estados socialistas, por su parte, subrayaban la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos humanos, y pusieron fuertes objeciones a cualquier sistema de supervisión judicial o cuasi-judicial. Estos fueron solo algunos de los conflictos ideológicos que retrasaron la adopción de los Pactos durante casi 20 años. Después de que la Comisión de Derechos Humanos presentara sus borradores en 1954[14], el tercer Comité de la Asamblea General todavía necesitó 12 años para finalizar estos borradores. El *16 de diciembre de 1966 ambos Pactos fueron adoptados* unánimemente por 106 Estados, mientras que el Primer Protocolo Facultativo al PIDCP, que establece la posibilidad de las quejas individuales, fue aprobado por 66 votos contra 2 y 38 abstenciones[15]. El 15 de diciembre de 1989, un segundo protocolo que perseguía la abolición de la pena de muerte se adoptó por 59 votos contra 26, con 48 abstenciones[16]. Los dos Pactos y el Primer Protocolo Facultativo entraron en vigor en 1976; el procedimiento de las quejas interestatales establecido en el artículo 42 del PIDCP, en 1979; y el Segundo Protocolo

---

[12] General Assembly Resolution 421 (V) of 4 December 1950. Para un repaso histórico, ver UN Doc. A/2929; BOSSUYT, M.J.: *Guide to the «Travaux Préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987; MCGOLDRICK, D.: *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991; NOWAK, M.: «The Effectiveness of the International Covenant on Civil and Political Rights: Stocktaking after the First Eleven Sessions of the UN Human Rights Committee», *Human Rights Law Journal*, Vol. 1, 1980, pp. 136-170; PECHOTA, V.: «The Development of the Covenant on Civil and Political Rights», en HENKIN, L. (Ed.): *The International Bill of Rights: The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981, pp. 32-71.

[13] Resolución de la Asamblea General 543 (VI), de 5 de febrero de 1952.

[14] UN Doc. E/2573, p. 62.

[15] Resolución de la Asamblea General 2200/A (XXI).

[16] Resolución de la Asamblea General 44/128.

Facultativo, en 1991. A diciembre de 2002, el PIDCP había sido ratificado por 149 Estados y el PIDESC por 146 Estados de todas las regiones del mundo; asimismo, 104 Estados han aceptado la posibilidad de presentar quejas individuales que incorpora Primer Protocolo Facultativo al PIDCP, y 49 Estados se han comprometido por el Segundo Protocolo Facultativo a no reintroducir la pena de muerte[17].

En octubre de 1997, el Comité de Derechos Humanos adoptó un Comentario General sobre cuestiones relacionadas con la continuidad de las obligaciones de los Estados partes de los Pactos. Refiriéndose al hecho de que el Pacto no incluye una disposición sobre *denuncia o retiro* y a la naturaleza del Pacto, que constituye, junto con el PIDESC y la Declaración Universal de Derechos Humanos, la *Carta Internacional de Derechos Humanos,* el Comité concluyó que el Derecho Internacional no permite a un Estado que ha ratificado, accedido o aprobado un Pacto que lo denuncie o se retire de él[18]. De hecho, el Gobierno de Holanda, en una primera reacción a la jurisprudencia del Comité sobre los casos mencionados al comienzo del presente capítulo relacionados con la seguridad social holandesa, consideró denunciar el Convenio, pero pronto se dio cuenta de que su pretensión resultaba imposible. Con objeto de establecer una comparación, debe hacerse notar que el artículo 12 del Primer Protocolo Facultativo del Pacto prohibe explícitamente las denuncias, pero incluye unos acuerdos especiales para periodos transitorios. A modo de expresión de desacuerdo con la jurisprudencia del Comité sobre casos de pena capital, *Jamaica y Trinidad y Tobago han denunciado recientemente el Primer Protocolo Facultativo.* Trinidad y Tobago accedieron de nuevo con una reserva en la que excluye la competencia del Comité para considerar comunicaciones relacionadas con la imposición de la pena de muerte, pero esta reserva aparentemente resulta claramente incompatible con el objeto y fin del Pacto.

2. **Disposiciones sustantivas: un panorama general**

El Pacto se encuentra divido en un Preámbulo y seis partes. Las partes entre la I y la III (artículos 1 a 27) contienen todos los derechos sustantivos, así como algunas disposiciones generales, tales como la prohibición

---

[17] Información recibida de la Base de Datos de la Colección de Tratados de las Naciones Unidas (http://www.un.org/Depts/Treaty).

[18] Comentario General 26(61), de 29 de octubre de 1997, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.8.

de discriminación y abusos, la igualdad de género y cláusulas de derogación y de excepción. Las partes IV a VI (artículos 28 a 53) contienen los mecanismos internacionales de supervisión, algunos principios de interpretación y las cláusulas finales. El Primer Protocolo Facultativo contiene 14 artículos relacionados con el procedimiento de las quejas individuales, mientras que los 11 artículos del Segundo Protocolo Facultativo constituyen, de hecho, una concreción del derecho a la vida del artículo 6 del PIDCP[19].

Con la excepción del derecho colectivo de los pueblos a la autodeterminación (artículo 1), que se protege en una parte I separada y que, de acuerdo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, no es objeto de supervisión en el procedimiento de las quejas individuales[20], el Pacto sólo garantiza derechos individuales enumerados en la parte III: el derecho a la vida (artículo 6), la prohibición de la tortura y las condiciones de prisión inhumanas (artículos 7 y 10), la prohibición de la esclavitud (artículo 8), el derecho a la libertad personal y a la seguridad, incluyendo la prohibición de las detenciones por deudas (artículos 9 y 11), la libertad de movimientos y protección de los extranjeros contra expulsiones arbitrarias (artículos 12 y 13), garantías procedimentales en juicios civiles y penales, incluyendo la prohibición de la retroactividad de leyes penales (artículos 14 y 15), reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 16), la privacidad (artículo 17), la libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencias (artículo 18), la libertad de opinión, expresión e información, incluyendo la prohibición de la propaganda de guerra y el fomento del odio (artículos 19 y 20), la libertad de asamblea, asociación y de creación de sindicatos (artículos 21 y 22), el derecho de matrimonio, la protección de la familia y de la infancia (artículos 23 y 24), los derechos políticos (artículo 25), la igualdad (artículo 26) y los derechos de las personas pertenecientes a minorías (artículo 27).

La parte III constituye un catálogo bastante completo de derechos civiles y políticos comparables a aquellos derechos contemplados en los tratados regionales, tales como las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos o la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Comparados con los derechos civiles y políticos recogidos

---

[19] Para un comentario artículo por artículo de todas las disposiciones sustantivas y procedimentales del Pacto y de sus Protocolos Facultativos ver NOWAK, M.: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Engel Publishers, Kehl, 1993. Ver también HENKIN, L. (Ed.): *op. cit*. y MCGOLDRICK, D.: *op. cit*.

[20] *Lubicon Lake Band v. Canada*, *supra*, nota 11.

en la Declaración Universal, el Pacto no contiene el derecho a la propiedad, a la nacionalidad y al asilo. La Convención Europea de Derechos Humanos también protege el derecho a la educación (cuyas diferentes formas, no obstante, son parte del PIDESC) y prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. La Convención Americana sobre Derechos Humanos también contiene un derecho de respuesta y corrección y un derecho general a poseer un nombre.

Con la excepción de los derechos mínimos de los acusados en un juicio penal establecidos en el artículo 14, los derechos de las personas privadas de libertad, de los artículos 9 y 10, y las restricciones sobre la pena de muerte del artículo 6, la mayoría de los derechos están formulados en términos más bien generales. Disposiciones más detalladas pueden encontrarse, no obstante, en tratados especiales de derechos humanos y declaraciones, tales como por ejemplo, las Convenciones de la ONU contra el Genocidio, la Tortura, la Discriminación Racial, la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos de la Infancia y las Declaraciones sobre la Intolerancia Religiosa, sobre Desapariciones Forzosas o sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas. Adicionalmente, el Comité de Derechos Humanos, aplicando las disposiciones del Pacto en las quejas y procedimientos de informes, así como adoptando comentarios generales, de acuerdo con el artículo 40(4) del PIDCP, arroja más luz sobre el contenido y el significado de estos derechos.

De acuerdo con la naturaleza del Pacto, considerado como un tratado general y universal sobre derechos humanos, la mayoría de sus derechos son aplicables a todos los seres humanos, y el artículo 2(1) explícitamente prohíbe cualquier discriminación en el disfrute de estos derechos. A pesar de todo, algunos derechos sólo se aplican para ciertas categorías de seres humanos. Los derechos contenidos en el artículo 27, por ejemplo, sólo se aplican a personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas; los derechos políticos del artículo 25 sólo a ciudadanos; la libertad de movimientos del artículo 12 sólo a personas legalmente libres en el territorio de un Estado parte; las garantías del artículo 13 sólo a los extranjeros; los derechos a un nombre y a una nacionalidad sólo a los niños (artículo 24); los derechos al matrimonio y a fundar una familia del artículo 23 sólo a los adultos (hombres y mujeres en edad de contraer matrimonio); las garantías mínimas del artículo 14(2) y (3) sólo a personas acusadas de delitos; las garantías mínimas del artículo 9(2) al 9(5) y del 10 sólo a personas privadas de su libertad; ciertas restricciones sobre la pena del muerte del artículo 6(5) sólo a mujeres embarazadas y a personas menores de 18 años y, finalmente, el derecho a la autodeterminación del artículo 1 sólo a los pueblos.

3. **Obligaciones de los Estados Parte**

De acuerdo con el artículo 2(1) del PIDCP cada Estado Parte asume el compromiso de respetar y asegurar a todas las personas dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin discriminación de ningún tipo. Esta obligación de respetar de modo inmediato, es decir, desde la fecha de entrada en vigor del Pacto para el Estado Parte, y asegurar todos los derechos del Pacto, difiere significativamente de las disposiciones correspondientes en el PIDESC. Cada Estado Parte de este Pacto de derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con su artículo 2(1), sólo asume el compromiso de dar pasos, individualmente y a través de la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos de que disponga, con la intención de alcanzar *progresivamente* la total realización de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto, incluyendo en particular la adopción de medidas legislativas. Esta diferencia refleja la creencia ampliamente compartida, al menos durante el tiempo de la guerra fría cuando los dos Pactos fueron preparados, de que existe una diferencia fundamental entre los derechos humanos de la primera y la segunda generación, y que los derechos económicos, sociales y culturales sólo implican una obligación de avanzar hacia su progresiva realización. Las teorías modernas de derechos humanos y la práctica del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales prueban que, a pesar de todo, esta diferencia tiene sólo una naturaleza relativa, y que el PIDESC contiene varias obligaciones tanto de conducta como de resultado que claramente pueden ser vulneradas por los Estados Partes[21]. De acuerdo con este cambio de actitud, la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena en 1993 recomendó la adopción de un Protocolo Facultativo al PIDESC estableciendo un sistema de quejas individuales[22].

---

[21] Ver DRZEWICKI, K.; KRAUSE, C. and ROSAS, A. (Eds.): *Social Rights as Human Rights: A European Challenge*, Abo Akademi University, Turku, 1994; EIDE, A.: KRAUSE, C. and ROSAS, A. (Eds.): *Economic, Social and Cultural Rights. A Textbook*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995; CRAVEN, M.: «The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», en HANSKI, R. and SUKSI, M. (Eds.): *An Introduction to the International Protection of Human Rights. A Textbook*, Abo Akademi University, Turku, 1999, pp. 101-124. Se puede consultar asimismo el artículo de José Milá en este mismo libro.

[22] Sobre los avances en la preparación de tal Protocolo Facultativo, ver COOMANS, F. and VAN HOOF, F.: «The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights», *SIM Special n.º 18*, Utrecht, 1995.

La *obligación de respetar* que establece el artículo 2(1) del PIDCP indica el carácter negativo de los derechos civiles y políticos[23]. Esto significa que los Estados Partes deben abstenerse de restringir el ejercicio de estos derechos en aquellas cuestiones para las que expresamente no tienen autorización. El contenido concreto de esta obligación de no restringir depende de la formulación de los derechos reconocidos. Algunos derechos, como la prohibición contra la tortura del artículo 7, son absolutos. Los Estados deben abstenerse de practicar la tortura en todas las circunstancias, incluso en situaciones de emergencia nacional. Otras disposiciones, como el derecho a la vida del artículo 6(1) o la protección de la vida privada del artículo 17, solo prohíben interferencias arbitrarias. También otras disposiciones, en particular las libertades políticas de los artículos 18, 19, 21 y 22, expresamente autorizan a los Estados Partes a imponer ciertas restricciones[24].

La *obligación de asegurar* del artículo 2(1) del PIDCP indica el carácter positivo de los derechos civiles y políticos. Esto significa que, como en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes deben realizar avances positivos para dar efecto a los derechos del Pacto y permitir a las personas disfrutar de sus derechos[25]. Esta obligación de cumplimiento implica la obligación de adoptar las medidas legislativas y de otro tipo necesarias bajo el artículo 2(2) para poner a disposición de las víctimas de violaciones de derechos humanos un remedio efectivo, siguiendo lo establecido en el artículo 2(3), y para salvaguardar ciertos derechos institucionalmente, bajo el método de *garantías procedimentales* o el establecimiento de *instituciones jurídicas* relevantes. Por ejemplo, el derecho a un juicio justo en casos penales o demandas civiles contemplado en el artículo 14 requiere de los Estados Partes el establecimiento de un número suficiente de jueces y tribunales y la regulación de sus procedimientos de una manera que, al menos, cumpla con las garantías mínimas establecidas para estos casos. Obligaciones procedimentales e institucionales similares deberían derivar, por ejemplo, de los artículos 1, 9, 10, 13, 15, 16, 20, 23, 24, 25, 26 y 27. La redacción del artículo 2(1) indica, sin embargo, que la obligación de asegurar los derechos, en términos de acciones positivas de los Estados, se aplica a todos los derechos contenidos en el Pacto. Incluso, uno de los derechos clásicos catalogados como derecho negativo,

---

[23] Sobre esta cuestión, ver NOWAK, M.: *UN Covenant*…, *op. cit.*, p. 36.

[24] Ver más adelante en el apartado 4 de este artículo.

[25] Ver Comentario General 3(13), párr. 1, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1, p. 3; UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.3, pp. 4-5.

como es la prohibición de la tortura, contiene la obligación positiva de adoptar medidas efectivas para la prevención de la tortura (en términos de educación, garantías procedimentales, etc.) y para la investigación de actos alegados de tortura.

Como se ha mostrado en un caso contra Uruguay, en la introducción, esta obligación positiva puede aplicarse incluso a un nuevo gobierno, tras haber transcurrido más de 10 años desde el acto de tortura.

La obligación de asegurar implica una *obligación básica de proteger* a las personas contra ciertas interferencias con sus derechos civiles y políticos, provenientes de otras personas a título privado, grupos o entidades. Como en el caso de otras obligaciones del Estado, estos «efectos horizontales» dependen, por supuesto, de una precisa redacción del derecho en cuestión. Algunas disposiciones, como la prohibición de la esclavitud del artículo 8, o la prohibición de apoyar el odio racial en el artículo 20, se aplican básicamente a nivel horizontal. En otras normas, la formulación «derecho a la protección de la ley»(artículos 6, 17, 23, 24 y 26) indica una exigencia especial para adoptar medidas positivas para la protección de los niños, la familia o los derechos a la vida, privacidad e igualdad. De hecho, Uruguay, Colombia y la República Dominicana han sido encontrados responsables por casos de *desapariciones* con respecto al derecho a la vida sin prueba alguna de que agentes gubernamentales estuviesen involucrados en las desapariciones[26].

En el caso *Delgado Páez v. Colombia*, un caso concerniente a un profesor que huyó del país debido a amenazas de muerte, el Comité de Derechos Humanos encontró una violación del artículo 9(1) sobre la base de que el Gobierno colombiano no había adoptado las medidas

---

[26] Communication No. R.7/30 (1978), *Irene Bleier Lewenhoff and Rosa Valiño de Bleier v. Uruguay*, Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Thirty-seventh Session, Supplement No. 40 (A/37/40), pp. 130-136; Communication No. 107/1981, *Elena Quinteros and M. C. Almeida de Quinteros v. Uruguay*, Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Thirty-eighth Session, Supplement No. 40 (A/38/40), pp. 216-224; Communication No. 161/1983, *Herrera Rubio v. Colombia*, Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-third Session, Supplement No. 40 (A/43/40), pp. 190-198; Communication No. 181/1984, *A. and H. Sanjuan Arévalo v. Colombia*, Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), pp. 31-37; and Communication No. 449/1991, *Barbarín Mojica v. the Dominican Republic*, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), pp. 142-145. Ver también *supra* la nota n.º 7.

apropiadas para protegerle y, de ese modo, no había asegurado su derecho a *la seguridad personal*[27].

4. **Cláusulas derogatorias y de limitación de derechos**

Como se ha señalado anteriormente, tan solo muy pocos derechos humanos, tales como la prohibición de la tortura, esclavitud o la retroactividad de las leyes penales, pueden considerarse en términos absolutos. Pero incluso, en estos casos, la definición de qué actos constituyen realmente tortura o esclavitud es controvertida y debería, por tanto, permitir un cierto margen de discrecionalidad en manos de los Estados. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ciertas formas leves, en términos comparativos, de castigos corporales en el caso de la Isla de Man como tratos degradantes en violación del artículo 3 de la CEDH[28]. En este sentido, resultaría más que discutible que otros sistemas regionales o universales de control aplicasen criterios interpretativos tan estrictos para casos similares en un Estado africano o asiático[29].

La mayoría de los derechos del Pacto pueden ser objeto de reservas, derogaciones, restricciones y limitaciones de conformidad con las disposiciones que así lo permitan[30]. Estas medidas fueron adoptadas con el objetivo de permitir a los Estados Partes un amplio *margen de apreciación*, con el objeto de adaptar las normas universales de derechos humanos a sus respectivas circunstancias políticas, económicas, sociales y culturales. En otras palabras, estas cláusulas de limitación tratan de proporcionar un justo equilibrio entre las contradicciones inherentes al universalismo y al relativismo cultural.

---

[27] Communication No. 195/1985, *W. Delgado Paez v. Colombia*, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), pp. 43-49. See also, Communication No. 314/1988, *Peter Chiiko Bwalya v. Zambia*, Report of the Human Rights Committee, UN General Assembly, Official Records, Forty-eighth Session, Supplement No. 40 (A/48/40), pp. 52-56; and Communications No. 449/1991, *Barbarín Mojica v. the Dominican Republic*, and No. 468/1991, *Angel N. Oló Bahamonde v. Equatorial Guinea*, Report of the Human Rights Committee, Vol. II, UN General Assembly, Official Records, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), pp. 142-145 and 183-188.

[28] *Tyrer* case, judgment of 25 April 1978, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, No. 26.

[29] Ver también la cláusula de «sanciones legítimas» que figura en el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura.

[30] KISS, A.C.: «Permissible Limitations on Rights», en HENKIN, L. (Ed.): *op. cit.*, pp. 290-310.

De acuerdo con el artículo 19(c) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, las *reservas* realizadas por los Estados al momento de la ratificación o del acceso son admisibles cuando su contenido sea compatible con el objeto y fin del tratado. En la práctica, aproximadamente la mitad de los Estados Partes del PIDCP y de su Primer Protocolo Facultativo han realizado un total de más de 150 reservas y declaraciones interpretativas tanto sobre disposiciones sustantivas como de procedimiento[31]. En cambio, no se ha realizado ninguna reserva, hasta el momento, al Segundo Protocolo Facultativo[32].

En noviembre de 1994, el Comité de Derechos Humanos adoptó un *Comentario general* altamente controvertido sobre cuestiones relacionadas con las reservas[33]. Según esta opinión, las disposiciones que representan Derecho Internacional consuetudinario y algunas otras no pueden ser objeto de reservas. Además, el Comité expresó su opinión en torno a que las disposiciones del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados resultan inapropiadas para abordar el problema de las reservas a los tratados sobre derechos humanos sobre la base de que el principio de la reciprocidad entre Estados no tiene lugar. En consecuencia, el Comité se considera a sí mismo como el único órgano con capacidad reconocida por el Pacto para determinar si una determinada reserva resulta compatible con el objeto y fin del Pacto. Si una reserva se considera incompatible, el Comité aplica la disposición respectiva al Estado parte sin los beneficios de la reserva. No es sorprendente que algunos Estados hayan objetado fuertemente esta opinión jurídica del Comité[34].

En situación de *emergencia pública* que amenace la vida de la nación (conflictos armados internacionales, guerras civiles, otros casos de graves disturbios violentos internos, desastres naturales o causados por el hombre…), el artículo 4 del PIDCP autoriza a los Estados Partes a derogar determinadas obligaciones asumidas conforme al Pacto[35]. Con objeto de prevenir el abuso de estas *cláusulas derogatorias*, el artículo 4 impone un cierto número de condiciones y restricciones: el estado de

---

[31] UN Doc. CCPR/C/2/Rev.4.

[32] Ver las restricciones explícitas del artículo 2(1) del Segundo Procolo Facultativo.

[33] Comentario General 24(52), de 2 de Noviembre de 1994, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6; UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.3, pp. 42-49. Ver también NOWAK, M.: *op. cit.*, 1995, pp. 379-382.

[34] Ver las observaciones del Reino Unido y de los Estados Unidos en *Report of the Human Rights Committee,* Vol. I, UN General Assembly, Official Records, Fiftieth Session, Supplement No. 40 (A/50/40), pp. 126-134.

[35] NOWAK, M.: *UN Covenant…*, *op. cit.*, p. 72.

emergencia debe ser proclamado oficialmente; el Gobierno debe informar inmediatamente a la Secretaría General de Naciones Unidas sobre las disposiciones derogadas y sobre las razones para adoptar tales medidas; las medidas derogatorias sólo son permitidas en tanto en cuanto realmente lo exija la situación; dichas medidas deberían ser consecuentes con otras obligaciones que el Derecho Internacional imponga al Estado y, por último, no deben aplicarse medidas que sean discriminatorias en función de la raza, color, sexo, leguaje, religión u origen social. Finalmente, el artículo 4(2) del Pacto prohíbe cualquier derogación de derechos tales como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la detención por deudas y la prohibición de la retroactividad de las leyes penales, así como los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y la libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencias.

En la práctica, más de 20 Estados Partes han notificado medidas derogatorias y las han justificado por motivos de dificultades internas, como conflictos étnicos, terrorismo, guerra de guerrillas o disturbios sociales[36]. En casos obvios de abuso de las cláusulas de derogación, como en Colombia y en las dictaduras militares de Chile y Uruguay, el Comité consideró las respectivas medidas de derogación como violaciones del Pacto[37].

Adicionalmente a la posibilidad de adoptar medidas de reservas y de derogación, la mayoría de disposiciones del Pacto explícitamente autorizan *restricciones y limitaciones* que pueden realizar los Estados partes. Una técnica consiste en el uso de la palabra «*arbitraria*» como, por ejemplo, en los artículos 6(1), 9(1) y 17(1) del PIDCP. Otras disposiciones, tales como los artículos 12(3), 13, 18(3), 19(3), 21 y 22(3), contienen las llamadas *cláusulas de limitación,* las cuales autorizan restricciones con la condición de que estén establecidas por ley, sean coherentes con los otros derechos del Pacto, sirvan a alguno de los objetivos de la limitación enumerados y resulten necesarias para la consecución de dichos objetivos[38]. El criterio decisivo para la permisividad de las limitaciones es, por lo tanto, el principio de la *proporcionalidad*. Como en el caso de la discriminación, es decir, una distinción que no tenga una base razonable y objetiva, el hallazgo por parte del Comité de una violación necesariamente implica ciertos juicios de valor y a menudo depende de la habilidad o la buena disposición del Gobierno implicado para proporcionar argumentos jurídicos convincentes.

---

[36] Ver UN Doc. CCPR/C/2/Rev.4, pp. 58-112.
[37] NOWAK, M.: *Ibid*., pp. 79 y 90.
[38] Ver, con respecto al artículo 12(3), NOWAK, M.: *Ibid*., p. 206.

5. **El Comité de Derechos Humanos**

Se ha hablado mucho acerca del Comité de Derechos Humanos sin dar explicaciones sobre lo que es realmente. Similar al Comité para la Discriminación Racial y el Comité sobre los Derechos del Niño, no es un órgano de la ONU en sentido estricto pero sí *un órgano de control de tratados*, que se estableció por un tratado (artículo 28 del PIDCP) con el objetivo de supervisar el cumplimiento de los Estados Partes de sus obligaciones bajo ese tratado[39]. Se compone de *18 expertos independientes* que son elegidos por un periodo de cuatro años en los encuentros bianuales de los Estados Partes. Aunque son nominados y elegidos por los gobiernos para un periodo relativamente corto, la mayoría de los miembros disfrutan sorprendentemente de un alto grado de independencia respecto de «sus» gobiernos, si lo comparamos, por ejemplo, con la Sub-Comisión para la Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías. Generalmente son profesores de Derecho o jueces en sus países de origen y representan a todas las regiones geopolíticas y a todos los sistemas jurídicos más importantes del mundo[40]. En 1997, el Comité adoptó un conjunto de «directrices» sobre la independencia de sus miembros[41].

Las primeras elecciones se realizaron poco tiempo después de la entrada en vigor del Pacto en 1976, y el Comité comenzó sus actividades en 1977. Se realizan, generalmente, tres sesiones de tres semanas cada año, la sesión de primavera en Nueva York, y las sesiones de verano e invierno en Ginebra. Conjuntamente con los trabajos y encuentros preparatorios de los grupos de trabajo, cada miembro del Comité dedica aproximadamente una cuarta parte de su tiempo al Comité, lo cual es menos que los miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pero considerablemente más que los miembros de otros órganos de vigilancia de tratados de la ONU.

El Comité adopta sus propias *reglas de procedimiento*, según el artículo 39(2) del PIDCP. Aunque esta norma prevé que las decisiones se

---

[39] McGoldrick, D.: *op. cit.*; Nowak, M.: *Ibid*., p. 506.

[40] En 2003 el Comité está compuesto por los siguientes expertos/as: Abdelfattah Amor (Túnez), Nisuke Ando (Japón), Prafullachandra Natwarlal Bhagwati (India), Alfredo Catillero Hoyos (Panamá), Christine Chanet (Francia), Franco Depasquale (Malta), Maurice Glele Ahanhanzo (Benín), Walter Kälin (Suiza), Rajsoomer Lallah (Mauricio), Rafael Rivas Posada (Colombia), Nigel Rodley (Reino Unido), Martin Scheinin (Finlandia), Ivan Shearer (Australia), Hipólito Solari Yrigoien (Argentina), Ahmed Tawfik Khalil (Egipto), Ruth Wedgwood (Estados Unidos), Roman Wieruszewski (Polonia) y Maxwell Yalden (Canadá).

[41] UN Doc. CCPR/C/61/GUI.

adopten por mayoría, la práctica usual del Comité es la de adoptar las decisiones por *consenso*. Sólo los casos individuales son sometidos algunas veces a la decisión de la mayoría, con opiniones de disenso y opiniones concurrentes que figuran como anexos. Con la excepción de la consideración de las quejas, las reuniones del Comité son generalmente abiertas al público y a los medios de comunicación. Después de problemas iniciales causados por miembros de los Estados socialistas, el Comité ha desarrollado una cooperación muy fructífera con organizaciones no gubernamentales (ONGs). En contraste con la práctica del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (que se estableció por el ECOSOC) y el Comité sobre los Derechos del Niño, a las ONGs no se les permite su participación oficial en los procedimientos del Comité.

Los dos mayores objetivos del Comité son el examen de los informes de los Estados y las quejas individuales, ya que hasta la fecha no se han producido todavía quejas interestatales.

6. **El procedimiento de los informes periódicos**

La presentación y examen de los informes de los Estados, según el artículo 40, es el único procedimiento de supervisión *obligatorio* establecido en el Pacto. Todos los Estados partes tienen la obligación de emitir un informe inicial durante el primer año de entrada en vigor del Pacto y «a partir de ese momento, siempre que el Comité lo requiera». En la práctica, el Comité estableció un ciclo de informes periódicos cada cinco años y, en circunstancias excepcionales, puede exigir la presentación de informes suplementarios o de emergencia. Recientemente, el Comité ha abandonado el sistema de los informes periódicos cada cinco años en favor de un nuevo compromiso según el cual él mismo decide, como parte de sus observaciones y conclusiones a los informes de cada Estado, los plazos de emisión de nuevos informes.

El procedimiento de los informes es el mecanismo de supervisión internacional de derechos humanos más utilizado en la órbita de las Naciones Unidas. A pesar de ser criticado por ineficaz, sirve a un amplio número de *objetivos útiles*. En primer lugar, fuerza a los gobiernos a reflejar en profundidad cuándo y cómo los derechos y obligaciones del Pacto son realmente implementados en sus sistemas jurídicos internos. Después de todo, el cumplimiento de los tratados internacionales de derechos humanos constituye una responsabilidad básica de los gobiernos nacionales, mientras que los procedimientos internacionales de supervisión tan solo pueden cumplir funciones limitadas de asistencia y

control. La forma en la que los gobiernos, de hecho, llevan a cabo sus obligaciones de informar varía considerablemente, como no podía ser de otra manera. Todavía quedan gobiernos que consideran prudente emitir informes tan solo de algunas páginas, que no van más allá de la mera enumeración de sus disposiciones constitucionales más relevantes. Sin embargo, un número creciente de gobiernos están tomándose sus obligaciones de informar de manera seria y emiten informes completos, abarcando tanto situaciones legales como *de facto*, llegando a incorporar incluso ciertos problemas y dificultades de implementación, tal y como viene exigido por el artículo 40(2) del PIDCP. Algunos gobiernos, incluso, dan entrada a ONGs y a institutos de investigación independientes en la preparación de sus informes, con el objetivo de realzar su exactitud y objetividad. Para hacer más sencilla esta obligación de informar a los Estados, y para asegurar una cierta uniformidad, el Comité ha adoptado unas directrices, teniendo en cuenta la forma y los contenidos de los informes iniciales y periódicos[42]. Además, las Naciones Unidas, a través del programa de servicios de asesoramiento y cooperación técnica, así como institutos independientes de derechos humanos, como el Instituto Raoul Wallenberg (Suecia), organiza seminarios para preparar a funcionarios de diferentes gobiernos en la tarea de redacción de los informes.

Todos los informes se examinan por el Comité en sesiones públicas, generalmente en presencia de los representantes de los Estados. El procedimiento, aunque todavía se basa en el principio del *diálogo constructivo* con los gobiernos, se ha ido convirtiendo gradualmente, a través de los años, en un procedimiento de examen crítico y de evaluación. Originalmente, los miembros de los Estados socialistas no sólo pusieron objeciones a la participación de ONGs, sino que también plantearon objeciones a cualquier tipo de evaluación que pudiera realizar el Comité o sus miembros individuales sobre el funcionamiento de los Estados respectivos. Hablando en términos jurídicos, este conflicto se centró en la interpretación de las palabras «sus informes» del artículo 40(4) del PIDCP[43]. A día de hoy, ONGs internacionales y locales hacen llegar abiertamente a los miembros del Comité sus comentarios y críticas a los informes de los Estados y realizan detalladas descripciones sobre las situaciones que viven los derechos humanos en sus respectivos países. Los grupos de trabajo y los relatores especiales del Comité preparan, de manera exhaustiva, todos los exámenes de los informes de los Estados,

---

[42] Ver NOWAK, M.: *UN Covenant…*, *op. cit*., pp. 578 y 876.
[43] *Ibid*., p. 568.

y los representantes de los Estados tienen serios problemas, a menudo, para responder aquellas cuestiones críticas que tienen que ver con los fallos y defectos producidos en la implementación dentro de los sistemas domésticos de los derechos civiles y políticos. Desde mediados de los años ochenta se ha convertido en una práctica común de los miembros del Comité el emitir una declaración personal casi concluyente sobre la situación de los derechos humanos de cada Estado examinado. Desde abril de 1992, el Comité, como tal, adopta por consenso comentarios finales sobre cada informe de los Estados señalando aspectos positivos, así como factores y dificultades que impiden la aplicación del Pacto. Desde entonces, estos *comentarios específicos por países* son formulados de una manera crecientemente exhaustiva y crítica, incluyendo las principales cuestiones motivo de preocupación, así como sugerencias y recomendaciones detalladas. En abril de 1994, el Comité finalmente decidió abandonar su práctica de incluir en sus informes anuales resúmenes de sus consideraciones sobre los informes de los Estados y ahora sólo incluye en los capítulos sobre cada país una breve introducción y sus comentarios finales[44].

De manera adicional a estos comentarios específicos por países, desde el comienzo de su actividad, el Comité adopta unos *comentarios generales* siguiendo con lo establecido en el artículo 40(4) del PIDCP. Estos comentarios van dirigidos a los Estados partes en su totalidad y reflejan las opiniones del Comité sobre diversas disposiciones tanto sustantivas como de carácter procedimental del Pacto. Desde que estos comentarios generales se adoptan por consenso, a menudo después de largas discusiones internas del propio Comité, se han convertido en una fuente autorizada y muy importante de interpretación del Pacto. Entre julio de 1981 y mayo de 2003, el Comité ha publicado un total de 29 comentarios generales sobre el propio procedimiento de los informes y sobre la mayoría de los derechos contenidos en el Pacto[45]. Los más controvertidos han sido el Comentario General 14(23) de noviembre de 1984, en el cual el Comité expresó su opinión según la cual «la producción, prueba, posesión, despliegue, y uso de armas nucleares deberían estar prohibidos y reconocidos como crímenes contra la humanidad», y el Comentario General 24(52) sobre cuestiones relacionadas con las reservas que hemos examinado con anterioridad[46].

---

[44] NOWAK, M.: *op. cit*., 1995, pp. 378-379.

[45] Para ver el texto del Comentario General, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.3, pp. 2-54 y CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1. Ver también NOWAK, M.: *UN Covenant*…, *op. cit*., p. 847.

[46] Ver el epígrafe anterior, el n.º 4.

7. **El procedimiento de quejas interestatales**

El procedimiento de quejas interestatales de los artículos 41 y 42 del PIDCP está modelado sobre procedimientos similares de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sobre el artículo 33 de la Convención Europea de Derechos Humanos tal y como ha sido enmendado por el Protocolo N.º 11. Este procedimiento fue aceptado por la Asamblea General tras largas y controvertidas discusiones, aunque, finalmente, se diluyó de tal forma que apenas merece denominarse procedimiento de quejas[47]. En contraste con otros procedimientos de quejas interestatales, más efectivos, éste ante el Comité de Derechos Humanos es *opcional;* el papel del Comité se reduce a tratar de conseguir una resolución amistosa y, si sus buenos oficios fallan, se puede crear una *Comisión de conciliación ad hoc*. Esta Comisión tan solo puede ser nombrada con el consentimiento de los Estados partes implicados, y solamente tiene capacidad para exponer sus puntos de vista sobre las posibilidades de una solución amistosa, puntos de vista que pueden ser rechazados por los Estados partes. En otras palabras, el procedimiento en su totalidad no es más que *un procedimiento puramente de mediación o conciliación,* sin ninguna posibilidad de una decisión final sobre las cuestiones relevantes de derechos humanos relacionadas con el caso si los esfuerzos para alcanzar una conciliación fallan. Por lo tanto, no resulta sorprendente que sólo en torno a una tercera parte de los Estados partes en el Pacto haya realizado la declaración opcional requerida por el artículo 41 y que ninguno de estos Estados haya recurrido realmente a este procedimiento.

8. **El procedimiento de quejas individuales**

A pesar de que el procedimiento de quejas individuales resultó, incluso, más controvertido durante la preparación del Pacto que el procedimiento de quejas interestatales, y que ello dio lugar a su inclusión en un Protocolo Facultativo separado, este procedimiento, gracias a la práctica cuasi-judicial del Comité de Derechos Humanos, se ha convertido en el *sistema de quejas en materia de derechos humanos más*

---

[47] De hecho, el Pacto utiliza el término «comunicación» en lugar de «queja». Para ver una descripción detallada del procedimiento en comparación con otros procedimientos de quejas entre Estados a la luz de los *travaux préparatoires*, ver NOWAK, M.: *UN Covenant*…, *op. cit*., p. 538.

efectivo en el sistema universal[48]. A diciembre de 2002, 104 de los 149 Estados Partes del Pacto, incluyendo a la mayoría de los antiguos Estados comunistas de Europa, así como a un número creciente de Estados latinoamericanos y africanos, forman parte del Primer Protocolo Facultativo al Pacto y, de ese modo, se encuentran sometidos a la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos en casos de violaciones individuales de derechos humanos.

El procedimiento se ha basado en el que se aplica bajo la Convención Europea de Derechos Humanos. Se divide también en una fase de admisibilidad y una fase en la cual se examina el fondo del asunto. Dado que el Comité es el único órgano involucrado, la duración del proceso es considerablemente más corta que el proceso ante la Comisión Europea y el Tribunal de Derechos Humanos antes de la convergencia de estos dos órganos.

A diferencia del artículo 34 de la Convención Europea de Derechos Humanos, después de la enmienda establecida por el Protocolo N.º 11, solamente las personas individuales (ni grupos, ni ONGs, ni otras entidades legales) pueden realizar una comunicación ante el Comité, según los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo. En consecuencia, el derecho colectivo de los pueblos a la autodeterminación no puede ser objeto de este procedimiento[49]. Los *requisitos de admisibilidad* de los artículos 2, 3 y 5 del Protocolo Facultativo son menos estrictos que los exigidos por la Convención Europea de Derechos Humanos, lo cual significa en la práctica que las posibilidades de pasar la fase de admisibilidad son significativamente mayores ante el Comité. Las comunicaciones no pueden ser anónimas, abusivas o incompatibles con las disposiciones del Pacto *ratione temporis, personae, loci o materiae*. No existe límite de tiempo, pero el demandante debe agotar con carácter previo todos los recursos internos a su disposición. La posibilidad de presentar de manera simultánea diferentes quejas queda excluida en el artículo 5(2) del Protocolo Facultativo, pero, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 35(2)(b) de la CEDH, un demandante puede ir primero a Estrasburgo y después a Ginebra (no al revés). A pesar de esto, muchos Estados miembros del Consejo de Europa, siguiendo una recomendación realizada por el Comité de Ministros, adoptaron una reserva que excluye la posibilidad de

---

[48] Aunque el Primer Protocolo Facultativo utiliza el término «comunicación», está justificado el referirse a un sistema de demandas de carácter cuasi-judicial. Ver al respecto McGoldrick, D.: *op. cit.*, p. 120 y Nowak, M.: *UN Covenant…*, *op. cit.*, p. 647. Para un estudio cronológico de todas las decisiones más importantes sobre quejas individuales ver los diferentes estudios citados de Manfred Nowak.

[49] Communication No. 167/1984, *Lubicon Lake Band v. Canada*, *supra*, nota 11.

acudir a dos procedimientos internacionales de quejas consecutivamente[50]. Aunque el Primer Protocolo Facultativo al Pacto no contiene una autorización explícita similar al artículo53(a) de la CEDH para declarar la inadmisibilidad de las comunicaciones como «manifiestamente infundadas», el Comité ha desarrollado un requisito según el cual las alegaciones deben estar lo suficientemente fundadas como para poder ser admisibles[51].

Según el artículo 4 del Protocolo Facultativo, las comunicaciones que han sido declaradas admisibles se ponen en conocimiento de los gobiernos implicados, para que realicen sus observaciones sobre el fondo del asunto. Todo el proceso es *confidencial* y se basa solo en *información escrita* realizada por ambas partes. Esta restricción establecida en el artículo 5(1) del Protocolo Facultativo excluye, por ejemplo, las audiencias orales, el examen de testigos, o las misiones de reconocimiento y, a menudo, supone serios problemas para el establecimiento de los hechos. En ausencia de respuestas adecuadas por parte del Gobierno, a menudo el Comité tiene que basar sus decisiones exclusivamente en las alegaciones presentadas por el demandante[52].

Aunque no son legalmente vinculantes, las decisiones del Comité sobre el fondo del caso («*opiniones finales*» de acuerdo con el artículo 5(4) del Protocolo Facultativo) se estructuran de la misma forma que las sentencias de los tribunales, generalmente bien razonadas y, finalmente, acaban siendo publicadas en su totalidad en el informe anual del Comité. Los miembros individuales pueden adherir sus observaciones particulares de desacuerdo o de acuerdo a las opiniones finales. Si el Comité dictamina una o más violaciones del Pacto, solicita al Gobierno implicado que establezca remedios apropiados para las víctimas, tales como la liberación de los centros de detención, una compensación adecuada y/o las medidas necesarias para prevenir violaciones similares en el futuro. A la vista de que muchos gobiernos no cumplen con dichas solicitudes y recomendaciones, el Comité, en julio de 1990, nombró un *Relator especial para el seguimiento de sus observaciones* con la función de supervisar el seguimiento que de ellas hacen los Estados. Sin embargo, la falta de efectos jurídicamente vinculantes, y de cualquier tipo de sanciones contra los gobiernos que no cooperan, supone el defecto más serio del sistema de quejas individuales.

---

[50] Ver Nowak, M.: *UN Covenant…*, *op. cit*., p.700.
[51] *Ibid*., p. 666.
[52] *Ibid*., p. 691.

9. **Conclusiones**

En 1996 se celebró el treinta cumpleaños del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y el vigésimo aniversario de su entrada en vigor. Aunque constituye un compromiso entre los entonces prevalecientes conceptos occidentales y socialistas de los derechos humanos, todavía resulta un documento sorprendentemente moderno. Aparte de los derechos a la propiedad y al asilo, no falta ningún derecho civil o político contemporáneo importante. La mayoría de las disposiciones, incluyendo las cláusulas de derogación y de limitación, se formulan de tal forma que encuentran un justo equilibrio entre los objetivos de la aplicación universal, por un lado, y el relativismo cultural, por el otro. Más de dos terceras partes de los actuales 191 Estados miembros de las Naciones Unidas son partes ya del Pacto, lo cual prueba que a pesar de diferencias mayores entre los sistemas legales, políticos, económicos y culturales, el Pacto proporciona un *marco excelente para una total aceptación universal* de los derechos humanos de la llamada primera generación.

Menos satisfactorio resulta el sistema de supervisión establecido por el Pacto y su Primer Protocolo Facultativo. Gracias a su independencia y a sus miembros activos e innovadores, el Comité de Derechos Humanos ha llevado los procedimientos de informes periódicos y de quejas individuales mucho más allá de los estrechos límites de sus marcos legales. Sin embargo, las deficiencias de estos procedimientos resultan obvias. Dejando de lado su autoridad moral y política, al Comité le falta capacidad para obligar o simplemente inducir a los gobiernos a que emitan sus informes en los plazos previstos, para cooperar de manera apropiada y para cumplir con las recomendaciones, resultantes de los exámenes de los informes de los Estados o de las observaciones finales relacionadas con las comunicaciones individuales. Estas decisiones no son ni jurídicamente vinculantes ni políticamente exigibles. El procedimientos de quejas interestatales, el cual fue diseñado principalmente para responder a violaciones de los derechos humanos graves y sistemáticas, proporciona incluso menos posibilidades para conseguir acciones de carácter efectivo.

Bajo el Convenio Europeo de Derechos Humanos las *funciones judiciales* de establecimiento de los hechos y el paso a decisiones y sentencias jurídicamente vinculantes se encuentran *estrictamente* separadas de la *supervisión política de su ejecución*, la cual es función del órgano político más importante del Consejo de Europa, el Comité de Ministros[53].

---

[53] Artículo 46 de la Convención Europea de Derechos Humanos tal y como ha sido enmendado por el Protocolo N.º 11.

Aunque no resulta perfecta, esta división del trabajo ha funcionado en principio de manera bastante eficaz, y ha sido confirmada y reforzada con el establecimiento, desde el 1 de noviembre de 1998, de un solo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de acuerdo con el Protocolo N.º 11. El artículo 45 del PIDCP y el artículo 6 de su Primer Protocolo Facultativo, que obliga al Comité de Derechos Humanos a realizar informes anuales sobre sus actividades a la Asamblea General de Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, se basan en una filosofía similar. En la práctica, estos dos órganos políticos no consiguen otorgar fuerza vinculante a las recomendaciones y observaciones del Comité sobre países específicos.

Mucho se ha comentado, en el contexto del nuevo orden internacional que ha seguido al fin de la guerra fría, sobre el movimiento decisivo de la mera protección a un refuerzo efectivo de los derechos humanos y a unas políticas completas para prevenir las violaciones de los derechos humanos. Como los relatores y grupos de trabajo temáticos y sobre países específicos de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité, como el órgano de supervisión de tratados más importante, realiza una contribución significativa al desarrollo de unos valores universales de derechos humanos y de su supervisión por expertos internacionales. Ahora corresponde a la competencia de los órganos políticos asegurar que los gobiernos cumplan, de hecho, con las decisiones y recomendaciones de los órganos de expertos relevantes y adopten medidas apropiadas para la implementación doméstica de sus obligaciones para con el Pacto y otros tratados internacionales de derechos humanos.

El Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales

José Milá Moreno

Sumario: 1. Génesis: 1) Antecedentes. 2) El PIDESC. 2. Contenido. 3. Mecanismos de exigibilidad: 1) Informes periódicos. 2) El Proyecto de Protocolo Facultativo: las comunicaciones individuales.

1. **Génesis**

1.1. *Antecedentes*

El surgimiento y evolución de los derechos humanos está centrado en la noción de dignidad humana y en los valores que la constituyen. Libertad, igualdad, solidaridad y bien común son valores que determinan la dignificación integral del ser humano, de los pueblos y de la humanidad en general, los cuales han sido conquistados a través de un proceso de grandes luchas a lo largo de toda la historia que aún no han concluido. La evolución de los derechos humanos está así influida, decisivamente, por los acontecimientos que determinan las reflexiones de la humanidad sobre sus más altas aspiraciones en torno a los valores que constituyen el concepto de dignidad humana[1].

En tal sentido, en este artículo nos centraremos en el análisis del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aunque el origen histórico de los derechos establecidos en el Pacto se desprende de acontecimientos anteriores. Por tal motivo necesariamente hay que hacer una breve alusión a esos antecedentes al reconocimiento universal de los derechos económicos, sociales y culturales hecho por el Pacto en cuestión.

---

[1] ANNAN, Koffi: *Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas en la Universidad de Teherán: Universal Declaration of Human Rights Illuminates Global Pluralism and Diversity: Fiftieth Anniversary Year of the Universal Declaration of Human Rights*, Teherán, 10 de diciembre de 1997, este documento se encuentra en http://www.unhchr.ch/Hurricane/Hurricane.

En efecto, las primeras expresiones de estos derechos aparecieron en la Constitución de la I República Francesa de 24 de junio de 1793[2]. Ciertamente, en su artículo 17 se hizo mención expresa a la libertad de elección de empleo, en el artículo 21 se consagró la primera formulación de lo que es el derecho a la vida digna, según la cual la beneficencia pública es una deuda sagrada de la sociedad para asegurar la subsistencia de sus ciudadanos en situación de precariedad, ya sea ofreciendo trabajo o cualquier otro medio de subsistencia a los más incapacitados. Por su parte, el artículo 22 de dicha Constitución formuló lo que es el derecho a la educación, en términos de que la instrucción es una necesidad de toda persona, por lo que la sociedad debe poner la educación al alcance de todos[3]. Posteriormente, la Constitución de la II República Francesa de 4 de noviembre hará un desarrollo mayor y más profundo de estos derechos.

Esta conformación de los principios básicos de los derechos de segunda generación será reforzada por la aparición de un movimiento obrero que impulsará la consagración de derechos de carácter sociolaboral, como por ejemplo el derecho a unas condiciones dignas de trabajo, a la huelga y a la asociación y sindicación[4]. Asimismo, la doctrina social de la Iglesia católica, expresada a través de la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII de 10 de enero de 1890, supuso un apoyo importante a favor de aspectos tan importantes como la protección laboral de las mujeres y los niños, el carácter social del salario y la asistencia social básica[5].

---

[2] De Castro Cid, Benito: *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Universidad de León, León, 1993, p. 1; Amuchástegui, J.G.: *Louis Blanc y los orígenes del Socialismo Democrático,* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1989. Para mayor análisis de estas primeras expresiones de los derechos económicos, sociales y culturales ver: Denis, Henri: *Historia del Pensamiento Económico*, Ariel, Barcelona, 1970, pp. 287-315; Camacho, Ildefonso: *La Doctrina Social de la Iglesia*, Paulinas, Madrid, 1991, pp. 50-55.

[3] El texto íntegro de esta Primera Constitución Francesa se puede consultar en Peces-Barba, Gregorio y Hierro, Liborio: *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*, Universidad Complutense, Madrid, 1973, pp. 92-93.

[4] Para mayor análisis ver Dolleäns, Édouard: *Historia del Movimiento Obrero*, Zero, Madrid, 1969, tomo II.

[5] Entre los documentos más significativos que constituyen la Doctrina Social de la Iglesia están: *Rerum Novarum* (León XIII, 10/1/1890), *Inmortale Rei* (León XIII, 1/11/1885), *Quadragesimo Anno* (Pio XI, 15/5/1931), *Mater et Magistra* (Juan XXIII, 15/5/1961), *Pacem in Terris* (Juan XXIII, 11/4/1963), *Constitución Pastoral Gaudium et Spes* (Juan XXIII, 7/12/1965), *Populorum Progressio* (Pablo VI, 26/3/1967), *Octogesima Adveniens* (Pablo VI, 14/5/1971), *Laborem Exercens* (Juan Pablo II, 14/9/1981) y *Sollicitudo Rei Socialis* (Juan Pablo II, 30/12/1987). El texto íntegro de alguna de estas Encíclicas se encuentra recogido en Márquez, G.: *Las Grandes Encíclicas Sociales*, Apostolado de la Prensa, Madrid, 1961.

Así, será en las Constituciones de México de 1917 y de la República de Weimar donde se produzca el tránsito de dichos ideales a auténticas normas positivas[6], y darán lugar a una corriente constitucional que rápidamente se extenderá por todo el mundo[7]. Desafortunadamente, esta consagración de los derechos económicos, sociales y culturales se hizo a costa de que las normas constitucionales que los consagraron fuesen genéricas y, por tanto, condicionadas a un desarrollo legislativo posterior, así como en forma separada de los derechos civiles y políticos.

A partir de la constitución de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[8] comienza un lento proceso de proyección de estos derechos desde el plano nacional hacia el plano internacional, a lo cual hay que agregar la actuación del Presidente de los Estados Unidos F.D. Roosevelt al proclamar la «libertad contra la miseria» como una de las cuatro libertades fundamentales que se deben garantizar a toda persona para que logre el pleno desarrollo de su dignidad humana[9].

Por todos estos factores, el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas hace referencia a un «concepto más amplio de libertad» que

---

[6] En la Constitución Mexicana de 1917 se establecieron, entre otros, los siguientes derechos: el derecho a la educación (artículo 3), salario justo (artículo 5), restricciones a la propiedad (artículo 27), derecho de sindicación (artículo16), derecho de huelga (artículo 17). Por su parte, la Constitución de Weimar consagró el derecho a la educación (artículo 120), protección a la familia y juventud (artículos 119 y 122), salud (artículo 161), sindicación (artículo 159), derechos sociales mínimos (artículo 162). El contenido de dichas Constituciones aparece en PECES-BARBA, Gregorio, HIERRO-SÁNCHEZ PESCADOR, Liborio: *op cit*., pp. 111 y ss.

[7] NÚÑEZ RIVERO, Cayetano; MARTÍNEZ, Rosa María: *Historia Constitucional de España*, Universitas, Madrid, 1997, p. 220, señalan cómo las Constituciones de Weimar y México fueron tomadas en consideración por Jiménez de Asúa desde el primer momento en que conformó la Comisión encargada de redactar el Proyecto de Constitución española de 1931. También VILLARROYA, Joaquín Tomás: *Breve Historia del Constitucionalismo Español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 122-123, destaca la influencia de esta corriente constitucional en todo el proceso de elaboración de la Constitución Española de 1931. Otras Constituciones que se sumarán a esta tendencia serán la Constitución de Chile de 1921, Irlanda de 1937, Perú de 1933, Rumanía de 1923 y la del Reino Serbo-Croata de 1921. Para más detalle, ver PECES-BARBA, Gregorio: «Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Su Génesis y Su Concepto», *Revista de Derechos y Libertades,* n.º 6, año III, febrero de 1998, p. 22.

[8] Para un análisis más detallado del aporte de esta organización a la configuración de los derechos previstos en el PIDESC, véase: LEARY, Virginia: «Lessons from the Experience of the International Labour Organization», en ALSTON, P.: *United Nations and Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1993.

[9] ROOSEVELT, F.: «State of the Union Message» en JHONSON, M. Glen: «The Contribution of Eleanor and Franklin Roosevelt to the Development of International Protection of Human Rights»*, Human Rights Quaterly,* vol. 9, 1987, p. 19.

abarca tanto los tradicionales derechos civiles y políticos como los nuevos derechos económicos, sociales y culturales[10]. Así, la Organización de las Naciones Unidas decide empezar por elaborar una declaración general sobre los derechos humanos básicos internacionalmente reconocidos, para luego diseñar un instrumento vinculante que los recoja junto con los mecanismos de supervisión internacionales. De esta manera, aparecen irreversiblemente reconocidos en el plano internacional los derechos de segunda generación en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948[11]. La redacción de los Pactos que detallasen el contenido de los derechos expresados por la Declaración y establecieran los mecanismos de supervisión internacional fue una tarea que se prolongó 16 años debido a las confrontaciones de la Guerra Fría, aspecto sobre el cual nos detendremos a continuación.

1.2. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*

La elaboración de un auténtico tratado internacional que estableciera las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, así como los mecanismos de supervisión, estuvo condicionada por las tensiones de la Guerra Fría. A partir de 1955, la correlación de fuerzas en la Asamblea General de las Naciones Unidas se invirtió respecto de

---

[10] Por su parte, GÓMEZ, Felipe: «La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y contenido», en AA.VV.: *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su Cincuenta Aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999, p. 30, afirma que «con el pronunciamiento de un *concepto más amplio de libertad* la Carta de las Naciones Unidas, influida en este punto por el discurso de las cuatro libertades de Roosevelt, va a dar entrada a los derechos de segunda generación, los derechos económicos, sociales y culturales». Ver también SALOMON, A.: *Le Préambule de La Charte, base idéologique de l'O.N.U.*, Ginebra, 1946, p. 198.

[11] Ahora bien, las disposiciones específicas en las que se precisan los derechos económicos, sociales y culturales en la Declaración se encuentran tanto en su preámbulo como en su parte dispositiva, desde el artículo 22 hasta el artículo 28. El artículo 22 tiene una vital importancia pues su contenido se irradia al resto de los derechos económicos, sociales y culturales al establecer que «toda persona como miembro de la sociedad tiene derecho a la seguridad social, y a obtener mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad». Esta disposición refuerza la expansión de la noción de vida y derechos humanos al definir a la persona como un sujeto social, es decir, contextualizado dentro de una realidad económica, social y cultural como «miembro de la sociedad», que condiciona su existencia. Se supera así, a nivel mundial, el concepto formal y abstracto de ser humano, como un ente individual y formal.

los momentos de su fundación[12], ya que debido al proceso de descolonización un nuevo grupo de países pasaron a formar parte de la Organización. Este nuevo grupo va a buscar como objetivo prioritario alcanzar un desarrollo económico y social que les ayude a salir de la situación de dependencia, pobreza y subdesarrollo en que se encuentran[13].

Así las cosas, cuando en el seno de la Comisión de Derechos Humanos se empieza a trabajar en la inclusión de los derechos económicos, sociales y culturales en el proyecto de convención internacional que establecería las normas internacionales mínimas obligatorias para los Estados en esta materia, se produjo un acentuamiento de la confrontación entre dos posturas. Los países capitalistas proponían la elaboración de dos convenciones separadas, una para cada categoría de derechos, y que los derechos económicos, sociales y culturales fueran consagrados en forma de principios programáticos. Los países socialistas, por su parte, defendían la elaboración de una sola convención para ambas categorías que unificase los mecanismos de protección internacional de forma precisa y operativa.

La discrepancia era tal que la Comisión decidió pedir la opinión a la Asamblea General, sobre si recomendaba adoptar una única convención que englobase ambas categorías de derechos o si, por el contrario, debían elaborarse dos tratados separados. La Asamblea General, donde el bloque socialista y del Tercer Mundo constituía mayoría, no dudó en ordenar la elaboración de un único instrumento que regulara ambas categorías, siguiendo así el criterio de la indivisibilidad de todos los derechos humanos establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Sin embargo, al recibirse la opinión de la Asamblea General en la Comisión, los países capitalistas se mostraban determinados

---

[12] Para un análisis pormenorizado de la evolución de las fuerzas políticas e ideológicas en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas desde 1945, ver CASSESE, Antonio: «The General Assembly: Historical Perspective 1945-1989», en ALSTON & STEINER: *International Human Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 25-54.

[13] El rechazo a ver peligrar su soberanía mediante un sistema de supervisión internacional de derechos humanos no era sólo una preocupación de los países occidentales, sino que también los países del bloque soviético habían elaborado un cuerpo doctrinal opuesto a cualquier forma de control internacional, en BOKOR, Hanna: «Human Rights and International Law», en AA.VV.*: The Socialist Concept of Human Rights,* Akadémiai, Kiadó, Budapest, 1966, p. 297. Bokor, representante de la Escuela de Budapest, indicaba que «la protección debe ser tal que respete la soberanía de cada Estado», y sobre los mecanismos de quejas individuales y colectivas afirmaba que «elevar el status del individuo al Derecho Internacional es condenable,… es un excelente medio para interferir en los asuntos internos».

a no aceptar la elaboración de una sola convención, amenazando incluso con retirarse del sistema de protección internacional que surgiera de dicho instrumento. Esta postura tuvo como resultado el tener que hacer una nueva consulta a la Asamblea General sobre el mismo asunto. Esta vez, ante la gran presión existente, se pronunció mediante la resolución 543 (VI) de 1953 en favor de la elaboración de dos convenciones. El proceso de redacción finalizó en 1954, y los proyectos finales pasaron a la Asamblea General para su discusión y aprobación. El debate interno en la Comisión de Derechos Humanos fue intenso y largo, hasta tal punto que ambas Convenciones no se aprobaron hasta 1966, en forma conjunta, mediante la resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966, por parte de la Asamblea General.

A pesar de esta presión política e ideológica por disociar los derechos humanos en dos categorías separadas mediante su regulación diferenciada en dos instrumentos, los preámbulos del PIDCP y del PIDESC retomaron la interdependencia natural que tienen todos los derechos humanos. Así, el preámbulo común a ambos Pactos señala que «de acuerdo con la Declaración Universal no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales tanto como de sus derechos civiles y políticos». Esta previsión ha sido elocuentemente interpretada por Philip Alston en el sentido de que «fue aceptada parcialmente como compromiso político necesario entre las dos visiones opuestas. Pero, además, refleja el hecho de que estas dos categorías de derechos no pueden ni lógica ni prácticamente ser separadas en compartimentos-estanco»[15].

Con todo, el PIDESC significó un paso trascendental en la historia de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que es en un código de normas jurídicas universales y vinculantes para los Estados ratificantes, quienes han aceptado someterse a un sistema de supervisión internacional, que aún se encuentra en vías de perfeccionamiento pero que rompe definitivamente con la barrera de la soberanía estatal. Progresivamente, se ha ido desarrollando un movimiento que apunta directamente al reforzamiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos humanos esenciales para la existencia humana en forma indivisible con los derechos civiles y políticos.

---

[14] STEINER & ALSTON: *International Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 263.

Hoy en día, los derechos económicos, sociales y culturales han alcanzado su reconocimiento formal como derechos fundamentales positivizados a nivel universal y, por lo tanto, sujetos a control internacional por encima de la soberanía y los asuntos internos de los Estados. Sin embargo, los nuevos tiempos traen consigo nuevos retos políticos, económicos y jurídicos para el ejercicio efectivo de estos derechos. En tal sentido, la progresividad de su implementación práctica, el condicionamiento económico y su justiciabilidad son algunos retos jurídico-económicos que inciden en la correcta realización de su contenido, pero no en su existencia, que ya es un hecho consumado internacional.

2. **Contenido**

A continuación nos vamos a detener en el análisis del contenido del PIDESC, es decir, los derechos y obligaciones que consagra. En primer lugar tenemos que señalar que el Pacto desarrolla derechos como el trabajo (artículos 6 y 7), la sindicación (artículo 8), la seguridad social (artículo 9), la protección a la familia, mujer y niños (artículo 10), el logro de un nivel de vida adecuado (artículo 11), la salud (artículo 12), la educación (artículos 13 y 14), la cultura (artículo 15)… De esta forma, se ha constituido en un código jurídico internacional de derechos y obligaciones mínimas y concretas en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que el Estado y la comunidad internacional tienen el deber de respetar.

Sin embargo, el elemento que levanta mayor interés y dificultad en el contenido de este instrumento internacional se encuentra en la naturaleza de las obligaciones que los Estados asumen con vistas a la realización de los derechos antes mencionados. Estas obligaciones vienen recogidas en el artículo 2.1 del Pacto de la siguiente manera:

> «Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, 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».

En el fondo de esta disposición subyace el debate sobre los elementos sustanciales de las obligaciones derivadas del Pacto, a saber: la justiciabilidad, la naturaleza progresiva y el condicionamiento de dichas

obligaciones por la disponibilidad o no de recursos económicos. Sobre estos aspectos vamos a centrar nuestra atención a continuación.

En primer término, con carácter general, la justiciabilidad de un derecho consiste en su capacidad de ser invocable ante órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales para obtener la protección de los mismos ante un caso concreto de violación. A este respecto, en el informe presentado ante la Comisión de Derechos Humanos por parte del relator especial José Bengoa se define la justiciabilidad como «el proceso por medio del cual los derechos establecidos en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y otros instrumentos puedan ser reclamados efectivamente frente a los tribunales de justicia, los organismos públicos y aplicada la justicia como en cualquier otro caso de derecho vulnerado»[15].

A pesar de quienes tienen una opinión contraria a la justiciabilidad de los derechos del PIDESC[16], el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha interpretado este elemento en su Comentario General N.º 3, en el cual analiza la naturaleza de la obligación del citado artículo 2.1 del Pacto. En este interesante Comentario, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales ha reafirmado que sí existen, por lo menos, algunos elementos de los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el Pacto que pueden ser justiciables y que son de ejecución inmediata por parte del Estado. Es por este motivo que es «difícilmente sostenible sugerir que las disposiciones indicadas son intrínsecamente no autoejecutables»[17]. Asimismo, el Comité ha indicado entre los derechos cuya obligación de ejecución por parte de los Estados miembros del Pacto es ya inmediata, y justiciable tanto internacional como nacionalmente, algunos como: igualdad en el disfrute de todos los derechos del PIDESC entre hombres y mujeres (artículo 3); el derecho a unas condiciones equitativas de trabajo que aseguren una remuneración que como mínimo asegure un salario igual por trabajo

---

[15] BENGOA, José: *Informe Final sobre la relación entre el Disfrute de los Derechos Humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales, y la distribución de los ingresos*, E/CN.4/Sub.2/1997/9, Ginebra, 30 de junio de 1997, párr. 84.

[16] Véase CRANSTON, M.: *What are Human Rights?*, BodlyHead, Londres, 1973; VIERDAG, E.W.: «The Legal Nature of the Rights Granted by the International Convention on Economic, Social and Cultural Rights», *Netherlands Yearbook of Internacional Law*, vol 9, n.º IX, 1978, pp. 69-105; BOSSUYT, M.: «La distinction juridique entre les droits civiles et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels», *Revue des Droits de L'Homme*, vol. 8, 1975, p. 783-820

[17] Véase COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones de los Estados Partes (Párr. 1 del art.2 del Pacto)*, E/1991/23, Ginebra, 14 de diciembre de 1990.

igual, el derecho de las mujeres a condiciones laborales y retributivas iguales que las de los hombres por la prestación de igual trabajo (Artículo 7, a), i); el derecho de fundar y afiliarse a sindicatos, federaciones o confederaciones, y a funcionar sin ningún obstáculo y, finalmente, el derecho de huelga (Artículo 8)…[18].

Aplicando a casos concretos esta interpretación que estamos analizando, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sentado en sus múltiples Observaciones Finales[19] el criterio uniforme y reiterado de que los Estados partes tienen que abrir más sus mecanismos de justiciabilidad interna para que permitan a «los derechos enunciados en el Pacto poder invocarse ante los tribunales»[20]. Por eso, se recomienda a los Estados «proporcionar el debido acceso a los tribunales para la adecuada defensa de los correspondientes derechos»[21]. Esta interpretación cuenta además con el apoyo de un sector importante de la doctrina internacionalista[22].

En conclusión, pensamos que se revelan nuevos aspectos concretos de los derechos económicos, sociales y culturales que los hacen susceptibles de ser objeto de justiciabilidad interna e internacional y, por lo tanto, no parece justificable privar a estos derechos de los mismos mecanismos de exigibilidad y justiciabilidad de que disfrutan los derechos civiles y políticos.

---

[18] Para conocer más ejemplos, véase: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación General N.º 3: La Indole de las … op. cit*., párr. 2 y 5

[19] O'FLAHERTY, Michael: *Human Rights and the UN*, Sweet & Maxwell, Londres, 1996, p. 67.

[20] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación Final: Azerbaiyán*, E/C. 12/1/Add.20, Ginebra, 22 de diciembre de 1997, párr. 13. En la misma línea, *Observación Final: Perú*, E/C. 12/1/Add.14, Ginebra, 20 de mayo de 1997, párr. 25,

[21] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación Final: Zimbabwe,* E/C. 12/1/Add.41, Ginebra, 8 de diciembre de 1999, párrafo 12. En reafirmación de este criterio del Comité, consultar sus siguientes Observaciones: *Observación Final: Reino Unido,* E/C. 12/1/Add.19, Ginebra, 2 de diciembre de 1997, párr. 10; *Observación Final: Federación Rusa*, E/C. 12/1/Add.12, Ginebra, 20 de mayo de 1997; *Observación Final: Uruguay*, E/C. 12/1/Add. 18, Ginebra, 22 de diciembre de 1997; *Observación Final: Polonia,* E/C. 12/1/Add.26, Ginebra, 16 de junio de 1998, párr. 4; y *Observación Final: Túnez,* E/C. 12/1/Add. 36, Ginebra, 14 de mayo de 1999, párr. 3.

[22] Véase, al respecto, «The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights», *Human Rights Quarterly*, vol 9, 1987, p. 124; OPSAHL, Torke: «Instruments of Implementations of Human Rights», *Human Rights Law Journal*, vol. 10, 1989, p. 39; GROS ESPIELL, Héctor: *Estudios sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pp. 178-179; SCHACHTER, Oscar: «United Nations Law», *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, pp. 13-14; CASSIN, René: «Veinte Años después de la Declaración Universal», *Revista de la Comisión Internacional de Juristas,* vol. VIII, n.º 2, 1967, p. 13.

El segundo elemento que caracteriza a las obligaciones de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural se refiere a su forma de realización. Todavía hay quienes sostienen que los derechos económicos, sociales y culturales, por su propia naturaleza, tienen un carácter exclusivamente positivo y por tanto su realización tiene que ser progresiva en el tiempo, a diferencia de los derechos civiles y políticos, que son negativos, pues se realizan de forma inmediata con la sola abstención del Estado. Por consiguiente, concluyen que los derechos del PIDESC no pueden ser justiciables a corto plazo en su totalidad[23].

En nuestra opinión, esta postura tradicional desconoce muchos aspectos específicos de las obligaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, como el verdadero alcance de lo que significa la *realización progresiva* según el mismo artículo 2.1. del PIDESC. Por una parte, hemos visto anteriormente cómo el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha identificado una serie de derechos del PIDESC cuya realización es inmediata y pueden ser incluso justiciables. Por otra parte, no se niega el hecho de que hay derechos cuyo desarrollo requiere ejecutar una serie de pasos progresivamente, pero aún en estos casos la obligación no queda desprovista completamente de significado a largo plazo. Es el caso de derechos tales como a un nivel de vida adecuado o a la seguridad social.

Ciertamente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Comentario General N.º 3, analiza el carácter progresivo de los derechos de segunda generación, e indica que por «realización progresiva» debe interpretarse el reconocimiento de que estos derechos no pueden cumplirse de forma inmediata sino en un determinado plazo de tiempo, pero incluyendo tanto *obligaciones de comportamiento* como *obligaciones de resultado.* Esto exige de los Estados el adoptar medidas «deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto», siendo estas medidas no sólo de tipo legislativo, sino también administrativas, educativas y judiciales[24].

Por ello, siguiendo el mismo Comentario General que venimos analizando, la realización progresiva «no se debe interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo su contenido significativo», sino que, al contrario, reafirma el carácter vinculante, por implicar «claras obligaciones para los Estados partes… de proceder lo

---

[23] Bossuyt, M.: «International Human …», *op cit*., p. 52.

[24] Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op. cit*., párr. 2 y 3.

más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo». De esta manera, cualquier retroceso en los avances alcanzados «deberá justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que dispongan»[25].

En relación con el carácter vinculante de la implementación progresiva del PIDESC, los Estados tienen la obligación de mantener unos mínimos en el disfrute de los derechos establecidos en el Pacto en favor de aquellos grupos que son considerados vulnerables en el disfrute de los mismos. Así, por ejemplo, en los casos de los niños, las personas mayores, los grupos indígenas y las mujeres, existe el interés especial de que el proceso de realización de los derechos del PIDESC se mantenga en todo momento, ya que por diversas razones se encuentran, en la práctica, en desventaja a la hora de gozar de los mismos, sobre todo en épocas de crisis económica. Así lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nuevamente en su interpretación oficial del artículo 2.1 del PIDESC en el Comentario General N.º 3, según el cual «aún en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo»[26].

Como podemos apreciar en la explicación del Comité, en tiempos de escasez de recursos es cuando más hay que insistir a los Estados para que se esfuercen en no ceder ante otros intereses en perjuicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los grupos más vulnerables. Y es que, sin duda, la voluntad política de las autoridades encargadas del cumplimiento del PIDESC afecta la realización del mismo, y ello se pone a prueba en aquellos momentos en que escasean los recursos y es necesario establecer prioridades para distribuir los mismos.

Por ello, podemos entender que en los diversos estudios y análisis sobre el progreso del PIDESC en la Comisión de Derechos Humanos[27] aparece como preocupación de fondo para la realización progresiva de

---

[25] Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op. cit*., párr. 2 y ss.

[26] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op cit*., párr. 12.

[27] Guissé, Hadji: *Informe final ante la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la impunidad de los autores de las violaciones de los derechos humanos (derechos económicos, sociales y culturales), en cumplimiento de la resolución 1996/24 de la Subcomisión*, E/CN.4/Sub.2/1997/8, Ginebra, 23 de junio de 1997, párr. 116.

estos derechos la escasa voluntad política más que la naturaleza jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales[28].

Ahora bien, después de todo lo que acabamos de señalar, llegamos al último elemento de las obligaciones de los derechos humanos económicos, sociales y culturales previsto en el artículo 2.1 del PIDESC: la utilización de «hasta el máximo de los recursos de que dispongan» para su cumplimiento. En tal sentido, no es un factor que deba desmejorar la naturaleza universal y vinculatoriedad jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el PIDESC pues, dado su carácter de derechos humanos en sentido jurídico, estos derechos son *per se* incondicionales e inderogables. Por ello, en el Comentario General N.º 3 se indica que «un Estado parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto. Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser»[29].

Además, como hemos puesto de manifiesto anteriormente, hoy en día se reconoce que la necesidad de disponer de importantes recursos económicos y técnicos es algo también requerido para la realización de muchos derechos civiles y políticos previstos en el PIDCP, y no por ello pierden su carácter vinculante[30]. Ciertamente, podríamos preguntarnos si el derecho a no ser torturado ni sometido a tratos inhumanos no requiere también de una inversión económica por parte del Estado en programas de formación de los cuerpos de seguridad o si el derecho a un juicio justo sería viable sin el sostenimiento por parte del Estado de un sistema judicial eficiente, donde jueces, fiscales y abogados cuenten con los recursos materiales y técnicos para atender debidamente las demandas de los particulares de solicitud de justicia.

Lo dicho anteriormente no quiere decir que no existan problemas reales que afecten a la disponibilidad de recursos para implementar los

---

[28] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op cit.*, párr. 12. Ver también, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 6: Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las personas de edad*, E/C.12/1995/16, Ginebra, 5 de diciembre de 1995, párr. 17.

[29] Véase, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op cit.*, párr. 10.

[30] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación Final: Canadá*, E/C. 12/1/Add.31, Ginebra, 10 de diciembre de 1998, párr. 4.

derechos humanos de naturaleza económica, social o cultural. Es más que evidente que pueden surgir dificultades en un momento dado, pero ello requiere ser visto con reservas, porque muchas veces los impedimentos económicos responden más a prioridades políticas que a verdaderas razones ajenas a la voluntad de los Estados en emplear todos los recursos existentes a su disposición. Esta prudencia es además la actitud que asume el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para el cual existen factores que frecuentemente desvían los fondos hacia otros intereses que no justifican a ningún Estado para relegar el cumplimiento de sus obligaciones según el artículo 2.1 del PIDESC.

En este punto es cuando recobra especial importancia señalar cómo muchos Estados, y la comunidad internacional en general, en ciertos casos anteponen intereses políticos y económicos al cumplimiento del PIDESC. A la luz de la legalidad internacional, este hecho supone una excusa inaceptable para retrasar o incumplir las obligaciones que el PIDESC establece para los Estados Partes según su artículo 2.1.

En tal sentido, la incapacidad económica de un Estado para la ejecución de dichos compromisos por razones ajenas a su voluntad tampoco se justificaría por sí sola. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Comentario General N.º 3, «el Comité desea poner de relieve, empero, que aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción»[31].

Por consiguiente, como consecuencia de esta interpretación, parece difícil que los Estados pretendan evadir o diferir sus obligaciones en relación a los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el PIDESC aludiendo una indisponibilidad de recursos económicos, ya que la naturaleza jurídicamente vinculante de estos derechos no es derogable por motivos de dificultades económicas, y menos aún por anteponer otros intereses o prioridades de cualquier tipo. Ahora bien, cabe preguntarnos cuáles son los intereses o factores más habituales por los que los Estados tienden a desviar los recursos existentes hacia otras prioridades diferentes al cumplimiento del PIDESC. Entre estos problemas se

---

[31] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op. cit.*, párr. 11.

encuentran la deuda externa, los conflictos armados, las sanciones económicas[32], las fluctuaciones de los mercados comerciales internacionales[33] o la corrupción[34].

Actualmente, se ha generado una tendencia dentro de algunas instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial que lentamente van empezando a ser más sensibles a la protección de los derechos básicos del PIDESC de los grupos más vulnerables de los países en desarrollo. Por ello, esta institución está comenzando a reconocer que el cumplimiento de los Programas de Ajuste Estructural no debe conllevar la negación del disfrute de tales derechos a sus respectivos ciudadanos. El grupo del Banco Mundial ha asimilado las enseñanzas de la experiencia, lo que ha llevado a modificar su enfoque en materia de desarrollo: «mientras que inicialmente se pensaba que el crecimiento terminaría, por ósmosis, por beneficiar a los pobres, ahora se ha comprendido que para reducir la pobreza también es preciso tomar medidas en favor de los grupos más desposeídos y más vulnerables»[35].

Por tanto, los graves problemas que afectan la disponibilidad de los recursos económicos necesarios para la efectiva implementación de los

---

[32] En COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación Final: Irak,* E/C. 12/1/Add.17, Ginebra, 12 de diciembre de 1997, párr. 9, el Comité señaló claramente que «el efecto de las sanciones y el bloqueo dificultan la plena realización de ciertos derechos reconocidos en el Pacto, pero subraya que el Estado parte sigue siendo responsable de cumplir sus obligaciones que ha asumido en virtud de este instrumento "hasta el máximo de los recursos de que disponga" de conformidad con el artículo 2.1 del Pacto»; Similar criterio también fue usado por el Comité en *Observación Final: Sri Lanka*, E/C.12/1/Add. 24, Ginebra, 16 de junio de 1998, párr. 3, 6, y 7

[33] Al respecto, el Comité ha reconocido que la disponibilidad de recursos de muchos Estados del Tercer Mundo tiene una dependencia económica directa de las fluctuaciones de los mercados internacionales de los productos en los cuales se basa su economía, como es el caso del petróleo. Véase al respecto COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación Final: Libia,* E/C.12/1/Add. 15, Ginebra, 20 de mayo de 1997, párr. 9.

[34] El Comité señala la corrupción interna en muchos Estados como un serio obstáculo para la realización del Pacto, pues «el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales se ve obstaculizado por … los efectos negativos de la corrupción generalizada sobre el financiamiento de las instituciones gubernamentales». Véase COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Observación Final: Nigeria … op cit*., párr. 3.

[35] BANCO MUNDIAL: *Les Lecons du passé, les enjeux de l'avenir,* en DESPUY, Leandro: *Informe Final sobre La Pobreza y Los Derechos Humanos ante la Comisión de Derechos Humanos,* E/CN.4/Sub.2/1996/13, Ginebra, 28 de junio de 1996, párr. 90. Además, hay que decir que la OIT, en un nuevo enfoque para aliviar los efectos de estos programas sobre el disfrute de los derechos, está impulsando la creación de las redes de protección social así como promoviendo un diálogo más cercano entre los países deudores y las instituciones financieras para lograr salvaguardar los derechos humanos sociales. Ver también, GUISSE, H.: *op cit*., párr. 31.

derechos económicos, sociales y culturales, no derivan de la naturaleza de los mismos, dado que son jurídicamente inderogables, sino de las condiciones del contexto político y económico existente tanto a nivel nacional como internacional. Es decir, estamos ante un problema diferente, aunque no nos es indiferente, del tipo de prioridades políticas y económicas del orden económico internacional y nacional vigente, que no favorece la realización práctica de los derechos económicos, sociales y culturales de los cuales depende la existencia digna de gran parte de la humanidad. En efecto, «el argumento del límite de los recursos no siempre apela a una imposibilidad fáctica, sino que a veces presupone un criterio ideológico sobre cuánto y en qué es apropiado invertir o gastar»[36]. Y es que, como señala Asbjorn Eide, «las necesidades fundamentales no deben estar a merced de los cambios de las políticas y programas gubernamentales, deben ser definidas como indisponibles»[37].

Ahora bien, seguidamente se plantea la interrogante de cuál es el ámbito de los recursos disponibles para la realización de los derechos humanos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, dichos ámbitos no deben interpretarse restringidamente a nivel nacional, sino más bien en forma mucho más amplia incluyendo el ámbito internacional. Por lo anterior, podemos inferir que en el caso de que efectivamente un Estado demuestre que carece de recursos internos suficientes para atender los derechos económicos, sociales y culturales previstos en el PIDESC, como su primera prioridad, entonces deberá acudir a la cooperación internacional para obtener los recursos necesarios, lo cual supone el cumplimiento de los principios de la *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, tal y como señala el mismo Comité en el citado Comentario General N.º 3[38].

---

[36] Ruiz Miguel, Alfonso: «Derechos Liberales y Derechos Sociales», *DOXA*, N.º 15-16, 1999, p. 660.

[37] Eide, A., Rosas, A.: «Economic, Social and cultural Rights», en Eide, A., Krause, K., Rosas, A.: *op cit*., p. 2.

[38] Atención especial merece la relación en este punto entre el PIDESC y el derecho al desarrollo recogido en la Declaración promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986. En efecto, la cooperación internacional en favor de los derechos establecidos en el Pacto requiere en la práctica el cumplimiento de lo establecido en dicha Declaración. Al respecto, el Comité reconoce en su Comentario General N.º 3 que «la importancia de la Declaración sobre el derecho al desarrollo aprobada por la Asamblea General en su resolución 41/128 de 4 de diciembre de 1986 y la necesidad de que los Estados partes tengan plenamente en cuenta la totalidad de los principios reconocidos en ella. Insiste que si los Estados que están en situación de hacerlo no ponen en marcha un programa dinámico de asistencia y cooperación internacional, la realización plena de los derechos económicos, sociales y culturales seguirá siendo una aspiración insatisfecha en muchos países». Véase Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Observación General N.º 3: La Indole de las Obligaciones … op. cit*., párr. 14.

3. **Mecanismos de exigiblidad**

Ahora bien, debido a las confrontaciones políticas de la época, el PIDESC dispone únicamente de un sistema de supervisión y control difuso de su normativa, el cual consiste en la presentación de informes periódicos por parte de cada Estado parte[39], a diferencia del sistema previsto en el PIDCP que, además de este procedimiento, también está reforzado con el mecanismo contencioso de resolución de casos concretos mediante la presentación de quejas inter-estatales y comunicaciones individuales. Este trato discriminatorio en cuanto a los mecanismos de protección en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales frente a los civiles y políticos previstos en los respectivos Pactos, representa una clara ruptura del principio de indivisibilidad e interdependencia entre ambas categorías de derechos proclamada tanto en la Declaración Universal de Derechos Humanos como en el mismo preámbulo común a ambos Pactos.

En lo concerniente a esta situación, actualmente existe un Proyecto de Protocolo Facultativo que pretende instaurar en el PIDESC un mecanismo de comunicaciones individuales similar al del PIDCP a fin de restituir el principio de indivisibilidad en este aspecto. Hay que agregar que, originariamente, el órgano supervisor del PIDESC era el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), el cual es un ente de naturaleza más política que técnica. Sin embargo, dicho órgano creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante resolución 1985/17 para llevar a cabo el análisis de los informes[40]. El Comité es un órgano de carácter técnico y está compuesto por expertos independientes, por lo que cada vez más se asemeja al Comité de Derechos Humanos que supervisa el PIDCP, aunque este último tiene una base jurídica más sólida al estar establecido en dicho Pacto, es decir, en una norma de Derecho Internacional originario. A continuación procederemos a realizar un breve repaso del sistema que supervisa el PIDESC.

3.1. *Informes Periódicos*

En los artículos 16 al 25 del PIDESC se regula este procedimiento de presentación de informes por parte del Estado, el cual se desarrolla

---

[39] FISCHER, Hugo: «The Human Rights Covenants and Canadian Law», *The Canadian Yearbook of International Law*, vol. XV, 1977, p. 64.

[40] Para un análisis exhaustivo sobre el origen del Comité, véase el artículo: COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS: «Supervisión del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Grupo de Trabajo del ECOSOC», *La Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, N.º 27, 1981, p. 39.

ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por delegación del Consejo Económico y Social, según la resolución 1985/17. El procedimiento obliga a los Estados a presentar informes con carácter periódico ante el Comité, indicando las medidas concretas que está adoptando para dar cumplimiento a sus obligaciones, así como los obstáculos que se encuentran al respecto.

El procedimiento consiste en que los Estados miembros del PIDESC presentan sus informes ante el Secretario General de las Naciones Unidas, quien, a su vez, lo transmite al ECOSOC y al Comité para que proceda a su examen. En dichos informes los Estados están obligados a exponer las medidas y progresos concretos que hayan adoptado en el cumplimiento de su obligación de realizar los derechos del Pacto, así como los obstáculos y dificultades.

El Comité efectúa un análisis técnico sobre el cumplimiento que hace el Estado de sus obligaciones en base a la información que éste aporta. Por tal motivo, la obligación de presentar informes conlleva el deber del Estado de aportar información concreta, fiable y pertinente.

Asimismo, las agencias especializadas de las Naciones Unidas relacionadas con dichos derechos son invitadas a participar en el análisis del informe, como por ejemplo la OIT respecto de los derechos laborales o la UNESCO sobre la situación de la educación, la ciencia y la cultura en el Estado en cuestión, quienes recibirán copia del informe y podrán hacer las consideraciones que crean necesarias. El Comité considera que, en el marco del procedimiento, cabe la posibilidad de formular preguntas a los representantes del Estado cuyo informe esté siendo analizado, a fin de llegar a una comprensión más integral de la situación.

Como resultado final de este proceso, el Comité emite una observación final en la cual se recogen sus conclusiones sobre el cumplimiento del Estado de sus obligaciones según el Pacto. En tal sentido, el Comité ha optado por que la presentación de los informes sea una oportunidad para mantener un *diálogo constructivo* con los Estados sobre estos temas, por lo que al adoptar sus Observaciones Finales evita usar términos de condena cuando un Estado incumple sus deberes, ya que no se trata de un procedimiento de naturaleza cuasijudicial contra el Estado infractor. Sin embargo, el Comité hace públicas sus observaciones para que llegue a conocimiento de los medios de comunicación, ONGs, etc. y, de esta forma, el Estado se someta a una crítica de la opinión pública internacional por su incumplimiento, lo que suele ser una fuerte presión para estimular al Estado infractor para que cambie sus prácticas contrarias a los derechos humanos.

3.2. *El Proyecto de Protocolo Facultativo: las comunicaciones individuales*

Ante la debilidad de los informes periódicos como mecanismo para controlar realmente la actividad de los Estados en este campo y como medida para el reforzamiento del sistema de supervisión establecido en el PIDESC, el Comité ha elaborado un proyecto de protocolo facultativo sobre la base del consenso alcanzado entre sus miembros con la asistencia de agencias especializadas de las Naciones Unidas como la OIT o la UNESCO e incluso algunas ONGs. Adicionalmente, el Comité ha tomado en cuenta el proyecto de protocolo facultativo de comunicaciones para el PIDESC elaborado tras la reunión de un grupo de expertos celebrada en enero de 1995 en el Instituto Holandés de Derechos Humanos de Utrecht (SIM), estimulado, entre otras cosas, por «enfatizar el rol del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el logro futuro de la Convención y sus previsiones de implementación»[41]. Así, el Comité aprobó en su decimoquinta sesión en 1996 un informe final que recoge el contenido concreto del proyecto de protocolo facultativo sobre el mecanismo de comunicaciones para el PIDESC. Dicho proyecto fue presentado ante la Comisión de Derechos Humanos para su consideración y aprobación[42] y mediante este mecanismo cuasijudicial similar al que tiene el PIDCP se pretende ofrecer a las víctimas de violaciones concretas de sus derechos derivados del Pacto por parte de un Estado miembro la posibilidad de dirigirse al Comité a fin de que éste investigue dicha actuación. En caso de que se determine que efectivamente se produjo tal violación, el Comité hace tal señalamiento al Estado en su decisión final que, si bien es cierto que adquiere la forma de una recomendación, sitúa al Estado frente a la tesitura de verse sometido a una condena de la opinión pública mundial, lo que puede llevar a que se adopten medidas a nivel nacional para evitar futuras transgresiones.

El inicio de este proceso condujo a que la Comisión iniciase los trámites para debatir el citado proyecto. Para ello, requirió del Secretario

---

[41] Proyecto de Protocolo Opcional al PIDESC de Utrecht, 25 de enero de 1995. El texto íntegro de este proyecto se puede consultar en ARAMBULO, Kitty: *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights,* Hart Intersentia, Utrecht, 1999, pp. 391-408.

[42] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de Protocolo Facultativo para el Examen de Comunicaciones Relativas al Incumplimiento del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/1997/22. E/C.12/1996/6, en COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe de los Períodos de Sesiones 14.ª y 15.ª, Suplemento N.º 2*, Documentos Oficiales, Ginebra, 1997, anexo IV.

General de las Naciones Unidas que solicitase a los gobiernos de los Estados partes del PIDESC, así como a diversas ONGs, su opinión sobre el contenido del proyecto, para su consideración y posterior aprobación[43].

Ahora bien, en el caso de que la Comisión finalmente adopte el proyecto, será necesario también que el Consejo Económico y Social y la Asamblea General lo aprueben. Solo entonces podría comenzar la fase de ratificación del Protocolo Facultativo por parte de los Estados. Una vez alcanzado el número mínimo de ratificaciones que se establezca, el proyecto pasará a ser una realidad como Protocolo Facultativo del PIDESC. Para tal fin hace falta que el proyecto de protocolo represente un consenso internacional entre 2 principios claves para la existencia y eficacia de todo mecanismo de protección de derechos humanos: la universalidad (mayor número posible de Estados que lo ratifique) y la eficacia (un procedimiento que ofrezca garantías mínimas a los individuos de ser protegidos en sus derechos)[44].

Aunque resulta difícil decir cuál es ese punto de equilibrio entre ambos principios, en nuestro caso parece que se puede alcanzar un Protocolo Facultativo cuyo procedimiento de comunicaciones tenga un nivel de protección y efectividad de los derechos del PIDESC bastante aceptable, sin que por ello haya que temer que no alcance el número de ratificaciones suficientes. A este respecto, el proyecto de Protocolo Facultativo presentado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ante la Comisión de Derechos Humanos quiere ser un texto de equilibrio entre ambos principios. En efecto, dicho proyecto cuenta hasta ahora con la aprobación y apoyo de la mayor parte de los Estados y organizaciones que se han pronunciado sobre su utilidad e

---

[43] Véase SECRETARÍA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS: *Informe del Secretario Final sobre el estado del Proyecto de Protocolo Adicional al PIDESC*, Nueva York, E/CN.4/2000/49, enero de 2000.

[44] INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION: *Report of the Sixty-Seventh Conference (Helsinski Conference)*, ILA, Londres, 1996, pp. 136-137. Es decir, que en un primer momento, el nivel de exigencia de la maquinaria supervisora del respectivo tratado de derechos humanos probablemente puede ser relativamente poco exigente, con miras a disminuir las reticencias de los Estados y propiciar así el mayor número posible de ratificaciones. Una vez obtenidas las ratificaciones necesarias de la comunidad internacional y, a medida que los Estados se vayan adaptando a ser supervisados por un organismo internacional, el sistema de control podrá ser modificado progresivamente mediante distintas técnicas para elevar y reforzar su nivel de supervisión y ofrecer así una mayor garantía de protección a los individuos. Es decir, «reforzar la maquinaria de implementación significaría, por ejemplo, aumentar los derechos y procedimientos de peticiones individuales, … mejorar las investigaciones y las misiones a los Estados partes».

importancia en todos sus puntos[45], y existe una rica aportación de ideas para su mejora en todos los sentidos.

En relación con lo anterior, hasta los actuales momentos el mecanismo de comunicaciones del PIDESC propuesto en el citado proyecto cuenta con el consenso para mantener un perfil cuasijudicial equivalente al existente en otros instrumentos internacionales. Incluso, incorpora los avances producidos a lo largo de todos estos años en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos. Por ello, el proyecto de Protocolo Facultativo del PIDESC es un ejemplo de materialización del desarrollo progresivo y dinámico de los sistemas de supervisión internacional de los derechos humanos en esta materia. A continuación vamos a abordar los aspectos más relevantes de este nuevo procedimiento previsto para la supervisión de los derechos económicos, sociales y culturales.

En primer lugar, hay que señalar que el Comité ha querido seguir la práctica del Comité de Derechos Humanos en lo que se refiere a los sujetos legitimados para presentar comunicaciones según el vigente protocolo facultativo del PIDCP. Por ello, podemos constatar que el procedimiento propuesto por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se refiere a comunicaciones individuales y colectivas, legitimando respectivamente a los «individuos» y a los «grupos» para presentar las comunicaciones en condición de víctima. Esto se estableció porque hubo un consenso entre los miembros del Comité cuando se planteó la cuestión de que las violaciones del PIDESC pueden afectar a los individuos de manera personal o bien como parte de un colectivo de individuos[46].

El reconocimiento de la legitimación del individuo para presentar comunicaciones individualmente como víctima de una violación no ha presentado mayor controversia para su inclusión en el proyecto de protocolo. En cambio, en lo que se refiere a la legitimación de un grupo para presentarla por sí mismo en forma colectiva, sí requirió una mayor

---

[45] Véanse, por ejemplo, las opiniones de Estados como: COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Respuesta a un Listado de Aspectos: Jordania 2/6/2000. 23.ª Sesión*, Naciones Unidas, Ginebra, Agosto/Septiembre de 2000; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Respuesta a un Listado de Aspectos: Portugal 24/4/2000. 22.ª Sesión*, … *op. cit.;* COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Respuesta a un Listado de Aspectos: Georgia 28/3/2000. 22.ª Sesión*, … *op. cit*.

[46] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 45.ª Sesión. Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo*, E/C.12/1996/SR.45, Ginebra, 5 de diciembre de 1996, párrafos 36-43.

reflexión dentro del Comité. Finalmente, se concluyó que sólo aquellos grupos de individuos donde el conjunto, o una parte de sus miembros, aleguen ser víctimas, podrá presentar la comunicación cualquiera de sus miembros en nombre del grupo perjudicado[47], siguiendo así la postura de la Comisión de Derechos Humanos según su resolución 1994/20. Por otra parte, en este último caso, el proyecto de protocolo facultativo sigue también la práctica desarrollada por el Comité de Derechos Humanos sobre comunicaciones del PIDCP, al no incluir a las ONGs dentro de este concepto de grupo[48] como víctima de la presunta violación.

Ahora bien, aparte de los anteriores sujetos, el proyecto de protocolo está abierto para que terceros puedan también presentar comunicaciones, y es en este punto donde se prevé la participación especial de las ONGs. En efecto, el Comité reconoció que es deseable y necesario dejar abierta la posibilidad de que terceros puedan presentar las comunicaciones en nombre de las víctimas, siempre y cuando exista un vínculo entre la víctima y el tercero, sea individuo o grupo, que le representa y defiende[49]. La esencia de ese vínculo consiste en «que (el tercero) actúa en nombre y en el interés de la supuesta víctima»[50], lo cual se cumple cuando «hay pruebas suficientes de que el tercero está actuando efectivamente con el *conocimiento* y *consentimiento* de la supuesta víctima»[51] (cursiva nuestra).

Por otra parte, cabe destacar que el proyectado procedimiento de comunicaciones propone un ámbito objetivo de aplicación amplio, que se extienda a todos los derechos del Pacto. Así, tras un largo debate, el Comité concluyó en forma mayoritaria adoptar un enfoque integral

---

[47] «Hay dos tipos de grupos: los que son víctimas como grupos, los que son víctimas a título personal, pero formulan una denuncian conjuntamente, y los que actúan en nombre de otros». Véase la opinión de la Sra. Jiménez Butrageño ante el Comité, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 45.ª Sesión … op cit.*, párrafo 73.

[48] Véase, al respecto, la decisión del Comité de Derechos Humanos en el caso: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Asunto Asociación pro Defensa de los Derechos de las Personas Discapacitadas de Italia vs. Italia,* Comunicación 163/1984, 1984.

[49] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 46.ª Sesión. Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo*, E/C.12/1996/SR.46, Ginebra, 8 de enero de 1997, párrafo 15.

[50] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 49.ª Sesión. Cuestiones Sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo*, E/C.12/1996/SR.49, Ginebra, 3 de diciembre de 1996, párrafo 92.

[51] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 49.ª Sesión… op cit.,*, párrafo 93.

bajo el cual el artículo 2 del proyecto de protocolo facultativo del PIDESC sea aplicable a «cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Pacto». Sin embargo, el Comité informó a la Comisión de Derechos Humanos que este acuerdo se alcanzó a pesar de la existencia de una «fuerte minoría» entre sus miembros, que por diversas razones mantienen su postura a favor de un enfoque restrictivo, por el cual cada Estado pueda seleccionar los derechos del Pacto que van a poder ser objeto de una comunicación individual[52].

En relación con lo anterior, el proyecto de protocolo facultativo asume un enfoque material adecuado, al calificar los hechos tratados como «violaciones» a los derechos tutelados, y no como meros «incumplimientos». Así, expresamente señala en su artículo 2 que las comunicaciones deben ser presentadas por la «víctima de *una violación* por algún Estado parte sobre *cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Convención*» (cursiva nuestra).

Ahora bien, la interrogante decisiva es si los Estados partes del PIDESC están en disposición de aceptar este enfoque en el sistema de comunicaciones propuesto en dicho proyecto. Hasta los actuales momentos, la mayor parte de los Estados y Organizaciones internacionales que se han pronunciado ante la Comisión de Derechos Humanos sobre el contenido del proyecto de protocolo facultativo no han expresado oposición sobre ello. Sólo tres Estados han manifestado algún comentario sobre el empleo del término «violación» en el proyecto. Entre esos tres, Lituania[53] y Croacia han sido los más favorables, por considerar que «parece claro que el derecho a presentar una denuncia individual con arreglo al protocolo debe guardar relación con la violación del derecho individual reconocido en el Pacto»[54]. Expresamente, la República Checa ha sido el único Estado que se ha opuesto, por considerar que lo más conveniente es referirse a «no haber velado por la aplicación satisfactoria de una disposición del Pacto» en lugar de «violación», ya que las obligaciones previstas en el PIDESC son de naturaleza diferente según

---

[52] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.*, párrafo 28.

[53] Opinión de Lituania. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN. 4/2000/49, *op cit*., párrafo 29.

[54] Opinión de Croacia. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN. 4/1999/112, *op cit*., párrafo 2.

su artículo 2.1 (carácter progresivo y condicionado a los recursos económicos) frente a las obligaciones del PIDCP[55].

En nuestra opinión, nos parece acertado el enfoque de «violaciones» hecho por el Comité en su proyecto de protocolo facultativo del PIDESC, puesto que reafirma el principio de indivisibilidad de todos los derechos humanos y eleva el respeto de estos derechos a un plano de igualdad con los civiles y políticos. Además, sigue la tendencia actual de los mecanismos de comunicaciones internacionales y cuenta con el respaldo político necesario de la comunidad internacional según los Estados y Organizaciones internacionales que se han pronunciado al respecto. Adicionalmente, esta terminología es necesaria para reafirmar la idea de que estamos ante derechos exigibles según la obligación prevista en el artículo 2.1 del PIDESC.

Otro aspecto destacable del protocolo es que proyecta un procedimiento que integra las reglas de admisibilidad de comunicaciones más recientemente desarrolladas en otros procedimientos análogos. En tal sentido, la conformación de los requisitos de admisibilidad al proyecto de protocolo facultativo no fue un tema que diese lugar a profundos debates entre los miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En efecto, en este punto hubo un acuerdo generalizado de que el proyecto de protocolo del PIDESC debía seguir las mismas reglas previstas en el primer protocolo facultativo del PIDCP[56].

Ahora bien, estos requisitos son tanto para la recepción inicial de la comunicación, como para la decisión de la admisión de la misma por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Así, primero se establecen los elementos necesarios *prima facie* para que el Comité pueda recibir cualquier comunicación que los individuos o grupos le presenten para, posteriormente, proceder a determinar si puede ser admitida para conocer el fondo de la cuestión[57].

---

[55] Opinión de la República Checa. Véase COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS: *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, E/CN. 4/2000/49, *op cit*., 2000, párrafo 7.

[56] Así lo reafirmó el Comité en su informe final del proyecto de protocolo al PIDESC ante la Comisión de Derechos Humanos. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.*, párrafo 32, donde se dijo: «En su mayor parte esas normas de procedimiento se basan directamente en las fórmulas utilizadas en el primer protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aunque a los fines del presente proyecto se han reorganizado ligeramente, las disposiciones fundamentales del texto siguen siendo prácticamente las mismas».

[57] ARAMBULO, Kitty:, *op cit*., p. 243.

Sin embargo, debido a que los criterios de admisión a trámite y admisibilidad están muy unidos, la tendencia es a no profundizar en su separación y la técnica empleada es generalmente el de agruparlos en un mismo artículo[58], lo cual fue considerado conveniente por el Comité para el proyecto de protocolo facultativo del PIDESC[59]. Así, el proyecto de protocolo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en su artículo 3:

> «El Comité no recibirá comunicaciones que sean anónimas o se refieran a un Estado que no sea parte en el presente protocolo.
>
> 2. El Comité considerará inadmisible toda comunicación que:
>
> a) No contenga afirmaciones que, en caso de ser comprobadas, constituyan una violación de los derechos reconocidos en el Pacto;
> b) Constituya un abuso del derecho a presentar comunicaciones; o
> c) Se refiera a actos u omisiones que hayan tenido lugar antes de la entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, a menos que esos actos u omisiones:
>
> i) constituyan una violación constante del Pacto tras la entrada en vigor del Protocolo para ese Estado Parte; o
> ii) tengan efectos que continúen más allá de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y que, en sí mismos, constituyan una violación de un derecho reconocido en el Pacto.
>
> 3. El Comité no declarará una comunicación admisible a menos que se haya cerciorado de que:
>
> a) Se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna; y
> b) Una comunicación presentada por una víctima, o en su nombre, que plantee básicamente las mismas cuestiones de hecho y de derecho, no está siendo examinada en virtud de algún otro procedimiento de investigación o arreglo internacional que se prolongue injustificadamente»[60].

---

[58] ARAMBULO, Kitty: *op cit*., p. 243.

[59] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.*, párrafo 32, señaló: «el enfoque más conveniente parecería ser que se reúnan en un sólo artículo del proyecto de protocolo las distintas disposiciones relacionadas para admitir y recibir denuncias».

[60] COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de Protocolo … op cit.,* párrafo 33.

Otro aspecto imprescindible en cualquier procedimiento cuasijurisdiccional es el reconocimiento al órgano supervisor de alguna facultad para exigir al Estado en cuestión la adopción de medidas provisionales durante el procedimiento, con el fin de evitar posibles daños irreparables a las supuestas víctimas como consecuencia de una acción u omisión de las autoridades estatales en su contra.

Ahora bien, tenemos que señalar que la determinación de cuáles son las medidas provisionales a aplicar se plantea como una facultad que el Comité decidirá discrecionalmente en cada caso concreto. Para ello, lo que sí es necesario es que el Comité considere que en el caso concreto se justifica el temor real y cierto por la materialización del daño grave en las supuestas víctimas si no se adoptan las referidas medidas. Evidentemente, quedará a cargo de las víctimas solicitar y probar ante los miembros del Comité los hechos que fundamentan la adopción de medidas especiales de carácter provisional mientras dura el procedimiento de comunicaciones.

Así, el Comité comunicó oficialmente a la Comisión de Derechos Humanos que, aunque tales medidas no se encuentran señaladas explícitamente en el primer protocolo facultativo del PIDCP, esto ha sido reconocido ulteriormente por una práctica uniforme del Comité de Derechos Humanos en aplicación de dicho Pacto[61]. De esta forma, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consideró necesario «que deberían atribuirse al Comité facultades discrecionales, que utilizaría en los casos potencialmente graves que entrañen la posibilidad de daños irreparables para solicitar que se adopten medidas provisionales»[62]. Por consiguiente, la disposición propuesta en su proyecto de protocolo fue la siguiente:

> «Si en cualquier momento después de haberse recibido la comunicación, y antes de que se haya adoptado una decisión en cuanto al fondo de ésta, un estudio preliminar suscita temores razonables de que las alegaciones, de resultar ciertas, puedan conducir a daños irreparables, el Comité podrá pedir al Estado parte interesado que adopte las medidas provisionales que sean necesarias para mantener el *status quo* o evitar daños irreparables».

---

[61] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.,* párrafo 36.

[62] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.,* párrafo 36.

Lo cierto es que estas medidas están recogidas en las reglas de procedimiento adoptadas por otros Comités internacionales. Así, por ejemplo, tenemos las reglas de procedimiento n.º 108.9 y 110.3 del Comité contra la Tortura; regla de procedimiento 94.3 del Comité contra la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En lo que se refiere al recientemente entrado en vigor protocolo facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, las medidas provisionales se encuentran recogidas en el artículo 5 del mismo protocolo, a diferencia de los casos anteriores, que se encuentran en las reglas de procedimiento elaboradas por el respectivo órgano supervisor. Por todo ello, resulta clara la adecuación del proyecto de protocolo al PIDESC al desarrollo del Derecho Internacional en este punto.

Una vez admitida la comunicación, se inicia la fase de examen y estudio de los elementos de hecho y de derecho que constituyen el fondo de la comunicación. En tal sentido, existe una diversidad de elementos que inciden en esta etapa. Entre ellos, quizás el más llamativo es la incorporación que hace el proyecto de protocolo de las visitas «*in loco*» en su procedimiento de comunicaciones. De hecho, podemos señalar que la inclusión de las visitas *in loco* dentro de un futuro procedimiento de comunicaciones individuales del PIDESC constituye un avance en el desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos. Ciertamente, estas visitas *in loco* normalmente han estado enmarcadas en los procedimientos de investigación contra las violaciones masivas o sistemáticas de determinados derechos humanos como en el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Por lo tanto, su inclusión en un procedimiento de comunicaciones individuales, como pretende el proyecto de protocolo del PIDESC, constituye una innovación en esta materia.

Así pues, el proyecto de protocolo del Comité reúne todos estos aspectos en su artículo 7 de la siguiente manera:

> «1. El Comité examinará las comunicaciones que reciba de acuerdo con el presente Protocolo teniendo en cuenta toda la información que le haya sido facilitada por el autor o en nombre de éste de conformidad con el párrafo 2, y por el Estado Parte interesado. El Comité también podrá tener en cuenta la información procedente de otras fuentes, siempre que esta información se transmita al autor y al Estado Parte para que hagan observaciones al respecto.
>
> 2. El Comité podrá adoptar los procedimientos que le permitan averiguar los hechos y evaluar la medida en que el Estado Parte interesado ha cumplido sus obligaciones en virtud del Pacto.

> 3. Como parte de su examen de una comunicación y con el acuerdo del Estado Parte interesado, el Comité podrá visitar el territorio de ese Estado Parte.
>
> 4. El Comité examinará las comunicaciones presentadas de acuerdo con el presente Protocolo en sesiones a puertas cerrada.
>
> 5. Después de haber examinado una comunicación, el Comité aprobará sus dictámenes sobre las denuncias hechas en la comunicación y los transmitirá al Estado Parte y al autor, junto con cualquier recomendación que considere adecuada. Los dictámenes se publicarán al mismo tiempo».

Finalmente, después de examinar el fondo de la comunicación de conformidad con las reglas antes mencionadas, el proyectado mecanismo de comunicaciones del PIDESC debería concluir con una decisión final sobre la procedencia o no de las violaciones alegadas al Pacto en la comunicación. Es decir, es una decisión final sobre el fondo de la misma cuestión que debe estar acorde con la naturaleza no judicial tanto del Comité como órgano supervisor del PIDESC así como del mismo procedimiento de comunicaciones que se pretende instaurar.

En este punto, los miembros del Comité acordaron «seguir la práctica de otros procedimientos de presentación de denuncias comparables y formulará observaciones finales en lugar de emitir un juicio jurídicamente vinculante»[63]. Es decir, que, según esta tendencia, en caso de que la decisión final del Comité determine que se produjo la alegada violación al PIDESC y declare por ello la responsabilidad del Estado en cuestión, éste no tiene la obligación de aplicar las medidas que recomiende el Comité para restituir la situación infringida. Esto ha sido justificado por el Comité en razón de que, «si bien hay mucho que decir, en término de política, a favor de estas medidas, es cierto, como se señaló en los debates, que si fueran jurídicamente obligatorias, el carácter del procedimiento se convertiría de cuasi judicial en judicial. En este último caso, se requeriría en general procedimientos más complejos, incluida una mayor variedad de garantías procesales para las partes interesadas»[64], a lo cual agregamos que dificultaría enormemente llegar a un consenso final.

---

[63] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Quinceavo Período de Sesiones. Acta Resumida de la 49.ª Sesión … op cit.*, párrafo 35.

[64] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *Informe del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a la Comisión de Derechos Humanos concerniente al Proyecto de … op cit.,* párrafo 47.

De esta forma, el proyecto de protocolo facultativo del PIDESC propuesto por el Comité formula la decisión final del proceso de comunicaciones en su artículo 8 en los siguientes términos:

> «1. Cuando opine que un Estado Parte ha violado las obligaciones que le incumben en virtud del Pacto, el Comité podrá recomendar que el Estado parte adopte medidas específicas para remediar la violación e impedir que vuelva a producirse.
>
> 2. El Estado Parte interesado, en el plazo de seis meses después de haber recibido notificación de la decisión adoptada por el Comité de acuerdo con el párrafo 1, o en el plazo más largo que pueda especificar el Comité, presentará a éste detalles de las medidas que haya adoptado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 *supra.*»

Como podemos apreciar, en el primer párrafo de la disposición se hace mención expresa a que el Comité «podrá recomendar…» medidas al Estado para reparar el daño causado e impedir que se repita en el futuro, mientras que en el segundo párrafo se refiere al seguimiento de dicha decisión señalando que el Estado en cuestión «presentará» al Comité, en un plazo de seis meses, las medidas adoptadas para aplicar la decisión del Comité. Esto último ha llevado a alguna doctrina a considerar que la aplicación de la decisión del Comité no es tan facultativa por parte de los Estados como se podría pensar, ya que la referencia en el segundo párrafo a que el Estado «presentará» un informe se hace en términos similares al de una obligación y con un tono categórico. En opinión de Kitty Arambulo, el tono del referido texto es impositivo al usar un término muy exigente como que «el Estado Parte *presentará,* por tanto estableciendo claramente el carácter obligatorio que el Comité desea darle a la disposición»[65].

Una de las cuestiones que el proyecto del Comité deja sin respuesta es el tema de las reservas al Protocolo, por lo que queda en manos de la Comisión de Derechos Humanos una decisión respecto de tan controvertido asunto. En cualquier caso, lo que sí se informó es que en el supuesto de que se adoptase un Protocolo cuyo ámbito objetivo de aplicación no fuese amplio sino restringido o selectivo, sería ilógico que luego se permitiesen reservas al mismo. Por lo tanto, sólo en el caso de que se adopte la visión más integral al respecto es cuando se debería plantear la conveniencia de admitir las reservas sobre aspectos sustantivos del Pacto, pues si se permitiese a los Estados plantear reservas al procedimiento que se pretende instaurar, se correría el grave riesgo de

---

[65] ARAMBULO, Kitty: *op cit.*, p. 315.

derivar en una multiplicidad de procedimientos diferentes para cada país. Y es que el asunto de las reservas es quizás el más polémico y sobre el cual se centra buena parte del debate futuro sobre el proyecto dentro de la Comisión de Derechos Humanos. Habrá que estar muy pendientes, ya que ello afecta directamente a la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en lo que a los mecanismos de protección se refiere.

Finalmente, podemos concluir que el PIDESC significa hoy en día el acuerdo de vocación universal más importante sobre los derechos económicos, sociales y culturales, ya que es un código de normas jurídicas vinculantes para todos los Estados que lo hayan ratificado, por lo que han aceptado someterse a un sistema de supervisión internacional. A pesar de los defectos que le podamos encontrar, no debemos olvidar que, como todo instrumento jurídico de derechos humanos, es una realidad viva, en constante evolución y mejora para adaptarse a las realidades de cada momento. Por ello, como bien señala Francisco Contreras, «el Pacto, por consiguiente, supone la consagración internacional del proceso de *corporeización* de la libertad»[66].

[66] CONTRERAS, Francisco: *op cit*., p. 111.

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Natalia Alvarez Molinero

Sumario: 1. Introducción. 2. La CERD: aspectos comunes con los cinco tratados principales de Naciones Unidas en materia de derechos humanos. 3. Contenido del tratado. 4. Evolución en la aplicación de la CERD: 1) El Comité CERD y la defensa de los derechos de la población inmigrante, desplazada y refugiada. 2) El Comité CERD y la defensa de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas. 3) Nuevos ámbitos de actuación del Comité: la perspectiva de género en la discriminación racial y la aplicación y respeto de los derechos económicos y sociales.

1. Introducción

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial es un tratado que lleva en vigor más de treinta años. Durante este periodo, las Naciones Unidas han tenido que afrontar diferentes acontecimientos relacionados con la discriminación racial que han obligado a flexibilizar este concepto y a adaptarlo a los nuevos tiempos. En este artículo nos referiremos a la estructura y funcionamiento de este tratado, así como a la evolución que éste ha tenido que afrontar como consecuencia de los acontecimientos políticos de los últimos años.

2. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial: Aspectos comunes con los cinco tratados principales de Naciones Unidas en materia de derechos humanos

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de ahora en adelante CERD, fue aprobada por la Asamblea General en la resolución 2106 A (XX) de 21 de diciembre de 1965, y abierta a la firma y ratificación en Nueva York el 7 de marzo de 1966.

Este tratado entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 19 y ha sido ratificada ya por 158 Estados[1], pudiendo ser considerada como la base normativa sobre la que se desarrollan los esfuerzos internacionales para la eliminación de la discriminación racial. Esta circunstancia explica que tanto el Secretario General de las Naciones Unidas como la Alta Comisionada para los Derechos Humanos realizaran una importante campaña durante la Cumbre del Milenio de 2000 y la Conferencia Mundial contra el Racismo para que los Estados ratificaran este instrumento internacional.

Esta Convención fue la primera que inauguró en las Naciones Unidas una serie de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que se caracterizaron por crear sus propios órganos de supervisión y vigilancia de las obligaciones contenidas en los mismos. Así, la CERD estableció el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (de ahora en adelante Comité), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, PIDCP, hizo lo propio con el Comité de Derechos Humanos, y la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, CEDAW, la Convención contra la Tortura, CAT, y la Convención de Derechos del Niño, CRC, siguieron este mismo esquema creando Comités de expertos y expertas para la vigilancia de estos tratados[2].

Todos estos órganos tienen en común su composición por expertos independientes y su función de evaluación de la adecuación de los Estados a los estándares internacionales contenidos en los respectivos tratados. Para llevar a cabo esta misión estos Comités hacen uso principalmente de tres mecanismos:

a) La presentación de informes periódicos por parte de los Estados en los que se hace referencia al nivel de cumplimiento del tratado en el país. Este mecanismo es común a los seis tratados.
b) La posibilidad de que los Estados presenten quejas inter-estatales, de manera que un Estado puede denunciar a otro por incumplimiento del tratado. Este mecanismo, que funciona en el caso del PIDCP, CERD y CAT, requiere, salvo en el caso de la CERD,

---

[1] Este número de ratificaciones corresponde a los datos incluidos en el Informe Anual del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial del año 2001 presentado a la Asamblea General, A/56/18 de 17 de agosto de 2001.

[2] La única excepción la encontramos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, PIDESC, en el que el tratado no prevé la creación de un órgano específico y asigna estas tareas al ECOSOC. No será hasta 1985 cuando este último decida crear un Comité similar a los que ya existían en los otros tratados.

una previa declaración en la que el Estado acepte someterse a este sistema de control.

c) En tercer lugar tenemos el sistema de comunicaciones individuales. Este mecanismo permite que las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado firmante de uno de los tratados puedan presentar una demanda ante el Comité por violación de algunos de los derechos contenidos en el mismo. Este procedimiento requiere, al igual que el anterior, una previa declaración por parte del Estado en la que se acepte la competencia del Comité para dirimir estas cuestiones. No todos los tratados permiten el acceso de los individuos al sistema. Sólo la CERD, la CAT, el PIDCP y la CEDAW admiten esta posibilidad, aunque hay que señalar que existen importantes avances en la negociación del Protocolo Facultivo al PIDESC que permitirá en un futuro la posibilidad de que los individuos puedan también interponer quejas contra sus Estados por violaciones de derechos contenidos en este último tratado.

Si tenemos en cuenta estos mecanismos, podemos afirmar que la CERD es un tratado completo, ya que reconoce el sistema de informes, el de quejas inter-estatales para cualquier Estado que ratifique el tratado y el sistema de comunicaciones individuales para los Estados que accedan a hacer la declaración contenida en el artículo 14 del mismo.

La razón por la cual este instrumento incluye estos tres mecanismos de garantía está relacionada con la relevancia histórica que el tema de la discriminación racial tenía en el ámbito de Naciones Unidas en el momento en que se estaba elaborando el tratado. En los años sesenta, numerosos Estados que habían accedido a la independencia y que en ese momento eran miembros de Naciones Unidas presionaron en la Asamblea General para que los Estados de la Organización abolieran las prácticas racistas en sus territorios, sobre todo el apartheid.

Estas propuestas tuvieron un amplio eco dentro de las Naciones Unidas y numerosos Estados apoyaron esta campaña que pretendía el reconocimiento de la igualdad de las personas y la eliminación de las ideas que preconizaban la superioridad de ciertas razas, ideas cuyas consecuencias había sufrido Europa recientemente y que provocaron el genocidio del pueblo judío. Con este espíritu se elaboró la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, a la que se le dotó de estas importantes garantías que tenían como objetivo asegurar que los Estados firmantes se comprometieran a llevar a la práctica los principios del tratado.

El órgano encargado de poner en marcha las garantías anteriormente mencionadas fue el denominado *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*. Compuesto por 18 expertos y expertas independientes, este Comité se encarga de examinar cada cuatro años los informes presentados por los Estados parte en los que se incluyen los principales avances y dificultades que el Estado afronta a la hora dar aplicación a las disposiciones del tratado[3].

El examen de estos informes se lleva a cabo mediante un diálogo con los representantes del gobierno que forman la delegación encargada de presentar el informe ante el Comité. Esta presentación tiene lugar dentro de las dos o tres semanas de sesiones que el Comité celebra anualmente. En estas sesiones, el Comité examina los informes de los Estados asignados para ese periodo y trata otras cuestiones relevantes relativas a aspectos organizativos o al desempeño de otras funciones propias del Comité. Durante la presentación del informe del Estado parte, los miembros del Comité realizan a la delegación del país preguntas relativas tanto al informe en sí, como a cuestiones que no han sido incluidas en el mismo pero que los miembros del Comité consideran relevantes. El informe se convierte así en la base del diálogo Comité-gobierno, aunque no lo agota. Por ello es de gran valor la información adicional que pueda ser obtenida sobre la situación de los derechos humanos en el país.

La presentación de los informes ha estado sometida, sin embargo, a numerosos retrasos que han afectado a la agilidad del procedimiento y a su efectividad como sistema periódico de control del cumplimiento de las obligaciones de los Estados[4]. El procedimiento previsto en el reglamento para estos casos es el envío de un recordatorio al Estado (artículo 66.1), y la inclusión de su nombre en el Informe Anual de este órgano a la Asamblea General, artículo (66.2)[5]. Sin embargo, debido a que estas medidas no han sido suficientes, y los retrasos en la presentación de los informes no han disminuido, el Comité decidió en 1991 que para los casos de retrasos en la presentación de informes de cinco años o más, el Comité llevaría a cabo un examen basándose en los

---

[3] En 1988, el Comité decidió aceptar la propuesta de los Estados partes de presentar un informe completo cada cuatro años y un informe breve de actualización cada dos años.

[4] Sobre el proceso de elaboración de informes y el impacto de los mismos en el ámbito estatal, ver HEYNS, Christof; VILJOEN, Fran: *The Impact of the United Nations Treaties on Domestic Level,* Kluwer Academic Publishers, The Hague, 2002.

[5] El reglamento del Comité puede ser consultado en *Recopilación de los reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos,* HRI/GEN/3 de 6 de julio de 2001, p. 86.

anteriores informes. De forma similar, en 1996 se acordó que esta medida se extendiera a aquellos Estados que llevaban un retraso de cinco años o más en la presentación de su informe inicial[6]. El examen se basaría, en este último supuesto, en la información obtenida de otros órganos de las Naciones Unidas.

La flexibilidad de este mecanismo ofrece además una importante oportunidad para las ONGés, ya que los expertos y expertas independientes pueden utilizar la información de estas organizaciones para complementar y contrastar los datos ofrecidos por los gobiernos[7]. Esta posibilidad no implica que las ONGés estén integradas de forma oficial en el procedimiento de examen, sino que el Comité ha abierto la posibilidad de que sus miembros utilicen otras fuentes de información para tener una visión más global y completa de la situación en un determinado país. Estos datos pueden ser la base de preguntas que los miembros del Comité formulen a la delegación del Estado en relación con la discriminación racial, de la misma manera que también pueden ser utilizados como fuente de información fiable sobre datos y estadísticas de un determinado grupo en el país[8].

Esta práctica ha alcanzado tal importancia que algunas ONGés como ARIS (Anti-Racism Information Service), con estatus consultivo ante el ECOSOC, dirigen sus esfuerzos a poner en contacto a grupos de derechos humanos que trabajan en el ámbito de la discriminación con miembros del Comité[9]. Este contacto se mantiene gracias a que actuales y antiguos miembros del Comité son parte del Comité Consultor de esta ONG. De esta manera, ésta canaliza los informes alternativos que los grupos de derechos humanos puedan realizar sobre un determinado país.

La elaboración y presentación de informes alternativos por parte de ONGés se ha convertido así en una práctica bastante habitual dentro

---

[6] Ver Informe Anual del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial del año 1996 presentado a la Asamblea General, A/51/18, de 30 de septiembre de 1996.

[7] Existen todavía varios gobiernos, tal y como constató el presidente del Comité en la reunión de presidentes del sistema de tratados, que se oponen a la práctica que permite que los miembros del Comité tengan acceso y utilicen la información elaborada por las ONGés, A/57/56, de 5 de febrero de 2002, párr. 23.

[8] A modo de ejemplo podemos citar la referencia que hizo el miembro del Comité, Sr. Diaconu, durante el examen del informe de Finlandia. Este experto mencionó los datos sobre la población sami contenidos en el Informe Anual de 1999 de la Federación Internacional de Helsinki para los Derechos Humanos. Ver CERD/C/SR. 1404, de 9 de agosto de 2000, párr. 34.

[9] Esta ONG tiene su sede en Ginebra. Para más información se puede consultar su página web en www.antiracism_info.org.

del Comité. Estos informes no siguen un esquema predeterminado, y su extensión y contenido varía en función de las organizaciones y de los países[10]. Sin embargo, conviene resaltar que esta práctica no está generalizada y que existen varios países en los que las ONGés, bien por falta de conocimiento, bien por falta de medios, no realizan este tipo de actividades.

No obstante, en los últimos años, el Comité ha mostrado una cada vez más firme posición respecto al hecho de que los Estados deberían de realizar los informes periódicos en colaboración con las ONGés, con el objetivo de que los informes se conviertan en un documento de diálogo entre los gobiernos y la sociedad civil. Esta recomendación está íntimamente relacionada con la sugerencia por parte del Comité de que los informes de los Estados, así como las observaciones finales al mismo, sean publicadas[11].

El examen de los informes por parte del Comité no debe ser entendido como una función fiscalizadora o judicial, ya que no estamos ante un órgano de esta naturaleza. Ni la misión del Comité es dar una nota al Estado en cuestión, ni juzgar sus políticas públicas. La premisa sobre la que se desarrolla este proceso es lo que se ha denominado *diálogo constructivo,* en el que el gobierno y el Comité tratan de intercambiar ideas para lograr una mejor aplicación de las disposiciones del tratado. Fruto de este diálogo, el Comité emitirá una serie de recomendaciones con el objetivo de que el Estado trate de mejorar ciertos aspectos de la aplicación del tratado en su jurisdicción doméstica. Estas recomendaciones se denominan «observaciones finales» y constan normalmente de los siguientes apartados: a) factores y dificultades que entorpecen la aplicación de la Convención, b) aspectos positivos, c) motivos de inquietud, d) sugerencias y recomendaciones. El Comité, además, ha hecho de las recomendaciones un proceso abierto, y su adopción se realiza en sesiones públicas, una vez finalizada la presentación del informe.

Las observaciones finales no son, en principio, jurídicamente vinculantes para un Estado, pero pueden ser consideradas como una interpretación autorizada sobre la situación de los derechos humanos en un país en relación con las disposiciones del tratado sobre discriminación racial. La falta de consideración de estas recomendaciones como un

---

[10] Minority Rights Group ha editado recientemente una guía para las ONGés que deseen participar en la CERD. Ver TANAKA, Atsuko; NAGAMINE, Yoshinobu: *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Guide for NGOs,* Minority Rights Group and IMADR, London, 2001.

[11] Esta recomendación se encuentra, entre otros, en las Observaciones Finales a Canadá, CERD/C/61/CO/3, de 23 de agosto de 2002.

documento de obligatorio cumplimiento por parte del Estado no impide que éstas puedan ser aplicadas dentro del Estado y que sean la base de diversas consideraciones sobre la existencia de posibles violaciones a las disposiciones del tratado. Esto explicaría por qué los Estados invierten tiempo y esfuerzo en evitar conclusiones finales de las que se pueda inferir que en su territorio existen ciertas deficiencias en materia de derechos humanos. En algunos casos, algunos Estados incluso han contestado a las observaciones finales emitidas por el Comité. Vietnam o Japón, por ejemplo, enviaron sendas cartas al Presidente del Comité para evidenciar su desacuerdo con las conclusiones finales respecto al informe periódico presentado en el 58.º período de sesiones. El Sr. Nguyen Quy Binh, Embajador de la representación permanente de Vietnam, se expresó en los siguientes términos:

> «Jamás ha habido denuncia alguna acerca de la no protección de los derechos de los refugiados en Viet Nam; por el contrario, la solución por Viet Nam del problema de los refugiados indochinos fue considerada por el ACNUR como modélica y un buen ejemplo. En realidad, todo el párrafo [420], así como la frase "incluso los derechos de los repatriados vietnamitas de Camboya", está fuera de lugar por el mismo motivo, y la afirmación de esterilización forzosa de mujeres pertenecientes a las minorías, a que se hace referencia en el párrafo [418], es errónea. En cuanto a los párrafos [421 y 422], es de lamentar que el Comité haya aceptado la información y las alegaciones distorsionadas de algunas organizaciones no gubernamentales irresponsables, que fueron formuladas con fines no confesados por un miembro»[12].

El hecho de que los Estados no deseen que las observaciones finales de sus países contengan alusiones negativas a la situación de la discriminación en sus territorios no ha pasado desapercibido para algunas ONGés, que han comenzado a tomarse más en serio este instrumento. El importante valor moral de una opinión emitida por un órgano independiente de las Naciones Unidas, formado por expertos y expertas, en la que se alude a la situación de la discriminación racial en un país, ha hecho no sólo que las ONGés empiecen a trabajar con los propios informes elaborados por los Estados para complementarlos, o contestarlos en aquellas áreas en las que la información se contradice con la realidad, sino también que las observaciones finales dirigidas a un país

---

[12] Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 2001 ante la Asamblea General, A/56/18, p. 157

sean utilizadas en el ámbito interno para fomentar políticas y medidas legislativas más acordes con los derechos humanos.

Además del sistema de informes que acabamos de describir, el Comité también tiene la función, previa declaración del Estado, de examinar las quejas individuales que cualquier individuo bajo la jurisdicción de un Estado parte someta a este órgano por incumplimiento de alguna de las disposiciones del tratado. Hasta la fecha, sólo 34 Estados Partes han hecho la declaración facultativa por la que reconocen la competencia del Comité para recibir comunicaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 14, artículo éste que entró en vigor el 3 de diciembre de 1982[13].

La presentación de las comunicaciones está sometida a unos requisitos de admisibilidad que se recogen en el artículo 91 del reglamento del Comité[14]. Estos requisitos aluden a que la comunicación no sea anónima, que la persona que supuestamente sea víctima esté bajo la jurisdicción del Estado, que la comunicación sea compatible con las disposiciones de la Convención, que no constituya abuso de derecho y, por último, que se presente dentro de los seis meses posteriores al agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Este último requisito impone, en nuestra opinión, importantes restricciones a la presentación de las comunicaciones individuales que no es aplicable a otros procedimientos como el que se sustancia ante el Comité de Derechos Humanos. Esta condición ha obligado al Comité a desestimar casos como el de F.A. contra Noruega, en el que el autor presentó una queja ante el Comité en relación con el hecho de que la empresa inmobiliaria «Eiendoms Service», a la que pagó para tener acceso a las listas de viviendas disponibles, incluía, en casi la mitad de las listas de anuncios de viviendas disponibles, que no se deseaba como arrendatarios a personas pertenecientes a ciertos grupos. En las listas podían leerse observaciones como «extranjeros abstenerse», «blancos solamente» o «sólo noruegos con trabajo permanente».

El Comité desestimó este caso debido a que la comunicación había sido presentada fuera del plazo de los seis meses. El hecho de que una comunicación sea desestimada en función del incumplimiento de ciertos requisitos de admisibilidad no es extraño; lo que resulta sorprendente es

---

[13] Durante el 2001 tres nuevos Estados formularon la declaración prevista en el artículo 14, esto es, Bélgica, la República Checa y Yugoslavia, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 2001 ante la Asamblea General, A/56/18, p. 64.

[14] *Recopilación de los reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos,* HRI/GEN/3, de 6 de julio de 2001, p. 95.

que el Comité incluya una apreciación de fondo en una decisión sobre inadmisibilidad. Así, en el párrafo final de esta decisión del Comité, este órgano parece sugerir que la situación denunciada por F.A pudiera suponer una violación de las disposiciones de la Convención. Este párrafo final dice textualmente:

> «El Comité aprovecha esta oportunidad para instar al Estado Parte a que adopte medidas efectivas para garantizar que las empresas inmobiliarias se abstengan de aplicar prácticas discriminatorias y no acepten pedidos de los dueños de viviendas que entrañen discriminación por motivos raciales. A este respecto, el Comité recuerda sus observaciones finales sobre el 15.º informe periódico de Noruega, en el que expresó preocupación por el hecho de que las personas que quieren arrendar o comprar apartamentos o casas no estén debidamente protegidas contra la discriminación racial de los vendedores del sector privado. En esa oportunidad, el Comité recomendó que Noruega diera pleno efecto a sus obligaciones contraídas en virtud del inciso iii) del apartado e) del artículo 5 de la Convención»[15].

En este sentido, estimamos que este requisito de admisibilidad debería ser replanteado, sobre todo para evitar que los Estados que suscriben la declaración bajo el artículo 14 incluyan reservas que reducen más, si cabe, el plazo que una persona dispone para presentar el caso ante el Comité[16].

Respecto al procedimiento de examen de las comunicaciones individuales, éste se realiza en sesiones privadas y los documentos que se producen durante la deliberación tienen el carácter de confidenciales. Al final de su examen, el Comité produce una decisión. Esta decisión no es equiparable a una sentencia debido a que el Comité es un órgano de naturaleza quasi-judicial, y por ello las formas de aplicación práctica de estas opiniones en la esfera nacional varían de país a país en función de los distintos procedimientos y sistemas jurídicos.

Otra de las funciones que el Comité realiza es la elaboración de comentarios generales o recomendaciones generales, en las que el Comité

---

[15] Comunicación n.º 18/2000, F.A v. Noruega, CERD/C/85/D/18/2000, de 17 de abril de 2001.

[16] El Comité recomendó a España que revisara la reserva introducida al artículo 14 mediante la cual el plazo para la presentación de comunicaciones se reducía a 3 meses. CERD/C/304/Add. 95, de 19 de abril de 2000, párr. 14. Sobre las reservas a la CERD, ver LIJNZAAD, Liesbeth: *Reservations to UN-Human Rights Treaties, Ratify or Ruin?,* Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, pp. 131-184.

interpreta disposiciones del tratado[17] o se pronuncia sobre cuestiones relacionadas con el mismo[18]. Por último, existe un tercer mecanismo relativo a la posibilidad de interponer quejas inter-estatales ante el Comité, mediante el cual un Estado puede denunciar a otro por incumplimiento de las disposiciones de la Convención. Sin embargo, y hasta la fecha, este mecanismo no ha sido utilizado.

Respecto a la colaboración con otros órganos de Naciones Unidas, el Comité estableció en su decisión 2 (VI) de 21 de agosto de 1972 que se autorizaba al Secretario General a que invitara a los representantes de la OIT y de la UNESCO a las sesiones del Comité, quedando bajo su facultad si los representantes de estos organismos podían acudir a las sesiones privadas. En los últimos años, esta invitación se hizo también extensiva al ACNUR. En la práctica, estos organismos han colaborado estrechamente en el examen de los informes, enviando observaciones al Comité sobre la situación de la población refugiada, apátrida, pueblos indígenas o asuntos relacionados con el empleo o la educación.

---

[17] Este es el caso de la recomendación I relativa a las obligaciones de los Estados según el artículo 4 de la Convención, la recomendación IV sobre presentación de informes por los Estados Partes (artículo 9 de la Convención), la recomendación V sobre presentación de informes por los Estados Partes (artículo 7 de la Convención), la recomendación VII sobre aplicación del artículo 4 de la Convención, la recomendación VIII relativa a la interpretación de los párrafos 1 y 4 del artículo artículo 1 de la Convención, la recomendación IX sobre la aplicación del párrafo 1 del artículo 8, la recomendación XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención, la recomendación XV relativa al artículo 4 de la Convención, la recomendación XVI relativa a la aplicación del artículo 9 de la Convención, la recomendación XIX relativa al artículo 3 de la Convención, la recomendación XX sobre el artículo 5 de la Convención, la recomendación XXII sobre el artículo 5 de la Convención, refugiados y personas desplazadas, la recomendación XXIV sobre el artículo 1 de la Convención y la recomendación XXVI sobre el artículo 26. Todas estas recomendaciones se encuentran recopiladas en el documento HRI/GEN/3, de 6 de julio de 2001.

[18] La recomendación general II sobre las obligaciones de los Estados Partes, la recomendación III sobre presentación de informes por los Estados Partes, la recomendación VI sobre informes atrasados, la recomendación X sobre asistencia técnica, la recomendación XI sobre los no ciudadanos, la recomendación XII sobre los Estados sucesores, la recomendación XIII relativa a la formación de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos, la recomendación XVII relativa al establecimiento de instituciones nacionales para facilitar la aplicación de la Convención, la recomendación XVIII relativa al establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad, la recomendación XXI sobre el derecho a la libre determinación, la recomendación XXIII relativa a los derechos de la población indígena, la recomendación XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, y la recomendación XXVII sobre la discriminación de los romaníes. Todas estas recomendaciones se encuentran recopiladas en el documento HRI/GEN/3, de 6 de julio de 2001.

A partir de los años noventa, el Comité introdujo algunas novedades en lo relativo a los métodos de trabajo. Estos cambios crearon dos nuevos procedimientos internos denominados medidas de alerta temprana y procedimientos de urgencia.

Las medidas de alerta temprana están dirigidas a evitar los conflictos que pudieran estar gestándose en un país relacionados con las violaciones de las disposiciones de la Convención. Estas medidas tienden a restaurar la confianza entre las partes. Los criterios que ponen en marcha este tipo de actuaciones son la falta de una base legislativa adecuada relativa a lo que constituye discriminación racial, la utilización inadecuada de los mecanismos de aplicación previstos en la Convención, un creciente odio o enfrentamiento entre grupos étnicos, la existencia de indicadores sociales y económicos que aluden a un importante crecimiento de la discriminación, la llegada de una significativa población de refugiados y desplazados, unida a actitudes de tipo racista o la ocupación de tierras que pertenecen a las minorías.

Los procedimientos urgentes, por su parte, tratan de cuestiones que requieren atención inmediata. Los criterios que permiten que este procedimiento se inicie son, entre otros, la existencia de graves y masivas violaciones de los derechos humanos relacionadas con la discriminación racial[19].

No podemos terminar este apartado sin hacer mención a los recientes debates sobre la reforma del sistema de tratados y, en particular, sobre el informe publicado por la profesora Anne Bayefsky titulado *The UN Human Rights Treaty System: Universality at the Crossroads* y que ha merecido duras críticas por parte del Comité.

Este trabajo surge de un informe inicial sobre el impacto del sistema de tratados de Naciones Unidas realizado en veinte Estados y financiado por la Fundación Ford en colaboración de la Oficina de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos. De este trabajo se han publicado dos informes separados, el de la profesora Bayefsky y el de los profesores Heyns y Vilijoen, este último titulado *The Impact of the United Nations Human Rights Treaties on the Domestic Level*[20].

Sin embargo, ha sido el informe de la profesora Bayefsky el que ha suscitado mayores desacuerdos debido a las recomendaciones que en

---

[19] La descripción de estos procedimientos se encuentra en el Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1998 ante la Asamblea General, A/53/18, p. 14.

[20] Debido a que participé en el informe inicial como consultora para el estudio del impacto del sistema de tratados en España, me limitaré a recoger las declaraciones vertidas por el Comité en relación con el informe de la profesora Bayefsky, sin que ello implique ninguna valoración por mi parte sobre el mismo.

él se formulan, y a las interpretaciones que realiza sobre la labor del Comité en las que se acusa a éste, entre otros, de parcialidad política.[21]

El resultado de todo este proceso está aún por delimitar. Sin embargo, parece que existen ciertos sectores críticos con la labor de los Comités que exigen su revisión y su adecuación a las nuevas realidades. Las propuestas que hasta ahora se han manejado incluyen desde la creación de un super Comité para todos los tratados, hasta la división de la labor de todos los Comités en dos: uno para el examen de informes, y otro para el examen de las comunicaciones individuales. Ninguna de estas propuestas ha sido debatida en documentos oficiales de Naciones Unidas con detenimiento.

Este informe pone sobre la mesa múltiples factores e intereses de los Estados y Organizaciones internacionales en lo relativo a la protección de los derechos humanos. Sin embargo, no son sólo estas realidades las que cuentan, o las que al menos deberían contar, sino también las de aquéllos y aquéllas que se ven obligados a recurrir a estos mecanismos por la ausencia de disposiciones protectoras dentro de sus países. En este sentido, y en nuestra opinión, cualquier debate sobre la reforma de los Comités deberá tener en cuenta a los grupos de derechos humanos, a las ONGés y a todos y todas las potenciales víctimas de violaciones de derechos humanos.

3. **Contenido del tratado**

La Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial se basa en la asunción de que todas las personas son iguales sin distinción de raza, color u origen nacional. De ello se deriva, como señala el Preámbulo en su párrafo tercero, que todos los individuos son iguales ante la ley, lo que finalmente determina que sea precisamente la ley la que deba proteger a las personas contra la discriminación racial y contra la incitación a la misma, al igual que contra las políticas gubernamentales basadas en la superioridad y el odio racial, en especial el apartheid.

Es precisamente esta preocupación por combatir la discriminación racial promovida y mantenida por los Estados la que hizo que este tratado quedara diseñado como un instrumento que imponía obligaciones a los Estados, más que otorgaba derechos a los individuos. De esta

---

[21] Sobre este punto se pueden consultar las observaciones del Comité en el Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de 2001 ante la Asamblea General, A/56/18, anexo VI.

manera, se trataba de eliminar de las políticas de los Estados aquellas actitudes e ideas que a la larga promovían e incitaban a que ciertos grupos pudiesen ser considerados inferiores a otros. En cierto sentido podemos afirmar que este tratado fue inspirado desde la concepción de que la diferencia que nos hace inferiores no sólo viola los derechos humanos, sino que puede llevar a la instauración de regímenes totalitarios y tiránicos dentro de los Estados.

Debido a la importancia del tema, la Convención incluyó en su artículo 1 una definición de la discriminación racial[22]. Sin embargo, tal y como reconoce la recomendación general XIV:

> «Una diferencia de trato no constituirá discriminación si los criterios para tal diferencia, juzgados en comparación con los objetivos y propósitos de la Convención, son legítimos o quedan incluidos en el ámbito del párrafo 4 del artículo 1 de la Convención. Al examinar los criterios que puedan haberse empleado, el Comité reconocerá que una medida concreta puede obedecer a varios fines. Al tratar de determinar si una medida surte un efecto contrario a la Convención, examinará si tal medida tiene consecuencias injustificables distintas sobre un grupo caracterizado por la raza, el color, el linaje o el origen nacional o étnico»[23].

De esta afirmación se deduce que los gobiernos pueden adoptar políticas y medidas diferenciadas hacia las minorías o grupos de un determinado Estado, siempre y cuando los objetivos de estas políticas sean legítimos dentro de la Convención.

La necesidad de responsabilizar a los Estados de las consecuencias de sus decisiones y políticas relativas a la situación de los grupos diferenciados dentro de sus territorios hizo que la Convención estableciera en su artículo 2 la obligación de los Estados de adoptar políticas encaminadas a eliminar la discriminación racial, al igual que debían comprometerse a condenar, según el artículo 4, la propaganda y las organizaciones que inspiraran y promovieran ideas basadas en la superioridad de las razas.

---

[22] Este artículo en su párrafo 1 define la discriminación racial como «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».

[23] Recomendación general XIV relativa al párrafo 1 del artículo 1 de la Convención. HRI/GEN/1/Rev.5, de 6 de junio de 2001, p. 208.

Todas estas precauciones hubiesen sido ineficaces si la Convención no hubiera incluido en su redacción final la garantía que se recoge en el artículo 5. Este artículo establece el derecho de todo individuo a ser considerado de forma igual ante la ley, sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico, otorgando para ello ciertos derechos básicos esenciales para el desarrollo de cualquier persona, al mismo tiempo que asegura una protección y recursos efectivos contra actos de discriminación racial que den lugar a violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales. Esta lista de derechos que aparece en este artículo[24] no está, sin embargo, cerrada, y a ella hay que sumar otros derechos y libertades que se disfrutan en virtud de otros tratados internacionales o de las legislaciones nacionales.

Complementariamente, la Convención enfatiza también la necesidad de que los Estados adopten medidas en la esfera de la enseñanza, educación, cultura e información con el objetivo de que se puedan combatir los prejuicios que llevan a la discriminación racial.

Este tratado incluye también una referencia expresa en su artículo 15 a los territorios bajo administración fiduciaria y territorios no autónomos. Según esta disposición, el Comité puede examinar copias de peticiones, copias de informes y otras informaciones referentes a los territorios bajo administración fiduciaria y a los territorios no autónomos, así como a cualesquiera otros territorios a los que se aplique la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

4. **Evolución en la aplicación de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial**

En los últimos años, el Comité ha ido elaborando un concepto amplio de discriminación que ha traspasado una interpretación estricta que en su origen pudo estar ligada al concepto de discriminación racial.

---

[24] Los derechos que aparecen recogidos en el art. 5 son los siguientes: a) *el derecho a la seguridad personal* y a *la protección del Estado contra todo acto de violencia* o atentado contra la integridad personal cometido por funcionarios públicos o cualquier grupo o institución, b) *derechos políticos:* derecho al sufragio, y a participar en la dirección de los asuntos públicos, c) *derechos civiles:* derecho a circular libremente, derecho a salir del país, derecho a la nacionalidad, al matrimonio, a ser propietario, a heredar, a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, a la libertad de opinión y expresión y a la libertad de reunión y asociación, c) *derechos económicos, sociales y culturales:* derecho al trabajo, a sindicarse, a la vivienda, a la salud pública, a la educación, y a participar en las actividades culturales, d) *el derecho a acceder a los lugares y servicios destinados al uso público* tales como transportes, hoteles, restaurantes, espectáculos o parques.

Esta evolución ha sido especialmente patente a partir de los años noventa en los que el Comité adoptó una serie de recomendaciones generales centradas en la autodeterminación, la población refugiada y desplazada, los pueblos indígenas o la relación entre género y discriminación racial.

Esta evolución no sólo demuestra que la Convención sigue siendo un instrumento vivo, más allá de las ideas que impulsaron su nacimiento, sino que también supone un indicador de las áreas en las que la discriminación va a tener que ser combatida en los próximos años.

Los nuevos lugares desde donde la discriminación va a crecer e intentar consolidarse siguen estando ligados a las políticas que los Estados adoptan en relación con las poblaciones que estiman diferentes de la población mayoritaria o dominante, esto es, pueblos indígenas, minorías nacionales, población refugiada, desplazada o inmigrante. A estas variantes de la discriminación hay que sumarles el hecho de que ésta, curiosamente, también aparece unida a cuestiones que hasta la fecha habían sido excluidas de la discriminación racial, tales como autodeterminación o género.

Estas nuevas opciones complican o enriquecen el panorama, según se mire, pero en cualquier caso nos indican que la discriminación no está vinculada únicamente con cómo los Estados tratan a los grupos diferenciados, sino también qué políticas públicas defienden en otros sectores y si éstas alimentan la discriminación en otros ámbitos.

En los próximos epígrafes analizaremos estas nuevas áreas e intentaremos perfilar algunas de sus características según la práctica del Comité.

4.1. *El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la defensa de los derechos de la población inmigrante, desplazada y refugiada*

La discriminación racial ha sido entendida por el Comité como un término en evolución que debía ir incluyendo diferentes sectores de la población. Uno de los aspectos clave de este concepto ha sido, sin embargo, relacionarlo con la existencia de un tratamiento diferenciado hacia ciertos grupos cuyo objetivo era considerado ilegítimo bajo la Convención. Esta apreciación determinó que el artículo 1.2 de este tratado estableciera:

> «Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos».

Esta afirmación ha significado, por lo tanto, que los Estados pueden asignar diferentes derechos a los que son considerados ciudadanos respecto a los que no ostentan este título. Sin embargo, los derechos de cada grupo deben de ser disfrutados sin discriminación, y las diferencias de tratamiento entre ciudadanos y no ciudadanos no debe basarse en cuestiones raciales o de origen étnico. En este sentido, y sobre la interpretación del artículo 1.2, el Comité ha establecido en su recomendación general XI que:

> «El Comité ha observado que, en ocasiones, se ha interpretado el párrafo 2 del artículo 1 en el sentido de que exime a los Estados Partes de toda obligación de presentar informes sobre cuestiones relativas a la legislación concerniente a los extranjeros. Por consiguiente, el Comité afirma que los Estados Partes están obligados a presentar un informe completo sobre la legislación relativa a los extranjeros y su aplicación»[25].

De esta manera, el Comité ha afirmado la necesidad de que los Estados informen puntualmente sobre su política y legislación en materia de inmigración, de forma que este órgano pueda valorar si existen indicios que apuntan a que la diferencia de tratamiento entre ciudadanos y no ciudadanos se basa, o da lugar, a algún tipo de discriminación.

Otro artículo que también ha causado ciertas discrepancias ha sido el artículo 1.3, que dice textualmente:

> «Ninguna de las cláusulas de la presente 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 en particular».

Mediante este artículo, la Convención reconoce el derecho de los Estados a decidir quién puede ser nacional o ciudadano dentro de su territorio, es decir, quién puede entrar a ese país y quién puede quedarse, siempre y cuando no exista discriminación en la toma de esa decisión. Según algunos autores[26], los miembros del Comité no han interpretado este precepto de una forma muy estricta, y han realizado

---

[25] *Recomendación General XI relativa a los no ciudadanos,* HRI/GEN/1/Rev.5 de 6 de junio de 2001, p. 206.

[26] MAHALIC, Drew; MAHALIC, Joan Gambee: «The Limitation Provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination» *HRQ*, vol 9, 1987, p. 80.

frecuentes preguntas a las delegaciones gubernamentales para averiguar si los no ciudadanos están protegidos contra un tratamiento injusto y tienen derecho a apelar decisiones contrarias a su entrada o a su deportación.

En este sentido, los miembros del Comité creen que la prohibición internacional contra expulsiones arbitrarias de no ciudadanos invalida los límites marcados por el artículo 1.3, que reconoce la soberanía de los Estados para decidir quién se quedará en su territorio. Esta interpretación ha hecho que los miembros del Comité formularan diversas preguntas en el marco de este artículo sobre la situación de los refugiados en un país, preguntas que tenían como objetivo determinar si la política de asilo y refugio de un Estado violaba disposiciones de la Convención al discriminar a los refugiados y refugiadas por su origen nacional.

A modo de ejemplo, podemos citar el caso de España, en el que durante el examen del informe en 1996, el miembro del Comité, Sr. Ferrero Costa, realizó diferentes preguntas[27] relativas al texto de la nueva Ley de Asilo de 1994. Entre estas preguntas se encontraban las siguientes: razones por las que hubo tan pocas solicitudes de asilo concedidas, si era cierto que la nueva ley restringiría el otorgamiento de asilo a extranjeros y extranjeras, si los solicitantes de asilo podían ser detenidos mientras su solicitud se resolvía y por cuánto tiempo, si tenían acceso en esa situación a asistencia legal y médica, países de origen de las personas a las que se concedió asilo, si todas las solicitudes se trataron de igual manera independientemente del país de origen, explicación del proceso normal que siguen las solicitudes de asilo, a quién llegan, cuanto tiempo se tarda en tomar la decisión, dónde permanecen los solicitantes durante ese tiempo, qué asistencia reciben y cuál es el destino de las personas a las que se les niega el asilo[28].

El tercer artículo relevante para el tema que nos ocupa es el artículo 2.1 a), que dice textualmente:

---

[27] No todos los miembros del Comité están de acuerdo en que esta materia entra dentro del ámbito de aplicación de la Convención. Así, el Sr. Diaconu afirmó durante el examen del decimotercer informe de España que las cuestiones del tratamiento a extranjeros sólo se incluyen dentro de la Convención cuando existe discriminación practicada entre extranjeros de diferentes nacionalidades. A esta afirmación contestó el Sr. Ferrero Costa que no creía que la pregunta sobre extranjeros fuera más allá de las competencias del Comité. Examen del decimotercer informe de España, Summary Record 1146th meeting, CERD/C/SR.1146, de 22 de abril de 1996, párrafo n.º 43.

[28] Examen del decimotercer informe de España. Summary Record of the 1145th meeting, CERD/C/SR.1145, de 12 de marzo de 1996, párrafo n.º 13.

> «Cada Estado parte se compromete a no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos de personas o instituciones y a velar por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, actúen en conformidad con esta obligación».

Esta disposición ha sido objeto de especial preocupación por parte del Comité en el caso de varios países, debido a que este órgano ha constatado un incremento de las actitudes racistas por parte de los miembros de la policía y fuerzas de seguridad del Estado, sin que el número de condenas resultantes de tales incidentes se incrementara proporcionalmente. Fruto de esta preocupación fue la elaboración en 1993 de la recomendación general sobre la formación a funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos. En esta recomendación se dice textualmente:

> «El cumplimiento de estas obligaciones depende mucho de los funcionarios encargados de la aplicación de la ley que ejercen poderes de policía, especialmente los poderes de detención o encarcelamiento, y del hecho de que esos funcionarios estén adecuadamente informados de las obligaciones contraídas por sus Estados en virtud de la Convención. Dichos funcionarios deben recibir una formación intensiva para garantizar que, en el cumplimiento de sus deberes, respeten y protejan la dignidad humana y mantengan y defiendan los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color u origen nacional o étnico»[29].

Siguiendo esta recomendación, el Comité ha mostrado su preocupación por el tratamiento de las fuerzas policiales hacia la población extranjera. Así, podemos citar como ejemplo las recomendaciones dirigidas a Suiza. En ellas, el Comité muestra su preocupación por las alegaciones de abuso de policial y excesivo uso de la fuerza contra personas de origen extranjero, junto con el hecho de que los cantones no tienen mecanismos independientes de investigación de quejas sobre este tipo de violencia y abusos. A esto se añade, según el Comité, la circunstancia de que las sanciones contra los funcionarios son raras[30]. Bélgica también es objeto de similares apreciaciones por parte del Comité cuando éste muestra su inquietud ante los diversos casos de

---

[29] *Recomendación General XIII sobre la formación a funcionarios encargados de la aplicación de la ley en cuanto a la protección de los derechos humanos.* HRI/GEN/3 de 6 de junio de 2001, p. 207.

[30] Observaciones Finales a Suiza, CERD/C/60/Misc.21/Rev.3, de 21 de marzo de 2002.

incidentes racistas en comisarías de policía en los que participan personas encargadas de hacer cumplir la ley[31].

En cuarto lugar, tenemos el artículo 5, que recoge una amplia gama de derechos entre los que destaca «el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico». A partir de aquí, el artículo 5 enumera una serie de derechos que ya han sido mencionados y que constituyen los aspectos más fundamentales de la protección de los derechos de los y las inmigrantes y de la población de origen extranjero. Sobre esta disposición, el Comité elaboró en 1996 una recomendación general titulada «Aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades»[32] en la que afirmaba que los Estados estaban obligados a garantizar el disfrute de los derechos y libertades civiles, políticos, económicos, sociales y culturales sin discriminación racial. A esto añadía:

> «Siempre que un Estado imponga una restricción a uno de los derechos enumerados en el artículo 5 de la Convención que se aplique claramente a todas las personas bajo su jurisdicción, 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».

De esta manera, el Comité estima de gran importancia que los Estados partes informen acerca de la aplicación no discriminatoria de todos y cada uno de los derechos y libertades mencionados en el artículo 5.

Sin embargo, el Gobierno español, entre otros, no ha seguido esta recomendación en su totalidad, y el Comité se ha quejado en numerosas ocasiones de la falta de información sobre el disfrute de los derechos de los extranjeros y extranjeras en España. Entre las preguntas formuladas a la delegación española sobre cuestiones que atañen al artículo 5 destacan las relativas al derecho a la educación, condiciones del derecho al trabajo o derecho a residir en un lugar determinado. Estas preguntas han ido acompañadas en muchos casos de comentarios por parte de algunos miembros del Comité en los que se constata la escasa información que el Gobierno español incluía sobre la aplicación del artículo 5.

En este sentido, y durante el examen del informe periódico sometido en el año 1996, el Sr. Ferrero Costa afirmó que no era suficiente describir las principales medidas constitucionales y legislativas que se

---

[31] Observaciones Finales a Bélgica, CERD/C/60/CO/2, de 21 de mayo de 2002.

[32] *Recomendación General XX de 1996 relativa a la aplicación no discriminatoria de los derechos y las libertades.* HRI/GEN/3, de 6 de junio de 2001, pp. 212-213.

han tomado en esta área, debido a que en España los casos de discriminación racial que atentan contra el artículo 5 ocurren en la vida diaria[33]. Estos comentarios y preguntas son generalizables a otros Estados como Bélgica, en el que un miembro del Comité preguntó a la delegación del Estado por el número de personas que adquirieron la nacionalidad belga entre 1990 y 2000, y cuántos de ellos y ellas eran no-europeos[34]. De la misma manera, y en el caso de Finlandia, los miembros del Comité se interesaron por los criterios que el Gobierno utilizaba para diferenciar entre inmigrantes ilegales y legales[35].

De las recomendaciones generales del Comité, y de las preguntas y observaciones finales emitidas por este órgano, podemos deducir que los Estados deben de incluir información precisa sobre el contenido y la aplicación de las leyes de extranjería y de refugio y asilo, así como de toda aquella legislación que afecte a los derechos y garantías de la población extranjera enumerados en el artículo 5.

El análisis de esta legislación debe venir acompañado no sólo de medidas que prevengan los actos racistas por parte de determinados sectores de la población, sino también por parte de las propias fuerzas de seguridad que deben comprometerse en tratar a los y las extranjeras de acuerdo a lo previsto en la ley.

El hecho de que el tratamiento diferenciado hacia determinados grupos de población dentro del Estado tales como inmigrantes, refugiados o desplazados deba de conducir a objetivos legítimos bajo la Convención permite que el espectro de normas que puedan ser examinadas por el Comité sea extraordinariamente amplio. Esta posibilidad implica que las ONGés pueden tener un importante campo de actuación de cara a denunciar políticas restrictivas, y en algunos casos xenófobas, llevadas a cabo por los Estados y, en ocasiones, de difícil cuestionamiento en el ámbito interno.

4.2. *El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y la defensa de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas*

La relación entre la discriminación racial y los derechos de las minorías y los pueblos indígenas ha sido una constante que ha quedado claramente reflejada tanto en las recomendaciones generales del Comité como en sus observaciones finales a los Estados.

---

[33] Decimotercer Informe de España, Summary Record of the 1054th meeting, CERD/C/SR.1054, de 2 de agosto de 1996, párr. 16.

[34] Summary Record, CERD/C/SR.1509, de 18 de marzo de 2002, párr. 26.

[35] Summary Record, CERD/C/SR. 1404, de 9 de agosto de 2000, párr. 5.

Si bien la Convención no hace referencia expresa a los derechos de las minorías o los pueblos indígenas, lo cierto es que la definición de discriminación deja abiertas varias posibilidades, entre las que se incluyen las medidas que los Estados adoptan hacia estos colectivos. Dentro de esta interpretación extensiva del ámbito de la Convención se sitúa la recomendación general XXI de 1996, que en su párrafo quinto establece:

> «(…) De conformidad con el artículo 2 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y otros instrumentos internacionales pertinentes, los gobiernos deben mostrar sensibilidad por los derechos de las personas pertenecientes a grupos étnicos, en particular a sus derechos a vivir con dignidad, a mantener su cultura, a compartir en forma equitativa los resultados del crecimiento nacional y a desempeñar el papel que les corresponde en el gobierno de los países de los cuales son ciudadanos. Asimismo, los gobiernos deben considerar, en el contexto de sus respectivos marcos constitucionales, la posibilidad de reconocer a las personas pertenecientes a los grupos étnicos o lingüísticos formados por sus ciudadanos, cuando proceda, el derecho a realizar actividades de interés especial para la conservación de la identidad de dichas personas o grupos»[36].

El lenguaje utilizado por el Comité es bastante cauto y hace hincapié en que los derechos de los grupos étnicos, como los denomina este órgano, son derechos individuales. Al margen de este debate, es destacable que el Comité establece una relación entre la discriminación, la participación política y el derecho a desarrollar la identidad por parte de estos grupos. Estas premisas han sido claves para acciones que el Comité ha adoptado con posterioridad en lo relativo a la defensa de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas.

El camino abierto por la recomendación XXI tuvo su continuidad en la recomendación XXIII de 1997 sobre poblaciones indígenas y en la recomendación XXVII de 2000 sobre discriminación de los romaníes. En este sentido, la recomendación sobre pueblos indígenas, que sigue la línea de la recomendación XXI en lo que a lenguaje se refiere[37], menciona cinco áreas que son de especial interés, esto es: a) el respeto a la cultura,

---

[36] *Recomendación General XXI sobre el derecho a la libre determinación.* HRI/GEN/1/Rev.5, de 6 de junio de 2001, p. 213.

[37] Nos referimos, entre otros, a la utilización de la expresión poblaciones indígenas en vez de pueblos indígenas, o al hecho de que en el texto de la recomendación no se haga referencia al derecho a la propiedad de los territorios.

historia, idioma y modos de vida de los pueblos indígenas, b) la garantía del disfrute de los derechos y libertades en igualdad y libre de discriminación, c) la concesión de condiciones que permitan un desarrollo económico de estos pueblos, d) la garantía de ejercicio y desarrollo de sus prácticas y costumbres y e) el reconocimiento de los derechos a la posesión, explotación, control y utilización de la tierra[38].

Esta recomendación fue de gran importancia porque aclaró definitivamente que los Estados debían enviar información sobre la situación y legislación que afectaban a los pueblos indígenas. Por otra parte, también contribuyó a abrir el debate sobre las acciones afirmativas, cuestión ésta que siempre había sido importante en los debates del Comité.

Sobre este último punto, en el año 1998, la Sub-Comisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías elaboró la resolución 1998/5 en la que autorizaba al Sr. Marc Bossuyt a realizar un informe sobre el concepto y la práctica de la acción afirmativa. Según el relator, la acción afirmativa es un paquete de medidas, de carácter temporal, que tiene como objetivo corregir la posición que determinados miembros de un grupo tienen en uno o más aspectos de la vida social para conseguir la igualdad[39].

Estos debates y estudios llevados a cabo por la Sub-Comisión tuvieron cierta influencia en el Comité, que comenzó a aproximarse a la situación y derechos de las minorías y pueblos indígenas desde otra óptica, que implicaba no sólo la abstención sino también la promoción de ciertas políticas y programas públicos.

Esto último es apreciable en la recomendación XXVII de 2000 sobre romaníes, documento que es bastante más extenso que las otras recomendaciones, y que hace referencia a medidas de carácter general, medidas de protección contra la violencia racial, medidas en la esfera de la educación, medidas para mejorar las condiciones de vida, medidas en el ámbito de los medios de comunicación y medidas relativas a la participación en la vida pública[40].

En este documento destaca la clara referencia a la adopción de medidas específicas dirigidas hacia este grupo y que constituyen un ejemplo de acciones afirmativas hacia un grupo. En este sentido, en su párrafo 41, esta recomendación insta a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias, *hasta medidas especiales* (la cursiva es nuestra),

---

[38] *Recomendación General XXIII sobre los derechos de las poblaciones indígenas,* HRI/GEN/1/Rev.5, de 6 de junio de 2001, pp. 216-217.

[39] E/CN.4/Sub.2/2002/21, de 17 de junio de 2002, párr. 6-7.

[40] *Recomendación General XXVII relativa a la discriminación de los romaníes,* HRI/GEN/1/Rev.5, de 6 de junio de 2001, pp. 220 y ss.

para garantizar la igualdad de oportunidades de participación de las minorías o grupos de romaníes en todos los órganos del gobierno central y local[41].

Esta aproximación a la protección de los derechos de las minorías desde la óptica de la discriminación también ha tenido su reflejo en las observaciones finales a los Estados, como demuestra el caso de Georgia, en el que el Comité afirmó textualmente en las conclusiones a la presentación del informe de Georgia en el 2001 que:

> «En el contexto de la aplicación del artículo 5, el Comité expresa su preocupación por la falta de representación parlamentaria de las minorías étnicas. Señala con preocupación las barreras que impiden la participación de las minorías en las instituciones políticas, por ejemplo la limitación de su participación en los órganos ejecutivos locales por no dominar el idioma georgiano. El Comité recomienda que el Estado Parte adopte todas las medidas necesarias para aumentar la representación de las minorías nacionales en el Parlamento y en los órganos locales»[42].

Esta misma percepción, unida a una importante labor de lobby por parte de algunas organizaciones indígenas australianas, fue la que impulsó a que el Comité, con arreglo al procedimiento de alerta temprana, adoptara en 1998 su decisión 1(53) sobre Australia en la que se instaba a este país a que enviara información sobre las recientes modificaciones legislativas introducidas en la Ley de Títulos Nativos de 1993 en relación con los derechos sobre las tierras aborígenes y con las funciones del Comisionado de Justicia Social Aborigen y del Estrecho de Torres[43].

Fruto de este requerimiento, el Estado de Australia presentó un informe en el que explicaba detalladamente los cambios introducidos en la Ley de Títulos Nativos de 1993[44]. Esta información fue la base de una nueva decisión del Comité en la que se hacían sugerencias y recomendaciones sobre este texto. Esta decisión es especialmente relevante no sólo por el precedente que abrió respecto a la protección de los derechos de las minorías y los pueblos indígenas sino también por la alta implicación y compromiso que el Comité demostró en esta decisión. En

---

[41] *Ibid*, párr. 41, p. 224.

[42] Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 2001 ante la Asamblea General, A/56/18, p. 15.

[43] Decisión 1(53) sobre Australia de 11 de agosto de 1998, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 1998 ante la Asamblea General, A/53/18, párr. II, B.1.

[44] CERD/C/347, de 22 de enero de 1999.

este documento el Comité hace referencia a importantes argumentos relativos al cumplimiento de las disposiciones de la Convención.

Así, el Comité se refiere a la falta de participación efectiva de las comunidades indígenas en la formulación de las enmiendas de esta ley como un motivo de preocupación respecto al cumplimiento de las disposiciones del artículo 5 de la Convención. Esta circunstancia, junto con otros hechos que se examinan en la decisión, hicieron que el Comité recomendara al Estado que suspendiera la aplicación de las enmiendas a la Ley de Títulos Nativos de 1993[45].

La vinculación entre participación de las minorías y pueblos indígenas en la vida pública y la discriminación no sólo ha quedado patente en las observaciones finales de países como Costa Rica[46], sino también de una forma más genérica en la resolución de la Comisión de Derechos Humanos sobre la incompatibilidad del racismo con la democracia[47], y en el documento final de la Conferencia Mundial contra el Racismo[48].

Estos nuevos avances ponen de relieve que la discriminación racial no implica únicamente la igualdad frente a la ley, sino también la gestión de espacios de participación en la vida pública de las minorías y los pueblos indígenas con el objetivo de que puedan tener un papel activo y protagonista en el diseño de las políticas y programas públicos que les afectan. En este sentido, es destacable, como ya ha señalado el Comité, que renunciar u obviar estas recomendaciones implicará que el Estado puede incurrir en un incumplimiento de las disposiciones de esta Convención.

4.3. *Nuevos ámbitos de actuación del Comité: la perspectiva de género en la discriminación racial y la aplicación y respeto de los derechos económicos y sociales*

Las dos áreas de interés que hemos tratado pueden ser consideradas como desarrollos temáticos relativos al concepto de discriminación. A estos planos podemos sumarles dos áreas transversales ligadas a la perspectiva de género y a los derechos económicos y sociales.

La recomendación general XXV de 2000, relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género, parte de la idea

---

[45] Decisión 2 (54) sobre Australia de 18 de marzo de 1999, *Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial 1999 ante la Asamblea General,* A/54/18, párr. 21 (2).

[46] CERD/C/60/CO/3, de 20 de marzo de 2002, párr. 13.

[47] E/CN.4/RES/2000/40, de 20 de abril de 2000.

[48] A/CONF.189/12, párr. 108.

de que la discriminación racial no afecta de igual manera a los hombres que a las mujeres, y que determinadas prácticas de discriminación racial pueden dirigirse especialmente contra las mujeres de ciertos grupos étnicos, como muestra el caso de las esterilizaciones forzosas a mujeres indígenas. Por ello, el Comité, en esta recomendación, insta a los Estados Partes a que desglosen los datos por género para que el Comité pueda analizar las implicaciones y consecuencias de ciertas políticas en las mujeres[49].

La perspectiva de género en la discriminación racial ha venido siendo impulsada por diferentes órganos de Naciones Unidas, en especial la División para el Avance de la Mujer de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, que llevó a cabo notables esfuerzos para asegurar que la perspectiva de género se incluyera en la Conferencia Mundial contra el Racismo[50]. Estos esfuerzos están dando como resultado que el Comité tome en consideración la situación de las mujeres a la hora de examinar los informes y permitirá, de igual manera, que las cuestiones de género se vayan abriendo camino en diferentes ámbitos de los derechos humanos.

Otro de los campos que consideramos transversales es el relativo a los derechos económicos y sociales. Algunos autores, como Felice, reclaman que estos derechos tengan un papel más importante dentro del Comité debido a que, según este autor, el color de la piel, como único criterio, no nos indica quién sufre, mostrando para ello como ejemplo los datos en los que se afirma que la mayoría de los ciudadanos estadounidenses pobres son blancos[51]. Esta circunstancia indica que los análisis sobre discriminación racial no pueden quedar desvinculados de otros derechos debido a que obtendríamos conclusiones erróneas. Según este autor, los derechos económicos y sociales de las minorías no han sido una prioridad para el Comité, como demuestra el examen del informe de Panamá en 1997, en el que el Comité, en sus observaciones finales, hizo escasa mención al hecho de que este país es uno de los países del mundo con una peor distribución de la riqueza y en el que los grupos étnicos son los más desfavorecidos[52].

---

[49] HRI/GEN/1/Rev.5, de 26 de abril de 2001, pp. 218-219.

[50] Esta División es la encargada del seguimiento e implementación de los resultados de la Conferencia Mundial en lo que a los derechos de la mujer se refiere y, en especial, en relación con la labor desempeñada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, E/CN.4/2002/82.E/CN.6/2002/6, de 21 de diciembre de 2001, párr. 19.

[51] Felice, William F.: «The UN Committee on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. Race and Economic and Social Human Rights» *HRQ*, vol 24, 2002, p. 207.

[52] *Ibid*. p. 218.

Esta lectura apoyada por Felice invita a considerar la cuestión de la discriminación desde una perspectiva de complejidad. La discriminación racial ha ido mostrándose en los últimos años como un múltiple proceso de actitudes elaboradas y gestionadas por los Estados sobre la base de la exclusión de ciertos grupos en favor de otros. Estos patrones de exclusión se han perfilado originariamente en torno al origen étnico o la pertenencia a grupos culturalmente diferenciados. En este sentido, la Convención que nos ocupa ha intentado combatirlos desde la prohibición de actitudes racistas por parte de los Estados y la consecución de medidas legislativas que no discriminen ilegítimamente a unos grupos frente a otros.

Sin embargo, la realidad se ha mostrado bastante más obstinada, lo que ha dado lugar a que ciertas voces comiencen a hablar de otras implicaciones más profundas y arraigadas de la discriminación, como es la desigualdad económica y social. En este sentido, el Sr. Maurice Glèlè-Ahanhanzo, Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas relacionadas de intolerancia, en las conclusiones de su último informe, afirma que, sin la adopción de medidas económicas y sociales de apoyo a los pueblos más marginados por la discriminación racial, las acciones contra ésta serán limitadas[53].

Esto mismo ocurre en el caso de la inclusión en el análisis de la discriminación racial de la perspectiva de género. En muchos ocasiones se tiende a pensar que una perspectiva de género supone únicamente examinar cómo afecta la discriminación racial a las mujeres. Indudablemente éste es un factor importante a tener en cuenta, pero no es el único. En muchas ocasiones el discurso que hace más vulnerables a las mujeres frente a la discriminación racial proviene de nuestras propias actitudes y roles que persisten en nuestras sociedades[54]. De ello se desprende que la discriminación racial, como práctica, está asociada a

---

[53] E/CN.4/2002/24, de 13 de febrero de 2002, párr. 117.

[54] En los últimos años, varias mujeres pertenecientes al mundo del Derecho Internacional han comenzado a introducir el pensamiento feminista, como corriente crítica, dentro de esta disciplina. Autoras como Charlesworth, Chinkin u Otto, entre otras, están haciendo un notable esfuerzo por examinar los argumentos y nociones que construyen el Derecho Internacional, en especial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al margen de las mujeres. Este esfuerzo ha sido también paralelo al de otras mujeres que han comenzado a aportar importantes estudios sobre la globalización desde una perspectiva feminista. A modo de introducción, y sobre este último punto, se puede consultar ORFORD, Anne: «Contesting Globalization: A Feminist Perspective on the Future of Human Rights», en WESTON, Burns H.; MARKS, Stephen P.: *The Future of International Human Rights,* Transnational Publishers, Ardsley, 1999, pp. 157-199.

múltiples factores económicos, sociales, culturales o de género que hacen que los discursos de exclusión pervivan y se alimenten de nuevos fenómenos y tendencias. Si la discriminación racial es un elenco de comportamientos en los que influyen distintas variables, la perspectiva de análisis que tiende a prevenirlos debe igualmente tener todos estos factores en cuenta. Quizás por ello el Comité ha intentado en los últimos años introducir nuevas temáticas con el fin de acercarse a la discriminación desde nuevos campos. En este proceso, la labor de las ONGés es muy importante, al igual que la utilización que de este análisis podamos hacer en nuestras sociedades, debido a que ambos son importantes indicadores de los campos en los que se mueve la discriminación.

En este sentido, y en los próximos años, el Comité deberá tener en cuenta todos estos datos para elaborar comentarios y proponer acciones que tiendan a prevenir y eliminar la discriminación racial. Por su parte, las ONGés y grupos de derechos humanos deberemos estar preparados para poder abordar estudios que incidan en los diferentes factores que permiten y avalan que un grupo esté en una situación de inferioridad frente a otro en un mismo Estado. Todo ello no hará que la diferencia entre unos grupos y otros desaparezca, sino que a la larga nos permitirá entender los discursos que construyen y perpetúan la diferencia como un factor de desigualdad.

La Convención contra la Tortura

Fernando M. Mariño Menéndez

Sumario: 1. Vigencia de la Convención en la Comunidad Internacional. 2. Obligaciones que la Convención impone a los Estados Partes. 3. Las normas de Derecho Internacional general en materia de tortura y malos tratos y sus relaciones con las establecidas por la Convención. 4. El sistema de control establecido por la Convención: el Comité contra la Tortura y sus procedimientos de actuación: 1) El examen de los informes de los Estados Partes. 2) El procedimiento de *investigación confidencial*. 3) El examen de comunicaciones presentadas por un Estado Parte. 4) El examen de quejas individuales. 5. Publicidad de las actuaciones y de los resultados de los procedimientos del Comité. 6. El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura. 7. Observaciones finales.

1. **Vigencia de la Convención en la Comunidad Internacional**

La *Convención Internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* constituye un hito esencial en la lucha de la Comunidad Internacional y del Derecho Internacional contra tales actos criminales. A medida que el número de sus Estados Partes aumenta se acrecienta también su relevancia jurídica. Están a punto de culminar los esfuerzos para dotarla de un Protocolo facultativo, que refuerce la acción en favor de la prevención de la tortura, y, así mismo, se han reformado recientemente diferentes disposiciones del Reglamento de su Comité para hacer más eficaz su labor. Es útil, pues, dar cuenta en este breve trabajo de esas novedades normativas que son lógicamente, en lo esencial, de carácter procedimental.

La Convención (en adelante CCT) fue adoptada el 10 de diciembre de 1984, por medio de la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 39/46[1] y abierta a la firma en Nueva York el 4 de febrero de 1985,

---

[1] La Convención tiene sus antecedentes específicos en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Res.A.G. 217 A (III) de 10-12-1948), el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Res. A.G. 2200 A (XXI) de16-12-1966) y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra la Tortura y otros tra-

entrando en vigor, de conformidad con su artículo 27, el 26 de junio de 1987. La Convención puede ser denunciada por cualquier Estado Parte (aunque nunca lo haya sido efectivamente) y expresamente sólo admite reservas de acuerdo con dos de sus artículos, el 28, que permite reservar el procedimiento de «investigación confidencial» del artículo 20, y el 30, que permite reservar la competencia obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia para conocer por demanda unilateral de controversias sobre la interpretación o aplicación de la Convención, surgidas entre los Estados Partes. Sin embargo, no prohíbe otras reservas, que diferentes Estados Partes han en efecto interpuesto, siendo las más significativas las que pretenden hacer prevalecer el Derecho interno, o determinadas interpretaciones suyas, sobre las disposiciones de la Convención y, en especial, las reservas de ciertos países islámicos y de Estados Unidos[2].

---

tos o penas, crueles inhumanos o degradantes (Res. A.G. 3452 (XXX) de 9-12-1975). *Cf.* United Nations Treaty Collection (as of 5 february 2001). *Multilateral treaties deposited with the Secretary-General*. Treaty I-IV-12. Como últimas monografías generales sobre la Convención de N.U. contra la tortura (objeto desde el inicio de su vigencia de estudios importantes) pueden destacarse: BOULESBAA, A.: *The United Nations Convention on Torture and the prospects for enforcement.* La Haya, M. Nijhoff, 1999. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R.: *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos y degradantes.* Granada, 1998. Es de utilidad la selección de materiales de la práctica, sobre todo de la de aplicación de la Convención Europea para la prevención de la tortura, realizada en: *Prevention of Torture (a Digest of cases).* Ineke BOEREFIJN (Ed.) OLPI, SIM. Dordrectht 2001. Más específicamente, RODLEY, N.S.: *The treatment of prisoners under International Law.* 2nd ed. Oxford 1999. Para una selección completa de la bibliografía sobre la Convención y sus mecanismos de control ver últimamente: VILLÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*Madrid 2002, p. 429 ss.

[2] Ver: CAT/C/2/Rev.6. (14-10-02). Han reservado la aceptación de la jurisdicción obligatoria del TIJ: Afganistán, Arabia Saudita, Bahrein, Chile, China, Cuba, Estados Unidos, Francia, Ghana, Guinea Ecuatorial, Indonesia, Israel, Monaco, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Qatar y Turquía. La pretensión de hacer prevalecer el Derecho interno, en diversos aspectos, ha inspirado las reservas de Bangla Desh, Botswana, Chile, Estados Unidos y Qatar, que fueron a su vez ampliamente objetadas. Es notable la insistencia de Estados Unidos en redefinir por vía de reserva la noción de tortura de la Convención e intentar así hacerla encajar en las normas de su Derecho interno y en particular de su Constitución. Las reservas estadounidenses han sido objetadas por Finlandia, Países Bajos y Suecia. Por su parte, Chile (que en 1990 retiró e interpretó parte de sus reservas) parece haber mantenido una según la cual: «en sus relaciones con los Estados americanos que son partes en la Convención interamericana para la prevención y represión de la tortura, aplicará esta última cuando sus disposiciones sean incompatibles con las de (la Convención contra la Tortura)». En todo caso, no es admisible la vigencia de un «Derecho regional internacional» contra la tortura, contradictorio con el Derecho universal. La propia Convención de 1984 admite (art. 1.2.) la prevalencia de las disposiciones «de mayor alcance» de cualquier instrumento internacional o legislación nacional. Por otra

El 8 de octubre de 2002, un total de 131 Estados la habían ratificado, se habían adherido o habían sucedido a otro Estado en la condición de Parte[3]. Estas cifras la convierten en la segunda menos aceptada de las siete Convenciones de Naciones Unidas más relevantes por su generalidad y universalidad, en materia de protección de Derechos Humanos[4].

Solamente la India (Estado firmante) no es Parte en la CCT de entre el grupo de los Estados más poblados de la Comunidad Internacional, pero es también notable la falta de aceptación de la Convención por varios Estados del círculo islámico del Próximo Oriente (Emiratos Arabes Unidos, Iraq, Oman, Pakistán, R.I. de Irán y R.A. Siria), diferentes Estados de Indochina y Asia Sudoriental (Brunei Darussalam, Malaysia, Myanmar, R.D.P. Lao, Singapur, Tailandia y Viet Nam) y Estados caribeños, sobre todo del círculo anglosajón (Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, República Dominicana, Haití, Jamaica, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía y Trinidad y Tobago).

---

parte, no han entrado en vigor las enmiendas adoptadas por la Conferencia de Estados Partes, el 9 de septiembre de 1992, destinadas a suprimir los párrafos 7.º del artículo 17 y 5.º del artículo 18, y a insertar un nuevo párrafo 4.º en el artículo 18 según el cual los miembros del Comité contra la Tortura recibirán emolumentos provenientes de fondos de Naciones Unidas en los términos y condiciones que decida la Asamblea General. La Asamblea General hizo suya la propuesta de tales enmiendas por medio de su Resolución 47/111, de 16 de diciembre de 1992.

[3] *Cf.* E/CN.4/2002/65 de 28-12-2001 y CAT/C/XXVIII /CRP.1/Add.8. Entre 1991 y 2001, por sucesión se convirtieron en Parte cuatro de los Estados sucesores de la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia: Croacia (1991), Bosnia y Herzegovina (1992), la Antigua República Yugoslava de Macedonia (1994) y Yugoslavia (2001); Eslovenia se adhirió el 16 de julio de 1993. Así mismo notificaron su sucesión la República Checa (1993) y Eslovaquia (1993).

[4] Sin llegar a ser Parte en ella, la han firmado 11 Estados: Andorra, Comores, Gambia, Guinea-Bissau, India, Madagascar, Naurú, Nicaragua, República Dominicana, Santo Tomé y Príncipe y Sudán. No son Parte en ella sesenta y dos Estados, de entre los cuales dos Estados europeos (Andorra y San Marino); doce americanos (Bahamas, Barbados, Dominica, Granada, Haití, Jamaica, Nicaragua, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, Surinam y Trinidad y Tobago); catorce de Oceanía (Islas Cook, Fiji, Kiribati, Islas Marshall, Estados Federados de Micronesia, Naurú, Niué, Palau, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Islas Salomón, Tonga, Tuvalu y Vanuatu); diecisiete de Asia (Bhutan, Brunei Darussalam, Emiratos Arabes Unidos, Iraq, India, Malasia, Maldivas, Myanmar, Oman, Pakistán, R.P.D de Korea, R.I. de Irán, R.D.P. Lao, R.A. Siria, Singapur, Tailandia y Viet Nam); y diecisiete africanos (Angola, Comores, Congo, Djibouti, Eritrea, Gambia, Guinea-Bissau, Liberia, Madagascar, Mauritania, República Centroafricana, República Unida de Tanzania, Ruanda, Santo Tomé y Príncipe, Sudán, Swazilandia y Zimbabwe). Faltan datos sobre el nuevo Estado de Timor Oriental. La Convención universal menos aceptada es, desde luego, la «Convención Internacional sobre la protección de los trabajadores migrantes y sus familiares».

2. **Obligaciones que la Convención impone a los Estados Partes**

En su Preámbulo, la CCT determina que su objeto y fin es «hacer más eficaz la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en todo el mundo». En su artículo 1 define el término «tortura» a los efectos de la Convención misma como:

> «… 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 conocimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas».

Los tres elementos nucleares de esta definición son pues: i) El acto o conducta que inflige intencionadamente dolor o sufrimiento grave. ii) La finalidad con la que el dolor o sufrimiento se causa. Y, iii) La autoría estatal.

Por lo que se refiere a la «tortura», las normas sustantivas de la Convención imponen a los Estados Partes obligaciones de no torturar, de prevenir la tortura, de reprimir la tortura y de garantizar vías jurídicas de recurso y reparación a las víctimas (arts. 2 a 4 y 9 a 15). En cada caso, la correspondiente obligación debe entenderse como impuesta para con los demás Estados Partes y, así mismo, frente a los individuos que se hallen bajo su jurisdicción. Las personas son así titulares, de acuerdo con la Convención, de derechos subjetivos individuales internacionales frente a los Estados Partes.

En concreto, en el lenguaje empleado por la Convención, impone la siguientes obligaciones:

A) *Tomar medidas para impedir* los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción: medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole.
B) Prevenir la tortura; en particular:
    a) *No expulsar, devolver o extraditar* a una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura; es decir, prevenir la tortura que pudiera ser cometida por terceros Estados.

b) *Asegurarse* de que ninguna declaración obtenida bajo tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento.
c) *Velar* por que se incluya una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación del personal encargado de la aplicación de la ley, personal médico, funcionarios públicos y demás personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión, y
d) *Mantener 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 arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura.

C) Reprimir la tortura y, en particular:

a) *Velar* por que:

i) Todos los actos de tortura, tentativa de comisión, complicidad y participación en la tortura, *constituyan delitos* conforme a la legislación penal interna, delitos que deberán ser castigados con penas «adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad».
ii) Las autoridades competentes procedan a una *investigación* pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura.

b) *Instituir y ejercer su jurisdicción penal* sobre los delitos de tortura, de acuerdo con las normas y procedimientos que establece la Convención, y *prestarse* (unos a otros, los Estados Partes) *todo el auxilio* posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal sobre delitos de tortura. En particular, para asegurar que por lo menos un Estado (Parte) ejerza siempre su jurisdicción *en todo caso* de presuntas torturas, la Convención (sin excluir ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales) obliga a cada una de las Partes a:

i) *Instituir la propia jurisdicción* sobre los delitos de tortura:

—Cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción, a bordo de una aeronave o un buque matriculados en el Estado.

—Cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado[5].
—Y cuando el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y no conceda la extradición a algún Estado Parte que la haya instituido por obligación o por decisión libre (art. 5.1. y 2.).

ii) *Ejercer su jurisdicción* sobre los presuntos responsables de tortura que se encuentren en su territorio y de ese modo:

—Proceder inmediatamente a una *investigación* preliminar de los hechos;
—Si las circunstancias lo justifican, *detener* a la persona en cuestión o adoptar otras medidas para asegurar su presencia;
—Y, alternativamente, someter el caso a sus autoridades competentes a efectos del *enjuiciamiento* correspondiente, o *extraditar* al presunto responsable a un Estado Parte que haya instituido su jurisdicción por obligación según la Convención, o por decisión libre (arts. 6 y 7). La Convención contra la Tortura impone así a los Estados Partes la obligación general de extradición, en casos de no ejercicio de la propia jurisdicción, para lo que funge de Convención universal de extradición inspirándose en el principio represor de *aut dedere aut judicare* (Art. 8).

D) Garantizar vías jurídicas de recurso y reparación a las víctimas y en particular:

a) Que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura «en cualquier territorio bajo su jurisdicción» tenga *derecho a presentar una queja* y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinada por sus autoridades competentes.
b) Que 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.

Por lo que se refiere a los actos que constituyan *tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, «que no lleguen a ser tortura», tal

---

[5] En cambio, instituirá su jurisdicción sólo *si lo considera apropiado*, cuando la víctima sea nacional de ese Estado (art. 5.1.c).

como ésta es definida por la Convención, los Estados Partes se comprometen, de acuerdo con el artículo 16 de la misma, a *prohibirlos* en cualquier territorio bajo su jurisdicción, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.

Así mismo, por remisión a los correspondientes artículos de la Convención, los Estados Partes se comprometen a:

i) *Prevenir* los indicados tratos, y para ello, más en concreto, *velar* por que se incluya una educación y una información completas sobre su prohibición en la formación de las personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión; y, así mismo, *mantener 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 arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción.

ii) *Reprimir* tales *tratos* y, en particular, *velar* por que las autoridades competentes procedan a una *investigación* pronta e imparcial siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto que constituya un trato o pena de los citados, y

iii) *Velar* por que toda persona que alegue haber sido sometida a un trato o pena de los indicados, en cualquier territorio bajo su jurisdicción, tenga *derecho a presentar una queja* y a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes.

En cambio, la remisión que el artículo 16 hace a otras disposiciones de la Convención en materia de los citados tratos o penas no incluye a los artículos 5 a 9, 14 y 15 de la misma.

3. **Las normas de Derecho Internacional general en materia de tortura y malos tratos y sus relaciones con las establecidas por la Convención**

Las normas de la CCT y su práctica misma de aplicación forman parte esencial de los elementos de la práctica internacional constitutiva de normas generales de Derecho Internacional contra la tortu-

ra y, en su caso, los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes[6]. En particular, su definición de «tortura» posee la autoridad que se deriva de estar contenida en el texto convencional más universal existente en la materia. Si bien no se desprende del texto de la Convención

---

[6] *Cf.* especialmente en el plano universal, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 5. b) de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1966; el art. 1 (y otros concordantes) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979; el art. 37.a). de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño (en la que no son Partes, solamente, Somalia y Estados Unidos). Específicamente contra la tortura en el plano regional se han adoptado: i) En Europa, el «Convenio Europeo de 26 de noviembre de 1987 para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes». Entrado en vigor el 1-2-1989, y en el que son partes 41 de los 43 miembros del Consejo de Europa (excepto Armenia y Azerbaijan), creó el «Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los tratos o penas inhumanos o degradantes» y tiene dos Protocolos adicionales, ambos de 4-11-1993, de interés principalmente procesal, si bien el primero de ellos extiende el ámbito subjetivo potencial de aplicación del Convenio a Estados no miembros del Consejo de Europa. ii) En América, la «Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura» de 9-12-1985, en vigor desde 28-2-1987 cuya definición de tortura (art.2, particularmente su párrafo 2.º) la convierte, en general, en una «de mayor alcance» que la de la Convención de Naciones Unidas de 1984. Así mismo, la «Convención Interamericana sobre la prevención, castigo y erradicación de la violencia contra las mujeres» («Convención de Belem do Pará»), de 9 de junio de 1994, vinculada al sistema de recursos de la Convención de San José de 1969; y la «Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas» de 9 de junio de 1994 (arts. I y II).

Apenas es necesario recordar que los instrumentos regionales de protección general de los derechos humanos protegen el derecho humano a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes: Convenio de Roma de 4-11-1950, (art. 3, que no se refiere a las penas o tratos *crueles*), Convención Americana de 22-11-1969 de San José de Costa Rica (art.5.2), Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos de 26 de junio de 1981 (art. 5) y Carta africana sobre los derechos y el bienestar del niño de 11 de julio de 1990 (art.16). Así mismo, el Apartado VII de la «Declaración Mundial relativa a los Derechos del Hombre en el Islam de 19-9-1981, adoptada en París por el Consejo Islámico, que regula el «Derecho a la protección contra la tortura»; y el artículo 13 de la «Carta Arabe de derechos humanos» adoptada por el Consejo de la Liga de Estados Arabes el 15-9-1994. Sobre las Convenciones de Derecho Humanitario ver *infra*. Ver también, para completar el acervo jurídico internacional en esta materia, los diferentes instrumentos no convencionales, particularmente Declaraciones de la Asamblea General, adoptados por Naciones Unidas para recomendar reglas generales, de gran autoridad e imprescindible referencia, que proyectan su relevancia en diferentes áreas de la protección contra la tortura y otros tratos prohibidos (sitio Webb *unhchr.ch/html/intlist.htm)*).Particularmente destacables son el párrafo 5 de la sección B de la Parte II de la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptados en junio de 1993 por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/239); y los «Principios de Estambul», anexos a la Res. A.G. 55/89 de 4 de diciembre de 2000, relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes. Finalmente, las «Recomendaciones del Relator Especial sobre la tortura para la prevención y erradicación de la tortura» sometidos a la A.G de acuerdo con la Res. 55/89 de 3 de julio de 2001 (Doc. A/56/156)

la obligación de los Estados Partes de «incorporar» dicha definición a sus respectivos Derechos internos, cualquier otra definición o norma que ellos adopten al respecto en su Derecho interno debe tener por lo menos el mismo ámbito y el mismo alcance protector que las de la CCT.

Tres normas de Derecho Internacional *general* sobre la tortura imponen de modo conjugado obligaciones a los Estados (y, en su caso, a cualquier otro sujeto del orden internacional), formando un conjunto de disposiciones normativas indivisibles y complementarias.

Esas normas generales son; i) La que obliga a no practicar la tortura; ii) La que obliga a prevenir e impedir su práctica en los ámbitos de la propia jurisdicción estatal; y, iii) La que obliga a reprimir y sancionar a sus autores, garantizando al mismo tiempo una *reparación justa* de las víctimas. Las vigencia de las tres normas supone la calificación de la tortura como un «crímen de Derecho Internacional».

De entre las normas señaladas, la más precisada por la práctica es lógicamente la primera, cuyo carácter imperativo (*jus cogens)* es indiscutido: su vigencia nunca puede ser suspendida y el derecho humano que protege es irrenunciable y absoluto, es decir, no admite excepciones, y toda persona es titular de él por efecto inmediato de la norma internacional. Así se desprende de una amplia práctica internacional que incluye la adopción, interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos internacionales universales y regionales, de concomitantes normas de Derecho interno y de decisiones de órganos judiciales internacionales e internos[7].

Parece así mismo indiscutible el carácter imperativo de la norma general que *en abstracto* obliga a los Estados (u otros sujetos) a tomar las medidas que sean necesarias para *prevenir e impedir* la tortura. Como se ha indicado, según el artículo 1.º de la propia CCT, un Estado puede

---

[7] *Cf.* Res. A.G. 3452 (XXX) de 1975 (art. 4); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 4); Convención contra la tortura (…) de 1984 (art. 2.2); Convenio de Roma de 1950 (art.15); Convención de San José de 1969 (art. 27). En cuanto a la prohibición absoluta en el ámbito del Derecho Humanitario, con respecto a los conflictos armados internacionales: Convenio III de Ginebra de 1949 (arts. 13,14,17 y 130); Convenio IV de Ginebra de 1949 (art. 147); Protocolo I de 8-6-1977 adicional a los Convenios de Ginebra (art. 75). Con respecto a los conflictos armados no internacionales: Protocolo II de 8-6-1977 Adicional a los Convenios de Ginebra (art. 4); art. 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra de 1949. Como últimamente ha recordado la Resolución A.G. 56/143 de 1-2-2002 «… el derecho a no ser sometido a torturas debe estar protegido en todas las circunstancias, incluso en tiempos de disturbios internos o internacionales o de conflicto armado».

ser «responsable» de la tortura también «… por consentimiento o aquiescencia…»[8].

En la práctica ha adquirido relevancia una norma concreta que da precisión a esa norma abstracta que obliga a la prevención: la norma o principio de no devolución (*non refoulement*) que obliga a no devolver, extraditar, expulsar o entregar de cualquier otra forma a un extranjero a un Estado en donde corra un peligro cierto de ser sometido a tortura (o de ser privado arbitrariamente de la vida o sometido a esclavitud o servidumbre); o corra el riesgo cierto de ser entregado a un tercer Estado donde quede a su vez sometido a aquellos peligros. Esta norma está contenida, como ya se ha señalado, en la CCT (art. 3)[9]; de hecho, más del 80 % de las *quejas* individuales sometidas hasta ahora al Comité contra la Tortura (CoCT en adelante) se refieren a la (posible) violación del derecho que tal norma protege. Tan importante es en la práctica esta norma que el único «Comentario general» adoptado por el CoCT se refiere a ella bajo la rúbrica de «Cumplimiento del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22»[10]. La jurisprudencia del Comité sobre esta cuestión es continuada y profusa[11].

---

[8] La reciente decisión del Comité en el caso Hajrizi Dzemajl et al. c. Yugoslavia (n.º 161/2000),que será publicada en el Informe del 29.º periodo de sesiones, recoge esta determinación: «… el Comité considera que los reclamantes han demostrado suficientemente que la policía (agentes públicos), aunque habían sido informados del riesgo inmediato que los reclamantes estaban corriendo, y habían estado presentes en la escena de los acontecimientos, no tomaron las medidas apropiadas para protegelos, lo que implica "aquiescencia en el sentido del artículo 16" de la Convención…».

[9] *Cf.* además, la «Declaración sobre el Asilo territorial» (A.G.Res. 2132 (XXII) de 14-12-1967) y el art. 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 que formula la *Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement»)*, admitiendo sin embargo alguna excepción a su aplicación. Sobre esta cuestión en la doctrina española: Gortázar Rotaeche, C.: *Derecho de asilo y no rechazo del refugiado.* Madrid, 1997. Sobre la aplicación del principio de no devolución en el contexto de aplicación del artículo 3 de la Convención de Roma de 1950 ver: Gil Bazo, T.: «La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos», en F. Mariño Menéndez y C. Fernández Liesa (Dir.): *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo.* Madrid. Instituto Francisco de Vitoria y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 147-187.

[10] Comentario General n.º 1. Adoptado el 21 de noviembre de 1997 (A/53/44, anexo IX). Ver HRI/GEN/1/Rev. 5, *cit.,* p. 252. Según su párrafo 6.º: «…el riesgo de tortura debe establecerse sobre fundamentos (*grounds*) que vayan más allá de la simple teoría o sospecha. Sin embargo, el riesgo no tiene que cumplir el criterio (*test)* de ser altamente probable».

[11] Así, el *Informe del Comité contra la tortura* correspondiente a los períodos de sesiones 25.º y 26.º (Noviembre de 2000 y abril y mayo de 2001) (Doc. Suplemento n.º 44 (A/56/44). A.G. Doc. Off. 56.º periodo de ses. Nueva York, 2001), informa de 11 Dictámenes

Como de Derecho Internacional general, esta norma es pues autoejecutiva y alegable directamente por los individuos ante las autoridades internas.

Por su parte, la norma internacional general que obliga a los Estados a reprimir y, en su caso, a sancionar penalmente a los responsables de torturas, no les impone ciertamente la obligación de ejercer una jurisdicción represora *universal*. Ha sido precisado, más en particular, que si ningún Estado cuya jurisdicción penal esté basada en los criterios generalmente aceptados (aquél cuya nacionalidad posean el presunto autor y/o la víctima, y/o en cuyo territorio se haya realizado el hecho, y/o bajo cuya jurisdicción territorial se encuentren los presuntos autores), ejerce eficazmente su jurisdicción represora (frustrando, por ejemplo, su ejercicio a través de leyes de «autoamnistía» u otros obstáculos de Derecho interno), todo tercer Estado queda internacionalmente habilitado por el Derecho Internacional general para ejercer su propia jurisdicción represora sobre el presunto responsable de tortura[12].

---

adoptados por el Comité sobre la base del artículo 22 de la Convención (pp. 96 a 190). De ellos diez, los números: 49/1996, 122/1998, 123/1998, 128/1999, 134/1999, 142/1999, 144/1999, 147/19999, 149/1999 y 150/1999 «dictaminan» sobre cuestiones de «non refoulement». Y en el *Informe del Comité contra la tortura* correspondiente a los períodos de sesiones 27.º y 28.º (Noviembre de 2001 y abril y mayo de 2002) (Doc. Suplemento n.º 44 (A/57/44). A.G. Doc. Off. 57.º periodo de ses. Nueva York, 2002), informa de 14 decisiones sobre el fondo de la cuestión adoptados por el Comité sobre la base del artículo 22 de la Convención (pp. 94 a 191). De ellos, trece se pronuncian sobre dichas cuestiones de «no devolución», los números 138/1999, 146/1999, 154/2000, 156/2000, 162/2000, 164/2000, 166/2000, 175/2000, 177/2000, 178/2000, 179/2000, 180/2000 y 185/2000.

[12] No es necesario hacer aquí referencia a la serie de decisiones judiciales internas que apoyan esa práctica de jurisdicción universal en casos de persecución de grandes criminales internacionales responsables también de torturas (Casos Eichmann, Demjanjuk, Pinochet, etc). En el sentido ahora señalado es importante la sentencia de 10-12-1998 dictada por el Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia en el asunto *Prosecutor c. Furundzija* (párrafos 155 a 157), texto en 38 *ILM.* 317 (1999). Especialmente significativa a este respecto es también la resolución adoptada en 1999 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Carmelo Soria*, víctima de tortura y asesinato por agentes de la DINA chilena bajo el régimen del General Pinochet (OEA/Ser/L/V/II.105.Doc.12, de 19-11-1999. Informe n.º 133/99, caso 11.725, Chile, p. 40), por más que se fundamente parcialmente en la aplicación de la Convención de Nueva York de 1973 sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos. Sobre las interferencias entre la norma ahora examinada y las normas de Derecho Internacional sobre inmunidades individuales de los cargos más elevados del Estado, ver: TORRES BERNÁRDEZ, S.: «Acerca de las inmunidades del Jefe de Estado o de Gobierno en Derecho Internacional y de sus límites», en: *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro Rial*. F.M. MARIÑO (Ed.), pp. 593-639. Madrid 2002.

Pero, dicho lo anterior, también cabe afirmar más en general que el carácter de «crimen contra el Derecho Internacional» de la tortura implica, sobre la base del Derecho Internacional general, que el ejercicio de la *jurisdicción universal* contra sus presuntos autores es internacionalmente lícito en todo caso.

Además, la comisión de un acto o actos de tortura calificables de «crimen contra la Humanidad» o de «crimen de guerra»[13] puede implicar la responsabilidad internacional penal de *individuos*, directamente exigible en su caso ante Tribunales penales internacionales. En ese supuesto, pues, la noción de tortura queda ampliada frente a la de la Convención de 1984. Así, los Tribunales internos de los Estados Partes en el Estatuto de Roma están obligados a aplicar las normas de éste y a considerar «como de Derecho interno» todos los crímenes allí definidos y, por lo tanto, los actos de tortura que los integren según su tipificación internacional.

Por otra parte, el hecho de que la CCT no extienda el conjunto de todas sus disposiciones y garantías relativas al crimen de tortura al cumplimiento de sus propias normas sobre los *tratos o penas* crueles, inhumanos y degradantes, que también imponen obligaciones de prohibición, prevención, represión y reparación, no significa que, por lo menos para alguna de ellas, no se pueda establecer su vigencia como normas de Derecho Internacional general. Así, no hay que descartar una extensión de la obligatoriedad del «principio de no devolución» a casos de tales «tratos o penas». En cambio, el principio de *habilitación de la jurisdicción universal* no parece tener aplicación precisa en el contexto de la vigencia de las normas internacionales sobre dichos tratos o penas.

4. **El sistema de control establecido por la Convención: el Comité contra la Tortura y sus procedimientos de actuación**

La Convención creó el *Comité contra la Tortura* (CoCT) como órgano encargado de controlar el cumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones que ella misma les impone. Dicho Comité pertenece, pues, al conjunto de Comités de control «de base convencional» que

---

[13] Crímenes internacionales de individuos cuya tipificación más autorizada se encuentra actualmente en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio de 1998, entrado en vigor el 1 de julio de 2002.

se integran en el sistema universal de promoción y protección de los derechos humanos y ejercen sus funciones en el marco de diferentes Convenciones universales, promovidas y adoptadas por Naciones Unidas con esa finalidad[14].

El Comité se rige por las disposiciones básicas de la Convención y por su Reglamento, del que él mismo se ha dotado y en el que, por mandato de la Convención, se ha establecido que seis de sus miembros constituyen *quorum* y que las decisiones del Comité se tomarán por mayoría de votos de los miembros presentes (art. 18.2)[15].

El nuevo párrafo 3.º del artículo 61 del Reglamento establece específicamente que el Comité «también podrá nombrar relatores a uno o más de sus miembros para que desempeñen las funciones que el Comité les encomiende». La designación de Relatores constituye una manifestación del poder más general del Comité de establecer los órganos auxiliares que estime oportunos (art. 61.1). Como se verá en seguida, el recurso a Relatorías ha sido previsto expresamente en diferentes artículos.

---

[14] Dentro de la bibliografía última en lengua española sobre dicho «sistema universal» destaca el libro ya citado de VILLÁN DURÁN, C.: *Curso de Derecho Internacional de los derechos humanos.* Madrid 2002. El análisis crítico más relevante, no oficial, sobre el conjunto del sistema convencional es quizá el de BAYEFSKI, A.F.: *The U.N. human rights Treaty System: Universality at the Crossroads.* Nueva York, 2001. Ver de la misma autora (Ed.): *On the future of the UN human rights treaty system (Dordrecht, 2001).* Ph. Alston realizó en su día el informe crítico oficial, para la Comisión de Derechos Humanos, con gran pertinencia: *Final Report of the independent expert on enhancing the long-term effectiveness of the UN human rights treaty system. UN Doc. E/CN.4/1997/74.*

[15] Las últimas e importantes enmiendas al Reglamento, a las que antes se ha aludido, fueron adoptadas en la sesión 28.º del propio Comité celebrada en mayo de 2002. Ver el texto actual en el documento CAT/C/3/Rev.4., de 9 de agosto de 2002 y en el Informe del Comité contra la Tortura del 27.º periodo de sesiones (A.G. Doc. Off. Sup. N.º 44 (A/57/44) pp. 217 y ss. La versión anterior del reglamento era de 13/7/1998 (CAT/C/Rev.3). El Comité está compuesto de expertos, en número de diez, «de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos». Sus miembros son elegidos por los Estados Partes, en reuniones bianuales y en votación secreta de una lista de personas designadas por ellos; son elegidos por cuatro años y pueden ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. Ejercen sus funciones «a título personal». El Comité se reúne en principio en dos sesiones anuales ordinarias, lo que ha hecho desde 1993. Elige su Mesa para un periodo de dos años, pudiendo los miembros de la Mesa ser reelegidos. Según el nuevo párrafo 2.º del artículo 12, «El Presidente, los miembros de la Mesa y los Relatores Especiales podrán seguir desempeñando las funciones que se les hayan asignado hasta el día anterior a la primera sesión del Comité compuesto por los nuevos miembros, en la que éste ha de elegir su Mesa».

El Comité desarrolla sus funciones por medio de cuatro procedimientos diferentes de control[16], de acuerdo con las correspondientes disposiciones de la Convención: el *examen de informes* de los Estados Miembros; las *investigaciones confidenciales* sobre la situación en países determinados; la *recepción y examen de comunicaciones presentadas por un Estado Parte* que aleguen que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención; y, la *recepción y examen de quejas enviadas por personas* (o en su nombre), sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte, que aleguen ser víctimas de una violación cometida por éste de las disposiciones de la Convención.

4.1. *El examen de informes de los Estados Partes*

En primer lugar, el *examen de informes* de los Estados Partes se realiza sobre los Informes que cada uno de ellos debe presentar (art. 19 de la CCT y arts. 64 a 68 del Reglamento). Uno de ellos, el *inicial*, debe ser presentado dentro del año inmediatamente posterior a la entrada en vigor para el Estado Parte en cuestión de la Convención y otros, sucesiva y periódicamente, cada cuatro años (sin perjuicio de la competencia del Comité para solicitarle otros informes, en su caso), para dar cuenta de las medidas que haya adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos en virtud de la Convención. Los informes se presentarán de conformidad con las directrices establecidas por el Comité[17].

El Comité examina cada Informe en sesión pública. En una primera reunión, un relator y un correlator del Comité exponen a la delegación estatal (si ella está allí presente) sus observaciones y le formulan sus cuestiones, a las que se pueden añadir las formuladas por los demás

---

[16] Ver, como análisis críticos últimos sobre estos procedimientos: BANK, R.: «Country-oriented procedures under the Convention against Torture: Towards a new dynamism» en: *The future of U.N. Human rights Treaty monitoring.* P. ALSTON y J. CRAWFORD (Eds.), pp. 145-175. Cambridge University.Press. Cambridge, 2000. SORENSEN, B.: «CAT and articles 20 and 22» en: *International human rights. Monitoring mechanisms. Essays in honour of Jakob Th. Möller.* G. ALFREDSSON, J.GRIMHEDEN, B.G. RAMCHARAM y A. DE ZAYAS (Eds.), pp. 167-185. La Haya, Boston y Londres 2001. Más en general sobre el Comité contra la tortura: INGELSE, Ch.: *The UN Committee against torture - An assessment.* (Kluwer) 2001.

[17] *Cf.* Las directrices en: CAT/C/14/ Rev.1 de 2 de junio de 1998. Así mismo: G / SO 221 (1) de 26 de abril de 1991. Para el Informe inicial se han señalado directrices especiales: CAT/C/Rev.2 de 18-6-1991. Un Informe normal debe contener información sobre las nuevas disposiciones y nuevos acontecimientos relacionados con la aplicación de la Convención, información adicional solicitada por el Comité, e información sobre la aplicación de las previas conclusiones y recomendaciones del Comité.

miembros del propio Comité. Pocos días después, según se fije por el Comité, el Estado responderá públicamente en una nueva reunión a las cuestiones que se le hubieran planteado, por medio de las observaciones que quiera formular, siendo este acto ocasión de un intercambio de preguntas y respuestas entre los miembros de la delegación estatal y los del Comité. Finalmente, el Comité (tras el correspondiente debate interno) adopta sus «conclusiones y recomendaciones»[18], en las que podrá indicar si el Estado Parte no ha cumplido alguna de sus obligaciones según la CCT, y se las comunicará directamente al Estado interesado (previamente, éste habrá recibido el texto) en una tercera reunión pública convocada especialmente al efecto en una fecha inmediata. El Comité podrá, en caso necesario, indicar el plazo dentro del cual hayan de recibirse las observaciones de los Estados Partes (artículo 68.2).

El Comité se enfrenta a los mismos problemas que los demás mecanismos convencionales de control de Naciones Unidas: la falta de presentación por los Estados de los informes debidos; o su retraso en la entrega, a veces muy grande; o la incomparecencia de un Estado a la sesión de examen de su previo informe.

Para afrontar esos problemas, la versión del Reglamento de 2002 ha introducido algunas nuevas disposiciones, en la línea de las ya adoptadas por otros Comités del círculo de Convenciones del sistema universal, particularmente el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de 1966. Estas son:

A) En los casos que estime oportunos, el Comité podrá considerar que la información contenida en el último informe presentado cubre la información que debería haber sido incluida en los informes previos no presentados aún (art. 64.2)[19].
B) Cuando lo considere oportuno, el Comité podrá notificar al Estado en mora, por medio del Secretario General, que tiene la

---

[18] La nueva rúbrica del artículo 68 del Reglamento reza precisamente «Conclusiones y recomendaciones del Comité», terminología que sustituye a la anterior de «comentarios generales». El texto del artículo 68.1 establece que el Comité puede formular «observaciones generales, conclusiones o recomendaciones».

[19] Así, en sus recientes «Conclusiones y recomendaciones» sobre el segundo Informe presentado por la República Bolivariana de Venezuela (CAT/C/XIX/Misc.6, de 21-11-2002) se establece: «…2. El Comité acoge con satisfacción el segundo informe periódico de Venezuela, que debía haberse presentado en agosto de 1996, presentado en septiembre de 2000 y actualizado en septiembre de 2002, que comprende la información que debería haberse incluido en el tercer informe, que debió presentarse en agosto de 2000 (…). 13. El Comité invita al Estado Parte a presentar su cuarto informe a más tardar el 20 de agosto de 2004 (…)».

intención de examinar, en una fecha que se indicará en la notificación, las medidas adoptadas por el Estado Parte para proteger o dar eficacia a los derechos reconocidos por la Convención y hacerle los «comentarios generales» que estime apropiados según las circunstancias (art. 65.3).

C) Si el Estado citado a una sesión de examen de su Informe, ya presentado, no comparece ante el Comité, éste puede discrecionalmente adoptar alguna de estas decisiones (art. 66.2):

   a) Notificarle a dicho Estado Parte a través del Secretario General que en una sesión específica se propone examinar el informe de acuerdo con las reglas generales de procedimiento y proceder en su caso a adoptar conclusiones y recomendaciones; o bien
   b) Proceder en la sesión especificada originalmente a examinar el informe y a adoptar y transmitir el Estado Parte sus observaciones finales de carácter provisional. El Comité determinará la fecha en la cual el informe será examinado de acuerdo con las reglas generales, o la fecha en la que un nuevo informe periódico deberá ser presentado como «informe adicional».

Hasta la sesión de noviembre de 2002, el Comité había examinado informes de 73 Estados Partes, de varios de ellos incluso su cuarto informe. No obstante, el retraso en la presentación de sus respectivos informes por parte de muchos Estados es muy notable, hasta el punto de que algunos, obligados desde hace largos años a hacerlo, ni siquiera han presentado su Informe inicial[20].

En cada uno de sus sucesivos Informes los Estados Partes deberán informar también sobre el cumplimiento de las recomendaciones que el Comité les hubiera podido dirigir al examinar su informe previo en un periodo anterior. Además, el Comité podrá designar un *Relator o Relatores especiales de seguimiento* del cumplimiento de sus conclusiones y recomendaciones (artículo 68.1). Estos deberán actuar de acuerdo con el mandato de seguimiento recibido, el cual puede comprender actuaciones específicas como cuando el Comité haya pedido en sus Conclusiones y Recomendaciones una información suplementaria antes

[20] De acuerdo con el Documento CAT/C/68, de 7 de marzo de 2002, no habían presentado su informe *inicial* treinta y ocho Estados Partes, incurriendo once de ellos en un retraso de más de ocho años: Uganda, Togo, Guyana, Guinea, Somalia, Yemen, Bosnia y Herzegovina, Camboya, Letonia, Seychelles y Cabo Verde. Sin embargo, Camboya, Letonia y Yemen ya lo habían presentado en octubre de 2002.

del siguiente informe periódico; o cuando el Comité, en el plazo entre informes periódicos, considere que las circunstancias exigen un seguimiento de ciertas cuestiones especiales. Su actuación podría abarcar incluso la situación en la que un Estado Parte se halla en mora bien respecto de su informe inicial bien de un informe periódico[21].

4.2. *El procedimiento de* investigación confidencial

De acuerdo con el artículo 20 de la CCT, el desarrollo de un procedimiento de *investigación confidencial*[22] sobre la situación existente en países determinados puede ser decidido por el Comité, en determinados casos, siempre que el Estado Parte objeto de la investigación no haya declarado que no reconoce dicha competencia[23].

El Secretario General es quien señalará a la atención del Comité la información que se haya presentado «o parezca haberse presentado», para su examen por el propio Comité de acuerdo con el artículo 20.1. de la Convención (art. 69.1 del Reglamento), y llevará un registro permanente de tal información. De ese modo, en un «examen preliminar», el Comité determinará si considera que la información recibida indica «de forma fundamentada» que la tortura *se practica sistemáticamente* en el territorio del Estado Parte de que se trate (art. 75.2). Si el Comité considera que la información recibida es «confiable» y contiene indicios de que, efectivamente, se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado a cooperar en el examen de la información y, a tal fin, presentar observaciones con respecto a la información de que se trate. A la luz de esas observaciones y

---

[21] Sobre las cuestiones que plantea la racionalización del procedimiento de presentación y examen de los informes de los Estados Partes a los Comités creados por tratados de derechos humanos ver. Doc. HRI/ICM/2002/2, de 25-4-2002: «Métodos de trabajo relacionados con el proceso de presentación de informes de los Estados». Y, sobre todo, Doc. HRI/ICM/2002/3, de 24-9-2002, «Informe de la primera reunión entre los Comités que son órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos», en donde deben destacarse los párrafos 23 a 28 sobre «estrategias para favorecer la presentación de informes, incluida la asistencia técnica». El CAT ya ha comenzado a impulsar por medio de contactos previos que ofrecen dicha asistencia, la presentación de los informes estatales más atrasados.

[22] Los correspondientes artículos del Reglamento (art. 69 a 84) no han sufrido ninguna modificación en la reforma del mismo realizada en 2002.

[23] La «reserva» de no reconocimiento de tal competencia, permitida por el artículo 28 de la Convención, y que puede ser retirada en cualquier momento, había sido interpuesta en octubre de 2002 por ocho Estados Partes: Afganistán, Arabia Saudita, China, Guinea Ecuatorial, Israel, Kuwait, Marruecos y Ucrania.

de cualquier otra información pertinente de que disponga[24], el Comité podrá, si decide que ello está justificado, designar a uno o varios de sus miembros para que procedan a una investigación confidencial e informen urgentemente al Comité. Se recabará para ello la cooperación del Estado Parte de que se trate de acuerdo con el cual la investigación podrá incluir una visita a su territorio (arts. 78 a 80). En la realización de esa «Misión visitadora», los miembros de ésta podrán incluso decidir la celebración de *audiencias* en relación con la investigación, cuando lo consideren apropiado (art. 81.1).

Las conclusiones del miembro o miembros de la Misión investigadora serán examinadas por el Comité y luego transmitidas al Estado Parte junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación. El Estado «será invitado» a informar al Comité en un plazo razonable de las medidas que adopte con respecto a las conclusiones y en respuesta a las observaciones y sugerencias hechas (art. 83).

En vista del carácter confidencial de todas las actuaciones, una vez terminado el procedimiento, el Comité podrá decidir, tras consultar con el Estado interesado (a quien invitará a que presente observaciones al respecto en un plazo determinado), incluir una *relación sumaria* de los resultados del procedimiento en su informe anual (art. 84).

Ya en su primera relación sumaria referente a su misión investigadora sobre la situación en Turquía (1993), el Comité formuló[25] su doctrina, luego repetida en otros informes, sobre cuándo se dan «torturas sistemáticas»:

> «El Comité considera que la tortura se practica sistemáticamente cuando es evidente que los casos de tortura en cuestión no han ocurrido ocasionalmente en un lugar y momento concretos, sino que se presentan como habituales, extendidos y realizados deliberadamente, por lo menos en una parte considerable del pais de que se trate. La tortura puede de hecho poseer un carácter sistemático sin que ello sea así por la intención directa de un Gobierno. Puede ser consecuencia de factores que el Gobierno tenga dificultades para controlar y su existencia puede indicar una discrepancia entre la política establecida por el Gobierno central y su implementación por la administración local. Una legislación inadecuada, que deje en la práctica espacio para

---

[24] El Comité puede, con toda discrecionalidad, recabar y valerse de todas las fuentes de información que estime pertinentes para confrontar la información recibida y adquirir otra nueva (art. 76.4 y 5)

[25] Ver el párrafo n.º 39 del Doc. A/48/44/Add.1 de 15-11-1993 (Off. Rec. de la A.G. 48.º ses. n.º 44)

el uso de la tortura, puede también añadir la naturaleza sistemática a esta práctica».

Se han publicado relaciones sumarias sobre cuatro investigaciones confidenciales realizadas respecto a Turquía (1993), Egipto (1996), Perú (2001) y Sri Lanka (2002)[26]. En el caso de Turquía (pár. 58), el Comité consideró confirmada «la existencia y carácter sistemático de la práctica de la tortura». En el caso de Egipto, país que no admitió la visita de la Misión de investigación, el Comité (pár. 220) «… se vio obligado a concluir que la tortura era sistemáticamente practicada por las fuerzas de seguridad egipcias, en particular por la Inteligencia de la Seguridad del Estado…». En el caso de Perú (pár. 20), «… en opinión de los miembros del Comité, el gran número de quejas de tortura, que no han sido refutadas por la información de las autoridades, y la similaridad de los casos, en particular las circunstancias en que las personas son sometidas a tortura y sus objetivos y métodos, indican que la tortura no es un hecho ocasional sino que ha sido utilizada sistemáticamente como método de información». En el caso de Sri Lanka (pár. 177) se indicó que «aunque el número de casos de tortura es considerablemente alto, la mayoría de los detenidos no son torturados, aunque algunos sí pueden ser sometido a malos tratos».

No caben dudas sobre la utilidad de este procedimiento, aunque hasta ahora su utilización ha sido escasa y excesivamente lento su desarrollo, que en la práctica puede llevar varios años. Una de las cuestiones que plantea su eficacia es la del seguimiento de las recomendaciones adoptadas por el Comité tras la «investigación». El CoCT ha mostrado recientemente su voluntad de realizar ese seguimiento[27].

4.3. *El examen de comunicaciones presentadas por un Estado Parte*

De acuerdo con el artículo 21 de la Convención, la *recepción y examen de comunicaciones presentadas por un Estado Parte* que alegue

---

[26] Respectivamente Docs. A/48/44/Add.1; A/51/44, pár. 18-222; A/56/44, pár. 144-193: A/57/44 pár. 123-195.

[27] Así, el apartado 6 de las «Recomendaciones» adoptadas por el Comité tras su examen del cuarto informe periódico de Egipto (CAT/C/XXIX)Misc. 4), que se publicará en el Informe del Comité del 29.º periodo de sesiones (ya accesible en Internet), establece: «El Comité reitera al Estado Parte las recomendaciones que le dirigió con fecha 3 de mayo de 1996 sobre la base de sus conclusiones en el marco del procedimiento seguido con arreglo al artículo 20 de la Convención y solicita que le informe de las medidas adoptadas para ponerlas en práctica».

que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención se desarrollan a través de un procedimiento que es facultativo; por ello, debe haber sido aceptado, a través de la pertinente declaración, tanto por el Estado que presenta la comunicación como por el Estado al que la comunicación se refiera en alegación de que es un violador de sus obligaciones[28].

El Comité puede intervenir sólo si previamente los Estados Partes enfrentados han intentado resolver el asunto por medio de contactos directos entre ellos y, sin embargo, aquél no haya sido resuelto a satisfacción de ambos en un plazo de seis meses desde que la primera comunicación que un Estado Parte hubiera enviada al Estado al que le reclame el cumplimiento de la Convención. Se exige además el agotamiento previo de los recursos internos (arts. 21.1.c de la Convención y 91 c) del Reglamento).

Admitida la comunicación, el Comité determinará el procedimiento oportuno (que puede ser de Buenos Oficios ante el Comité, o de conciliación ante una Comisión especial designada por el propio Comité), y tras examinar el asunto en un periodo de sesiones en el que podrán estar representados los Estados «enfrentados» y presentar éstos exposiciones orales y escritas, el Comité aprobará un informe (en un plazo máximo de un año desde la recepción de la primera comunicación) en el que o bien dejará constancia del arreglo al que haya llegado, o bien hará solamente una breve exposición de hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados. El informe se remitirá a los Estados interesados.

Puesto que este procedimiento nunca se ha utilizado ni parece que vaya a serlo (al igual que ocurre con otros procedimientos «interestatales» análogos establecidos por las demás Convenciones protectoras de derechos humanos dentro del sistema universal de Naciones Unidas), no hace falta realizar aquí más consideraciones sobre el mismo, tanto más cuanto que sus reglas no han sufrido variaciones en la reforma del Reglamento de 2002 (arts. 85 a 95).

---

[28] En la fecha del 20 de agosto de 2002, cincuenta Estados habían depositado su declaración de aceptación de esta competencia del Comité: Argelia, Argentina, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Camerún, Canadá, Croacia, Costa Rica, Chipre, Dinamarca, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Federación de Rusia, Finlandia, Francia, Ghana, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Reino Unido, Senegal, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Togo, Túnez, Turquía, Uganda, Uruguay, Venezuela y Yugoslavia.

4.4. *El examen de quejas individuales*

Es así mismo de facultativa aceptación por los Estados Partes[29] el procedimiento relativo a la *recepción y examen de «quejas individuales»*[30] enviadas por personas (o en su nombre) sometidas a la jurisdicción de un Estado Parte cualquiera, que aleguen ser víctimas de una violación cometida por éste de las disposiciones de la Convención. Se trata pues de alegar que un derecho internacional individual, derivado de la CCT, ha sido violado por el Estado en cuestión. Sin perjuicio de las propias disposiciones de la Convención, este procedimiento ha sido objeto de varias reformas, algunas relevantes, por los nuevos artículos del Reglamento, adoptadas en 2002.

He aquí una exposición de síntesis de los artículos sobre las disposiciones generales, la organización y las fases del procedimiento a la luz de las últimas modificaciones.

A) El Secretario General señalará a la atención del Comité las comunicaciones «que se hayan presentado o parezcan haberse presentado» para su examen por éste de acuerdo con el artículo 22.1 de la CCT (las dudas sobre el deseo final del autor de la queja en torno al sometimiento de ésta al Comité serán solucionadas por éste) (art.97). Una lista de las quejas señaladas a la atención del Comité será preparada por el Secretario General, que la distribuirá a intervalos regulares a los miembros del Comité, manteniendo un «registro permanente» de ellas (art. 98).

Toda queja será «registrada» por el Secretario General o por decisión del Comité o del (de nueva creación) *Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales* (art. 98.1). Pero el Secretario General no registrará ninguna queja frente a un Estado Parte que no haya hecho la declaración de aceptación de la competencia del Comité para conocer de las mismas. Tampoco registrará las quejas anónimas, ni las que no sean sometidas por escrito por quien alegue ser la víctima o por sus parientes cercanos en su nombre o por un representante provisto de la debida

---

[29] La lista de los Estados que han depositado su declaración de aceptación de este procedimiento coincide casi por completo con la de la nota anterior, salvo que Japón, Reino Unido, Estados Unidos y Uganda no han realizado tal depósito y sí en cambio Azerbaiján, México y Seychelles.

[30] En su nueva versión de 2002 el Reglamento ha sustituido pertinentemente el término «comunicación» por el de «queja», que acentúa tanto el carácter de reclamación formal por violación cuanto la legitimación activa de las víctimas y el carácter contradictorio y cuasi-contencioso del procedimiento. Así, la rúbrica del capítulo XIX en la nueva redacción establece: «Procedimiento para la consideración de las quejas recibidas en virtud del artículo 22 de la Convención».

autorización escrita adecuada (art. 98.2). En este último caso, su decisión de no registrar podría ser revisada por la decisión favorable a la admisibilidad de una queja, tomada siempre bajo el último control del Comité (ver *infra*).

B) El procedimiento para determinar la admisibilidad de las quejas individuales ha recibido algunas precisiones y desarrollos importantes:

a) La norma general es (art. 105.1) la de que el Comité decidirá *por simple mayoría, lo antes posible*, si una queja es admisible o no según el artículo 22 de la Convención.
b) También (siempre bajo el último control del Comité) podrá declarar la admisibilidad, por mayoría, o la inadmisibilidad, por unanimidad, un *Grupo de Trabajo* que puede crear el Comité (y en la práctica ha creado, tal como ya preveía la versión anterior del Reglamento) con la finalidad de que adopte decisiones precisamente sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de las quejas, pero también de que haga recomendaciones al propio Comité sobre el fondo de las quejas y ayude al Comité de cualquier otro modo que el Comité decida (arts. 61; 105.2; 106.1).
   El Grupo de Trabajo estará formado por no menos de tres y no más de cinco miembros del Comité elegidos por éste para cada dos periodos de sesiones (art.106.2) y podrá designar de entre sus miembros *Relatores especiales* encargados de tramitar quejas específicas (art.106.3), competencia que en la versión anterior del Reglamento se atribuía al Comité como tal.
c) Una nueva disposición establece ahora que *el Comité, el Grupo de Trabajo o el Relator especial* (o Relatores), (salvo su decisión expresa en contrario), examinarán las quejas en el orden en que fueron «recibidas» por la Secretaría. El Comité podrá decidir el examen conjunto de dos o más quejas o dividir las quejas que integren las quejas presentadas por múltiples autores, de modo que las quejas así divididas puedan recibir un número separado de registro (arts. 105.3 a 5).
d) De acuerdo con el art. 107, las siguientes condiciones para la admisibilidad de las quejas serán verificadas por el *Comité, su Grupo de Trabajo, el Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales, o un Relator* encargado de tramitar quejas específicas (los dos últimos no competentes para el ejercicio de poderes en este trámite, según la versión anterior del Reglamento):

i) El individuo que presente la queja debe hacerlo como víctima de una violación, por el Estado Parte concernido, de las disposiciones de la Convención[31].
ii) La queja no constituye un «abuso del procedimiento ante el Comité» ni sea «manifiestamente infundada».
iii) La queja no es incompatible con las disposiciones de la Convención.
iv) La misma cuestión no ha sido ni está siendo examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional.
v) La persona ha agotado todos los recursos internos de que se pueda disponer, condición que no será exigible si la tramitación de dichos recursos se prolonga de modo injustificado o no sea probable que mejore realmente la situación de la víctima de la violación de la Convención.
vi) El tiempo transcurrido desde el agotamiento de los recursos internos no es tan extremadamente largo como para que el examen de las quejas plantee dificultades indebidas al Comité o al Estado Parte.

e) *El Comité o el Grupo de Trabajo* podrán decidir que una queja es inadmisible (o que su consideración se suspenda o interrumpa). La decisión de inadmisibilidad podrá ser revisada *por el Comité* a petición de un miembro suyo o por solicitud escrita presentada por o en nombre del interesado (art. 110), en la que se incluirán pruebas documentales de que las causas de inadmisibilidad del art. 22.5 de la Convención ya no son aplicables.
f) Tan pronto como sea posible «después de que la queja haya sido registrada», ésta será transmitida al Estado Parte, solicitándole que presente una contestación escrita en un plazo de seis meses (art.109.1). Una queja no podrá ser declarada admisible a menos que el Estado Parte concernido haya recibido su texto y haya recibido la oportunidad de proporcionar información o aportar sus observaciones (artículo 109.8).

---

[31] Según el artículo 107. a), «La queja deberá ser presentada por la propia persona, por sus parientes o representantes designados, o por otras personas en nombre de una presunta víctima cuando sea evidente que ésta no está en condiciones de presentarla personalmente y cuando se presente al Comité una autorización apropiada». Este motivo de inadmisibilidad es causa de *rechazo del registro de una queja,* según lo antes indicado.

La contestación incluirá explicaciones o declaraciones que se referirán tanto a la admisibilidad como al fondo de la queja así como a las medidas correctivas que se hayan adoptado en relación con el asunto, a menos que el *Comité, el Grupo de Trabajo o el Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales*, a causa del carácter excepcional del caso, hayan decidido solicitar una respuesta por escrito que se refiera únicamente a la cuestión de la admisibilidad (art. 109.2). El propio Estado receptor de tal solicitud podrá por su parte presentar alegaciones en un plazo de dos meses en favor de la inadmisibilidad, pero el Comité o el Relator (el actual texto no incluye aquí al Grupo de Trabajo) podrán acordar o no que se considere separadamente la cuestión de la admisibilidad (artículo 109. 2. 3).

g) Ya iniciado el procedimiento contradictorio sobre el fondo de la queja, el Comité podrá revocar su decisión de que una queja es admisible a la luz de las explicaciones o declaraciones hechas por el Estado Parte en esta fase, pero antes de hacerlo dará traslado de aquéllas al autor de la queja para que dentro de un plazo determinado pueda presentar a su vez observaciones o información adicionales (artículo 111.5).

C) La nueva regulación sobre «medidas provisionales» es especialmente relevante. Según el nuevo artículo 108, en cualquier momento después de haber *recibido* la queja, sin que ello implique ninguna determinación sobre la admisibilidad o sobre el fondo de ella (de esto se informará especialmente al Estado concernido), el *Comité, el Grupo de Trabajo o el Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales*, podrán transmitir al Estado Parte en cuestión, para su toma en consideración urgente, una «petición» de adopción de las medidas provisionales «que el Comité (*sic*) considere necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de las presuntas violaciones». De sus peticiones respectivas y de la queja a la que se refieran, el Grupo de Trabajo y el Relator «informarán» a los miembros del Comité en la siguiente sesión regular del mismo (art. 108, 1 a 3). El Secretario General mantendrá una lista de dichas solicitudes. Por su lado, el Estado Parte podrá informar al Comité de que las razones para adoptar las medidas han desaparecido o exponer las causas por las que se deba retirar la solicitud de medidas provisionales (art. 108.4 y 6).

El Relator para las medidas provisionales será también el encargado de vigilar el cumplimiento de las solicitudes del Comité. *El Comité, el*

Grupo de Trabajo y el propio Relator pueden retirar sus solicitudes respectivas (art.108. 5 y 7)[32].

Se ha retirado toda referencia en la nueva versión del Reglamento a la posible adopción de medidas provisionales durante el examen por el Comité de las comunicaciones en cuanto al fondo[33]. Hasta el momento, usando la terminología de la anterior versión del Reglamento, el grado de cumplimiento del «parecer» del Comité sobre la «conveniencia» de la adopción de medidas provisionales ha sido elevado por parte de los Estados requeridos. En todo caso, el nuevo artículo del Reglamento muestra, a mi juicio, una cierta voluntad de acentuar el carácter de *recomendación reforzada* de la *petición* de medidas provisionales.

Ello es plausible visto que esa misma es la práctica seguida por otros «Comités convencionales» y, en particular, habida cuenta del peligro que en algún caso ha podido correr la vida o integridad física de extranjeros «devueltos» por un Estado Parte a países terceros, por dejar de cumplir el *parecer* del Comité favorable en esos casos a la aplicación de la medida provisional de «non refoulement», mientras no se hubiera alcanzado una decisión sobre el fondo de la queja individual en cuestión. Podría, sin duda, ponerse legítimamente en duda la buena fe que le es exigible a un Estado Parte en el cumplimiento de sus obligaciones de acuerdo con la Convención, si éste *incumpliera* con carácter general las «solicitudes» de medidas provisionales que le fueran dirigidas por los órganos de control. El reforzamiento de la vigilancia internacional a que se somete ahora el cumplimiento de tales solicitudes avala esta consideración.

D) El artículo 111 del Reglamento establece el procedimiento relativo al examen del fondo de la queja individual una vez esta ha sido declarada admisible. El Comité establece los plazos tanto para que el Estado Parte concernido (al que se le puede indicar la información que se desea recibir de él) someta sus declaraciones y explicaciones escritas, cuanto para que, también por escrito, presente sus informaciones y observaciones el reclamante, autor de la queja. Además, el Comité pue-

---

[32] A mi juicio, puesto que el Comité y su Grupo de Trabajo se reúnen discontinuamente, en dos sesiones anuales, el poder del Relator de retirar su petición de medidas provisionales podría ejercerse en condiciones de indefensión para el autor de una queja, el cual carecería de un recurso efectivo ante el Comité (no reunido) contra una decisión que podría perjudicarle incluso gravemente. En todo caso, el Comité tiene en preparación unas directrices para la actuación propia y de sus órganos subsidiarios en lo que se refiere a las medidas provisionales. *Cf.* la decisión del Comité sobre el «mandato del Relator para las quejas nuevas y las medidas provisionales» en Doc. A/5744, *cit.* p. 215.

[33] *Cf.* el artículo 110.3 de la versión anterior del Reglamento que se refería al «parecer» del Comité sobre la «conveniencia» de la adopción de medidas provisionales.

de invitar al reclamante o a su representante y a los representantes del Estado Parte en cuestión a que se presenten en sesiones cerradas para aportar clarificaciones adicionales sobre el fondo. Invitada una *parte*, la otra *parte* (el Reglamento usa ahora la terminología propia de un procedimiento contradictorio de carácter contencioso) también será invitada a asistir a la sesión y a realizar las observaciones que estime oportunas. Sin embargo, si una parte no comparece ello no perjudicará la consideración de su caso (art. 111. 4).

Terminado el procedimiento el Comité formulará sus «decisiones»[34] sobre el fondo, si bien antes de hacerlo podrá referir la queja al Grupo de Trabajo o a un Relator especial para que le hagan recomendaciones (art. 112.1). Por regla general, se invitará al Estado Parte interesado a que informe al Comité, dentro de un plazo determinado, de las medidas que haya adoptado de conformidad con las decisiones del Comité (art. 112.5).

Una novedad importante es la creación por medio del artículo 114 de un *procedimiento de seguimiento* de las decisiones adoptadas en el marco del procedimiento de examen de quejas individuales, que consiste en la designación por el Comité de uno o más *Relatores* especiales «a fin de conocer las medidas que los Estados adopten para dar efecto a las conclusiones del Comité. Estos órganos podrán tomar las medidas y establecer los contactos apropiados para el debido cumplimiento del mandato de seguimiento e informar oportunamente al Comité. Además, recomendarán al Comité las nuevas medidas que sean necesarias para el seguimiento y le informarán periódicamente de las actividades de seguimiento. Dentro de su mandato, por otra parte, podrán efectuar, con la aprobación del Comité, las visitas que sean necesarias al Estado Parte interesado (art. 114. 1 a 4)[35].

5. **Publicidad de las actuaciones y de los resultados de los procedimientos del Comité. Comentarios generales**

Por lo que se refiere a la publicidad de las actuaciones y de los resultados de los procedimientos desarrollados ante el Comité, hay que decir que la «sanción por la opinión pública» (interna o internacional)

---

[34] En la anterior versión del Reglamento se empleaba el término «opinión del Comité» (*View* en la versión en inglés).

[35] Ver el texto de la decisión del Comité adoptada el 16 de mayo de 2002 sobre el «Mandato del Relator para el seguimiento de las decisiones sobre las quejas presentadas en virtud del artículo 22» en Doc. A/57/44, *cit. supra* p. 216.

es un instrumento que sirve en muchas ocasiones al progreso universal del respeto a la dignidad humana, aunque no haya que ignorar el peligro y los casos de «manipulación» programada.

En la línea de lo indicado, el Reglamento del Comité prevé que, en casos determinados, éste emita «comunicados» sobre sus actividades (a través del Secretario General), dirigidos a los medios de información y al público en general[36].

De modo más general e institucional, se establece que el Comité presentará un informe anual de sus actividades según la Convención a los Estados Partes y a la Asamblea General de Naciones Unidas (artículo 24 de la Convención y artículo 63 del Reglamento) en el que incluirá una relación de los Estados que no hayan sometido sus informes obligatorios tras haber sido requeridos para ello (art. 65.2). Podrá discrecionalmente decidir si incluye las conclusiones y recomendaciones hechas al finalizar el procedimiento de examen de los informes estatales así como las observaciones del Estado Parte concernido por ellas y una copia del propio informe estatal (art. 68.3).

Igualmente, el Comité, después de consultar al Estado Parte concernido, podrá incluir un resumen del resultado del procedimiento de *investigación confidencial* del artículo 20[37]. Antes de ello, el Comité invitará al Estado concernido, a través del Secretario General, a que informe al Comité de sus observaciones sobre la cuestión de la posible publicación, indicándole un plazo límite para ello. Lógicamente si decide incluir el resumen indicado hará llegar al Estado concernido el texto (art. 84).

Por último, el Comité podrá decidir incluir en su informe anual un resumen de las *quejas* examinadas y, en su caso, un resumen de las explicaciones y declaraciones de los Estados Partes concernidos y de la valoración que de ellos haya hecho el Comité. En el Informe se incluirá también el texto de las resoluciones finales, incluyendo las decisiones relativas al fondo de las quejas recibidas, así como el texto de cualquier

---

[36] Art. 74 del Reglamento por lo que se refiere a comunicados sobre actividades de conformidad con el artículo 20 de la Convención; art. 90, sobre actividades conforme al artículo 21 (en este caso «después de consultar con los Estados concernidos»); y art. 102, respecto a actividades realizadas según el artículo 22.

[37] El carácter casi completamente reservado del procedimiento de «investigación confidencial» del artículo 20 de la Convención y la exigencia de «reserva» de muchos de los trámites de los demás procedimientos de control tiene su doble fundamento en la índole de los crímenes internacionales que se trata de prevenir y reprimir (en particular para proteger a sus víctimas, reales o potenciales) y en el temor de los Estados (o regímenes políticos) de verse públicamente desprestigiados si se les hace responsables de actos que repugnan a la generalidad de las conciencias.

decisión de inadmisibilidad de una queja. Asimismo, incluirá información sobre sus actividades de seguimiento (art. 115)[38].

El Comité tiene a su disposición un instrumento particularmente útil para interpretar y dar precisión y claridad a las normas que imponen obligaciones a los Estados: los «Comentarios generales» al articulado de la Convención. Pero, desgraciadamente, como ya se ha señalado, solamente lo ha utilizado en una ocasión, en 1996, para «comentar» el «Cumplimiento del artículo 3 de la Convención en el contexto del artículo 22»[39].

6. **El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura**

La adopción de un Proyecto de *Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o*

---

[38] Por lo que se refiere al mandato del Relator Especial sobre la Tortura de la Comisión de Derechos Humanos, ver el Informe presentado por el nuevo Relator Especial sobre la tortura Sr. Theo Van Boven, E/CN.4/2002/137, de 26 de febrero de 2002. El Relator, en la línea de su predecesor, tiene la intención de «seguir cooperando con los mecanismos de derechos humanos cuyas actividades revisten especial importancia para su mandato como el Comité contra la Tortura y otros. A ese respecto el «Relator Especial tiene presente el carácter complementario de los mandatos y actividades de los distintos órganos que combaten las prácticas de la tortura y brindan reparación y rehabilitación a las víctimas de la tortura» (pár. 5). En la práctica, el Relator ha asumido el compromiso de no actuar por medio de visitas sobre el terreno para no interferir en las «investigaciones confidenciales» que pueda en su caso desarrollar el Comité contra la Tortura. Para un balance de la relevante actividad del anterior Relator Especial contra la Tortura, Sir Nigel Rodley, véase su Informe presentado en cumplimiento de la resolución 2001/62 de la Comisión de Derechos Humanos: E/CN.4/2002/76, de 27 de diciembre de 2001.

[39] *Supra* nota 10: HRI/GEN/1/Rev.5, de 26 de abril de 2001. *Compilation of general Comments and general Recommendations adopted by human rights treaty bodies*, p. 252. Esa cicatería contrasta con la importante actividad «interpretativa» de otros Comités convencionales que llega incluso a «orientar» en sentidos determinados el desarrollo de la práctica internacional relevante para la formación de normas jurídicas internacionales y ciertamente de los estándares normativos de interpretación de las normas vigentes en el ámbito correspondiente. La relevancia en ese sentido de la labor del Comité de Derechos Humanos, del Comité contra la Discriminación Racial y del Comité del Pacto de Derechos económicos, sociales y culturales es bien notoria. Las «recomendaciones», «observaciones», «conclusiones» y «decisiones» del CAT han dado origen ya a una casuística rica y coherente que podría ser racionalizada, tanto más cuanto que otros Comités convencionales de derechos humanos han adoptado interpretaciones y comentarios sobre el sentido de la prohibición de la tortura y los malos tratos en sus respectivos ámbitos. Sobre la aplicación por órganos judiciales internos de estándares establecidos por diferentes Decisiones y por el Comentario general del CoCT *vid.* IWASAWA, Y., BYRNES, A.C. y KAMMINGA, M.T. (Rapp. y co-rapp.): *Committee on International Human Rights Law and Practice.* I.L.A. New Delhi Conference (2002). Report of the 70th Conference. Londres 2002, pp. 507 y ss.

degradantes[40] obedece a una petición de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 y tiene por objetivo establecer 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, inhumanos o degradantes (art.1). De lo que se trata es, en definitiva, como indica el Preámbulo de este nuevo instrumento, de lograr la erradicación de tales prácticas criminales y en cualquier caso de fortalecer por medios no judiciales la protección de las personas privadas de libertad frente a esas prácticas, lo que se concibe como «una responsabilidad común compartida por todos», reconociéndose que los mecanismos internacionales de aplicación complementan y fortalecen las medidas nacionales.

El Protocolo facultativo es un instrumento convencional vinculado a la Convención de 1984 de modo que sólo podrán ser parte en él los Estados Partes en la Convención de 1984. Para su entrada en vigor se necesitan veinte ratificaciones o adhesiones (art. 28), no admite reservas (art. 30) y puede ser denunciado y enmendado (arts. 33 y 34).

Puesto que un «sistema de visitas» a lugares de detención ya existe en virtud del Convenio Europeo de 26 de noviembre de 1987 (*supra* nota 6), el artículo 31 del Protocolo incluye una cláusula de compatibilidad entre ambos sistemas y alienta al Subcomité y a los órganos regionales a que se consulten y cooperen entre sí para evitar duplicaciones y promover los objetivos del propio Protocolo. Además, el artículo 32 del Protocolo incluye otra cláusula de compatibilidad con los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977 de Derecho Internacional Humanitario, previendo en particular que sus disposiciones en nada afectarán a la posibilidad que cualquier Estado Parte tiene de autorizar al Comité Internacional de la Cruz Roja a visitar los lugares de detención en situaciones no cubiertas por el Derecho Internacional Humanitario.

El sistema de prevención del Protocolo se basa en la acción interrelacionada y complementaria de órganos pertenecientes a dos *pilares*: el

---

[40] E/CN.4/2002/WG.11/CRP.1, de 17 de enero de 2002. Este proyecto fue aprobado por la Comisión de Derechos Humanos en su 58.º sesión (18 de marzo a 26 de abril de 2002; Doc. E/CN.4/2002/L.5 de 2-4-2002)) a la que fue presentado por el Grupo de Trabajo abierto, que fue presidido y del que fue Relatora la Sra. E. Odio Benito (Costa Rica). Ver el Informe Final del grupo de Trabajo en E/CN.4/2002/78, de 20 de febrero de 2002 y la documentación anexa sobre los trabajos preparatorios. En este informe se resumen de modo claro las posiciones enfrentadas de grupos de Estados favorables y desfavorables a un instrumento que, a mi juicio, no sólo no deteriora sino que complementa la acción y las competencias del Comité contra la Tortura. Tras la aprobación del ECOSOC, la Tercera Comisión de la A.G. aprobó el Protocolo el 7 de noviembre de 2002 por 104 votos a favor, 8 en contra (entre ellos EEUU, China, Cuba, Israel, Siria, Nigeria y Vietnam) y 37 abstenciones. *Cf.* A/C.3/57/L.30.

internacional y el nacional de cada Estado. A escala universal sólo ese sistema de *doble* legitimidad ha permitido encontrar un difícil consenso, necesario para la adopción del instrumento, sobre la base de equilibrar la defensa de valores e intereses universales por medio de mecanismos internacionales dotados de competencias «supranacionales» y la protección de la «soberanía» o interés nacional frente a «intervenciones exteriores», indeseadas o estimadas inconvenientes.

El órgano internacional que crea el Protocolo es el *Subcomité para la Prevención* que se guiará por los principios de confidencialidad, imparcialidad, universalidad y objetividad así como por los propósitos y principios enunciados por la Carta y por las normas de Naciones Unidas relativas al trato a las personas privadas de libertad (art. 2)[41].

Se compone de 10 miembros (que podrán llegar a ser veinticinco si el número de Estados Partes llega a cincuenta) que ejercerán sus funciones a título personal, debiendo estar disponibles para servir con eficacia al Subcomité. Serán elegidos para un mandato de 4 años, pudiendo ser reelegibles[42].

Su mandato tiene un carácter triple (art.11):

a) Visitar cualquier «lugar de detención»[43] y hacer recomendaciones a los Estados Partes en cuanto a la protección de las «personas

---

[41] Su condición de órgano internacional se ve reforzada por las normas (art. 27) según las cuales sus gastos serán sufragados por las Naciones Unidas; el Secretario General proporcionará el personal y los servicios necesarios para el desempeño eficaz de sus funciones; y se creará un Fondo Especial para contribuir a financiar la aplicación de sus recomendaciones y los programas de educación de los mecanismos nacionales de prevención. Compárense estas disposiciones con los artículos 17.7 y 18.5 de la Convención de 1984 cuyas enmiendas, según se ha indicado (*supra* nota 2), no han podido aún entrar vigor por falta de aceptación por los Estados Partes, quienes (en su mayoría) no quieren financiar las tareas del Comité y sus miembros, con cargo al presupuesto de Naciones Unidas.

[42] Específicamente se prevé que en la composición del Subcomité habrá que tener debidamente en cuenta una distribución geográfica equitativa de los miembros, la representación de las diferentes «formas de civilización y sistemas jurídicos de los Estados Partes» y (mayor novedad) la necesidad de una «representación equilibrada entre géneros sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación» (art. 5. 3 y 4). A los miembros del Subcomité se les otorgarán privilegios e inmunidades internacionales, de conformidad con las Secciones 22 y 23 de la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas de 1946.

[43] Es decir, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4.1, «… cualquier lugar bajo su jurisdicción y control (de un Estado Parte) donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad, bien por orden de una autoridad pública o a instigación suya o con su consentimiento expreso o tácito …». Ninguna referencia expresa al «control» se halla en el articulado de la Convención de 1984.

privadas de su libertad»[44] contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Las visitas se realizarán de acuerdo con «un programa de *visitas periódicas* a los Estados Partes» establecido por sorteo, programa que será notificado a los Estados, «tras celebrar las consultas oportunas», para que éstos puedan adoptar las medidas necesarias para su realización (art. 13). Al menos dos miembros del Subcomité realizarán la visita, pero podrán ir acompañados de expertos cuyo procedimiento de selección se regula. A la inclusión de uno en concreto en la misión de visita podrá oponerse el Estado interesado y entonces aquél será sustituido. Además, si el Subcomité lo considera oportuno, podrá proponer una breve *visita de seguimiento* después de la visita periódica.

Por otra parte (art. 16.1. y 2) el Subcomité comunicará sus recomendaciones y observaciones a cada Estado Parte «con carácter confidencial y, si fuera oportuno, al mecanismo nacional». Más en concreto, el Subcomité publicará su informe juntamente con las posibles observaciones del Estado Parte interesado, si éste le pide que lo haga; pero si el propio Estado publica una parte del informe el Subcomité podrá publicar todo o una parte del propio informe, reservando siempre los datos personales contenidos en él, salvo el consentimiento expreso de la persona interesada.

b) Actuar en relación con los mecanismos nacionales de prevención, asesorando y ayudando a los Estados en su creación, manteniendo contacto directo con ellos (en caso necesario, confidencial) y ofreciéndoles formación y asistencia para fortalecerlos, ayudándoles y asesorándoles en la evaluación de las necesidades y de las medidas destinadas a fortalecer la protección de las personas privadas de libertad y haciendo recomendaciones y observaciones a los Estados Partes para fortalecer su capacidad y mandato.

---

[44] La «privación de libertad» se define por el art. 4.2, a efectos del propio Protocolo, en estos términos: «… cualquier forma de detención o encarcelamiento, o de custodia de una persona en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública». Hay que destacar la referencia expresa a las instituciones «privadas» de detención, que sirve para afrontar la práctica seguida por algunos Estados (que estimo altamente inadecuada y peligrosa para los derechos humanos de los presos) de «encomendar» a ellas el ejercicio del *poder público penitenciario*.

c) Cooperar para la prevención de la tortura en general con los órganos y mecanismos pertinentes de Naciones Unidas así como con instituciones y organizaciones internacionales cuyo objeto sea fortalecer la protección de las personas contra la tortura.

En términos generales, los Estados Partes están obligados a hacer cuanto sea necesario para permitir que el Subcomité cumpla adecuadamente su mandato. Más en concreto, se comprometen (arts.12 y 14) a recibirlo en su territorio y permitirle el acceso[45] a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios y a toda la información sobre el número de personas privadas de libertad en lugares de detención, el número y los lugares de su emplazamiento y el trato y las condiciones de la detención; a concederle la posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de libertad (sin testigos, personalmente o con un intérprete si es necesario) o con cualquier otra persona que el Subcomité considere útil, así como a otorgarle libertad para seleccionar los lugares de visita y las personas a entrevistar (cualquiera que dé información al Subcomité gozará de una protección especial *ex.* art.15); a compartir con él toda la información que solicite para evaluar las necesidades y medidas que deban adoptarse; a alentar y facilitar los contactos entre él y los mecanismos nacionales de prevención; y, finalmente, a examinar sus recomendaciones y dialogar con él sobre las posibles medidas de aplicación.

El Subcomité no es un órgano subsidiario del Comité contra la Tortura, puesto que posee su propio tratado creador. Sin embargo, múltiples reticencias surgieron en el proceso de elaboración del Protocolo facultativo desde la perspectiva de que su aprobación vendría en detrimento de la relevancia y aún de las funciones mismas del Comité. Algunas disposiciones del Protocolo afrontan la relación del Subcomité con el Comité, sin menoscabo de la independencia básica del primero en el desempeño de sus tareas. Así, se establece que el Subcomité y el Comité celebrarán sus periodos de sesiones simultáneamente por lo menos una vez al año (art. 10.3); que el Subcomité presentará un informe anual de sus actividades al Comite (art. 16.3); que si un Estado Parte se niega a cooperar con el Subcomité para cumplir sus compromisos según el Protocolo o se niega a tomar medidas para mejorar la

[45] De acuerdo con el artículo 14.2, «sólo podrá objetarse una visita a un lugar de detención determinado por razones urgentes y apremiantes de defensa nacional, seguridad pública, catástrofes naturales o disturbios graves en el lugar que deba visitarse, que impidan temporalmente la realización de esta visita. La existencia de un estado de excepción no podrá alegarse como tal por el Estado Parte para oponerse a una visita».

situación con arreglo a las recomendaciones del Subcomité, el Comité podrá, a instancias del Subcomité, «… decidir por mayoría de sus miembros, después de que el Estado Parte haya tenido oportunidad de dar a conocer sus opiniones, hacer una declaración pública sobre la cuestión o publicar el informe del Subcomité» (art. 16.4). Finalmente, el Comité podrá prorrogar por dos años más (después de oír los argumentos del Estado Parte y en consulta con el Subcomité) el aplazamiento que, por un periodo de tres años como máximo, hubiera podido hacer del cumplimiento de sus obligaciones (para con el Subcomité o para con los mecanismos nacionales de prevención) un Estado Parte cualquiera, tras ratificar el Protocolo, de acuerdo con el artículo 24 que permite interponer una declaración unilateral en ese sentido.

El *pilar* nacional se denomina «mecanismo nacional de prevención» y se compone de uno o varios órganos de visitas que cada Estado Parte establecerá, designará o mantendrá a nivel nacional, a más tardar un año después de la entrada en vigor del Protocolo o de su ratificación o adhesión (arts. 3 y 17). Los mecanismos nacionales serán «independientes» y los «mecanismos establecidos por entidades descentralizadas» podrán ser designados como mecanismos «nacionales de prevención a los efectos del Protocolo si se ajustan a sus disposiciones» (art. 17)[46].

Los mecanismos nacionales tendrán *como mínimo* ciertas «facultades» que de acuerdo con el Protocolo (art. 19) son: examinar periódicamente el trato a las personas privadas de libertad en lugares de detención con vistas a fortalecer su protección; hacer recomendaciones a las autoridades competentes para mejorar el trato y las condiciones de tales personas y prevenir la tortura y los malos tratos, «tomando en consideración las normas pertinentes de Naciones Unidas»; y hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación existente o de los proyectos de ley en la materia.

Los Estados Partes (art. 18) deben tomar las medidas necesarias para garantizar la independencia funcional de los mecanismos y la de los miembros de su personal (atribuyéndoles incluso privilegios e inmunidades) y para que los expertos tengan la capacidad y los conocimientos requeridos, teniendo en cuenta en especial el «equilibrio de género y la adecuada representación de los grupos étnicos y minoritarios del país».

---

[46] Las dificultades derivadas de su estructura «federal» fueron alegadas por diferentes Estados en contra de la pertinencia del Protocolo. El artículo 17 del mismo busca una línea de solución al conflicto de intereses así formulado, junto con el artículo 29, según el cual las disposiciones del Protocolo «… serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna».

Deberán facilitar los recursos necesarios para su buen funcionamiento y, al crearlos, tendrán debidamente en cuenta los «Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos».

Además, en paralelo con sus obligaciones con el Subcomité contra la Tortura, los Estados Partes se comprometen a conceder (art. 20) a los mecanismos nacionales el acceso a todos los lugares de detención y a sus instalaciones y servicios y a toda la información sobre el número de personas privadas de libertad en lugares de detención, el número y los lugares de su detención y emplazamiento y el trato y las condiciones de su detención; a concederles la posibilidad de entrevistarse con las personas privadas de libertad (sin testigos, personalmente o con un intérprete si es necesario) o con cualquier otra persona que el mecanismo nacional considere útil, así como a otorgarles libertad para seleccionar los lugares de visita y las personas a entrevistar (cualquier informante del mecanismo nacional gozará de una protección especial *ex.* art. 21).

También se comprometen a conceder a los mecanismos nacionales el derecho a mantener contacto con el Subcomité para la Prevención, enviarle información y reunirse con él y se obligan a examinar las recomendaciones del mecanismo nacional y entablar un diálogo con él sobre las posibles medidas de aplicación (art. 22) y a publicar y difundir los informes anuales de los mecanismos nacionales de prevención (art. 23).

7. **Observaciones finales**

La prevención y erradicación de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes es un objetivo de la Comunidad Internacional y un principio del Derecho Internacional de los derechos humanos. Como «pieza» esencial del sistema universal promotor y protector de los derechos humanos, la Convención de 1984 y su reciente Protocolo son un instrumento de enorme valor cuyas potencialidades no están plenamente aprovechadas por la negativa de muchos Estados a poner en práctica políticas globales que refuercen la acción de la Comunidad Internacional y de sus instituciones en favor del respeto a la dignidad de toda persona.

Es cierto que el sistema de Naciones Unidas de promoción y protección de los derechos humanos, en particular en su dimensión convencional, exige una reforma que lo racionalice y lo haga más efectivo. Es cierto también que el funcionamiento del Comité contra la Tortura

puede ser mejorado, incluso con los medios actuales: en ello está ahora empeñado. Pero la lucha contra la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes bien merece mayor atención de los Estados cuya acción *específicamente pública e internacional* no pueden suplir eficazmente ni las Organizaciones Internacionales ni la sociedad civil internacional. Lo que, ciertamente, no significa desconocer la inmensa, irrenunciable e imprescindible labor que llevan a cabo (de modo cada vez más institucionalizado) las ONGs de derechos humanos[47].

[47] En otra perspectiva, que aquí no se puede examinar, *cf.* sobre el «Fondo de contribuciones voluntarias de Naciones Unidas para las víctimas de la tortura» creado por la A.G. en diciembre de 1981. La p. Web www.unhchr.ch/Programmes/Voluntary or Trust Funds/United Nations Voluntary Fund for victims of torture.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo

Felipe Gómez Isa

Sumario: 1. La exclusión de los derechos de las mujeres del discurso tradicional de los derechos humanos. 2. El papel de las Naciones Unidas en el reconocimiento del principio de no discriminación. 3. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. 4. El Protocolo Facultativo a la CEDAW: 1) Antecedentes. 2) Mecanismos de protección introducidos por el Protocolo. 3) La prohibición de efectuar reservas al Protocolo Facultativo. 5. A modo de conclusión.

En ese artículo voy a tratar de realizar un brevísimo recorrido histórico de las diferentes etapas por las que han atravesado los derechos de las mujeres en el ámbito internacional. En este sentido, analizaré fundamentalmente la obra de la Organización de las Naciones Unidas en lo que concierne al reconocimiento del principio de la no discriminación por razón de sexo desde 1945 hasta la actualidad, deteniéndome en particular en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas[1], y en el Protocolo Facultativo a la Convención[2], Protocolo que va dirigido, básicamente, a tratar de reforzar los débiles mecanismos existentes para la protección de los derechos de las mujeres a nivel internacional.

1. La exclusión de los derechos de las mujeres del discurso tradicional de los derechos humanos

La aparición de los derechos humanos es relativamente reciente y data de las revoluciones liberales que se producen en Europa y América

[1] Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
[2] Resolución 54/4, de 6 de octubre de 1999.

del Norte a finales del siglo XVIII[3]. Es, sin ningún género de dudas, la Revolución Francesa quien otorga carta de naturaleza a los derechos humanos con la aprobación de la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* en 1789[4]. Sin embargo, esta importante Declaración y todo el movimiento de la Ilustración no se van a mostrar especialmente proclives a la afirmación de los derechos de las mujeres, sobre todo en lo que hacía referencia a su participación en la vida política[5]. Como ha señalado al respecto Encarnación Fernández, «el no reconocimiento de su derecho a la participación política implicaba una contradicción evidente con los principios revolucionarios y, en especial, con el principio de igualdad de derechos»[6]. No obstante, del impulso revolucionario en Francia van a ir surgiendo voces que reclaman una cierta presencia de los derechos de las mujeres. Los ejemplos más claros en esta línea serían Condorcet con su *Essai sur l'admission des femmes au droit de cité* (1790) y Olympe de Gouges con su *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* (1791). En la misma época en la que escriben Condorcet y Olympe de Gouges lo hace en Gran Bretaña Mary Wollstonecraft, quien con su obra *A Vindication of the Rights of Women* (1792) se convierte en una de las precursoras del movimiento feminista británico. Estas aportaciones van a constituir el primer intento de afirmar los derechos de la mujer en el plano jurídico. Hay que señalar cómo la situación de la mujer en el terreno jurídico ha sido, y lo sigue siendo en muchos países, una situación caracterizada por una profunda desigualdad[7].

---

[3] Esto no quiere decir que antes del siglo XVIII no se produjesen determinados intentos de ir reconociendo ciertos derechos humanos. Al respecto es muy significativa la aportación de la denominada *Escuela de Salamanca de Derecho Internacional* en orden al reconocimiento del los derechos de los indios en el contexto de la Conquista de América. *Cfr.* BEUCHOT, M.: *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona, 1994. Una contribución interesante en torno a la historia de los derechos humanos se puede encontrar en OESTREICH, G. y SOMMERMANN, K-P.: *Pasado y presente de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

[4] El propio título de esta Declaración, refiriéndose exclusivamente a los derechos del *hombre* y del *ciudadano*, ya nos indica claramente cuál es la concepción de los derechos humanos que va a primar.

[5] Sobre el feminismo en el período de la Ilustración *cfr.* MOLINA PETIT, C.: *Ilustración y Feminismo: lo privado y lo público en el pensamiento liberal*, Tesis doctoral, Universidad Complutense, 1987.

[6] FERNÁNDEZ, E.: «Los derechos de las mujeres», en BALLESTEROS, J.: *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 148.

[7] Un análisis de las etapas históricas de los derechos de las mujeres se encuentra en BENSANDON, N.: *Les droits des femmes des origines a nos jours*, Presses Universitaires de France, Paris, 1983. Sobre la situación jurídica de las mujeres en determinadas épocas

Desde la Revolución Francesa hasta la actualidad se ha producido un amplísimo desarrollo del reconocimiento de los derechos humanos, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Dentro de esta evolución de los derechos humanos, con la aparición de las denominadas tres generaciones de los derechos humanos[8], hemos asistido también a una afirmación paulatina del principio de no discriminación y de los derechos de las mujeres. Sin embargo, toda esta evolución ha estado presidida, en opinión de determinadas autoras, por un concepto *androcéntrico* de los derechos humanos, un concepto centrado en las experiencias y en las necesidades de los hombres que ha marginado la cosmovisión de las mujeres. En palabras de Carmen Magallón, «el androcentrismo es un rasgo definitorio de la tradición del pensamiento occidental y los derechos humanos»[9]. Además, la propia estructura de los derechos humanos, tal y como ha sido diseñada históricamente, es una estructura que no tiene en cuenta las necesidades de las mujeres en materia de derechos humanos. El propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todo el conjunto de normas jurídico-internacionales que tratan de proteger los derechos humanos, «se ha desarrollado para reflejar las experiencias de los hombres y excluir las de las mujeres»[10]. Una de las razones de esta marginación de las expectativas de las mujeres es que en los ámbitos en los que se crean las normas internacionales, los Estados y las Organizaciones Internacionales, «la invisibilidad de las mujeres es apabullante…, con muy pocas mujeres en

---

históricas ver JUST, R.: *Women in Athenian Law and Life*, Routledge, London, 1994; SEALEY, R.: *Women and Law in Classical Greece*, The University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1990; GARDNER, J.F.: *Women in Roman Law and Society*, Routledge, London, 1990; GUERRA MEDICI, M.T.: *I Diritti delle donne nella Società Altomedievale*, Edizini Scientifiche Italiane, Napoli, 1986.

[8] La primera generación de derechos humanos serían los derechos civiles y políticos nacidos de las Revoluciones liberales del siglo XVIII. Los derechos de la segunda generación estarían constituidos por los derechos económicos, sociales y culturales fruto de los movimientos comunistas y socialistas que hacen su aparición en la segunda mitad del siglo XIX. Por último, los derechos de la tercera generación son aquellos derechos que nacen en los años sesenta y que tratan de plasmar la solidaridad en la escena internacional. Un breve recorrido por estas tres generaciones de derechos humanos en GÓMEZ ISA, F.: «Los derechos humanos en perspectiva histórica», *Corintios XIII*, n.º 88, octubre-diciembre 1998, pp. 17-53.

[9] MAGALLÓN, C.: «Los derechos humanos desde el género», en CENTRO PIGNATELLI (Ed.): *Los derechos humanos, camino hacia la paz*, Diputación General de Aragón-Seminario de Investigación para la Paz, Zaragoza, 1997, p. 259.

[10] CHARLESWORTH, H.: «Human Rights, Men's Rights», en Peters, J. and WOLPER, A. (Eds.): *Women's Rights, Human Rights: International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995, p. 103.

puestos significativos»[11], lo que contribuye a que acabe dominando una perspectiva masculina.

Otro aspecto importante que ha hecho que los derechos humanos no hayan respondido a las expectativas de las mujeres es que el concepto de derechos humanos descansa sobre la dicotomía entre la esfera pública y la esfera privada, ciñéndose dichos derechos humanos al ámbito de lo público. Es decir, las violaciones de los derechos humanos que se tratan de prevenir mediante las normas jurídicas son las violaciones que ocurren en la esfera pública, dado que es en la esfera pública en la que tradicionalmente se ha hecho responsable al Estado. En cambio, se constata que las principales violaciones de los derechos de las mujeres tienen lugar en la esfera privada, fundamentalmente en el ámbito familiar, esfera en la que el Estado, según la teoría tradicional de los derechos humanos, tendría vetado el acceso. Como ha puesto de manifiesto en este sentido Charlotte Bunch, «la distinción entre público y privado es una dicotomía ampliamente utilizada para justificar la subordinación femenina y excluir los abusos a los derechos humanos en la esfera privada del escrutinio público»[12].

Por lo tanto, ha quedado claro que el discurso tradicional de los derechos humanos se ha desarrollado sin tener en cuenta su impacto sobre las mujeres, siendo absolutamente necesario el transformar dicho discurso desde una perspectiva que tenga en cuenta las necesidades y reivindicaciones de las mujeres[13].

2. El papel de las Naciones Unidas en el reconocimiento del principio de no discriminación

En el propio Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, el documento constitutivo de la nueva Organización Internacional que ve la

---

[11] CHARLESWORTH, H.: «Human Rights as Men's Rights»…, *op. cit.*, p. 104. Esta autora proporciona datos de cuál es la representación femenina en diferentes órganos de derechos humanos, datos que son bastante reveladores de la discriminación que se produce. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial sólo cuenta con una mujer de los 18 miembros de que consta; el Comité de Derechos Humanos cuenta con tres mujeres de 18 miembros; en el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se sientan dos mujeres de un total de 18 miembros; el Comité contra la Tortura, con dos mujeres de un total de 10 miembros.

[12] BUNCH, C.: «Transforming Human Rights from a Feminist Perspective», en PETERS, J. and WOLPER, A. (Eds.): *Women's Rights, Human Rights…*, *op. cit.*, p. 14.

[13] FREEMAN, M.A. and FRASER, A.S.: «Women's Human Rights: Making the Theory a Reality», en HENKIN, L. and HARGROVE, J.L. (Eds.): *Human Rights: An Agenda for the Next Century*, The American Society of International Law, Washington, D.C., 1994, p. 104.

luz tras la Segunda Guerra Mundial, los pueblos de las Naciones Unidas se declaran «resueltos a reafirmar… la igualdad de derechos de hombres y mujeres». A continuación, el artículo 1 establece, en su párrafo 3.º, como uno de los propósitos de la ONU «… 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». Como un intento de que el principio de no discriminación tenga aplicación en el propio funcionamiento de la Organización, el artículo 8 de la Carta dispone que «la Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios». Como podemos comprobar, la Organización de las Naciones Unidas apostó claramente desde sus mismos inicios por el reconocimiento del principio de no discriminación[14].

Una muestra palpable de este compromiso de las Naciones Unidas con el principio de no discriminación en relación a las mujeres fue que en 1946, es decir, un año después de su entrada en funcionamiento, se procedió a la creación de la *Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer*, órgano que se iba a encargar a partir de ese momento de todas las cuestiones relacionadas con el mundo de las mujeres[15]. Esta Comisión, por ejemplo, ha jugado un papel muy importante en el proceso de elaboración de los instrumentos de derechos humanos que se aprueban en el marco de las Naciones Unidas[16].

Como las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos eran enormemente vagas y genéricas, muy pronto se vio la necesidad de proceder a su concreción. Es así como desde los mismos inicios de la nueva Organización Internacional se comenzó a pensar en la elaboración de una Declaración de Derechos Humanos, proceso que daría lugar finalmente a la aprobación el 10 de

---

[14] Un estudio omnicomprensivo sobre el trabajo de las Naciones Unidas respecto a las mujeres se puede consultar en WINSLOW, A. (Ed.): *Women, Politics and the United Nations*, Greenwood Press, Westport, 1995; *cfr.* asimismo CAMPS MIRABET, N.: «La acción de la Organización de las Naciones Unidas para el desarrollo y protección de los derechos de la mujer», en *Tendencias actuales en Derecho Internacional*, Seminario celebrado en Almuñécar (Granada), septiembre de 1994.

[15] Sobre la labor de esta Comisión ver GALEY, M.E.: «Promoting Non-Discrimination Against Women: The Commission on the Status of Women», *International Studies Quarterly*, Vol. 23, n.º 2, 1979, pp. 273-302.

[16] Esta Comisión será, como veremos más adelante, el órgano que procedió a la creación del Grupo de Trabajo para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la CEDAW.

diciembre de 1948 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[17]. Hay que poner de manifiesto cómo en la elaboración de la Declaración Universal jugó un papel de cierta relevancia la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, defendiendo en todo momento la inclusión en el texto de la perspectiva de las mujeres. En este sentido, jugó un papel muy destacado Mrs. Begtrup, Presidenta de la Comisión por aquel entonces.

El Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos vuelve a reafirmar la fe en la «igualdad de derechos de hombres y mujeres», tal y como se había establecido en el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas. El artículo 1 de la Declaración resulta de una importancia excepcional desde el punto de vista de los derechos de las mujeres, dado que dispone que

> «*todos los seres humanos* nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros» (la cursiva es nuestra).

Si he destacado en cursiva la expresión «todos los seres humanos» es porque fue una expresión que suscitó grandes controversias en las negociaciones conducentes a la aprobación de la Declaración Universal. Una de las propuestas iniciales para este artículo 1 utilizaba la expresión «todos los hombres», lo que hubiese resultado nefasto desde el punto de vista de las mujeres y un mal comienzo para la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos. Finalmente, ante las presiones de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer y de algunas delegaciones de Estados más proclives a las reivindicaciones de las mujeres se logró incluir la expresión que figura en el artículo 1 de la Declaración, que es mucho más respetuosa con la sensibilidad de la mitad de la humanidad[18].

Por su parte, el artículo 2 de la Declaración Universal consagra el principio de no discriminación. Este artículo 2, en su párrafo 1.º, establece que

> «toda persona tiene todos 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».

---

[17] Un breve comentario sobre la Declaración Universal en su 50 Aniversario en ORAÁ, J. y GÓMEZ ISA, F.: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

[18] Los avatares de todas estas discusiones y negociaciones se pueden consultar en MORSINK, J.: «Women's Rights in the Universal Declaration», *Human Rights Quarterly*, Vol. 13, 1991, pp. 233 y ss.

Como podemos comprobar, se produce una ampliación de las circunstancias en virtud de las cuales se prohibe la discriminación en relación con el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas que antes hemos analizado.

Otro triunfo del movimiento de mujeres fue la inclusión en todos los artículos de la Declaración Universal de expresiones tales como «toda persona», «todo individuo», «nadie»..., queriendo expresar así que en todos los derechos humanos reconocidos en la Declaración Universal debe jugar la no discriminación.

Existen, no obstante, algunas referencias en la Declaración Universal bastante negativas desde el prisma de los derechos de las mujeres. El artículo 23.4, en el contexto del reconocimiento del derecho al trabajo, dispone que «toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, *así como a su familia*, una existencia conforme a la dignidad humana...» (la cursiva es nuestra). Esta disposición presupone que sólo existe un ingreso familiar derivado del trabajo, y que este ingreso es ganado, obviamente, por el hombre. Esta presunción es avalada por la versión inglesa de la Declaración Universal, que utiliza la expresión «his», es decir, que quien tiene que sostener a la familia es el varón[19].

A pesar de estas referencias negativas para las mujeres en la Declaración, Johannes Morsink ha llegado a afirmar que «la historia interna del proceso de redacción y las luchas hasta alcanzar el producto final muestran que, desde el punto de vista de los derechos de la mujer, la Declaración Universal es un documento muy progresivo»[20]. Esta visión tan optimista de la Declaración no es compartida, sin embargo, desde otras instancias[21].

Los dos Pactos Internacionales de derechos humanos aprobados por las Naciones Unidas en 1966 también van a contener referencias expresas al principio de no discriminación. Una vez proclamado con carácter genérico el principio de no discriminación por razón de sexo en el artículo 2 de los dos Pactos, el artículo 3 de ambos Pactos, el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, por un lado, y el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, por otro, establece, prácticamente con el mismo tenor, que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres

---

[19] Esta misma lógica está presente en el artículo 25 de la Declaración, al proclamar el derecho a un nivel de vida adecuado.

[20] MORSINK, J.: «Women's Rights...», *op. cit.*, p. 255.

[21] POLLIS, A.: *Toward a Human Rights Framework*, citado en MORSINK, J.: *op. cit.*, p. 233.

y mujeres la igualdad»[22] en el goce de los derechos enunciados en el presente Pacto.

Una vez realizado el repaso a los principales instrumentos de derechos humanos de carácter general aprobados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a continuación nos vamos a detener en los instrumentos jurídicos destinados explícitamente al reconocimiento de determinados aspectos de los derechos de la mujer, ámbito en el cual también las Naciones Unidas han llevado a cabo una labor encomiable[23]. En este sentido, la Organización Internacional del Trabajo, organismo especializado de las Naciones Unidas, ha tratado de profundizar en la proclamación de los derechos de la mujer en el ámbito laboral. Así, el 9 de julio de 1948 procedió a la aprobación del Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria[24]. Tres años más tarde, en 1951, se aprobó el Convenio relativo a la igualdad de remuneración de la mano de obra masculina y femenina por trabajo de igual valor[25]. La Organización de las Naciones Unidas estableció en 1952 el Convenio sobre los derechos políticos de la mujer[26]. Todos estos tratados internacionales, y otros muchos, muestran claramente el compromiso de las Naciones Unidas en favor de los derechos de las mujeres.

Ahora bien, sin ninguna duda, los textos más importantes en la esfera de la lucha contra la discriminación de la mujer son la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[27] (1967) y la Convención que vino a completar y a dar fuerza jurídica a lo establecido en la Declaración de la Asamblea General, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante, CEDAW[28]).

---

[22] Esta es la referencia utilizada en el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, mientras que el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales dispone que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto». Como podemos observar, las diferencias son de mera redacción, siendo el fondo absolutamente idéntico.

[23] Un análisis exhaustivo de los principales instrumentos aprobados por Naciones Unidas en este campo es el realizado por STAMATOPOULOU, E.: «Women's Rights and the United Nations», en PETERS, J. and WOLPER, A. (Eds.): *Women's Rights, Human Rights…*, *op. cit.*, pp. 37 y ss.

[24] Este Convenio ha sido ratificado por España, entrando en vigor en 1959.

[25] Este tratado internacional ha entrado en vigor en nuestro país en 1968.

[26] Desde 1974 esta Convención está en vigor en nuestro país.

[27] *Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2.236 (XXII), de 7 de noviembre de 1967.

[28] Esta Convención se conoce normalmente por sus siglas en inglés, CEDAW, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*.

La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer se muestra «preocupada de que, a pesar de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y de otros instrumentos de las Naciones Unidas y los organismos especializados y a pesar de los progresos realizados en materia de igualdad de derechos, continúa existiendo considerable discriminación en contra de la mujer»[29]. Y es que, como se ha señalado a este respecto, «el plano de la igualdad jurídica es en el que más se ha progresado en todos los países en comparación con los avances, mucho más lentos, en el terreno de la igualdad *de facto*»[30]. El artículo 1 de la Declaración es el más importante, dado que es el que establece de una manera genérica el principio de la no discriminación. El resto de la Declaración va a ser un intento de concretar en ámbitos específicos (participación política, nacionalidad, capacidad jurídica, educación, matrimonio…) ese principio de carácter general. A tenor de este artículo 1 de la Declaración,

> «la discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana».

En el marco de las actividades de las Naciones Unidas dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el año 1975 como el Año Internacional de la Mujer. En esa misma línea, ese mismo año Naciones Unidas convocó la Primera Conferencia Mundial para la Mujer, Conferencia que tuvo lugar en México. Una vez finalizado el Año Internacional de la Mujer, y para seguir por la senda del avance de la mujer, se proclamó el Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer. A la Conferencia de México siguieron las Conferencias de Copenhague, Nairobi y, recientemente, en 1995, la Conferencia de Beijing[31]. Todas estas Conferencias han supuesto un enorme impulso en el tortuoso camino del reconocimiento y la realización de los derechos de las mujeres.

---

[29] Párrafo 4.º del Preámbulo.

[30] FERNÁNDEZ, E.: «Los derechos de las mujeres»…, *op. cit.*, p. 155.

[31] ELIZONDO LOPETEGI, A.: «20 años de cooperación internacional para las mujeres: de México a Pekín (1975-1995)», en *II Jornadas Municipales sobre la Cooperación Norte-Sur: la dimensión global de la solidaridad*, Amurrio (Alava)-Bermeo (Vizcaya), 13-21 de febrero de 1995, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1995, pp. 185-211.

De todas formas, el pronunciamiento más rotundo en favor del reconocimiento y profundización de los derechos de las mujeres figura en la Declaración de Viena resultante de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en junio de 1993. En esta Declaración se estableció que

> «los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la plena erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional (…)
>
> La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer…»[32].

A continuación, vamos a examinar con un cierto detenimiento la CEDAW, el intento más serio y sistemático por parte de las Naciones Unidas de luchar decididamente por los derechos de las mujeres.

3. **La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**

Tras un largo y tortuoso proceso de negociación, finalmente el 17 de diciembre de 1979 se procedía a la aprobación de la CEDAW[33] por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas[34], abriendo el proceso de ratificaciones. Dos años más tarde, el 3 de septiembre de 1981, entró en vigor dicha Convención[35], tras el depósito ante el Secretario

---

[32] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, párr. 18.

[33] Un análisis interesante del proceso negociador de la CEDAW en FRASER, A.S.: «The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (The Women's Convention)», en WINSLOW, A. (Ed.): *Women, Politics and the United Nations…*, *op. cit.*, pp. 84 y ss.

[34] La votación en la Asamblea revela los problemas en torno a su negociación y las dificultades a las que se iba a enfrentar la Convención: 130 Estados votaron a favor, ningún voto en contra y 11 abstenciones, en su mayor parte de países con fuertes tradiciones religiosas y familiares. Se abstuvieron Bangladesh, Brasil, Comores, Djibouti, Haití, Mali, Mauritania, México, Marruecos, Arabia Saudí y Senegal.

[35] A 9 de diciembre de 2002, los Estados Partes en la Convención son 170.

General de las Naciones Unidas del vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, tal y como se señala en su artículo 27.1.

La CEDAW consta de un Preámbulo y de 30 artículos en los que se establecen diferentes medidas a adoptar por parte de los Estados y por parte de determinados actores privados para avanzar en el reconocimiento y profundización del principio de no discriminación. En el mismo Preámbulo los Estados señalan cuál es el objetivo básico de la Convención cuando se declaran «resueltos a aplicar los principios enunciados en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y, para ello, a adoptar las medidas necesarias a fin de suprimir esta discriminación en todas sus formas y manifestaciones».

Uno de los aspectos más importantes de la CEDAW es que no se dirige sólo a los Estados sino que también se dirige al ámbito privado, ámbito en el cual, como ya hemos señalado, se producen las violaciones más graves de los derechos de las mujeres. En este sentido, como ha puesto de manifiesto una gran experta en estos temas, Donna Sullivan, la Convención «contempla la reestructuración de las relaciones de género dentro de la familia… Requiere que el Estado adopte medidas positivas para proteger a las mujeres contra la discriminación por actores no estatales»[36].

El artículo 1 de la Convención es importante porque en él se define lo que se entiende por la expresión «discriminación contra la mujer», refiriéndose con ella a

> «toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por 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».

Por su parte, en el artículo 2 de la CEDAW los Estados Partes «condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer» y, para conseguir dicho propósito, se comprometen a todo un conjunto de medidas que van a ser detalladas en los diferentes apartados de la Convención. Así, en el artículo 3 los Estados se comprometen a «asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer»; el artículo 4 se refiere a las medidas especiales para tratar de lograr la «igualdad *de facto* entre

---

[36] SULLIVAN, D.: «The Public/Private Distinction in International Human Rights Law», en PETERS, J. and WOLPERS, A. (Eds.): *Women's Rights, Human Rights…*, *op. cit.*, p. 129.

el hombre y la mujer»; a continuación, el artículo 5 conmina a los Estados a la modificación de «los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres», estableciendo la «responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos»… La supresión de «todas las formas de trata de mujeres y explotación en la prostitución de la mujer» se abordan en el artículo 6, mientras que el artículo 7 se refiere a la eliminación de la discriminación de la mujer «en la vida política y pública del país». Por otro lado, la Convención también se refiere a la promoción de la participación de la mujer en la esfera internacional (artículo 8); la no discriminación en cuanto a la nacionalidad (artículo 9); igualdad de derechos en el ámbito de la educación (artículo 10), en el empleo (artículo 11), en la atención médica (artículo 12), en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (artículo 16); la promoción de la mujer en el mundo rural (artículo 14)[37]…

Un grave problema que ha afectado gravemente a la efectividad de la CEDAW es el gran número de reservas que los Estados han efectuado respecto a determinadas disposiciones[38]. Ello ha hecho que la CEDAW se haya convertido en el tratado internacional de derechos humanos con mayor número de reservas. Además, en opinión de determinadas expertas, algunas de estas reservas van en contra del objeto y del propósito de la Convención[39], aspecto éste que queda terminantemente prohibido tanto por el Derecho Internacional general[40] como por el propio artículo 28.2 de la Convención[41]. El propio Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha expresado en reiteradas ocasiones «su preocupación con respecto al considerable número de reservas que parecían incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención…», sugiriendo

---

[37] Un estudio de los principales contenidos de la CEDAW en FREEMAN, M.A. and FRASER, A.S.: «Women's Human Rights: Making the Theory a Reality», en HENKIN, L. and HARGROVE, J.L. (Eds.): *Human Rights: An Agenda for the Next Century…*, *op. cit.*, pp. 112 y ss.; WRIGHT, S.: «Human Rights and Women's Rights: An Analysis of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», en MAHONEY, K.E. and MAHONEY, P. (Eds.): *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 75-88.

[38] COOK, R.: «Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women», *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990, pp. 643-709.

[39] STAMATOPOULOU, E.: «Women's Rights and the United Nations», en PETERS. J. and WOLPER, A. (Eds.): *Women's Rights…*, *op. cit.*, p. 38.

[40] La *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* (1969) establece en su artículo 19 que un Estado podrá formular reservas a menos que «la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado».

[41] Este artículo 28.2 establece que «no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención».

que «todos los Estados Partes interesados reconsideren estas reservas con miras a retirarlas»[42]. En la misma línea, teniendo en cuenta el elevado número de reservas y la importancia de su contenido, la propia Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, dispuso que habría que alentar «la búsqueda de soluciones habida cuenta del número particularmente grande de reservas a la Convención». Asimismo, la Conferencia instó a los Estados «a que retiren todas las reservas que sean contrarias al objeto y la finalidad de la Convención o incompatibles con el Derecho Internacional convencional»[43].

En lo que concierne a los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres establecidos en la CEDAW hay que señalar, ante todo, que son mecanismos mucho más débiles que los que figuran en otros tratados internacionales de derechos humanos[44]. En este sentido, Theodor Meron ha afirmado que la CEDAW se ha convertido en un instrumento con un «*status* de segunda clase dentro de la familia de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas»[45]. De los diferentes tipos de mecanismos que caben para proteger los derechos humanos en el ámbito internacional (los informes periódicos, las quejas individuales, las quejas inter-estatales, los procedimientos de investigación…), la CEDAW sólo contempla el mecanismo de los informes periódicos. En virtud del artículo 17 de la Convención se establece un Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité que va a tener como objetivo básico el analizar los progresos realizados por los Estados Partes en la aplicación de la Convención. Para llevar a cabo este examen de los avances de los Estados en el cumplimiento de la CEDAW, el artículo 18 de la Convención dispone que «los Estados

---

[42] Recomendación General n.º 4 (sexto período de sesiones, 1987), en *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres y Recomendaciones*, EMAKUNDE-Instituto Vasco de la Mujer, Bilbao, 1998, p. 38.

[43] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, párr. 39, p. 21.

[44] *Cfr.* al respecto el artículo 22 de la *Convención sobre la Tortura*; el artículo 14 de la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*; o el *Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de derechos civiles y políticos*… Un análisis muy interesante llevado a cabo por el Secretario General de las Naciones Unidas compara los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres con los mecanismos de protección establecidos en otros tratados de derechos humanos, INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: *Resumen comparativo de comunicaciones, procedimientos y prácticas de investigación existentes en virtud de instrumentos internacionales de derechos humanos y la Carta de las Naciones Unidas*, E/CN.6/1997/4, de 21 de enero de 1997.

[45] MERON, T.: «Enhancing the Efectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women», *American Journal of International Law*, Vol. 84, 1990, p. 213.

Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la presente Convención y sobre los progresos realizados en este sentido». Estos informes, según se establece en el artículo 18.1.a) y b), se presentarán «en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de la Convención para el Estado de que se trate y en lo sucesivo por lo menos cada cuatro años y, además, cuando el Comité lo solicite». Una vez que el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer[46] analiza los informes que le someten los Estados Partes en la Convención, el Comité «podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes» (artículo 21 de la CEDAW)[47]. Como vemos, es un mecanismo bastante débil, dado que el protagonismo recae esencialmente en el Estado, que es quien somete la información, siendo los poderes del Comité bastante limitados. Una dificultad añadida es que, al hilo del artículo 20.1 de la CEDAW, «el Comité se reunirá normalmente todos los años por un período que no exceda de dos semanas para examinar los informes que se le presenten…». Este plazo de dos semanas se ha revelado a todas luces insuficiente para llevar a cabo un examen sereno y detallado de los informes que presentan los Estados. Esta ha sido la razón por la cual existe un retraso bastante considerable en el examen de los informes periódicos por parte del Comité[48]. Por todo ello, el propio Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su Recomendación General n.º 22 (sesión n.º 14, 1995), recomendó a los Estados Partes en la Convención que considerasen favorablemente una enmienda al artículo 20.1 para permitir al Comité llevar a cabo «las reuniones que sean necesarias para el efectivo

---

[46] Según se dispone en el artículo 17.1 de la CEDAW, el Comité está compuesto «… por veintitrés expertos de gran prestigio moral y competencia en la esfera abarcada por la Convención. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes entre sus nacionales, y ejercerán sus funciones a título personal; se tendrán en cuenta una distribución geográfica equitativa y la representación de las diferentes formas de civilización, así como los principales sitemas jurídicos».

[47] Un análisis exhaustivo del sistema de los informes periódicos establecido en la CEDAW se encuentra en ILIC, Z. and CORTI, Y.: «The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women», en UNITED NATIONS: *Manual on Human Rights Reporting under six Major International Human Rights Instruments,* United Nations, Geneva, 1997, pp. 305-365.

[48] Un análisis de todos los avatares del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en FRASER, A.S.: «The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women…», *op. cit.*, pp. 89 y ss.

cumplimiento de sus funciones…». Haciéndose eco de esta sugerencia por parte del Comité, en la octava reunión de los Estados Partes en la Convención el 22 de mayo de 1995 se adoptó una resolución recomendando la adopción de la citada enmienda. Esta enmienda entrará en vigor cuando haya sido ratificada por al menos dos tercios de los Estados Partes en la CEDAW. De todas formas, en los últimos años la Asamblea General de las Naciones Unidas, plenamente consciente de las dificultades del Comité por el escaso tiempo de que dispone, ha autorizado sus reuniones durante dos sesiones de tres semanas cada una anualmente.

Esta enorme debilidad de los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres establecidos en la CEDAW ha sido el principal motivo por el cual desde principios de los años noventa se está reclamando, cada vez con una mayor insistencia, una ampliación de esos mecanismos. No es otro el objetivo del Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer que se ha estado discutiendo en el seno de un Grupo de Trabajo creado al efecto por la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, Protocolo que fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en octubre de 1999 y que acaba de entrar en vigor en diciembre de 2000. A analizar los principales elementos de este Protocolo vamos a consagrar el siguiente capítulo.

4. **Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**

4.1. *Antecedentes*

Durante el proceso de negociación de la CEDAW ya se discutió por parte de algunos Estados (principalmente Holanda) la pertinencia de incluir las quejas individuales en el marco de la Convención, es decir, la posibilidad de que una persona pudiese entablar una denuncia ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer por una presunta vulneración de alguna de las disposiciones de la Convención. Sin embargo, finalmente, dicha posibilidad fue desechada[49].

---

[49] BYRNES, A. and CONNORS, J.: *The Adoption of a Petition Procedure under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Background Paper prepared for the Expert Group Meeting on the Adoption of an Optional Protocol to the CEDAW organised by the Women in Law Project International Human Rights Group and the Maastricht Centre for Human Rights, University of Limburg, Maastricht, The Netherlands, 29 september-1 october 1994, p. 3.

Una vez que la CEDAW entró en vigor y que el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer comenzó a desempeñar sus funciones, muy pronto se observó que adolecía de una excesiva debilidad en cuanto a sus mecanismos de protección. Es por esa razón que desde comienzos de los años noventa se viene insistiendo con fuerza en la necesidad de reforzar dichos procedimientos. Para proceder a dicho reforzamiento había dos posibilidades: una era proceder a una reforma de la propia CEDAW, mientras que la otra consistía en la aprobación de un Protocolo Facultativo a dicha Convención. Pronto se vio claro que una reforma de la CEDAW entrañaría muchísimos inconvenientes, sobre todo por la gran cantidad de reservas con las que contaba ese instrumento. Ante tales dificultades se optó por la posibilidad de aprobar un Protocolo Facultativo, siguiendo el ejemplo del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

Tanto desde instancias doctrinales[50] como desde los propios órganos de las Naciones Unidas que se ocupan de la cuestión de los derechos de la mujer se comenzó a solicitar el abrir un proceso de negociación en torno a un Protocolo Facultativo. En este sentido, fue en una reunión de especialistas convocada por la División para el Adelanto de la Mujer en 1991 cuando por primera vez se recomendó a la propia Organización de las Naciones Unidas que comenzase a analizar la posibilidad de aprobar un Protocolo Facultativo a la CEDAW. El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recogió el testigo y en su Sugerencia n.º 4, que iba dirigida a la Conferencia Mundial de Derechos Humanos que se iba a celebrar en Viena, recomendó que se introdujese el derecho de petición en la CEDAW, para ponerla en pie de igualdad con otros tratados de derechos humanos aprobados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos señaló a este respecto que debían adoptarse «nuevos procedimientos para reforzar el cumplimiento de los compromisos en favor de la igualdad y los derechos humanos de la mujer». Para ello, prosigue la Declaración y Plan de Acción de Viena,

> «la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer deben examinar rápidamente la posibilidad de introducir el derecho de petición, elaborando un Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer»[51].

---

[50] MERON, T.: «Enhancing the Efectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women»…, *op. cit.*, pp. 216 y 217.

[51] *Declaración y Programa de Acción de Viena*…, *op. cit.*, párr. 40, p. 21.

En 1994, en el período de sesiones del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se aprobó la Sugerencia n.º 5, en la que el Comité recomendaba a la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer que estableciese un grupo de especialistas independientes para que procediese a la preparación de un Proyecto de Protocolo Facultativo. La Comisión, sin embargo, desoyó esta recomendación del Comité.

Ese mismo año, un grupo de expertos y expertas en la cuestión de los derechos de la mujer fue convocado por el Centro de Derechos Humanos de Maastricht y por el International Human Rights Group. De esta reunión, financiada por los Gobiernos de Holanda y Australia, salió el proyecto más serio y elaborado de Protocolo Facultativo, proyecto que ha servido de base para ulteriores discusiones y negociaciones[52].

En enero de 1995 el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer aprobó su Sugerencia n.º 7 en la que recogen los diferentes elementos que debe contener un Protocolo Facultativo a la CEDAW[53].

Con todo este caldo de cultivo, finalmente, en julio de 1995, en virtud de su resolución 1995/29, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) señaló a la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer que estableciese un Grupo de Trabajo de Composición Abierta para la elaboración de un Protocolo Facultativo a la CEDAW.

En marzo de 1996, en cumplimiento de la resolución 1995/29 del ECOSOC, la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer procedió a la creación del Grupo de Trabajo de Composición Abierta para elaborar un Proyecto de Protocolo Facultativo a la CEDAW. Este Grupo de Trabajo se reunió en Nueva York del 11 al 22 de marzo, analizando fundamentalmente los elementos de la Sugerencia n.º 7 del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y las opiniones que varios Estados habían enviado al Secretario General de las Naciones Unidas sobre la conveniencia o no de aprobar un Protocolo Facultativo a la CEDAW y sobre las principales características que debería tener un Protocolo de esta naturaleza[54].

---

[52] *Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, adopted by The Expert Group Meeting on the Adoption of an Optional Protocol to the CEDAW organised by the Women in the Law Project International Human Rights Group and the Maastricht Centre for Human Rights, University of Limburg, Maastricht, The Netherlands, 29 september-1 october.

[53] Esta Sugerencia n.º 7 está recogida en el documento E/CN.6/1995/CRP.1.

[54] Estas opiniones figuran en el documento REPORT OF THE SECRETARY-GENERAL: *Elaboration of a Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, E/CN.6/1996/10, 10 january 1996.

Tras varios períodos de sesiones, finalmente el Protocolo Facultativo fue aprobado por consenso por el Grupo de Trabajo de Composición Abierta y en la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su sesión de marzo de 1999, enviándolo para su aprobación a la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este órgano ha procedido a dicha aprobación en octubre de 1999, en virtud de su resolución 54/4, abriendo el Protocolo a la firma, ratificación y adhesión por parte de los Estados. La entrada en vigor del Protocolo se ha producido el 22 de diciembre de 2000, tras el depósito ante el Secretario General de las Naciones Unidas del décimo instrumento de ratificación o adhesión, como viene exigido por el artículo 16 del propio Protocolo.

A continuación, nos vamos a detener en el examen de los principales elementos del Protocolo Facultativo a la CEDAW[55], destacando las cuestiones más problemáticas que han hecho que su proceso de adopción se haya demorado tanto en el tiempo y que el texto final del Protocolo no sea un texto que satisfaga las exigencias y reivindicaciones de todas las delegaciones. El Protocolo Facultativo a la CEDAW ha sido fruto de un delicado proceso de negociación y responde a un equilibrio y a un consenso entre las diferentes posturas expresadas en el Grupo de Trabajo.

4.2. *Mecanismos de protección introducidos por el Protocolo*

En primer lugar, una de las cuestiones que más discusiones ha acarreado ha sido la de qué mecanismos de protección de los derechos de las mujeres se debían contener en un Protocolo Facultativo a la CEDAW. Si bien existía un cierto consenso entre las diferentes delegaciones presentes en el Grupo de Trabajo en torno a que es fundamental que se incluya el procedimiento de comunicaciones individuales, este consenso desaparecía cuando se planteaba la posibilidad de

---

[55] Uno de los estudios más serios y rigurosos sobre el Proyecto de Protocolo Facultativo es el llevado a cabo por BYRNES, A. and CONNORS, J.: «Enforcing the Human Rights of Women: A Complaints Procedure for the Women's Convention?», *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. XXI, n.º 3, 1996, pp. 679-697. *Cfr.*, a su vez, SULLIVAN, D.: *The Adoption of an Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, Center for Women's Global Leadership, 1997. Asimismo, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos ha realizado un comentario artículo por artículo al Proyecto de Protocolo, con propuestas muy interesantes al respecto, INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Protocolo Facultativo. Documento de Trabajo. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.

introducir un procedimiento de investigación de oficio por parte del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En cuanto a la posibilidad de introducir el procedimiento de las comunicaciones inter-estatales, muy pronto se desechó esta alternativa, aunque existen algunos expertos que han destacado las bondades de dicho procedimiento[56]. Lo cierto es que, al ser un procedimiento que prácticamente no se ha utilizado en la esfera internacional, se descartó desde el principio, no figurando en los sucesivos Proyectos de Protocolo Facultativo.

Finalmente, como vamos a ver, el Protocolo Facultativo a la CEDAW introduce un procedimiento de comunicaciones individuales y un procedimiento de investigación.

a) Procedimiento de comunicaciones individuales

Prácticamente desde los inicios de las discusiones en torno a la elaboración de un Protocolo Facultativo a la CEDAW existía acuerdo en que el procedimiento de comunicaciones individuales debía ser el núcleo del Protocolo. La mayor parte de las delegaciones gubernamentales aceptaban el mecanismo que permitiría a las mujeres víctimas de una violación de sus derechos acudir al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para denunciar a su Estado, si bien cuando se entraba en los detalles del procedimiento comenzaban a surgir las discrepancias. Los puntos más controvertidos en lo que concierne al mecanismo de las comunicaciones individuales son el de la *legitimación activa* y la cuestión de la *justiciabilidad* de las disposiciones de la CEDAW.

Respecto a la *legitimación activa*, es decir, respecto a quién o quiénes pueden plantear ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer una comunicación individual, hay que decir que nos enfrentamos ante la cuestión más problemática de todo el Protocolo Facultativo. Es la cuestión más espinosa y la que, finalmente, en el período de sesiones de marzo de 1998, impidió el poder llegar a un consenso y finalizar el proceso de elaboración del Protocolo. El punto de controversia central es si permitir que alguien «en nombre de la víctima»

---

[56] Para Theodor Meron, la «importancia simbólica» de este procedimiento es enorme, permitiendo que un Estado denuncie a otro por violaciones de los derechos de las mujeres, en Meron, T.: «Enhancing the Efectiveness of the Prohibition of Discrimination Against Women»…, *op. cit.*, p. 217. La misma opinión es compartida por Andrew Byrnes y Jane Connors, en Byrnes, A. and Connors, J.: *The Adoption of a Petition Procedure under the Convention on the Elimination…*, *op. cit.*, p. 37.

pueda presentar una comunicación individual ante el Comité. El «miedo» de muchos países, entre los que se puede destacar México, Colombia, Cuba, China, Egipto, Túnez, Marruecos, Argelia, La India…, es que organizaciones no gubernamentales de carácter internacional, organizaciones que constituyen auténticas redes internacionales, puedan plantear este tipo de recursos «en nombre de las víctimas» ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Por contra, para un importante grupo de países[57] esta posibilidad es esencial si realmente se quiere que este mecanismo de comunicaciones individuales sirva para defender los derechos humanos de todas las mujeres, no sólo de aquéllas que cuentan con los medios económicos, intelectuales… para llevar a cabo este tipo de recursos en el ámbito internacional. Ha sido Amnistía Internacional, una de las ONGs que más esfuerzos ha desplegado en el proceso de negociación de este Protocolo Facultativo, quien ha puesto de relieve que esta posibilidad es

> «decisiva si se quiere que el Protocolo Facultativo ofrezca un remedio real a las víctimas de las violaciones de la Convención. Quienes más necesitan reparación (…) son muchas veces las que más dificultades tienen para presentarse a hablar sobre sus sufrimientos y obtener dicha reparación. En consecuencia, el papel que los defensores de los derechos humanos, incluidas las ONGs, desempeñan al ayudar a las víctimas a reclamar sus derechos es un papel decisivo. Las mujeres tienen obstáculos específicos al tratar de obtener reparación, obstáculos que incluyen el peligro de represalias, el bajo nivel de alfabetización, la falta de conocimientos jurídicos y la escasez de recursos»[58].

Parecida opinión es sostenida por Andrew Byrnes y Jane Connors, para quienes «los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo tienen que ser por lo menos tan amplios como en otras Convenciones de derechos humanos. Requerir que una persona sea víctima de una violación puede restringir excesivamente al abanico de comunicaciones que se pueden recibir. Muchas formas de discriminación estructural contra las mujeres pueden afectar a muchas, o quizás a todas, las mujeres de una sociedad»[59].

---

[57] Consultar las opiniones de países como Costa Rica, Sudáfrica, Italia, España, Panamá, Chile…, en INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: *Nuevas opiniones de gobiernos, organizaciones…*, *op. cit.*, pp. 17 y ss.

[58] AMNISTÍA INTERNACIONAL: *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Mujer: la necesidad de un mecanismo habilitador a nivel internacional*, AI: IOR 51/04/97/s, diciembre de 1997, p. 10.

[59] BYRNES, A. and CONNORS, J.: *The Adoption of a Petition Procedure under the Convention on the Elimination…*, *op. cit.*, p. 27.

Finalmente, ha recaído el consenso sobre esta cuestión, consenso que, sin llegar a satisfacer todas las pretensiones, puede suponer una buena base para la utilización del procedimiento de las comunicaciones individuales por parte de las mujeres víctimas de vulneraciones de sus derechos. En este sentido, los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo figuran de la siguiente forma. En virtud del artículo 1,

> «un Estado Parte en el presente Protocolo («Estado Parte») reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer («el Comité») para recibir y considerar comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2».

Como vemos, el artículo 1 sencillamente supone que todo Estado que ratifique el Protocolo Facultativo acepta la competencia del Comité para recibir comunicaciones. El artículo 2, en cambio, es un artículo mucho más controvertido y que dio lugar a muchas más discusiones en el seno del Grupo de Trabajo. Y es que en este artículo 2 es donde se establece quién va a poder presentar las comunicaciones. La disputa giraba en torno a si se podía presentar comunicaciones en nombre de una persona y, si tal era el caso, si se debería exigir su consentimiento expreso. Finalmente, el artículo 2 señala que

> «las comunicaciones podrán ser presentadas por particulares o grupos de particulares, o en nombre de éstos, sujetos a la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención por ese Estado Parte. Cuando se presente una comunicación en nombre de particulares o grupos de particulares, ello será con su consentimiento a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin su consentimiento».

Este artículo ha sido uno de los más debatidos y el que estuvo a punto de hacer fracasar un año más las negociaciones tendentes a la aprobación del Protocolo Facultativo. Finalmente, este artículo 2 constituye un delicado equilibrio entre las diferentes posturas presentes en el Grupo de Trabajo. Además, tenemos que poner de relieve cómo este artículo ha sido uno de los que más declaraciones interpretativas ha suscitado por parte de diferentes Estados.

Como podemos comprobar, las comunicaciones van a poder ser presentadas por particulares o grupos de particulares o en su nombre. Es decir, una mujer o un grupo de mujeres cuyos derechos hayan sido violados por un Estado Parte en el Protocolo Facultativo van a poder plantear una comunicación ante el Comité bien por sí mismas o bien

otra persona u organización en su nombre. Ahora bien, tanto la persona que presenta la comunicación como quien lo haga en su nombre tienen que estar sometidas a la jurisdicción del Estado que es denunciado ante el Comité, tal y como establece, de manera un tanto confusa, el propio artículo 2. Si la comunicación se presenta en su nombre, «será con su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar… actuar sin su consentimiento». Vemos que el consentimiento va a ser esencial si se presenta una comunicación al Comité en nombre de alguien, lo cual supone un pequeño retroceso en relación a otros instrumentos internacionales de derechos humanos, en los cuales no aparece una mención explícita a la necesidad del consentimiento. Sin embargo, la cuestión del consentimiento fue una sobre las cuales muchas delegaciones no estaban dispuestas a transigir. En aras del consenso hubo que aceptar la inclusión de la necesidad del consentimiento en el texto del Protocolo y no en las reglas de procedimiento del Comité.

En cuanto al artículo 2, como ya he señalado, es uno de los que ha dado lugar a un mayor número de declaraciones interpretativas. Para el Gobierno de Canadá, «el Comité tiene la autoridad para determinar la cuestión del consentimiento de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso y el Comité debería interpretar el artículo 2 de forma no menos favorable que la práctica y los procedimientos existentes en otros órganos de tratados de derechos humanos»[60], opinión que era compartida por la Unión Europea y un conjunto de países africanos como Ghana, Botswana, Kenya, Lesotho, Malawi, Sudáfrica, Uganda…[61]. En la misma línea, Dinamarca (también en nombre de Finlandia, Islandia y Noruega) mostró su pesar por la no inclusión de las ONGs en el texto del artículo 2, pero la interpretación que da al término «grupos de individuos» es que «las ONGs que aleguen ser víctima de una violación pueden plantear una comunicación ante el Comité»[62]. En cambio, para un país como China, que quería un artículo 2 lo más restrictivo posible, este artículo debería evitar que determinadas personas, teniendo en cuenta la especial situación de las víctimas, «se beneficiase para sus propios propósitos actuando en nombre de la víctima… El deseo de la víctima se debe respetar plenamente y sus representantes, si es que los hay, deberían ser del mismo país que la víctima»[63]. Como se observa

---

[60] *Interpretative Statements on the Draft Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, p. 4.

[61] *Interpretative Statements…, op. cit.*, p. 10.

[62] *Interpretative Statements…, op. cit.,* p. 7.

[63] *Interpretative Statements…, op. cit.,* p. 4.

claramente, la opinión de China trata de restringir al máximo el que una organización, sobre todo si es de ámbito internacional, pueda representar a una eventual víctima. Del mismo tenor fue la declaración interpretativa efectuada por el representante indio, para quien la palabra «consentimiento» significa que «no se debería actuar contra los deseos de la víctima vulnerando su derecho a la privacidad»[64].

La otra cuestión problemática en el marco del procedimiento de comunicaciones individuales es la de la *justiciabilidad*, es decir, qué derechos de los contenidos en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer son susceptibles de una comunicación individual, dado que muchos de ellos establecen obligaciones de carácter programático para los Estados Partes. En este punto también existían posturas encontradas, aunque no tan extremas como las expresadas respecto de la legitimación activa. En opinión de la mayor parte de los gobiernos, «puesto que todos los derechos humanos se consideraban, en mayor o en menor medida, justiciables, se recomendó que todas las disposiciones sustantivas de la Convención se consideraran justiciables»[65]. Esta es la perspectiva compartida también por la mayor parte de la doctrina y de las ONGs que han analizado esta cuestión[66]. Sin embargo, ante la imposibilidad de alcanzar un consenso sobre la base de las opiniones mencionadas, se optó por una solución que dista bastante de lo inicialmente planteado. Las comunicaciones se van a poder presentar cuando se alegue una violación de «cualquiera de los *derechos* enunciados en la Convención». Es decir, no todas las disposiciones de la Convención van a poder ser defendidas ante el Comité, sino sólo aquéllas que contengan derechos, tal y como se establece en el artículo 2 del Protocolo. De nuevo, esta controvertida cuestión ha dado lugar a la formulación de declaraciones interpretativas por parte de varias delegaciones. En concreto, para la delegación de Dinamarca (también en nombre de Finlandia, Islandia y Noruega), el Comité podrá aceptar comunicaciones concernientes «a todas y cada una de las disposiciones sustantivas establecidas en la Convención»[67].

Una vez analizadas someramente las dos cuestiones más polémicas del procedimiento de comunicaciones individuales instaurado por

---

[64] *Interpretative Statements…, op. cit.,* p. 12.

[65] INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: *Nuevas opiniones…*, *op. cit.*, párr. 39, p. 9.

[66] BYRNES, A. and CONNORS, J.: *The Adoption of a Petition Procedure…*, *op. cit.*, pp. 5 y ss.; AMNISTÍA INTERNACIONAL: *El Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Mujer…*, *op. cit.*, pp. 20 y ss.; INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *Protocolo Facultativo. Documento de Trabajo…*, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

[67] *Interpretative Statements…, op. cit.*, p. 7.

el Protocolo Facultativo a la CEDAW, vamos a ver a continuación el funcionamiento de dicho procedimiento. Son cuatro las fases que tiene que atravesar una comunicación individual que se plantea ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: la fase de admisibilidad de la comunicación, el examen del fondo del asunto, la decisión por parte del Comité y el seguimiento de dicha decisión.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad de las comunicaciones individuales hay que señalar que están establecidos en los artículos 3 y 4 del Protocolo Facultativo que estamos analizando. El artículo 3 dispone que las comunicaciones tienen que presentarse «por escrito» y «no deberán ser anónimas». Asimismo, para que el Comité pueda llevar a cabo el examen de alguna comunicación, ésta tiene que referirse a un Estado que sea parte tanto de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer como de su Protocolo Facultativo. Por su parte, el artículo 4 establece como requisito de admisibilidad el agotamiento de «todos los recursos internos disponibles, salvo que esos recursos sean de tramitación indebidamente prolongada o difícilmente puedan brindar un remedio efectivo». De igual forma, el Comité declarará inadmisible toda comunicación que:

—«se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el Comité y ha sido o está siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de investigación o solución internacional;
—sea incompatible con las disposiciones de la Convención;
—sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente corroborada;
—constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación;
—los hechos objeto de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha».

Como podemos comprobar, nos encontramos ante los requisitos de admisibilidad que normalmente figuran en aquellos tratados internacionales de derechos humanos que prevén un sistema de comunicaciones individuales.

Una vez recibida la comunicación por el Comité, el artículo 5 le habilita, si lo estima necesario, a solicitar al Estado Parte interesado «las *medidas provisionales* necesarias para evitar posibles daños irreparables para la víctima o las víctimas de la supuesta violación». Ahora bien, tal y como señala el artículo 5.2 del Protocolo Facultativo, la

adopción por parte del Comité de determinadas medidas de carácter provisional «no supone una decisión sobre la admisibilidad o el fondo de la comunicación».

La segunda fase es la del examen del fondo del asunto, prevista en los artículos 6 y 7 del Protocolo. Una vez que el Comité se cerciora de que la comunicación cumple los diferentes requisitos de admisibilidad, envía con carácter confidencial dicha comunicación al Estado interesado. En un plazo de seis meses, el Estado tiene que presentar al Comité «explicaciones o declaraciones por escrito en que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere dispuesto el Estado Parte, de haberlas» (artículo 6.2). El Comité examina las comunicaciones presentadas en sesiones privadas y a la luz de toda la información que le hayan sometido las partes.

Una vez examinada la comunicación, según lo dispuesto en el artículo 7.3, «el Comité hará llegar sus opiniones sobre la comunicación, conjuntamente con sus recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas». Por lo tanto, vemos cómo el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer tiene capacidad para formular ciertas recomendaciones a un Estado Parte del Protocolo Facultativo si estima que ha vulnerado alguno de los derechos contenidos en la CEDAW. Además, el Estado Parte tiene que dar «la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones…» (artículo 7.4).

Adoptada la decisión sobre el fondo del asunto, el Estado Parte tiene que presentar al Comité, «en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito en que se incluya información sobre toda medida que se haya adoptado» (artículo 7.4). Además, para proseguir con el seguimiento por parte del Comité, el artículo 7.5 del Protocolo le habilita a que invite al Estado Parte «a que presente más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado…, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de conformidad con el artículo 18 de la Convención». Como vemos, el Comité va a ser quien en todo momento vele por el seguimiento de sus opiniones y recomendaciones.

b) El procedimiento de investigación

Aunque la mayor parte de los países que han participado en el Grupo de Trabajo para la aprobación de un Protocolo Facultativo a la CEDAW han apoyado la inclusión en su seno de un procedimiento de investigación, hay que reconocer que nos encontramos ante una de las

cuestiones más sensibles para varias delegaciones, por las implicaciones que puede tener un procedimiento de estas características. En este sentido, países como Cuba, China, La India o Egipto, entre otros, han sido los que más se han opuesto a la introducción del procedimiento de investigación. Para la delegación china, sólo se debería prever «un procedimiento de comunicaciones en un Protocolo Facultativo a la Convención»[68]. En sentido contrario, otras delegaciones, entre ellas la española, eran firmes partidarias del procedimiento de investigación. En opinión del Gobierno español, «un Protocolo Facultativo debería contener ambos procedimientos», dado que son procedimientos «complementarios». Además, «el procedimiento de investigación era particularmente importante para hacer frente a las violaciones graves y sistemáticas de los derechos de la mujer»[69].

El procedimiento de investigación es un mecanismo de protección de los derechos de las mujeres bastante exigente con los Estados, dado que otorga amplias facultades al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para iniciar investigaciones en aquellos países en los que estima que se están cometiendo violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. Es por ello que este procedimiento ha sido uno de los principales puntos de discordia. Tan separadas estaban las posturas que, finalmente, la Presidenta del Grupo de Trabajo tuvo que proponer en el período de sesiones de marzo de 1998 un artículo 11 bis)[70]. En este artículo se preveía una *cláusula opt-out*, es decir, la posibilidad de que, en el momento de la ratificación del Protocolo Facultativo, un Estado pudiese declarar que no quería quedar vinculado por este procedimiento de investigación. Esta solución parecía satisfacer al conjunto de las delegaciones, aunque la representante china propuso que en vez de preverse una cláusula opt-out, se estableciese una *cláusula opt-in*. En virtud de esta cláusula opt-in, cada Estado, al momento de la ratificación del Protocolo Facultativo, debería señalar expresamente que reconocía la competencia del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para iniciar un procedimiento de investigación. Esta

---

[68] INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: *Nuevas opiniones de gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sobre un Protocolo Facultativo a la Convención*, E/CN.6/1997/5, de 18 de febrero de 1997, párr. 74, p. 16.

[69] INFORME DEL SECRETARIO GENERAL: *Nuevas opiniones de gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales…*, *op. cit.*, párr. 76, p. 16.

[70] Era el artículo 11 bis del Proyecto de Protocolo Facultativo tal y como se discutió en el período de sesiones de 1998. Finalmente, el artículo 11 bis ha pasado a ser el artículo 10 del Protocolo adoptado.

propuesta fue avalada por alguna otra delegación, como la delegación cubana o la delegación argelina. Sin embargo, estas mismas delegaciones, conscientes de su posición francamente minoritaria, observaron que en este punto podían ser «flexibles»[71].

Expresión de esta flexibilidad ha sido que, finalmente, el Protocolo Facultativo a la CEDAW cuenta con un procedimiento de investigación, aunque, asimismo, si se quería llegar a un mínimo consenso, hubo que aceptar dar entrada a la cláusula opt-out. Este procedimiento de investigación está contenido en los artículos 8, 9 y 10 del Protocolo. Tal y como establece el artículo 8.1,

> «si el Comité recibe información fidedigna en la que se indique una violación grave o sistemática por el Estado Parte del Protocolo de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará al Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información».

Una vez que el Estado presenta sus observaciones y el Comité las analiza, «el Comité podrá encargar a uno o más de sus miembros a que realice una investigación y presente un informe con carácter urgente al Comité» (artículo 8.2). Además, prosigue el párrafo 2.º del artículo 8 del Protocolo, «cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado Parte, la investigación podrá incluir una visita a su territorio». Como vemos, nos encontramos ante un procedimiento que otorga amplias facultades de investigación al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aunque siempre tiene que contar con la colaboración del Estado que está siendo investigado, investigación que, por otro lado, es «de carácter confidencial» (artículo 8.5).

Una vez llevada a cabo la investigación, el Comité transmitirá al Estado Parte interesado las conclusiones de dicha investigación, «junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas» (artículo 8.3), teniendo el Estado un plazo de seis meses para presentar al Comité sus propias observaciones (artículo 8.4). Además, el Comité puede invitar al Estado a que incluya en el informe que tiene que

---

[71] *Chairperson's Summary of Views expressed and Comments made by Delegations during the negotiations of the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women,* Commission on the Status of Women, Forty-second session, Open-ended Working Group on the Elaboration of an Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 12 march 1998, párr. 36 y 37, pp. 6 y 7.

presentar con arreglo al artículo 18 de la CEDAW «pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación…» (artículo 9.1).

Como ya hemos señalado anteriormente, en aras del consenso hubo que admitir la presencia, en el marco del procedimiento de investigación, de una cláusula opt-out que permitiera a los Estados que no estuvieran de acuerdo con este tipo de procedimiento la aceptación del Protocolo sin tener que quedar vinculados por el procedimiento de investigación. Obviamente, fue el precio que hubo que pagar para ver incluido en el Protocolo el procedimiento de investigación, procedimiento que muchos Estados se niegan en rotundo a aceptar por las implicaciones que puede llegar a tener. Esta cláusula viene recogida en el artículo 10 del Protocolo, en virtud del cual

> «todo Estado Parte podrá, al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9».

4.3. *La prohibición de efectuar reservas al Protocolo Facultativo*

Una última cuestión de marcado carácter problemático que se discutió hasta la saciedad en el Grupo de Trabajo es la de si cabría hacer *reservas*, o no, al Protocolo Facultativo de la CEDAW. Para muchas delegaciones, entre ellas la española, era fundamental que el Protocolo, dado su carácter eminentemente procedimental, no permitiese la posibilidad de introducir reservas, ya que ello podría desvirtuar en gran medida el objeto último del Protocolo, que no es otro que potenciar la eficacia de la CEDAW[72]. En este sentido, fueron muy elocuentes las palabras de la Sra. Silvia Cartwright, experta del Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En su opinión, y como ya hemos analizado en este estudio, uno de los principales motivos de la poca eficacia de la CEDAW es la gran cantidad de reservas realizadas por los diferentes Estados que han ratificado la Convención, reservas que, en muchos casos, atentan contra el propósito y fin de la misma Convención. Es por ello que sería deseable, siempre según su cualificada opinión, que se prohibiese expresamente en el texto del Protocolo la posibilidad de introducir reservas al momento de la ratificación. En aras de conseguir este fin, se ha estado intentando incluir en el propio texto

---

[72] *Chairperson's Summary of Views expressed and Comments made by Delegations during the negotiations of the Optional Protocol…*, *op. cit.*, párr. 51 y ss., p. 9.

del Protocolo las diferentes preocupaciones de los Estados, para que no tuviesen que acudir a las reservas. Es con este objetivo de evitar a toda costa las reservas que la Presidenta del Grupo de Trabajo repartió en el período de sesiones de marzo de 1998 un documento que indagaba las posibilidades que existían de incluir en el propio texto articulado del Protocolo los diferentes problemas que se les pueden plantear a los Estados[73].

Finalmente, el Protocolo Facultativo a la CEDAW prohíbe expresamente la posibilidad de formular reservas, lo que constituye sin ningún género de dudas uno de los aspectos más positivos del Protocolo, dado que puede suponer un buen precedente para futuros desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es el artículo 17 del Protocolo el que señala que «no se permitirá reserva alguna al presente Protocolo».

De nuevo, como se podía esperar, este artículo ha sido uno de los que más declaraciones interpretativas ha suscitado. Una de las opiniones más interesantes a este respecto fue la del Gobierno argelino, para quien «el hecho de que no se permita a los Estados formular reservas no debería constituir un precedente ni en relación a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados ni en relación a la práctica reconocida hasta ahora en materia de adhesión a instrumentos internacionales», subrayando además que han aceptado el artículo 17 del Protocolo sencillamente «porque es de carácter facultativo, de naturaleza procedimental y porque no han querido romper el consenso al que se había llegado»[74]. Parecida opinión fue expresada por las delegaciones de China, Egipto, La India, Israel, Jordania[75]… todas ellas queriendo enfatizar que la prohibición de efectuar reservas establecida en el artículo 17 del Protocolo Facultativo no debe constituir un precedente para la codificación y el desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por último, también Estados Unidos ha mostrado su «seria preocupación con el artículo 17» del Protocolo, dado que «es contrario a una práctica bien establecida de permitir la formulación de reservas»[76].

---

[73] Este documento es enormemente valioso ya que trata de abordar los diferentes problemas que previsiblemente podrían tener los Estados a la hora de ratificar el Protocolo Facultativo, intentando acomodar en el propio texto del Protocolo esos problemas. *Cfr.* este documento en *Reservations and the Draft Optional Protocol*, march 1998.

[74] *Interpretative Statements on the Draft Optional Protocol to the Convention…, op. cit.,* p. 2.

[75] *Interpretative Statements…, op. cit.,* pp. 4 y ss.

[76] *Interpretative Statements…, op. cit.,* p. 21.

5. **A modo de conclusión**

Sin ninguna duda, las Naciones Unidas han jugado un papel vital en el progresivo reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres en el ámbito internacional. En este proceso, la aprobación de la CEDAW en 1979 supuso la culminación de las aspiraciones de millones de mujeres en todo el mundo. Sin embargo, las limitaciones de la CEDAW son más que evidentes, sobre todo desde la óptica de sus mecanismos de protección. Por ello, la aprobación de un Protocolo Facultativo a la CEDAW fortaleciendo los mecanismos de protección de los derechos de las mujeres va a situar a la Convención en la misma posición que los tratados de derechos humanos más importantes aprobados en el seno de las Naciones Unidas. La verdad es que no existía ninguna razón por la cual los derechos de las mujeres tenían que tener una menor protección que el resto de los derechos.

En segundo lugar, la existencia de mecanismos de protección más exigentes, como son el procedimiento de comunicaciones individuales y el procedimiento de investigación, va a obligar a los Estados que ratifiquen el Protocolo a emprender importantes esfuerzos en orden a una mejor y más efectiva aplicación de la CEDAW como medio para impedir verse llevados ante el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

Asimismo, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer contribuirá con sus opiniones y recomendaciones a una mejor comprensión de la CEDAW y, sobre todo, a una mejor y más rigurosa aplicación por parte de los Estados. En este sentido, el Comité va a tener la posibilidad de desarrollar una jurisprudencia muy interesante sobre diferentes aspectos de la Convención.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares

Jordi Bonet Pérez

Sumario: I. Introducción. II. La evolución de la tutela de los derechos y libertades del extranjero en el ámbito jurídico internacional: de la noción de estándar mínimo de trato a los extranjeros a su incardinación a la protección internacional de los derechos humanos. A) El Derecho internacional y general y la consolidación de un estándar mínimo de trato a los extranjeros; B) El régimen jurídico universal de la protección de los derechos y libertades de los extranjeros. III. El planteamiento jurídico-político de la CTMF. A) Aspectos jurídicos y socio-políticos que inciden en la adopción de la CTMF; B) Caracteres esenciales de la CTMF. IV. El contenido jurídico de la CTMF. A) Los trabajadores no documentados o en situación irregular y sus familiares; B) Los trabajadores documentados o en situación regular y sus familiares. V. Algunas consideraciones sobre la CTMF como referente de la evolución del tratamiento jurídico de los extranjeros**.** A) La CTMF en perspectiva universal: ¿un factor de progreso?; B) Los derechos y libertades de los extranjeros y la política normativa de los Estados. VI. Consideraciones finales.

I. **Introducción**

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (desde ahora, la *CTMF*), adoptada sin necesidad de votación por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990 —Resolución 45/158—, supuso en el momento de su adopción un punto de inflexión muy importante en la reglamentación jurídica internacional de un fenómeno tan relevante social y humanamente como es el de la migración por razones económicas, al afianzar una política normativa dirigida a profundizar en la progresiva equiparación de los derechos y libertades de los extranjeros con los nacionales, y, en suma, a elevar el estándar mínimo de trato que han de recibir los tra-

bajadores migratorios en el Estado de acogida donde desarrollan sus actividades.

La persistencia de importantes flujos migratorios a escala mundial, motivados por una pluralidad de factores —políticos, sociales y económicos, entre otros—, sigue justificando que a finales del siglo XX y principios del siglo XXI los problemas derivados de la dinámica migratoria puedan ser uno más de los condicionantes de la evolución de las relaciones internacionales, así como uno de los aspectos más delicados en la agenda política, económica, social y, por supuesto, jurídica, de aquellos Estados que, dentro de una economía crecientemente mundializada, se perfilan en la actualidad como receptores prioritarios de unos flujos migratorios de difícil control y asimilación por parte de amplias capas de sus sociedades —los cuales, a tenor de la realidad existente, además, se antojan por ahora imparables—, pero que, en definitiva, encierran la voluntad de desplazamiento transnacional de miles de seres humanos —perspectiva ésta que, a pesar de todo, no debería obviarse en modo alguno—.

La inmigración como fenómeno presente y persistente en la Comunidad internacional contemporánea plantea la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los derechos y libertades de aquellas personas que por uno u otro motivo pretenden desplazarse desde su Estado de origen a otro Estado y establecerse temporal o permanentemente en él, y la soberanía estatal para determinar su política migratoria; no obstante, a pesar de la autonomía estatal para determinar, según criterios más o menos restrictivos, el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio, se ha ido consolidando internacionalmente una tendencia a la restricción de la tradicional discrecionalidad estatal respecto al trato jurídico que debe dispensarse a los extranjeros que se encuentran en su territorio, o bien que pretenden entrar o salir del mismo, a la par que se ha ido entendiendo como necesaria la intensificación de la cooperación internacional para encauzar y controlar los movimientos migratorios.

Sobre la base de estas premisas, el análisis de la CTMF como hipotético marco jurídico universal del tratamiento jurídico de los trabajadores migratorios se efectuará: primero, examinando sucintamente la *evolución de la tutela de los derechos y libertades del extranjero en el ámbito jurídico internacional* —se pretende contextualizar así la CTMF como resultante de un proceso evolutivo—; para luego, en dos apartados sucesivos y sistemáticamente diferenciados, a ponderar tanto el *planteamiento jurídico-político* como el *contenido jurídico* de la CTMF; finalmente, se observará su posible centralidad como *punto de referencia o referente de la evolución del tratamiento jurídico de los extranjeros*.

II. La evolución de la tutela de los derechos y libertades del extranjero en el ámbito jurídico internacional: de la noción de estándar mínimo de trato a los extranjeros a su incardinación a la protección internacional de los derechos humanos

El trato que reciben las personas que se desplazan a otro Estado para residir y, en su caso, realizar actividades económicas —se trate de inversionistas o de trabajadores por cuenta propia o ajena— ha sido objeto de interés por parte del Derecho internacional público, especialmente desde finales del siglo XIX; así, se ha ido perfilando a través de la costumbre y de los tratados internacionales un régimen jurídico internacional definido por la presencia de una tendencia más o menos acusada hacia la progresiva igualdad de trato entre el nacional y el extranjero, siempre desde el respeto al derecho soberano del Estado a fijar las reglas de entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio, y a la distinción entre el extranjero que se encuentra residiendo legalmente y aquél que se encuentra en situación ilegal.

Aunque, indudablemente, la situación de la persona que se desplaza a otro Estado distinto de su nacionalidad para ejercitar una actividad laboral presenta sus perfiles específicos, no es menos cierto que los aspectos jurídicos básicos que delimitan el tratamiento que ha de serle dispensado por las autoridades del Estado distinto al suyo en que se encuentra o en el que pretende entrar se relacionan con el respeto a sus derechos y libertades como ser humano —en la medida en que la tutela de los mismos puede comportar la introducción de límites a la discrecionalidad de la política migratoria estatal—, y, en consecuencia, con el progresivo reconocimiento jurídico internacional de la necesidad de protección de esos derechos y libertades a escala universal.

Desde este prisma, el análisis de la CTMF y de su aportación al desarrollo progresivo del Derecho internacional público, implican su contextualización en las tendencias que ha ido apuntando el ordenamiento jurídico internacional en orden a garantizar la tutela de los derechos y libertades de los extranjeros; éstas son perceptibles a partir de dos líneas argumentales fundamentales: primera, la *consolidación de un estándar mínimo de trato a los extranjeros en el marco del Derecho internacional general* y, segunda, la concreción de un *régimen jurídico universal de protección de los derechos y libertades de los extranjeros* —dentro de cuyo ámbito hay que situar la especificidad de la situación jurídica de los trabajadores migratorios—, en el marco del desarrollo de normas jurídicas internacionales destinadas a proteger los derechos humanos.

A) *El Derecho internacional general y la consolidación de un estándar mínimo de trato a los extranjeros*

Coetáneamente a la expansión del capitalismo —durante el siglo XIX y principios del siglo XX—, así como del incremento subsiguiente del comercio internacional y de las relaciones económicas transnacionales, la práctica internacional fue extendiendo la percepción de que todo Estado estaba obligado a otorgar un mínimo trato humano a los extranjeros residentes en su territorio, en el entendimiento de que el modo en que los extranjeros debían ser tratados empezaba a desvincularse de la simple liberalidad de las autoridades estatales[1].

La progresiva consolidación de esta práctica internacional propició la cristalización de una norma de *Derecho internacional general*, por la cual todo Estado se comprometía a respetar y a garantizar a los extranjeros que se encontrasen dentro de su territorio un mínimo catálogo de derechos y libertades, y, en consecuencia, de asegurar a este colectivo un *estándar mínimo* de trato humano.

El problema esencial planteado por este estándar mínimo ha venido siendo la delimitación de su objeto: la determinación del catálogo de derechos y libertades que comprende este estándar mínimo de trato.

Pese a que el mismo no parece haber sido determinado de modo riguroso[2], es posible extraer conclusiones de la propia práctica internacional y entender que forman parte del mismo[3]: el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y, por tanto, de su capacidad jurídica para actuar en el ámbito privado; el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica; una amplia esfera de libertades individuales que le protegerían de la detención arbitraria, de las intromisiones ilegítimas tanto en su intimidad como en su domicilio y en sus comunicaciones, así como la libertad de conciencia y religión; el derecho a la propiedad privada y a la realización de actividades económicas; el derecho a la protección administrativa contra actos lesivos; así como, finalmente, el derecho de acceso a la justicia —como garantía de su

---

[1] La garantía de un mínimo de derechos y libertades para los extranjeros es, a su vez, una forma de control de la actuación arbitraria del Estado en relación con los extranjeros que residen en su territorio (BORCHARD, E.M.: *The diplomatic protection of citizens abroad*, Klaus Reprint Co., New York, 1970, p. 391).

[2] KISS, A.Ch.: «La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées en droit international public», en: *René Cassin. Amicorum discipulorumque liber*. Volumen III, Pedone, Paris, 1971, p. 219.

[3] VON VERDROSS, A.: «Les règles internationales concernant le traitement des étrangeres». *Recueil des Cours de l'Acadèmie de Droit International*, 37, 1931, III, pp. 353 y ss.

condición jurídica frente a las posibles interferencias ilegítimas del Estado[4]—.

Puede comprobarse cómo se excluyen básicamente de este catálogo aquellos derechos y libertades dirigidos a que el individuo pueda participar en la vida comunitaria y la propia participación política, pero no aquéllos que tienden a garantizar la dignidad individual del ser humano; asimismo es perceptible cómo, en concordancia con el derecho soberano del Estado de determinar libremente su política migratoria, no forma parte de este catálogo el derecho del extranjero a entrar y a permanecer en un Estado, si bien de la práctica se infiere igualmente que la actuación del Estado en materia de policía migratoria —por ejemplo, al aplicar las disposiciones sobre expulsión de extranjeros— no debe ser arbitraria y, por supuesto, respetar el conjunto de los derechos y libertades que conforman el citado estándar mínimo.

Otras cuestiones jurídicas de relevancia han venido planteadas como consecuencia de la vulneración por los Estados de este estándar mínimo de trato humano.

El incumplimiento de una obligación jurídica internacional relativa a la tutela efectiva de este estándar mínimo, en cuanto constitutiva de un hecho ilícito internacional atribuible a las autoridades estatales, comprometía la responsabilidad internacional del Estado, propiciando la intervención del Estado cuyos nacionales habían presuntamente visto lesionados sus derechos e intereses legítimos por la conducta del Estado infractor.

La acción del Estado en favor de sus nacionales en el extranjero —dirigida básicamente a lograr el cese de la conducta estatal lesiva y a exigir la correspondiente reparación, sin perjuicio de su posible perfil preventivo—, se ha venido articulando a través de la reclamación por la vía diplomática ante el Estado presuntamente responsable de la conducta lesiva, mediante la institución conocida como *protección diplomática* —aun a pesar de que la evolución del ordenamiento jurídico internacional haya ido potenciado otras vías alternativas en las que el extranjero puede actuar conforme a su propia iniciativa[5]—, sin que se haya

---

[4] De Visscher, Ch.: «Le dèni de justice en droit international», *Recueil des Cours de l'Acadèmie de Droit International*, 52, 1935, II, p. 374.

[5] La protección diplomática, sobre la base de las transformaciones operadas en el Derecho internacional contemporáneo, ha ido cediendo de modo paulatino su protagonismo como medio de articulación de las reclamaciones de los extranjeros cuando sus derechos e intereses son o han sido lesionados por un Estado distinto al de su nacionalidad: a) si se trata de reclamar por la vulneración de derechos civiles y políticos del individuo, los mecanismos de garantía internacional de los derechos humanos, establecidos

descartado tampoco el empleo unilateral de la fuerza por los Estados para proteger los derechos e intereses de sus nacionales en el extranjero[6].

A partir de los parámetros determinados por la presencia de estándar de trato mínimo, el régimen jurídico internacional que tutelaba los derechos y libertades de los extranjeros fue evolucionado con anterioridad a la II Guerra Mundial bajo un doble impulso: el de aquellos tratados

---

por lo general a través de tratados internacionales, ofrecen una vía de reclamación, en especial, si prevén sistemas de presentación de denuncias contra los Estados, sea por los demás Estados Partes o por los propios particulares; y, b) si se trata de cuestiones básicamente relacionadas con los bienes o las inversiones efectuadas por el extranjero, sea persona física o jurídica, existen mecanismos internacionales más ágiles como, entre otros, los destinados a la garantía de las inversiones, creados a través de tratados bilaterales y multilaterales —por ejemplo, el mecanismo multilateral del *Convenio de Seúl, de 11 de octubre de 1985, por el que se crea el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones* (*BOE*, 167, de 14 de julio de 1995)—, o bien la solución de diferencias, de naturaleza mixta, entre Estados e inversores extranjeros —como, por ejemplo, mediante el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (CIADI), creado a través de la Convención sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, adoptada en Washington el 18 de marzo de 1965 (*BOE*, 219, de 13 de septiembre de 1994)—.

Es importante apuntar la importancia de aquellos sistemas que prevén una jurisdicción internacional, con un órgano judicial facultado para dictar sentencias de carácter declarativo pero obligatorio, puesto que, en caso de que el Estado no pueda reparar o lo haga imperfectamente la lesión de derechos apreciada, el propio tribunal internacional fijará una satisfacción equitativa; un sistema de esta naturaleza es el previsto en el *Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de noviembre de 1950, mediante el cual se instituye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y respecto al cual cabe decir que puede acudirse también por vulneraciones del derecho a la propiedad, ya que el artículo 1 del Protocolo Adicional Primero, de 20 de marzo de 1952, reconoce ese derecho en relación con los Estados Parte del Convenio que hayan consentido en obligarse por dicho Protocolo, como es el caso de España (*BOE*, 108, de 6 de mayo de 1999).

[6] La progresiva tendencia a la limitación del uso de la fuerza como instrumento de las relaciones internacionales de los Estados, culminada tras la II Guerra Mundial con la incorporación del principio de la prohibición de la amenaza y del uso de la fuerza a los principios constitucionales del Derecho internacional público contemporáneo ha ido restringiendo y restando validez jurídica a esta modalidad de acción; no obstante, la práctica unilateral de la intervención humanitaria, seguida por algunos Estados con posterioridad a la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas —la legitimidad de la misma, lo que se indica a título informativo, ha sido y sigue siendo objeto de debate doctrinal—, ha justificado en ocasiones la acción armada emprendida sobre la base de la protección de los propios nacionales —por ejemplo, la intervención de los Estados Unidos de América en la isla de Granada, en 1983— (VARGAS, E.: «Humanitarian intervention», en: UNITED NATIONS: *International Law on the Eve of the Twenty-first Century —Views from the International Law Comisión—.* United Nations Publications, New York, 1997, p. 353).

internacionales multilaterales y, sobre todo, bilaterales[7], en los que se tiende a privilegiar recíprocamente a los nacionales de los Estados Partes que pretenden desplazarse o residen en otro Estado Parte, mediante *cláusulas* como la de *nación más favorecida* —extendiendo el trato más favorable que fuera otorgado a los nacionales de un tercer Estado por cualquiera de los Estados que pactaron dicha cláusula—, o la de *trato nacional* —por la cual los Estados se comprometen a la equiparación de trato entre los extranjeros de los demás Estados Partes y los nacionales—; y la preocupación de los Estados ante determinadas situaciones de hecho en las que, por motivos humanitarios, se cree preciso instaurar un régimen jurídico internacional especial que proteja a ciertas categorías de personas, como los apátridas o los refugiados[8].

Igualmente, desde el prisma mucho más estricto del estatuto jurídico internacional de los trabajadores migratorios, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) intentó promover un régimen jurídico internacional de carácter universal para reglamentar la migración de trabajadores, posteriormente sometido a una profunda revisión; así, fueron adoptados, el *Convenio 21 relativo a la simplificación de la inspección de los emigratorios a bordo de los buques*, y el *Convenio 66 sobre los trabajadores migratorios* —el cual nunca ha llegado a entrar en vigor—.

A modo de compendio, lo más importante es reseñar cómo, en las directrices de esta evolución progresiva de la tutela de los derechos y libertades de los extranjeros, se encuentran implícitas dos tendencias determinantes del modo en que *a posteriori* el Derecho internacional público se aproximará a la reglamentación de los derechos y libertades de los extranjeros:

—la incardinación de la tutela de sus derechos y libertades con los avances derivados de la progresiva humanización del ordenamiento jurídico internacional, el cual desembocará en la aparición de normas jurídicas internacionales destinadas a proteger los derechos humanos —el *Derecho internacional de los derechos*

---

[7] Sobre las tipologías de tratados internacionales adoptados durante este período en relación con los derechos e intereses de los extranjeros, por ejemplo: CAFLISH, L.: *La protection des sociétés commerciales et des intérêts indirects en Droit international public*. M. Nijhoff, La Haye, 1969, p. 26; VARLEZ, L.: «Les migrations internationales et leur réglementation», *Recueil des Cours de l'Acadèmie de Droit International*, 20, 1927, V, p. 317-319.

[8] En el supuesto de los refugiados, este interés se suscita durante las primeras décadas del siglo XX debido a los flujos de refugiados armenios y rusos —en este caso, tras la revolución rusa y la subsiguiente guerra civil—; sin perjuicio de tener presente la práctica existente en torno a la institución del asilo, territorial y diplomático.

humanos—, e inspiradas en un valor emergente en la Comunidad internacional como es el del respeto a la dignidad humana; y,

—la introducción para el desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos, de conformidad con la propia noción de dignidad humana, de la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros como uno de sus vectores fundamentales.

B) *El régimen jurídico universal de la protección de los derechos y libertades de los extranjeros*

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (desde ahora, la *Declaración Universal*), adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, ofrece una idea bastante aproximada de la política jurídica del conjunto de la Comunidad internacional contemporánea respecto de los derechos y libertades de los extranjeros.

La Declaración Universal, concebida según su Preámbulo como «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse», ha permitido precisar el contenido jurídico del compromiso activo asumido por la Organización de las Naciones Unidas (desde ahora, la ONU) y sus Miembros respecto a la protección universal de los derechos humanos, pero además se ha constituido en punto de referencia programático indispensable en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos[9]; en el ámbito jurídico universal, ello es perceptible si se examinan conjuntamente con la Declaración Universal —como se pretende en realidad hacer—, tanto el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (desde ahora, el *PIDCP*) como el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (desde ahora, el *PIDESC*), adoptados el 16 de diciembre de 1966[10], cuyo objetivo es desarrollar y precisar con carácter general, a través de obligaciones jurídicas internacionales exigibles a los Estados Partes que hayan consentido en obligarse, los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal.

---

[9] Sin perjuicio del papel que puedan haber desempeñado también la Declaración Americana de Derechos Humanos (1948), en el desarrollo del sistema americano de protección de los derechos humanos, o la Declaración de El Cairo sobre los derechos humanos en el Islam (1990), en el desarrollo del sistema regional auspiciado a través de la adopción de la Carta Arabe de los Derechos Humanos (1994).

[10] España es Parte de ambos tratados internacionales (*BOE*, 103, de 30 de abril de 1977), así como de los dos Protocolos Facultativos al PIDCP existentes (*BOE*, 79, de 2 de abril de 1985, y *BOE*, 164, de 10 de julio de 1991).

Una primera lectura de la Declaración Universal parecería dar a entender que se inclina por promover la igualdad plena de derechos y de trato entre nacionales y extranjeros, pues, como se desprende de su propio Preámbulo, la dignidad de la persona humana se proyecta en unos «derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»; ello parecería sostener que el ideal común programático enunciado se apoya en el *principio de igualdad* en materia de derechos y libertades *entre todos los hombres*, tal y como se desprende de su artículo 1, en el que se afirma que «[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos».

Esta impresión parecería venir corroborada, en primer lugar, por la previsión de una *cláusula de no discriminación* enunciada en el artículo 2,1 de la Declaración Universal, por la cual toda persona «tiene todos los derechos y libertades proclamados», 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»; disposición que, con carácter obligatorio, introducen respectivamente el artículo 2,1 del PIDCP y el artículo 2,2 del PIDESC.

En segundo lugar, por la inclusión en el artículo 7 de los *derechos a la igualdad ante la ley y a la protección igual de la ley*, sin distinción, incluida la protección igual «contra toda discriminación que infrinja esta Declaración Universal y contra toda provocación a tal discriminación» —derecho éste reconocido jurídicamente por el artículo 26 del PIDCP—; ello implica, de un lado, la igualdad formal de todo individuo ante todas las leyes de un Estado y a la protección que éstas puedan brindar; y, de otro lado, la protección legal igual para todo individuo dentro de un Estado frente a prácticas discriminatorias en contra de las disposiciones de la Declaración Universal.

Y, en tercer lugar, por la redacción de la Declaración Universal, ya que en la inmensa mayoría de los párrafos de su articulado se hace referencia a todos los seres humanos como titulares de esos derechos y libertades enunciados; ello es perceptible tanto al formularse de modo positivo la proclamación de un derecho —supuesto en el que se emplean expresiones como *toda persona* o *todo individuo* para referirse a sus titulares—, como al hacerlo de modo negativo, al establecer que ciertas prácticas, como la tortura o la esclavitud, no son admitidas —supuesto en el que se emplea la expresión *nadie* al delimitar el ámbito personal de quienes deben ser protegidos frente a ellas—.

La tendencia a la equiparación de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros no se perfila, empero, como ilimitada ni en la Declaración Universal ni en ninguno de los dos Pactos:

1. Se *excluye a los extranjeros del ámbito de aplicación personal de algunos derechos*: en concreto, de los *derechos de participación política y de acceso a la función pública* —artículo 21 de la Declaración Universal y artículo 25 del PIDCP—; en ambos supuestos, la redacción empleada es inequívoca: mientras el artículo 21 de la Declaración Universal hace referencia al *país* del individuo para delimitar el ámbito jurisdiccional estatal del ejercicio de esos derechos, el artículo 25 del PIDCP considera como titulares de los mismos a «[t]odos los ciudadanos» —lo que implica circunscribirlos a quienes ostentan el estatuto de *ciudadanía*, es decir, de *nacionalidad*—.
2. Se *circunscribe la titularidad el derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia* a aquellos *extranjeros que se encuentren «legalmente en el territorio de un Estado»* —a tenor del artículo 12 del PIDCP—, por lo que el Estado, sin contravenir el principio de igualdad, tiene el derecho de decidir sobre las condiciones de entrada como de permanencia de los extranjeros[11], y, por tanto, no otorga derecho alguno a la migración, individual o colectiva; nada en el PIDCP parece contradecir el artículo 13 de la de la Declaración Universal[12], ya que éste, a pesar de su redacción, no postula la libertad de entrada en cualquier Estado: «no incluye ni ampara el derecho de cualquier persona a entrar libremente en otro país que no sea el suyo»[13], dado

---

[11] De ahí que se acepte que el PIDCP, según afirma el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en su *Observación General 15* (1986), no «reconoce a los extranjeros el derecho a entrar en el territorio de un Estado Parte ni de residir en él» (COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Documento CCPR/C/21/Add.5/Rev.1*, p. 3, pár. 5); aunque precisando que «en determinadas circunstancias un extranjero puede acogerse a la protección del Pacto incluso respecto de cuestiones de ingreso y residencia, por ejemplo, cuando se plantean consideraciones de no discriminación, de prohibición de trato inhumano y de respeto de la vida de familia» (*ibid*).

[12] «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso el propio, y a regresar a su país».

[13] SAGARRA, E.: «Artículo 13», en: ASOCIACIÓN PARA LAS NACIONES UNIDAS EN ESPAÑA: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Barcelona, 1999, p. 238.

La restricción de la titularidad de este derecho a los extranjeros que cumplen con los requisitos de entrada y permanencia de los Estados explicaría que las garantías formales y procedimentales en los supuestos de expulsión previstos en el artículo 13 del PIDCP se reconozcan únicamente en favor de los residentes legales, habiendo precisado el Comité de Derechos Humanos del PIDCP que «quienes hayan entrado ilícitamente y los extranjeros que hayan permanecido más tiempo que el permitido por la

que la libertad de residencia que parece ampararse vendría restringida de modo implícito por la facultad del Estado de rechazar la entrada de esa persona en su territorio y de no autorizar la permanencia del extranjero.

3. Finalmente, se plantea la cuestión de las *diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades* enunciados en la Declaración Universal, a partir de la aplicación de la *cláusula restrictiva general* prevista en el artículo 29,2 de la misma, que, de un lado, se proyecta en forma de una cláusula similar en el PIDESC —artículo 4—, mientras que, de otro lado, presenta una formulación diferenciada en el PIDCP, el cual habilita a los Estados a introducir limitaciones al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a través de excepciones o cláusulas restrictivas expresamente detalladas respecto a cada derecho y libertad reconocido; sólo en el caso de tal previsión convencional es posible según el PIDCP introducir esas diferencias de trato: de lo que se infiere que, respecto a aquellos derechos y libertades que no contemplen tales instrumentos —por ejemplo, la prohibición de la tortura (artículo 7 del PIDCP)—, cualquier tipo de diferenciación no es aceptable.

Dejando de lado lo anterior, nada impide, en consecuencia, que puedan existir restricciones destinadas en particular a los extranjeros que, implicando una desigualdad en el ejercicio de sus derechos y libertades respecto a los nacionales, encuentren una justificación en los fines legítimos amparados jurídicamente, siempre que no vulneren por su arbitrariedad o desproporción o no violenten la cláusula general de no discriminación[14], o bien, contravengan el derecho a la igualdad ante la

---

ley o indicado en el permiso que se les haya extendido, no están amparados por sus disposiciones»; aun así, si precisamente la «cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión a este respecto que desemboque en su expulsión o deportación deberá adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13» (*Observación General 15* [1986], en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Documento CCPR/C/21/Add.5/ Rev.1*, p. 4, pár. 9); en la práctica, lo anterior permite, sin duda, relativizar la restrictividad de la aplicación del artículo 13 del PIDCP ya que una de las principales causas de expulsión o salida obligatoria suele ser la propia ilegalidad de la entrada o de la estancia.

[14] El artículo 2,3 del PIDESC legitima a los Estados en vías de desarrollo para «determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos» —lo que impone una derogación particular a la cláusula de su artículo 2,2 del PIDESC—; derogación que debe entenderse y apreciarse en el contexto del proceso de descolonización bajo el cual fueron adoptados ambos Pactos.

ley y a la protección de la ley[15]. A este respecto, habrá que tener muy presente la opinión que puedan ofrecer al respecto tanto el Comité de Derechos Humanos del PIDCP como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[16].

---

[15] Como ha indicado el Comité de Derechos Humanos del PIDCP en su *Observación General 18 (*1989), la igualdad prevista en el artículo 26 del PIDCP lo es en el plano formal, y «el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia», de modo que «no toda diferenciación constituirá una discriminación, si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos» (NACIONES UNIDAS: *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, pp. 31 y 33, págs. 8 y 13); en el mismo sentido, se ha expresado al examinar la aplicabilidad del artículo 26 del mismo (Observaciones del Comité de Derechos Humanos, de 9 de abril de 1987, Comunicación 182/1984, F.H.Zwaan-de Vries contra Países Bajos, en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Documento A/42/40*, Anexo VIII, p. 181, pár. 13).

[16] El Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha señalado expresamente respecto al derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia que «todas las restricciones a sus derechos garantizados [de los residentes legales] por los párrafos 1 y 2 del artículo 12, así como todo trato diferente al de los nacionales, deberán justificarse en virtud de las normas establecidas en el párrafo 3», responder a fines legítimos establecidos y no comprometer la esencia del derecho respetando el principio de proporcionalidad (*Observación General 27* [1999], en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Documento CCPR/C/Rev.1/Add.9*, pp. 1 y 3, págs. 4 y 11 a 14, disponible en: http://www.unhchr.ch/tbs/ doc.nsf/(symbol)/ CCPR.C.21.Rev.1.Add.9,+CCPR+Observacion+general+27.Sp?OpenDocument, 21/08/02).

Mientras, las orientaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales parecen acotar también el margen de maniobra de los Estados: primero, porque éstos asumen una obligación de mínimos respecto a estos derechos, dentro de la cual se hace difícil concebir tales distingos, así como porque, ante limitaciones graves de recursos, el Estado está obligado a «proteger a los miembros vulnerables de la sociedad» *(Observación General 3* [1990], en: NACIONES UNIDAS: *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 66, págs. 10 y 12), entre los cuales, en muchos Estados, los extranjeros suelen estar comprendidos como un colectivo especialmente vulnerable; y, segundo, porque es preciso vincular las exigencias de estos derechos al principio de no discriminación. A este respecto, al interpretar el derecho de toda persona y su familia a una vivienda digna —el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte—, ha afirmado que «no se puede considerar hoy en el sentido de que impone limitación de algún tipo sobre la aplicabilidad de este derecho a las personas o los hogares en los que el cabeza de familia es una mujer o a cualesquiera otros grupos», añadiendo que «el disfrute de este derecho no debe estar sujeto, (…), a ninguna forma de discriminación» (*Observación General 4* [1991], en: NACIONES UNIDAS: *Documento HRI/GEN/1/Rev.2*, p. 69, pár. 6). Sin olvidar, asimismo, la aplicabilidad del derecho a la igualdad ante la ley y a la protección de la ley sin discriminación del artículo 26 del PIDCP, pues, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha aceptado examinar, desde el prisma del artículo 26 del PIDCP, por ejemplo, si la distinción de trato en materia de seguridad social —el artículo 9 del PIDESC reconoce «el derecho de toda persona a la seguridad social»— (Observaciones del Comité de Derechos Humanos, de 9 de abril de 1987, Comunicación 182/1984, F.H.Zwaan-de Vries contra Países Bajos, en: COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: *Documento A/42/40*, Anexo VIII, p. 181, pár. 13).

A la vista de lo expuesto, se desprende que, en el plano universal, el Derecho internacional de los derechos humanos no se opone a la legitimidad de un trato desigual si éste responde a motivos objetivos y razonables: la lógica de la igualdad formal y de la no discriminación, inherente a la base programática de la Declaración Universal, no parece excluir *per se* diferencias de trato en el ejercicio de los derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal y reconocidos en los Pactos que respondan al criterio expresado; de lo que se infiere que, en principio, y dentro de la debida proporcionalidad, las situaciones en que la dicotomía nacional/extranjero o, incluso, extranjero en situación legal/extranjero en situación ilegal sea el fundamento de una diferencia de trato en el ejercicio de algunos derechos y libertades no deben reputarse necesariamente como discriminatorias.

Ello se conjuga, asimismo, con la exclusión de la titularidad de ciertos derechos y libertades por parte de los extranjeros, mientras que se impide cualquier restricción por razón de la nacionalidad en relación con aquellos derechos y libertades más profundamente vinculados a la expresión de la dignidad humana.

En consecuencia, dentro de esa consolidación de la tendencia a la igualdad de trato en materia de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros existente en el Derecho internacional público, las pautas fundamentales que delimitan el alcance jurídico de esta equiparación todavía restringida de derechos entre nacionales y extranjeros en el marco del desarrollo a escala universal del Derecho internacional de los derechos humanos siguen mostrando y observando un profundo respeto por la soberanía estatal en materia migratoria.

III. **El planteamiento jurídico-político de la CTMF**

Dentro de las directrices jurídico-políticas expuestas, la CTMF explicita un intento de la Comunidad internacional contemporánea de ofrecer respuestas particularizadas a la necesidad de garantizar efectivamente los derechos y libertades de un colectivo susceptible, en principio, de ser considerado especialmente desprotegido en lo que respecta al goce y disfrute de sus derechos y libertades —dada su especial condición jurídica y social—; en consecuencia, la CTMF refleja la especificidad del trabajador migratorio como sujeto al que se pretenden proteger internacionalmente sus derechos.

Esta *voluntad de sectorialización normativa*, tendente a contemplar un régimen jurídico internacional de carácter específico, se desprende

tanto de los *aspectos jurídicos y socio-políticos que inciden en su adopción*, como de sus *caracteres esenciales*.

A) *Aspectos jurídicos y socio-políticos que inciden en la adopción de la CTMF*

Si se atiende a lo hasta ahora expuesto, la CTMF no surge para reglamentar un vacío normativo, ya que el Derecho internacional público había adoptado normas jurídicas internacionales destinadas a proteger y garantizar los derechos y libertades de los extranjeros, incluidos sus derechos económicos —eso sí, siempre sometidos a los límites que el propio ordenamiento jurídico internacional contempla como no desproporcionados y arbitrarios, por ser necesarios desde la práctica de una política migratoria estatal[17]—.

En este sentido, la CTMF es un peldaño más de los que se han venido dando en orden a la progresiva equiparación entre nacionales y extranjeros en materia de derechos y libertades, desde un enfoque particular focalizado en una tipología específica y especialmente vulnerable de extranjero que, en la práctica, resulta muy habitual: el inmigrante que ejerce o pretende ejercer actividades laborales en un Estado que no es el suyo y que tiene una familia que proyecta compartir su destino con él.

Junto a las realizaciones que en el ámbito del desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos se han descrito, y en lo que tienen éstas de aplicable a los extranjeros, es evidente que tras la II Guerra Mundial y en el marco del proceso de humanización experimentado por el Derecho Internacional Público se ha intentado avanzar en la elevación del estándar jurídico universal de los derechos y libertades de los trabajadores migratorios.

En concreto, la OIT adoptó el *Convenio 97 relativo a los trabajadores migratorios*, de 1949, en el cual, entre otras obligaciones del Estado, se manifiesta la necesidad de aplicar, con ciertas reservas —por ejemplo, la de que la aplicación del mismo dependa de la legislación o la práctica estatales—, el principio de un trato al trabajador migratorio no menos favorable que a los nacionales del Estado (artículo 6); ahora bien, la noción de *trabajador migratorio* es restringida a aquella persona que emigra para ejercer una actividad por cuenta ajena y «normalmente admitida» como tal (artículo 11, 1).

---

[17] Por ejemplo, el condicionamiento de la posibilidad de poder trabajar a la obtención por parte del extranjero de una autorización de trabajo.

En 1975, la OIT adoptó el *Convenio 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migratorios*, que supone un cambio cualitativo importante en la reglamentación jurídica internacional de la migración laboral: primero, porque obliga a los Estados a respetar a «todos los trabajadores migratorios», sin distinción alguna, sus derechos humanos fundamentales (artículo 1) —sin dejar, por ello, de autorizar a los Estados a adoptar medidas nacionales e internacionales para evitar la emigración y el tráfico de trabajadores extranjeros ilegales (artículos 2 a 9)—; y, segundo, porque reafirma la necesidad de que la política estatal se dirija a promover y garantizar la igualdad de oportunidades y de trato del trabajador extranjero legalmente establecido en el territorio de un Estado con los nacionales del mismo (artículos 10 a 14)[18].

El Convenio 143 se adopta en un contexto socio-político difícil, condicionado por la persistencia de importantes flujos migratorios —en buena parte, de trabajadores ilegales sometidos a condiciones de trabajo infrahumanas— y la reivindicación de los países en vías de desarrollo de un Nuevo Orden Económico Internacional; si a ello se le añade la política jurídica que en él se perfila, se puede comprender que un número significativo de Estados —en especial, los Estados más desarrollados— lo haya considerado inaceptable[19].

En este mismo contexto es en el que se iniciaron los trabajos para la elaboración de la CTMF[20], tras la decisión adoptada mediante la Resolución 34/172 de la Asamblea General de la Organización de las

---

[18] Si el *Convenio 97* excluye de su ámbito de aplicación, además de a los trabajadores por cuenta propia, a los trabajadores fronterizos, a los artistas y profesionales liberales que ejercen su actividad por un corto espacio de tiempo, y a los trabajadores del mar (artículo 11, 2), el *Convenio 143* excluye también a los trabajadores fronterizos, a los que entran en ese Estado con fines de formación o educación, y a quienes de manera temporal realizan una actividad laboral a solicitud de una organización o empresa que opera dentro de dicho Estado.

[19] HASENAU, M.: «ILO standars on migrants workers: the fundamentals of the United Nations Convention and their genesis», *International Migration Review*, 25, 1991, 4, p. 699; así, en la actualidad, sólo 18 Estados son Partes del Convenio 143, y entre ellos únicamente Italia, Noruega, Portugal y Suecia se encuentran, como Estados Miembros de la Unión Europea, entre los más desarrollados del mundo (Fuente: OIT; *List of Ratifications (APPLIS)*, disponible en: http://webfusion.ilo.org/public/db/standards/normes/appl/index.cfm?lang=ES, 21/08/02).

[20] Sobre la interrelación entre la CTMF y los frutos de la acción normativa emprendida en el seno de la OIT respecto a los trabajadores migratorios, ver, por ejemplo: BÖHNING, R.: «The ILO and the new United Nations Convention on Migrant Workers: the past and future», *International Migration Review*, 25, 1991, 4, pp. 698-704.

Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 1979, de crear un *Grupo de Trabajo de composición abierta encargado de elaborar una convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias*.

Las dificultades por las que ha atravesado la elaboración de la CTMF, cuyo reflejo es la propia duración de sus trabajos preparatorios, son fruto de esta coyuntura internacional y asimismo expresan la dicotomía de intereses y el antagonismo existentes entre los Estados receptores —singularmente, los Estados occidentales más desarrollados[21]— y los Estados de origen de los trabajadores migratorios —por regla general, Estados en vías de desarrollo—.

La necesidad de conciliar los intereses en juego, en especial los derechos de los trabajadores migratorios con el derecho del Estado de fijar su política migratoria, se refleja nítidamente en la segunda lectura del proyecto de convención efectuada por el Grupo de Trabajo —que formalmente debía suponer una mera revisión técnica pero que tuvo en realidad un mayor calado político de fondo—, así como en la redacción final de algunas de sus disposiciones[22].

A pesar del método de consenso empleado en la adopción de las propuestas finales, ciertas disposiciones de la CTMF han resultado controvertidas[23], generando en buena parte de los Estados receptores la impresión de que la CTMF, en definitiva, es un cheque en blanco para la migración ilegal, pues el nivel de protección mínimo que otorga supera sensiblemente el ofrecido hasta el momento por el Derecho Internacional Público.

---

[21] Entre los cuales, empero, los Estados del Grupo MESCA —Estados europeos mediterráneos y escandinavos— mostraron una postura algo más flexible (LÖNNROTH, J.: «The International Convention on the rights of all Migrant Workers and Members of their families in the context of International Migration Policies: an analysis of ten years of negotiation», *International Migration Review*, 25, 1991, 4, pp. 718-726).

[22] Tal y como señala LÖNNROTH, miembro él mismo del Grupo de Trabajo, respecto a la *reagrupación familiar*, la existencia de *planes especiales de enseñanza en lengua materna para los hijos de los trabajadores migratorios* o la *permanencia de la familia del trabajador migratorio tras su fallecimiento o la disolución del matrimonio*, se produjo una sensible disminución del nivel obligacional asumido por los Estados, como reflejan sus artículos 44,2, 45,4 y 50 (*ibid*, p. 722).

[23] BÖHNING, R.: *op. cit.*, p. 701; COLLINSON, S.: *Europe and international migration*. Second edition, Pinter Pub./Royal Institute of International Affairs, London, 1994, p. 57.

Sin ánimo de exhaustividad, han resultado controvertidas, por ejemplo, la regulación de los *trabajadores por cuenta propia* —artículos. 2, h y 63—, la *permanencia de la familia del trabajador migratorio tras su fallecimiento o la disolución del matrimonio* en el Estado receptor —artículo 50—, o la introducción o no de una *cláusula general de reciprocidad* —artículo 88—.

B) *Caracteres esenciales de la CTMF*

Entre los mismos, pueden destacarse los siguientes:

a) Los objetivos de política normativa perseguidos

Estos objetivos son suficientemente indicativos de la política normativa que se propugna, y de la que la propia ONU era en cierto modo ya partícipe[24], destinada a propiciar dentro de los parámetros normativos presentes en el Derecho internacional público un desarrollo progresivo de los derechos y libertades de los trabajadores migratorios y de sus familias —que dinamice la promoción de la equiparación de los mismos con los trabajadores nacionales—; y son, básicamente:

—Primero, la adopción de un estándar normativo universal en relación con todos los trabajadores migratorios y sus familias; aun siendo partícipe de la tendencia hacia la igualdad de trato con el nacional, la CTMF no deja de perfilar y prever la situación diferencial del trabajador migratorio respecto al nacional, y en algunos supuestos de brindarle una protección especial[25].

—Segundo, la adopción de un régimen jurídico internacional específico, dirigido a tutelar los derechos y libertades de un grupo especialmente desprotegido, incluso en cuanto al respeto de sus derechos más fundamentales —en particular, en lo referente a las personas en situación irregular—; esta perspectiva de política normativa la ha llevado a cabo también Naciones Unidas, por ejemplo, al elaborar la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

—Tercero, la compatibilización de la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias con el derecho del Estado a establecer su propia política migratoria, y sus normas jurídicas sobre entrada, permanencia y salida de los trabajadores migratorios; con ello se pretende facilitar la eliminación de los flujos migratorios clandestinos o ilegales.

---

[24] En el seno de la ONU, un antecedente relevante respecto a la línea marcada por la CTMF es la *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la Resolución 40/144, de 13 de diciembre de 1985.

[25] Nafziger, J.A.R. & Bartel, B. C.: «The Migrant Workers Convention: its place in Human Rights Law», *International Migration Review*, 25, 1991, 4, pp. 774-778.

b) La no introducción de una cláusula general de reciprocidad

La CTMF pretende crear un régimen jurídico de carácter objetivo; así, en virtud de su artículo 88, los Estados Partes no podrán excluir la aplicación de ninguna parte de ella ni tampoco respecto a ninguna categoría de los trabajadores migratorios incluidos dentro de su ámbito de aplicación personal —lo que incluye la imposibilidad de su aplicación a condición de reciprocidad respecto a los trabajadores migratorios nacionales de un determinado Estado[26]—.

c) La compatibilidad con otros tratados internacionales aplicables en la materia

Es evidente que el contenido jurídico de la CTMF puede solaparse y entrar en contradicción con lo previsto en otros tratados internacionales, bilaterales o multilaterales, que contengan disposiciones aplicables a la materia —por ejemplo, los Convenios 97 y 143 de la OIT, o bien, los Pactos elaborados en el seno de la ONU (PIDCP y PIDESC)—.

En la hipótesis de que un Estado fuese Parte de la CTMF y de cualquiera de los tratados internacionales aplicables en la materia, la CTMF manifiesta de forma expresa la aplicabilidad del principio de la norma más favorable al individuo —artículo 81,1[27]—; así, la CTMF será de aplicación preferente cuando oferte un criterio extensivo de los derechos garantizados a los trabajadores migratorios, o cuando reconozca nuevos derechos, prevaleciendo lo establecido en otro tratado internacional más favorable si por su redacción pueda mostrarse más restrictiva.

d) El ámbito de aplicación personal de la CTMF

La CTMF pretende proteger los derechos de todos los trabajadores migratorios, sin discriminación alguna —artículos 1, 1 y 7 de la CTMF—, entendiendo como tal a «toda persona que vaya a realizar, realice o

---

[26] Naciones Unidas: *Documento A/C.3/45/1*, de 21 de junio de 1990, pp. 15-18; la representación de la entonces denominada R.F. de Alemania fue firme partidaria de la inclusión de una cláusula de reciprocidad.

[27] En el mismo se afirma que «[n]ada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a ningún derecho o libertad más favorable que se conceda a los trabajadores migratorios y sus familias», tanto a partir del derecho o la práctica internas como de todo «tratado bilateral o multilateral vigente para el Estado Parte interesado».

haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional», así como a los miembros de su familia.

La noción de *familia* derivada de su art. 4 es bastante amplia, ya que incluye al cónyuge o persona que según el derecho aplicable mantenga una relación con efectos equivalentes al matrimonio —lo que podría llevar a incluir a las parejas de hecho—, los hijos a su cargo —sin exigencia, en principio, de que sean menores de edad—, así como otros personas a su cargo reconocidos como familiares conforme a la legislación estatal o a tratados internacionales aplicables entre los Estados de que se trate —por regla general, los ascendientes—.

No obstante, la CTMF realiza una distinción, a efectos del régimen jurídico aplicable, tal y como se verá a continuación, entre los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, y los trabajadores migratorios no documentados o en situación irregular.

Además, la CTMF, por un lado, excluye de su ámbito de aplicación a ciertas categorías de personas que pueden establecerse en un Estado del que no son nacionales —artículo 3[28]—; y, por otro lado, dentro de quienes son considerados por la CTMF como trabajadores migratorios, se establecen ciertas categorías particulares —artículo 2,2—, que, a tenor de la Parte V de la CTMF, presentan su propia especialidad en cuanto a la aplicabilidad de su Parte IV.

e) El ámbito de aplicación material de la CTMF: el proceso migratorio

Desde este prisma, la CTMF intenta concretar explícitamente una incógnita que se suscita de inmediato al plantearse la aplicabilidad de cualquier normativa, interna o internacional, que tenga como objeto proteger los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias: si dicha protección se extiende a todo el proceso migratorio; la propuesta del artículo 1, 2 de la CTMF es inequívoca: su ámbito de aplicación se extiende desde la propia «preparación de la migración, la partida, el tránsito, todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo», hasta el retorno.

---

[28] Entre las *personas excluidas* se encuentran: las personas enviadas por Organizaciones Internacionales u otros Estados para desempeñar funciones oficiales; las personas enviadas por un Estado o por un empleador dentro de programas de cooperación y desarrollo; los inversionistas; los refugiados y apátridas, los estudiantes y las personas que reciben capacitación; y los marinos y trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer su actividad remunerada en el Estado de empleo.

f) Los mecanismos de supervisión internacional previstos en la CTMF

Las fórmulas previstas para la hipótesis de que deba supervisarse el cumplimiento de la CTMF son tributarias de las técnicas empleadas en el seno de la ONU en otros tratados internacionales vigentes en materia de derechos humanos —en particular, del PIDCP, completado de conformidad con su Protocolo Facultativo Primero—; y, por tanto, lo son también de sus virtudes y de sus defectos, en especial, de la debilidad de unos mecanismos de vigilancia y control en los que las observaciones y recomendaciones formuladas por los órganos competentes están faltas de carácter vinculante, y en el que éstos carecen de poder coactivo para obligar a los Estados a reparar la violación cometida.

Desde estos presupuestos, en la Parte III de la CTMF se prevé la creación de un Comité de expertos independientes —el *Comité de protección de los derechos de todos lo trabajadores migratorios y sus familiares*—, al cual le competerá el examen: primero, de los *informes* presentados periódicamente, y de forma obligatoria, por los Estados —artículo 74—; y, segundo, de las *comunicaciones* que puedan presentar contra un Estado Parte, otros Estados Partes o los particulares bajo su jurisdicción —artículos 75 y 76—; en ambos casos, el Estado contra el que puedan dirigirse las comunicaciones debe previamente haber aceptado la competencia del citado Comité —si el demandante es otro Estado, se le exige recíprocamente que también la haya aceptado—.

IV. **El contenido jurídico de la CTMF**

El objeto de la CTMF es, fundamentalmente, garantizar a los trabajadores migratorios y sus familias un estándar mínimo universal de protección de sus derechos y libertades lo más amplio posible —el cual resulta por lo demás irrenunciable (artículo 82)[29]—, sin discriminación alguna[30], desde el respeto a la soberanía estatal y a su derecho a establecer libremente su política migratoria; para ello, la CTMF compromete

---

[29] De modo que «[n]o se permitirá ejercer *ninguna forma de presión* sobre los trabajadores migratorios ni sobre sus familiares para hacerlos renunciar a cualquiera de los derechos mencionados o privarse de alguno de ellos», ni tampoco «se podrán revocar *mediante contrato* los derechos reconocidos en la presente Convención» (la cursiva es propia).

[30] Incluida la discriminación por motivos de *nacionalidad* —artículo 7 de la CTMF—.

al Estado Parte a adoptar las medidas legislativas y de otra índole para dar aplicación a las disposiciones de la CTMF —artículo 84—, así como a asegurar la reparación efectiva de las violaciones de los derechos garantizados —artículo 83—.

Si las *Partes III a V* establecen el contenido jurídico de ese estándar mínimo universal, en la *Parte VI* de la CTMF se configuran una serie de medidas para promocionar que el proceso migratorio del trabajador migratorio y su familia se desarrolle en las condiciones más satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas posibles. Tras propugnar genéricamente la consulta y cooperación entre los Estados Partes en la materia —art. 64—, la Parte VI perfila una serie de compromisos promocionales específicos, tanto internos[31] como internacionales[32]; algunos de estos compromisos —artículos 67 a 69—, destinados a luchar en el ámbito internacional e interno contra la migración y el trabajo ilegales, a pesar de su fundamento humanitario, se incardinan con una cuestión crucial de la CTMF implícita en el espíritu y la letra de sus disposiciones: la compatibilidad de los derechos garantizados con el derecho del Estado a mantener una política migratoria propia.

El artículo 79 de la CTMF, dentro de la *Parte VIII* —donde se introducen las *Disposiciones Generales* de la CTMF—, es muy diáfano a este mismo respecto pues el Estado tiene el derecho a establecer los criterios de admisión que quiera para los trabajadores migratorios y sus familias; si bien, en relación a la situación legal y trato que les dispense, la CTMF constituirá un claro límite a dicha libertad[33].

En la Parte III, se dictan dos *cautelas específicas* complementarias con el planteamiento general efectuado por el artículo 79 de la CTMF: ninguna disposición de la CTMF exime al trabajador migratorio y su familia

---

[31] El Estado Parte debe: mantener servicios apropiados para atender a los problemas generados por los procesos migratorios —artículo 65—; ejercer un control, directo o indirecto, sobre las operaciones de contratación de trabajadores migratorios —artículo 66—; adoptar las medidas necesarias para que no sigan existiendo personas en situación irregular, considerándose como una posibilidad la regularización de las mismas —artículo 69—; adoptar medidas no menos favorables que las aplicadas a los nacionales para que la vida de los trabajadores migratorios y sus familias responda a las normas de idoneidad, seguridad, salud y dignidad humanas —artículo 70—; y facilitar la repatriación del trabajador migratorio o familiar fallecido y asistir a los interesados en relación a posibles indemnizaciones —artículo 71—.

[32] Se insta a los Estados Partes a cooperar para garantizar el regreso ordenado de los trabajadores migratorios y sus familias —art. 67—, y para impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular —art. 68—.

[33] Así, por ejemplo, se prohíben las expulsiones colectivas —artículo 22, 1 de la CTM—.

de cumplir con las leyes y reglamentos del Estado de tránsito y receptor —art. 34—, ni las disposiciones de la CTMF implican la regularización *per se* de quien no está documentado o en situación irregular —art. 35—.

Dicho lo anterior, es perceptible que la CTMF se sustenta en la diferenciación entre los trabajadores migratorios no documentados o en situación irregular, y los trabajadores documentados o en situación regular[34].

A) *Los trabajadores no documentados o en situación irregular y sus familias*

La CTMF distingue al trabajador migratorio no documentado o en situación irregular en su art. 5, b) *por exclusión* de quienes cumplen el requisito que acredita como trabajador migratorio documentado o en situación regular: el de haber sido autorizado a ingresar, permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado receptor, de conformidad las leyes de dicho Estado y los tratados internacionales de los que sea éste Parte —art. 5, a)—.

A partir de esta diferenciación, la Parte III de la CTMF reconoce un catálogo de derechos y libertades que, según su propio encabezamiento, corresponde a todos los trabajadores migratorios y sus familiares, y del que, en consecuencia, son titulares también los trabajadores migratorios no documentados o en situación irregular y sus familiares[35].

En cuanto al catálogo de derechos y libertades establecido, pueden realizarse las siguientes consideraciones:

a) En cuanto a los *derechos civiles y políticos*, que, en líneas generales, el estándar jurídico garantizado por la CTMF para los trabajadores migratorios y sus familiares es similar al que el PIDCP reconoce a todos los individuos bajo la jurisdicción estatal,

---

[34] Sobre el contenido de estos regímenes: Alvarez Rodríguez, A: «Convención de Naciones Unidas sobre la protección de los trabajadores migratorios». *Revista Española de Derecho Internacional*, XLIV, 1992, 2, pp. 711-713; Cellamare, G.: «La Convezione delle Nazioni Unite sulla protezione dei diritti di tutti i lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia». *Rivista Italiana dei Diritti dell'Uomo*, 5, 1992, 4, pp. 861-883; Eggers, A.: «The International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families». *German Yearbook of International Law*, 1991, pp. 429-437.

[35] Particularmente sobre este colectivo, por ejemplo: Boshiak, L.S.: «Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention». *International Migration Review*, XXV, 1994, 4, pp. 737-769.

aunque no se incluyan formalmente entre los derechos reconocidos por la CTMF a todos los extranjeros, el derecho a la protección de la familia y a contraer matrimonio, el derecho del menor a la protección jurídica y social, o el derecho a participar en los asuntos públicos —artículos 23, 24,1 y 25 del PIDCP[36]—. Más allá de aspectos en que la redacción resulta más extensiva o restrictiva que el PIDCP[37], sus disposiciones demuestran de manera explícita la voluntad de adaptación de la reglamentación de los derechos civiles y políticos a la especificidad de la realidad del trabajador migratorio[38].

---

[36] Así, en la Parte III de la CTMF se reconocen el *derecho a la vida* (artículo 9); la *prohibición de la tortura y de los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes* (artículo 10); la *prohibición de la esclavitud y del trabajo forzoso u obligatorio* (artículo 11); la *libertad de pensamiento, conciencia y religión* (artículo 12); la *libertad de opinión y expresión* (artículo 13); el *derecho a la vida privada y familiar* (artículo 14); el *derecho a la libertad y la seguridad*, así como los *derechos como persona detenida o sometida a prisión* (artículos 16 y 17); la *igualdad de trato con los nacionales en el acceso a los tribunales* (artículo 18); el derecho a la aplicación del *principio de irretroactividad penal* (artículo 19); la *prohibición de encarcelamiento por deudas extracontractuales* (artículo 20); el *derecho a la personalidad jurídica* (artículo 24); el *derecho a la participación en reuniones y actividades de sindicatos y asociaciones*, y el *derecho de afiliación* (artículo 26); el *derecho de los hijos de los trabajadores migratorios a un nombre y a una nacionalidad* (artículo 29); y el *derecho al respeto de la identidad cultural* (artículo 31).

[37] Así, por ejemplo, en el art. 7 del PIDCP se incluye expresamente, dentro de la prohibición general de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la mención a la prohibición de someter a ninguna persona —incluidos los trabajadores migratorios— sin su consentimiento a experimentos científicos y técnicos.

En relación con el artículo 26 de la CTMF, éste parece redactado más restrictivamente que el artículo 22 de dicho Pacto, ya que hace mención a la posibilidad de afiliarse y participar en dichas asociaciones o sindicatos, pero no a la de fundarlas —por ejemplo, creando una asociación de trabajadores migratorios—; lo cierto es que esta perspectiva restringida puede tener su apoyo en el hecho de que el artículo 40 de la CTMF prevé la posibilidad de que los trabajadores migratorios, pero en este caso sólo los documentados o en situación regular, puedan «establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y protección de sus intereses».

Hay que tener en cuenta, además, respecto a todas las cuestiones planteadas, la aplicabilidad del principio de la norma más favorable al extranjero —artículo 81, 1 de la CTMF—.

[38] A modo de ejemplo: la previsión, no recogida en el artículo 10 del PIDCP, de que todo trabajador migratorio o familiar detenido por violación de las leyes migratorias deba estar en la medida de lo posible separado de los presos que cumplen condena o están en espera de juicio (artículo 17, 3 de la CTMF); o bien, la obligación de los Estados de que se respete la identidad cultural de los trabajadores migratorios y sus familias (artículo 31 de la CTMF), en paralelo a la del artículo 27 del PIDCP de que no se niegue a las personas pertenecientes a las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas la manifestación de su identidad —pues el Derecho Internacional Público no parece encuadrar a los grupos de residentes extranjeros dentro de la noción de *minoría*—.

Son remarcables las diferencias entre el PIDCP y la CTMF respecto a las *garantías en el supuesto de expulsión*, que ésta extiende a todo trabajador migratorio y su familia —frente a la restrictividad del artículo 13 del Pacto[39]—; no parece tan extensiva, en comparación con el artículo 12 del Pacto, la concepción de la *libertad de residencia y circulación*, ya que sólo se reconoce a todo trabajador migratorio y su familia el derecho a salir libremente de cualquier Estado, y a regresar a su país de origen[40].

b) En cuanto a los *derechos económicos, sociales y culturales*, se tiende a propiciar la igualdad de trato de todos los trabajadores migratorios y sus familiares con los nacionales en relación con ciertos aspectos esenciales de los mismos: la remuneración y determinadas condiciones de trabajo y empleo (artículo 25); las prestaciones de Seguridad Social (artículo 27); la atención médica urgente (artículo 28); el derecho fundamental de acceso a la educación de los hijos del trabajador migratorio (artículo 30).

c) Finalmente, y aunque ninguno de los dos Pactos lo haya reconocido previamente como un *derecho humano* para todos los individuos, el artículo 15 de la CTM reconoce el derecho del trabajador migratorio y sus familiares a no ser privados arbitrariamente de sus bienes —por lo que en caso de ser expropiados deben ser indemnizados de forma justa y apropiada—; teniendo derecho igualmente a transferir al terminar su permanencia en el Estado receptor sus ingresos, ahorros y, de acuerdo a la ley, sus pertenencias —artículo 31—.

B) *Los trabajadores documentados o en situación regular y sus familias*

Este colectivo goza, además de los derechos reconocidos en la Parte III, de aquéllos que la CTMF enuncia en la Parte IV —artículos 36

---

[39] Resultando su redacción más detallada que la del PIDCP a este respecto; además, se establecen nuevos derechos no contemplados con anterioridad relativos al fenómeno migratorio: el *derecho a que no pueda ser confiscada o destruida la documentación del trabajador migratorio o familiar más que por un funcionario público autorizado* (artículo 21), el *derecho a recurrir a las autoridades consulares o diplomáticas* (artículo 23), y el *derecho a ser informado sobre sus derechos y obligaciones en el marco del proceso migratorio* (artículo 24).

[40] Tal y como se desprende de la CTMF, se reserva la posibilidad de reagrupación familiar para el trabajador documentado o en situación regular —artículo 44, 2—.

a 56—; por otro lado, aquellas categorías de trabajadores migratorios particulares definidas en el art. 2, 2 de la CTMF[41] gozan de los mismos derechos que el resto de trabajadores migratorios documentados o en situación regular, pero con aquellas modificaciones jurídicas derivadas de sus especiales circunstancias.

El objeto de la ampliación a este grupo de personas su catálogo de derechos pretende mejorar su calidad y nivel de vida, así como la posibilidad de integración en una sociedad que puede resultarles social y culturalmente ajena.

De este modo, se amplía, en primer término, el catálogo de *derechos civiles y políticos*[42], en especial respecto a la propia libertad de residencia y circulación de los trabajadores migratorios y sus familias —artículo 39—, con un serie de medidas y garantías tanto personales y familiares —arts. 37 a 39, 44, 49 a 51, 53 y 56[43]— como patrimoniales —artículos 46 a 48[44]—.

Y, en segundo término, se realiza una extensión de la igualdad de trato con los nacionales respecto a un más amplio catálogo de *dere-*

---

[41] Las *categorías especiales de trabajadores migratorios* que se contemplan son el trabajador fronterizo, el trabajador de temporada, el marino y el trabajador en estructuras marinas bajo la jurisdicción del Estado del que no son nacionales, el trabajador itinerante, el trabajador vinculado a un proyecto, y el trabajador por cuenta propia. Es curioso que, si bien se intenta definir la categoría de trabajador por cuenta propia a fin de propiciar su inclusión como categoría especial de trabajador migratorio —el art. 2 h) lo define como aquel que «realice una actividad remunerada sin tener un contrato de trabajo y obtenga su subsistencia mediante esta actividad», o bien aquél que sea reconocido como tal legalmente o de acuerdo con los tratados tratados internacionales—, la figura del inversionista no es objeto de delimitación alguna en el art. 3 de la CTMF.

[42] Se reconoce el *derecho a crear asociaciones o sindicatos* —artículo 40—, el *derecho de participar en los asuntos públicos de su Estado de origen* —artículo 41—, el *derecho a la institución en el Estado receptor de fórmulas para ponderar sus problemas* —artículo 42—, y el *derecho a la protección de la familia* —artículo 44—.

[43] Hay que destacar la obligación del Estado, pese al carácter limitado de la misma, de «*facilitar» la reagrupación familiar* —artículo 44—; la necesidad de que *considere favorablemente la autorización de residencia para los familiares del trabajador migratorio cuando éste fallezca o se disuelva el matrimonio* —artículo 50—; la *no retirada de autorización de residencia por el cese en la actividad remunerada con anterioridad a la expiración del permiso de trabajo* —artículo 51—.

[44] Se dispone en este sentido la *exención del pago de derechos e impuestos en concepto de importación y exportación de efectos personales y enseres domésticos, así como del equipo necesario para realizar una actividad remunerada* —artículo 46—, el *derecho a transferir sus ingresos y ahorros* —artículo 47—, en particular los necesarios para el sustento familiar en el Estado de origen—, la *igualdad de trato con los nacionales en materia de impuestos y gravámenes así como en materia de deducciones y exenciones en relación con sus ingresos* —artículo 48—.

chos económicos, sociales y culturales —tal y como se prevé en los artículos 43, 45, 52, 53, 54 y 55 de la CTMF[45]—.

V. **Algunas consideraciones sobre la CTMF como referente de la evolución del tratamiento jurídico de los extranjeros**

Analizado el contenido de la CTMF y enmarcado en el contexto jurídico-político del que constituye un instrumento de desarrollo progresivo, es preciso efectuar una sucinta reflexión sobre su influencia, directa e indirecta, en la evolución del tratamiento a escala universal de los derechos y libertades de los extranjeros.

Para ello, hay que situarse en la dinámica social existente en una Comunidad internacional contemporánea que a principios del siglo XXI se encuentra sometida a las contradicciones y tensiones que provoca la profundización en el actual proceso de mundialización[46]; proceso que, aunque pueda caracterizarse desde un prisma multidimensional como un fenómeno complejo fruto de la conjunción de una serie de procesos transnacionales interrelacionados e interdependientes[47], presenta como un elemento capital para su comprensión una dimensión económica fundamental.

Una de las características esenciales desde el prisma económico de este proceso actualmente en marcha —junto a la apertura comercial y la segmentación de los procesos productivos— es la introducción de una *movilidad asimétrica de factores productivos*, «muy alta para el capital financiero, alta para el capital físico (a través de la posibilidad de

---

[45] Respecto al *acceso a determinadas prestaciones y servicios públicos*, del trabajador migratorio —artículo 43— y de sus familiares —artículo 45—, al *derecho a elegir su actividad remunerada* —artículo 52—, y a que los *familiares de un trabajador migratorio cuya autorización de residencia se renueve automáticamente o no tenga límite puedan elegir también su actividad remunerada* —artículo 53—, siempre dentro de los límites que puedan derivarse de las políticas de empleo y migratoria estatal, a los *derechos socio-laborales en caso de despido y desempleo* —artículo 54—, así como respecto al *ejercicio de su actividad remunerada* —artículo 56—.

[46] Como indica FALK, el fin de la Guerra Fría ha planteado «una serie fundamentalmente nueva de interrogantes sobre la naturaleza y la efectividad de la soberanía como enfoque básico de la distribución de autoridad a escala global», lo que ha dado pie a «una predisposición irresistible a debatir y reflexionar sobre el futuro del orden mundial» (FALK, R.: *La Globalización Depredadora. Una crítica.* Siglo Veintiuno de España Editores, Madrid, 2002, p. 4).

[47] GARCÍA SEGURA, C.: «La globalización en la Sociedad Internacional Contemporánea». *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 1998, pp. 324-325.

inversiones directas extranjeras) y *mucho más reducida y regulada para el factor trabajo*»[48].

A pesar de ello, y pese a que por consiguiente no se ha propiciado de manera correlativa a la de otros factores productivos una movilización transfronteriza de la fuerza de trabajo que fomentase la liberalización de la libre circulación de personas a escala planetaria, lo cierto es que las migraciones masivas siguen siendo hoy una constante cuyo fin no se vislumbra.

Aunque este hecho pueda responder a muchas y variadas razones[49] —incluidas las políticas que fuerzan a huir del propio Estado—, es perceptible cómo el mantenimiento e inclusive la intensificación de los flujos migratorios hacia los Estados desarrollados es una realidad en presencia basada en motivaciones fundamentalmente socio-económicas[50]; en este sentido, en el caso europeo, los últimos años del siglo xx y los primeros del siglo xxi han registrado algunos cambios tanto en la composición del flujo migratorio —se ha incrementado sensiblemente la emigración procedente del Este de Europa hacia los Estados Miembros de la Unión Europea—, como de los Estados de destino, de forma que han visto incrementado su papel de *Estados receptores* los Estados europeos mediterráneos Miembros de la Unión Europea.

Sobre esta base, en la que puede apreciarse cómo la brecha mundial en las respectivas perspectivas socio-económicas de las sociedades humanas es un acicate que induce a intentar la migración[51], hay que

---

[48] Tugores, J.: *Economía Internacional. Globalización e Integración Regional.* Editorial Mc. Graw Hill, Madrid, 1999, p. 11. La cursiva es propia.

[49] Massey, D.S. et *al*.: «Causes of Migration», en: Guibernau, M. y Rex, J.: *The ethnicity Reader. Nationalism, Multiculturalism and Migration.* Polity Press, Cambridge, 1999, pp. 257-269.

[50] Como apunta Bodei, en una explicación multidimensional de estas motivaciones, hay que resaltar «[j]unto a factores dinámicos, como la desertificación del Africa sub-sahariana, o políticos, como los conflictos de los Estados postcoloniales o a causa de la disolución de los regímenes comunistas de Europea del Este, o económicos, como la globalización, una de las principales razones de la intensificación de estos flujos (…) es un cambio epocal, el fin del predominio de la agricultura en muchas partes del mundo» (Bodei, R.: «Los sin patria», en: Silveira Gorski, H.C.: *Identidades comunitarias y democracia.* Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 154).

[51] Junto a la persistencia de ingentes flujos de refugiados (Zemanek, K.: «The Legal Foundations of the International System. General Course on Public International Law». *RCADI*, 266, 1997, p. 125).

Ello puede abrir otro debate, cuyas conclusiones no están claras —y que desborda el objeto de este capítulo—, en relación con la cuestión de si los flujos migratorios contribuyen efectivamente al desarrollo del Estado en vías de desarrollo (a este respecto, ver: O'Neill, A.C: «Emigrant Remittances: Policies to Increase Inflows and Maximize Benefits». *Indiana Journal of Global Legal Studies,* 9, 2001, 1, pp. 345-360, disponible en: htpp://ijgl.indiana.edu/ archive/09/01, 21/08/02).

ponderar desde el prisma universal si la CTMF, de una parte, constituye un factor de progreso real y efectivo, y si, de otra parte, inspira la política normativa de los Estados de acogida al plantear la reglamentación de los derechos y libertades de los extranjeros.

A) *La CTMF en perspectiva universal: ¿un factor de progreso?*

Aun cuando es evidente que los Estados, en principio, tienen según el ordenamiento jurídico internacional la competencia plena y exclusiva sobre la entrada, permanencia y salida de los extranjeros de su territorio —presupuesto de toda política migratoria estatal[52]—, así como del trato que dichas personas deben recibir mientras se hallen bajo su jurisdicción[53], es también manifiesta la tendencia del Derecho internacional público a limitar la discrecionalidad de los Estados en la materia.

Ello es perceptible tanto con anterioridad a la II Guerra Mundial —momento en que se consolida una obligación jurídica internacional de los Estados de respetar un *estándar de trato mínimo a los extranjeros* que se encontrasen en su territorio—, como, posteriormente, al acomodarse la cuestión del trato a los extranjeros en el marco del Derecho internacional de los derechos humanos, la tendencia en el ámbito jurídico internacional ha sido la de promover de manera progresiva y a la vez tímida la igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de derechos humanos —tal y como demuestran, en el plano universal, la Declaración Universal, así como el PIDCP y el PIDESC—, intentando ir más allá del estándar mínimo de trato configurado a través del Derecho internacional general.

---

[52] Sin perjuicio de que, como ha sucedido en el ámbito de la Unión Europea, tras la adición al Tratado de la Comunidad Europea de un Título IV relativo a *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación* —conforme al artículo 2. 15 del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997—, los Estados puedan ceder el ejercicio de esa competencia, en este caso, mediante la conversión de la política de inmigración y asilo en una política comunitaria.

[53] Sin perjuicio de que, como en los supuestos como el de los Estados Miembros de la Unión Europea, junto a la formulación de una política comunitaria de inmigración y asilo para los nacionales de terceros Estados, hayan adoptado un *estatuto jurídico privilegiado* para los nacionales de los Estados Miembros, optándose además por la cuasi-asimilación a ese estatuto jurídico de los familiares de los residentes comunitarios nacionales de terceros Estados; además, no hay que olvidar que de los acuerdos suscritos por la Comunidad Europea y los Estados Miembros con terceros Estados se deriva el establecimiento de regímenes jurídicos que los Estados Miembros han de respetar y que otorgan a los nacionales de estos terceros Estados un régimen jurídico muy favorable respecto al régimen jurídico general de extranjería que pueda aplicarse en los Estados Miembros a los nacionales de terceros Estados.

Esta prudencia en la progresiva igualación jurídica entre los derechos y libertades de nacionales y extranjeros, explicable por la necesidad de lograr un equilibrio respecto a la soberanía estatal en materia migratoria, presuntamente, pudiera haber sido puesta en tela de juicio con la adopción de la CTMF. Se trata del tratado internacional que, a todas luces, constituye el texto jurídico internacional de carácter universal más progresivo que se haya proyectado y adoptado: profundiza en la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de derechos y libertades; tiende a proteger especialmente a los trabajadores inmigrantes —como colectivo particularmente vulnerable en función de su doble condición de trabajador y de extranjero—, así como a instar a los Estados a potenciar la integración social de quienes se encuentra residiendo y trabajando de manera regular en su territorio; y, finalmente, en aras de las motivaciones humanitarias que se derivan del valor de la dignidad humana incorporado al ordenamiento jurídico internacional, reconoce la necesidad de respetar a todo extranjero, independientemente de su situación regular o irregular, un amplio catálogo de derechos y libertades.

A partir de lo expuesto, cabría preguntarse si en la Comunidad internacional contemporánea, y a principios del siglo XXI, una alternativa de desarrollo progresivo como la que propone el CTMF no resulta adecuada ante la persistencia de grandes flujos migratorios, desde un prisma básicamente humano y ético —en suma, el enfoque que corresponde al Derecho internacional de los derechos humanos—, ante la evidencia de la especial desprotección que, tradicionalmente, ha acompañado para los derechos y libertades de los trabajadores migratorios la propia especificidad de su condición:

—Primero, porque la profundización en esta tendencia no hace más que ahondar en algo que desde el momento en que la Comunidad internacional empezó a preocuparse por la condición jurídica del extranjero, ha estado siempre de alguna forma presente como una percepción inherente a la propia idea de humanidad: la igualdad entre los seres humanos.

—Segundo, porque lo expuesto no implica, bajo ningún concepto, una nivelación de derechos y libertades que restrinja el catálogo de derechos y libertades de los nacionales, sino por el contrario de una extensión del goce y disfrute de determinados derechos y libertades a los extranjeros destinada a favorecer el trato humano a todos ellos —incluidos los trabajadores que se encuentren en situación irregular— así como la integración progresiva de los trabajadores en situación regular y sus familias en la sociedad de acogida; ello tiene una doble dimensión indudable: humana y

ética, por cuanto con el reconocimiento de ciertos derechos y libertades a todos los extranjeros evita que éstos sean tratados de hecho y derecho como no personas[54]; y social, ya que la existencia de diferencias de trato muy profundas tienden a propiciar un modelo de convivencia muy complejo —nacionales, extranjeros en situación regular y extranjeros en situación irregular—, respecto al cual es preciso dejar algunas puertas abiertas[55].

—Y, tercero, porque nada en su articulado presagia una concepción jurídico-política cuya voluntad sea ir en contra del derecho soberano de los Estados de disponer discrecionalmente de su propia política migratoria, más allá de los límites lógicos que pueda imponerle el ordenamiento jurídico internacional: no otorga a los extranjeros un catálogo de derechos y libertades del que no dispongan ya los propios nacionales —a tenor, incluso, de los estándares jurídicos internacionales del Derecho internacional de los derechos humanos—; no impide el ejercicio de las potestades sobre la policía migratoria, excepto en lo que se refiere a la necesidad de respetar ciertas garantías mínimas durante los procedimientos de expulsión, ni que el Estado pueda negar la entrada de un extranjero o proceder en su caso a expulsarle; y, finalmente, no equipara a los extranjeros con los nacionales respecto a todos los derechos y libertades, puesto que no se aparta de los parámetros dibujados por la Declaración Universal y los dos Pactos en cuanto a la titularidad de los derechos políticos y del derecho a la libertad de circulación y residencia en un Estado.

Esta constatación nos sitúa, en lo que De Lucas viene a denominar «la última frontera de la universalidad de los derechos humanos, la barrera que forman las fronteras»[56], es decir, la presencia de razones bajo las cuales justificar las diferencias de trato entre nacionales y extranjeros más allá de la consolidación progresiva de la igualdad real de derecho.

Se pueden, a este respecto, esgrimir razones de diversos tipos, que focalizarían la comprensión del fenómeno migratorio como un problema

---

[54] Y que son «aquellos seres humanos que intuitivamente son personas como nosotros (seres humanos vivos dotados de una persona social y cultural), pero a los que les son revocadas —de hecho o de derecho, implícita o explícitamente, en las transacciones ordinarias o en el lenguaje público— la calificación de persona y sus atribuciones relativas» (Del Lago, A.: «Personas y no-personas», en: Silveira Gorski, H.C.: *op. cit.*, p. 129).

[55] Bodei, R.: *op. cit.*, p. 160.

[56] De Lucas, J.; «Artículo 2», en: Asociación para las Naciones Unidas en España: *op. cit.*, p. 119).

para los Estados de acogida, y entre ellas: razones de *utilidad*, puesto que el otorgamiento de un amplio catálogo de derechos y libertades a los extranjeros puede llegar a tener un *efecto llamada* que pueda sobrepasar las necesidades de mano de obra existentes, así como crear un problema social derivado de la potencial llegada masiva de emigrantes clandestinos y, por tanto, en situación irregular; razones de carácter *económico*, ya que la equiparación en materia de determinados derechos económicos y sociales puede comportar unas exigencias para el erario público que no sean presupuestariamente asumibles, no se deseen asumir o, en otro orden de cosas, no se puedan asumir por la presión de una opinión pública sensibilizada con los niveles de gasto público existente; pero también razones de carácter *político*, ya que puede generarse una corriente en la opinión pública que muestre su disconformidad con una voluntad excesivamente favorable a igualar los derechos y libertades de los extranjeros, ya que, siguiendo a BODEI, incluso la posición tradicional de las sociedades receptoras, «moderadamente xenófoba, ve al extranjero (y, en particular, en su integración completa en la vida de la comunidad) únicamente un factor de desintegración social»[57].

La existencia de la CTMF como un instrumento de desarrollo progresivo de la equiparación de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros plantea entonces una doble pregunta: por un lado, si la negación a los extranjeros en situación irregular de ciertos derechos y libertades que implican su reconocimiento como persona —en el sentido de atribuirles una verdadera condición legal como tal—, es un instrumento útil e indispensable para evitar el *efecto llamada* y a la vez necesario para aplicar a este colectivo las normas de policía en materia de extranjería; y, por otro lado, si puede aspirarse en una sociedad democrática a mantener la necesaria cohesión social sin proceder a la integración de los extranjeros que trabajan de forma regular así como a sus familias —a pesar de los problemas culturales y de otra índole que ello genere—, y si es factible realizar una política de integración sin ofrecer la igualdad de trato no sólo en el ámbito laboral sino, particularmente, en el acceso a las prestaciones y servicios sociales.

Aun cuando quizás la respuesta a estos interrogantes sea con bastante probabilidad negativa, sólo una doble respuesta afirmativa a ambas cuestiones permitiría inducir a pensar que la CTMF no es un factor de progreso desde el punto de vista humanitario, ético y social, dirigido

---

[57] BODEI, R.: *op. cit.*, p. 161.

a potenciar la protección de un colectivo humano vulnerable y a fomentar un objetivo a priori muy querido por muchos de los Estados que por el momento no se han planteado el obligarse por ella: la universalidad de los derechos humanos.

B) *Los derechos y libertades de los extranjeros y la política normativa de los Estados*

En conexión con lo anterior, debe reflexionarse no ya sobre los motivos por los cuales los Estados de acogida de importantes flujos migratorios no parecen dispuestos a asumir la CTMF como tratado internacional que guíe la evolución de su ordenamiento jurídico interno, sino sobre cuáles son las actuales directrices de la política normativa de los Estados en materia de extranjería, a los efectos de evidenciar si los mismos se aproximan o alejan de los parámetros jurídicos de la CTMF.

A este respecto, se centrará el análisis y reflexión a partir de la especial atención que merecen el marco de referencia en el que se ubica la política de las autoridades españolas —la Unión Europea—, así como la propia política normativa seguida por España.

Los Estados Miembros de la Unión Europea han demostrado en los últimos años una voluntad coincidente dirigida a modificar el régimen jurídico de extranjería —incluyendo las cuestiones relativas a la inmigración y al asilo—[58]; esta compartida voluntad reformista presenta, en líneas generales, unos rasgos esenciales comunes: el reforzamiento de los controles fronterizos sobre los movimientos de los nacionales de terceros Estados —dentro de la dinámica abierta para los Estados Miembros que aplican el *acervo Shengen*—; la instrumentación de mecanismos para el control de los flujos migratorios que pueden arribar y permanecer en el Estado de acogida; la lucha contra la inmigración ilegal y las mafias dedicadas al negocio de la inmigración clandestina —con repercusiones en las políticas represivas de policía migratoria y penal de los Estados—; el endurecimiento del régimen jurídico relativo al asilo; y, en un estadio menor, el fomento de la integración de los extranjeros residentes de manera regular.

---

[58] Cabe destacar que a principios del siglo XXI las modificaciones de las leyes de extranjería en Alemania y Dinamarca (2002), así como Austria (2001), que resultan sintomáticas de una tendencia que a finales del siglo XX se apuntara en Francia e Italia (1998), Reino Unido (1999) y España (2000); sobre la evolución específica de la legislación en materia de asilo, ver: http://europe.eu.int/comm/justice_home/unit/immigration_en.htm, 21/08/02.

Sobre los patrones de la evolución legislativa nacional, hay que examinar el proceso de integración de las políticas conexas al fenómeno migratorio auspiciado por la *comunitarización* de la política de asilo e inmigración[59] —es decir, que serán las instituciones comunitarias a partir de ahora las que ejercerán la competencia normativa en la materia, a partir del Derecho derivado—, propiciada por la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, y la consiguiente introducción en el Tratado de la Comunidad Europea de un Título IV relativo a *Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación*.

Se trata intrínsecamente de un proceso difícil, debido a los distintos planteamientos políticos y jurídicos de los Estados Miembros así como a la flexibilidad que se deriva del régimen jurídico establecido en el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea[60]; de ello, se fue plenamente consciente ya durante el Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001)[61], y sigue siendo un tema que preocupa, cuando en las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla (21 y 22 de junio de 2002) se estipula en un futuro inmediato la «[a]celeración de los trabajos legislativos en curso sobre la definición de una política común de asilo e inmigración» (título bajo el que se encabezan los párrafos 37 a 29 de las mismas)—.

Hay que acudir a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (15 a 16 de octubre de 1999) para encontrar las bases del programa de la acción para la construcción de esa política común: la cooperación con los Estados de origen; la creación de un sistema común de asilo;

---

[59] Según LABAYLE, ello constituye una verdadera revolución en la medida en que los Estados Miembros habían venido siempre considerando que las cuestiones de asilo y de inmigración se vinculaban íntimamente a su soberanía y debían recibir un tratamiento intergubernamental que la preservase —dentro del tercer pilar de la Unión Europea— (LABAYLE, H.: «La libre circulation des personnes en Europe. De Shengen à Amsterdam», en: UNION DES AVOCATS EUROPÉENS: *Les nouveaux droits de l'homme en Europe (XXe Congrès, 29, 30 et 31 Mai, Palma de Majorque).*Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 19).

[60] En este sentido, por ejemplo: HAILBRONNER, K.: «European Immigration and Asylum Law under the Amsterdam Treaty». *Common Market Law Review*, 35, 1998, 5, p. 1065; KUIJPER, P.J.: «Some legal problems associated with the communitarization of policy of visas, asylum and immigration under the Amsterdam Treaty and incorporation of the Shengen Acquis». *Common Market Law Review*, 37, 2000, 2, p. 366; MONAR, J.: «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation». *Common Market Law Review*, 35, 1998, 4, p. 335.

[61] Como se refleja en las Conclusiones de la Presidencia, en las que se afirma respecto a la formulación de una verdadera política común de asilo e inmigración «los avances se han alcanzado menos rápidamente y han resultado menos sustanciales de lo previsto» (pár. 38).

el trato justo a los nacionales de terceros Estados que residan legalmente; y la gestión de los flujos migratorios. Todo ello conjugado con la necesidad de fortalecer la cooperación intergubernamental en materia de fronteras exteriores, a los efectos de construir un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Si se examinan los avances efectuados en la elaboración normativa de la política común, sobre todo en lo que respecta a la inmigración[62], es evidente que los resultados no son muy alentadores, sobre todo a la vista de las propuestas de la Comisión Europea que todavía están en trámite para su adopción; en este sentido, cabe destacar: primero, la escasa ambición demostrada en la integración en pie de igualdad de los extranjeros en situación regular; y, segundo, el énfasis que se ha venido poniendo en la lucha contra la inmigración ilegal —como demuestra la adopción por el Consejo, el 28 de febrero de 2002, de un Plan global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea[63]—.

En síntesis, las directrices de esta política común tienden a converger con las previamente perceptibles en la conducta de buena parte de los Estados Miembros.

Todo ello permite plantearse si esta tendencia reformista ofrece respuestas adecuadas a los problemas que plantea la inmigración y, particularmente, si se adecúan a los estándares jurídicos internacionales en materia de protección de los derechos y libertades de los extranjeros.

En este sentido, el caso español puede resultar paradigmático, por cuanto en lo referente a la legislación general sobre extranjería[64]

---

[62] Fuente: *Eurolex*, disponible en: http://europe.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_191040, 21/08/02.

[63] Completado con el *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales* elaborado por la Comisión Europea (COMISIÓN EUROPEA: *Documento COM [2002] 175 final*).

Cabe asimismo destacar, como se desprende de las propias Conclusiones de la Presidencia tras el Consejo Europeo de Sevilla, el énfasis puesto, de una parte, en poner en marcha una gestión coordinada e integrada de las fronteras exteriores (párs. 31 y 32), así como a intentar incluir cláusulas sobre gestión de flujos migratorios y readmisión obligatoria en los futuros acuerdos de cooperación, asociación o equivalentes que se suscriban con terceros Estados como elemento de la cooperación de la Unión Europea con terceros Estados (pár. 33).

[64] La reforma del asilo y el refugio en España tuvo lugar con anterioridad mediante la Ley 9/1994, de 19 de mayo (*BOE*, 122, de 23 de mayo de 1994), que modificaba la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (*BOE*, 74, de 23 de marzo de 1984); así como mediante el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero (*BOE*, 52, de 2 de marzo de 1995), que modificó el Reglamento de Ejecución de la Ley adoptado mediante Real Decreto 511/185, de 20 de febrero (*BOE*, 94, de 19 de abril de 1985).

reúne, además, la especialidad de que la reforma emprendida responde en su culminación en cierta medida a factores políticos coyunturales[65].

La L.O. 4/2000 responde a la «convicción de toda la sociedad española de que los extranjeros son seres humanos protegidos por las normas constitucionales»[66]; en ella, se efectúa no sólo una extensión de ciertos derechos y libertades a los extranjeros que se encuentran en España sin disponer de autorización para ello, sino que demuestra una voluntad claramente integradora de los extranjeros en situación regular, a la par que tiende a atenuar el régimen sancionador aplicable en relación con el anteriormente previsto. En este sentido, puede afirmarse que la L.O. 4/2000, en su redacción original, corre en paralelo a los parámetros jurídico-políticos de la CTMF.

Por su parte, la nueva redacción que la L.O. 8/2000 ha dado a la L.O. 4/2000 supone un giro copernicano al planteamiento jurídico-político del régimen jurídico español de extranjería: se niegan a los extranjeros en situación irregular derechos y libertades tan relevantes como los derechos de reunión, asociación, sindicación, huelga y justicia gratuita[67]; no se realiza un esfuerzo suficiente para promover la integración

---

[65] La L.O. 4/2000, de 11 de enero (*BOE*, 10, de 12 de enero 2000), sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que modificaba la normativa vigente desde 1985, fue asimismo modificada en el mismo año de su adopción tras la asunción por el Partido Popular de la mayoría absoluta, mediante la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre (*BOE*, 307, de 23 de diciembre de 2000) —luego completada mediante el Reglamento de Ejecución adoptado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (*BOE*, 174, de 21 de julio)—; como señala SAGARRA TRÍAS, «es una ley nacida "con fórceps" y *contra la realidad del hecho inmigratorio y los problemas cotidianos de nuestra sociedad*» (SAGARRA TRÍAS, E.: *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura.* Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, p. 131).

Una experiencia similar se produjo en Francia, ya que la *Ley Chevènement*, adoptada en 1998, por la mayoría parlamentaria de izquierdas, vino a modificar la denominada *Ley Pasqua* —Ley n.º 93-1027, de 24 de agosto de 1993—.

[66] *Ibid*, p. 130.

A este respecto, hay que recordar que nuestro sistema constitucional se basa en una equiparación restringida entre españoles y extranjeros, la cual por exigencias del artículo 13 de la Constitución debe modelarse legislativamente —sin perjuicio de que determinados derechos y libertades, como ha afirmado el Tribunal Constitucional, sean para todos en pie de igualdad, sin distinción—.

[67] Aunque en este último supuesto, salvo en la vía contencioso-administrativa relativa a la denegación de entrada, devolución o expulsión de territorio español, o en materia de asilo (artículo 22), difícilmente, a priori, pueden considerarse todas estas restricciones como constitucionales y compatibles no ya con la CTMF sino con los compromisos jurídicos internacionales contraídos por España.

de los extranjeros en situación regular[68]; y, finalmente, se vuelve a potenciar una política sancionadora reforzada. Se infiere de lo expuesto que la L.O. 8/2000 no sólo se propone la articulación de una política de flujos rigurosa, sino que articula una política muy restrictiva de los derechos y libertades de los inmigrantes en situación irregular en España, que desde el punto de vista legal dificulta la vida de este colectivo en condiciones respetuosas con la dignidad del ser humano, y en algunos supuestos con difícil encaje con los preceptos constitucionales y con el Derecho internacional de los derechos humanos; en este sentido, evidentemente, la L.O. 8/2000 desvía a nuestro ordenamiento jurídico de los parámetros jurídico-políticos de la CTMF.

Si el caso español puede servir de ejemplo de la evolución inducida, ello permite señalar cuáles son las principales tendencias que resultan controvertidas desde el prisma del respeto a los derechos y libertades de los extranjeros y de los estándares jurídicos internacionales aplicables[69]:

---

[68] Por ejemplo, frente a la restrictividad del concepto de familia implícito en el artículo 17 de la L.O. 4/2000 en su nueva redacción, frente a la interpretación de esa noción que ha dado en ciertos supuestos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el derecho a la vida familiar inscrito en el artículo 8 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos, o inclusive, la que a título indicativo y potestativo incluye el artículo 4 de la Propuesta modificada de DIRECTIVA DEL CONSEJO sobre el derecho a la reagrupación familiar (COMISIÓN EUROPEA: *Documento COM [2002] 225 final).*

[69] En el contexto de la Unión Europea, no sólo al compromiso del artículo 6, 2 del vigente Tratado de la Unión Europea de respetar «los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección [Salvaguardia] de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario», sino que además hay que tener en cuenta la adopción de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 7 de diciembre de 2000 (*DOCE,* C, 364, de 18 de diciembre de 2000), la cual pese a que a priori no tenga un carácter jurídicamente vinculante, resulta muy significativa por cuanto interrelaciona con las tendencias político-jurídicas descritas con anterioridad, partiendo de la distinción entre ciudadano de la Unión Europea y nacionales de tercer Estado: así, por ejemplo, se restringe el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión, así como en las elecciones municipales —artículos 39 y 40—, y asimismo se limita la libertad de circulación a los ciudadanos de la Unión —artículo 45—; mientras, a parte de extender la titularidad de una buena parte de derechos y libertades a *toda persona*, oferta la igualdad de trato a los «nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros» en materia de condiciones de trabajo —artículo 15,3—.

Igualmente, hay que tener presentes los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que son Partes los Estados Miembros de la Unión Europea, y, muy particularmente, del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos así como de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es su órga-

la tendencia a discernir entre *buenos* y *malos* inmigrantes[70], negando a los que se encuentran irregularmente algunos derechos y libertades esenciales para su afirmación como personas y condenándoles a la marginalidad; la tendencia a no profundizar en las medidas susceptibles de coadyuvar a la integración de los extranjeros en situación regular; y, finalmente, la persistencia de regímenes sancionadores en el marco de los cuales se vulneran los derechos civiles internacionalmente reconocidos a los extranjeros. Todo ello dificulta el necesario equilibro entre los intereses colectivos de las sociedades desarrolladas y el interés individual del extranjero de ver respetados sus derechos y libertades[71] —base para aspirar cuando menos a una estancia digna y mejor en el Estado de acogida—, y, por supuesto, se aleja de los parámetros jurídico-políticos de la CTMF.

Uno de los aspectos fundamentales para entender este reflejo en las políticas migratorias estatales y en la política comunitaria de asilo e inmigración es la percepción por la opinión pública, inducida o no políticamente, del fenómeno migratorio no sólo como una característica estructural básica sino como un problema.

Así, mientras autores como HABERMAS —uno de los padres de un concepto tan en boga como es el *patriotismo constitucional*— entienden que los Estados europeos «deberían ponerse de acuerdo en una política liberal de inmigración» para no atrincherarse en el *chauvinismo del bienestar*[72], parece evidente que las respuestas políticas y jurídicas son otras, la realidad va por otros derroteros.

Según DE LUCAS, el hecho de percibir la inmigración como un problema deriva del hecho de que «las respuestas a ese problema consti-

---

no jurisdiccional; a este último respecto, por su carácter general, ver: FULCHIRON, H.: *Les étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.* LGDJ, Paris, 1999.

[70] VAN AMERSFOORT, H.: «International Migration and Civil Rights: the Dilemmas of Migration Control in an Age of Globalisation», en: GUILD, E. (Editor): *The Legal Framework and Social Consequences of the Free Movement of Persons in the European Union.* Kluwer Law International, The Hague/Boston/London, 1999, p. 87; TORRECUADRADA, S.: «Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea». *Anuario de Derecho Internacional*, 2000, XVI, p. 344.

[71] CRÉPEAU, F. et CARLIER, J.Y.: «Intégration régionale et politique migratoire. Le «Modèle» européen entre coopération et communitarisation». *Journal de Droit International*, 126, 1999, 4, p. 1018.

[72] HABERMAS, J.: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría y discurso.* 2.ª edición, Editorial Trotta, Madrid, 2000, p. 643; autor que añade, además, que el derecho democrático a la autodeterminación incluye el derecho a preservar la propia cultura política pero no a la autoafirmación de una forma de vida cultural privilegiada (*íbid*).

tuyen una pieza básica en la estrategia de relegitimación necesaria en un contexto de desmantelamiento del Estado social y benefician pues, sobre todo, a quienes tratan de obtener ese propósito[73]»: si desde el prisma político, el miedo y la inseguridad creada por la inmigración[74] —y alentada de manera convincente— así como el discurso del orden público se priorizan para de alguna manera encubrir las políticas de segmentación social y de privatización de la cobertura de necesidades sociales, de contenido económico y cultural —que no afectan, por cierto, sólo a los inmigrantes—, desde el prisma económico coadyuvan a la pauperización de la oferta de fuerza de trabajo —brindando, asimismo, un perfecto *chivo expiatorio* compuesto por los trabajadores temporales acogidos al régimen de contingentes y los trabajadores procedentes de la inmigración irregular[75]—, y ofrecen por supuesto una oportunidad singular para producir un «efecto corrosivo»[76] sobre las normas jurídicas laborales existentes en los Estados democráticos, contribuyendo a una de las máximas aspiraciones del paradigma ideológico —el neoliberalismo— que parece inspirar predominantemente el actual proceso de mundialización: la desregulación laboral.

No son, por descontado, el único factor coadyuvante de este hecho, pero el miedo y el rechazo social a los inmigrantes «son un perfecto instrumento legitimador de las medidas políticas restrictivas», en el ámbito laboral y en muchos ámbitos relacionados con el desarrollo del moribundo Estado del bienestar, que no sólo afectan a los trabajadores migratorios, a la par que de «las precarias condiciones materiales del colectivo inmigrante» que la realidad de los Estados de acogida apenas puede ocultar[77].

---

[73] De Lucas Martín, J.: «Sobre la situación actual de la política de emigración en la Unión Europea. El caso español», en: Ferrari, V., Séller, Th. & De Tullio, E.: *Citizenship and immigration.* Giuffrè edittore, Milano, 1998, p. 141.

[74] Y, muy particularmente, de los inmigrantes en situación irregular (Ruiz López, B. y Ruiz Vieytez, E.J.: *Las políticas de migración: la legitimación de la exclusión*. Universidad de Deusto, Bilbao, 2001).

[75] De Lucas Martín, J.: *op. cit.*, p. 146.

[76] Faria, J.E.: *El Derecho en la economía globalizada.* Editorial Trotta, Madrid, 2001, p. 209.

[77] Se «genera un círculo vicioso que alimenta el rechazo, ya que la población autóctona tiende a reificar la posición social de los inmigrantes en la sociedad receptora y olvida que es la propia sociedad la que les ha condenado a ella» (Solé, C.; Alarcón, A.; Gibert, F.; Parella, S. y Ribas, N.: «El impacto de la inmigración en los países del sur de Europa», en: Solé, C.: *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora.* Editorial Anthropos, Barcelona, 2001, p. 280).

IV. **Consideraciones finales**

La CTMF ha supuesto un importante esfuerzo para elevar de forma significativa el estándar jurídico internacional de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias —es decir, de un grupo social particularmente desprotegido—, el cual se debió afrontar con el difícil reto de compatibilizar ese interés con la soberanía del Estado en materia migratoria.

Es especialmente relevante, sin duda, la amplitud del catálogo de derechos del que son titulares todos los trabajadores migratorios y sus familias, con independencia de si se trata de personas documentadas o en situación regular, o no; y lo es porque significa que los trabajadores migratorios y sus familiares no documentados o en situación irregular gozarían en el Estado receptor de un estándar jurídico que aproximaría sensiblemente su tratamiento jurídico, en lo fundamental de la idea de dignidad humana, al resto de los individuos bajo la jurisdicción del Estado receptor.

No obstante, respecto a este colectivo, se plantea una sensación ambivalente: pese a lo positivo del planteamiento jurídico-político de la CTMF, se une la evidencia, primero, de que su estándar jurídico no es equivalente al de los trabajadores migratorios y sus familias documentados o en situación regular —lo que puede que resulte lógico desde el prisma de su diferente situación respecto al Derecho interno del Estado receptor—, aunque ello les priva de ciertos derechos y libertades que resultan muy importantes desde el prisma del desarrollo de su personalidad y de su vida familiar; y, segundo, de que el Estado respecto a ellos sigue manteniendo básicamente intacta su capacidad de actuar en el ámbito de la política migratoria y también en el de la policía migratoria.

También resulta positivo el estándar jurídico adoptado en la CTMF respecto a los trabajadores migratorios y sus familias documentados o en situación regular, dirigido a favorecer su integración social y a intentar generar una dinámica tendente a su progresiva equiparación a los nacionales en relación al nivel de bienestar; amén de que dicha equiparación no se vislumbra ser completa desde el punto de vista jurídico a tenor de la redacción de la CTMF, hay que advertir cómo ciertas de las obligaciones asumidas por los Estados son imprecisas o de un alcance jurídico no excesivamente taxativo.

A pesar de que el indiscutible avance humanitario que supone se combina con un margen amplio de maniobra a los Estados en relación con su política migratoria, la CTMF genera una cierta sensación de fracaso, por el escaso número de Estados que han aceptado ser Partes

de ella —aunque entre quienes no lo han hecho no se encuentran sólo los Estados desarrollados/receptores—.

Este hecho evidencia que particularmente los Estados de acogida de importantes flujos migratorios no parecen dispuestos a asumir la CTMF como tratado internacional que guíe la evolución de su ordenamiento jurídico interno.

Es más, las tendencias apuntadas singularmente entre los Estados Miembros de la Unión Europea —y como reflejo de ellas en el marco de la política común de asilo e inmigración comunitaria— marcan una marcha inversa a las exigencias de la misma. El fenómeno migratorio es percibido como un problema, debido a los miedos generados por el mismo en sociedades esencialmente bienestantes, tanto por los riesgos derivados de la profundización del actual proceso de mundialización como por la apariencia de que la inmigración acarrea un riesgo de disolución y pérdida de la identidad comunitaria, y, en suma, del propio bienestar; apreciaciones debidamente azuzadas por ideologías que encuentran en esa dinámica un caldo de cultivo perfecto para poder arraigar sus acciones y objetivos en la opinión pública. Todo ello, deslizando unos parámetros que, desde el prisma que nos ocupa, inciden en la restricción de los derechos y libertades de los inmigrantes —particularmente, de los extranjeros en situación irregular—, y que pueden ser cuestionables desde el prisma jurídico internacional, pero, sobre todo, desde los valores y la ética de la sociedad democrática.

Lo último que cabe afirmar es que, probablemente, la opción entre una línea jurídico-política alineada con la CTMF y la que parecen auspiciar los Estados de acogida —entre ellos, los Estados Miembros de la Unión Europea— marcan dos percepciones muy diferentes del fenómeno migratorio y, sin duda, llevan a consecuencias sociales a medio y largo plazo no coincidentes, que habría que examinar y valorar sin las premuras de las necesidades contingentes y con una perspectiva de futuro alejada de lo coyuntural. No en vano, es un fenómeno social que ha de marcar la vida de las generaciones presentes y futuras.

Anexo

Con la edición de este volumen cerrada, el 14 de marzo de 2003 fue depositado el vigésimo instrumento de ratificación de la CTMF —en esa fecha, consta el depósito de su respectivo instrumento por parte de El

Salvador y Guatemala[78]—; de conformidad con el artículo 87, 1 de la misma, la constancia de este vigésimo depósito determina su entrada en vigor el 14 de julio de 2003.

Si no media el depósito de ningún nuevo instrumento, en la fecha de su entrada en vigor la CTMF tendrá 21 Estados Partes[79].

Ciertamente, la entrada en vigor de la CTMF puede considerarse desde el prisma jurídico como un evento relevante por cuanto propicia la aplicabilidad de un tratado internacional que perfila una política jurídica frente al fenómeno migratorio proclive a compatibilizar un alto nivel de protección de los derechos y libertades de los trabajadores migrantes y sus familias con la soberanía estatal en materia de política migratoria.

A pesar de ello, la evidencia de que ninguno de los 21 Estados Partes de la CTMF sea un Estado desarrollado receptor de flujos migratorios substanciales es un lastre que repercute en su efectividad como instrumento jurídico-positivo destinado a garantizar un estándar jurídico internacional mínimo adecuado para los derechos y libertades de los trabajadores migrantes y sus familias: excluye en principio de su ámbito de aplicación material buena parte de las principales corrientes migratorias contemporáneas y no influencia a priori en el plano jurídico la determinación de las políticas migratorias de los Estados desarrollados.

---

[78] Fuente: *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* disponible en: http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/RepStatfrset?OpenFrameSet, 28/05/03; desde la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se considera que el instrumento de ratificación guatemalteco es el que suma la cifra prevista en el artículo 87, 1 de la CTMF (Fuente: *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos,* disponible en: http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/B87E9E85C7147498C1256CEF00385E50?opendocument, 28/05/03).

[79] Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Marruecos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Uganda y Uruguay.

La protección extraconvencional de los derechos humanos

La protección extraconvencional de los derechos humanos

José Luis Gómez del Prado

Sumario: 1. El sistema de mecanismos extraconvencionales: 1) Elementos estructurales. 2) Estructura y evolución histórica: El procedimiento confidencial 1503; El procedimiento público 1235. 2. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 3. Conclusión.

El programa de derechos humanos de las Naciones Unidas ha constituido, desde su creación, un símbolo de esperanza para las víctimas de violaciones que esperan como último recurso que la Organización sea «la voz de los sin voz». Sin embargo, durante gran parte de «la Guerra Fría» las Naciones Unidas permanecieron mudas a los llamamientos de graves violaciones en todo el mundo. Ante la avalancha de denuncias por particulares y organizaciones no gubernamentales, la Comisión de Derechos Humanos se declararía, ya en 1947, incompetente para poder tomar medida alguna sobre cualquier queja en relación con derechos humanos. Si bien la Comisión adoptó un procedimiento que la Secretaría debería seguir, los gobiernos, amparándose en el principio de soberanía nacional, se opusieron no sólo a que se tomaran medidas sino también a que se acusara recibo de las comunicaciones que llegaban a la Organización.

Los gobiernos aceptaron que se pusiera en pie un sistema de protección en el ámbito internacional, pero optaron por el camino más largo y sinuoso. Un camino que les asegurase durante muchos años que la comunidad internacional no se iba a ingerir en el tratamiento que recibían en materia de derechos humanos los individuos viviendo bajo sus respectivas jurisdicciones. Ese camino pasaba por un sistema convencional de protección de los derechos humanos: elaboración de normas de derechos humanos en declaraciones y más tarde en tratados que los Estados deben ratificar, con reservas en muchos casos, creación de órganos de vigilancia de los tratados y procedimientos facultativos de vigilancia cuasicontenciosos para examinar quejas de particulares. El sistema internacional de mecanismos convencionales que se ha construido es lento y deja fuera no sólo una serie de Estados por no ser partes en una determinada convención o pacto inter-

nacional, sino también tipos de violaciones no previstas en esos instrumentos así como de procedimientos de vigilancia cuasicontenciosos que, además de ser facultativos, no están integrados en todos los tratados de derechos humanos. Los instrumentos convencionales configuran un sistema limitado e imperfecto que se va perfeccionando con el tiempo pero que todavía deja mucho que desear en términos de universalidad[1].

1. **El sistema de mecanismos extraconvencionales**

La credibilidad del programa de derechos humanos y de la acción de las Naciones Unidas depende de la capacidad de la Organización en investigar eficazmente las denuncias de las víctimas y de responder a las demandas de asistencia humanitaria que se le hacen. Asimismo, el programa debe servir como un sistema de alarma precoz fiable para que las Naciones Unidas puedan responder a situaciones de emergencia. Y, lo que es sumamente importante, debe servir de prevención para que cesen las violaciones. Con objeto de responder al desamparo en el que se encuentran las víctimas y rehacer la credibilidad perdida durante sus primeros veinte años, la Organización ha desarrollado un sistema de procedimientos extraconvencionales.

Esos instrumentos establecen órganos subsidiarios con procedimientos de investigación[2] que compilan y analizan información sobre una determinada situación de graves violaciones de derechos humanos. Son órganos integrados por expertos independientes de renombre internacional, reconocidos por su imparcialidad, independencia y competencia en la materia. Pueden ser órganos unipersonales (relator especial, representante, enviado, experto, etc…) u órganos colectivos (grupo

---

[1] Por ejemplo, en los últimos 25 años del siglo XX, entre 1975 y 2000, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos recibió más de 400.000 quejas individuales que se tramitaron en el marco del sistema de instrumentos extraconvencionales, mientras que apenas se tramitaron 800 quejas individuales en el marco convencional.

[2] Los términos «instrumentos», «procedimientos», «mecanismos» y «mandatos» son sinónimos y tienen la misma connotación. En el presente texto se utilizan indistintamente. Los denominamos de investigación (otros prefieren el término de «observación») porque la mayor parte de estos instrumentos tratan de determinar los hechos y presentar la información así recogida. En inglés se utiliza preferentemente el término «fact finding», en lugar del de «inquiry», que connota al mismo tiempo búsqueda, colecta de información y determinación de los hechos. El inglés es mucho más cómodo pero también más vago.

de trabajo, comité *ad hoc*). La información que recogen esos órganos subsidiarios permite a los órganos de vigilancia y control de Naciones Unidas (Comisión de Derechos Humanos, Consejo Económico y Social, Asamblea General y, recientemente en algunos casos, Consejo de Seguridad) poder examinar alegaciones de violaciones de derechos humanos fuera del marco estrictamente convencional, debatir de la situación y adoptar las medidas que consideren oportunas.

Se trata de un sistema relativamente reciente y en continua evolución que abarca no sólo a los 190 Estados Miembros de las Naciones Unidas sino a todos los países del mundo. Como en todo procedimiento de investigación, el método que utilizan los órganos subsidiarios sirve para verificar la conformidad de una situación dada con las normas internacionales de derechos humanos. En el caso de los instrumentos extraconvencionales se comprueban las violaciones sobre la base de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pero se tienen al mismo tiempo en cuenta todos los instrumentos convencionales en que un determinado Estado es parte. El sistema de instrumentos extraconvencionales se basa principalmente en el procedimiento de la resolución 1503; en el de la resolución 1235 (ambas resoluciones del ECOSOC) y en los procedimientos temáticos. La institución del Alto Comisionado para los Derechos Humanos desempeña, desde su creación en 1994, un papel esencial no sólo en lo que atañe a la coordinación del sistema de instrumentos extraconvencioonales sino también como institución que lleva a cabo algunos de los mandatos de protección del mismo sistema.

Contrariamente a los establecidos en virtud de tratados internacionales, los instrumentos extraconvencionales emanan de decisiones de los órganos de las Naciones Unidas que se plasman en resoluciones. En nuestro estudio nos limitaremos a los procedimientos que se ponen en marcha en el marco de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y que dicho órgano examina anualmente. La razón es obvia. Distintos órganos de la Organización pueden establecer en un momento dado un instrumento extraconvencional para investigar sobre una determinada situación, como lo ha hecho el Consejo de Seguridad en relación con la Ex-Yugoslavia o Ruanda; o misiones de paz para un determinado país como las establecidas por el Consejo de Seguridad o por la Asamblea General. Asimismo, Organismos Especializados, como la Organización Internacional del Trabajo o la UNESCO, aprueban o pueden establecer esa clase de instrumentos en determinados momentos o bien encuentran su fundamento en virtud de los instrumentos constitucionales que han creado dichas organizaciones.

Sin embargo, esos instrumentos extraconvencionales no han llegado a constituir un sistema en materia de derechos humanos como el establecido en el marco de la Comisión de Derechos Humanos, que se inscribe dentro de un sistema permanente en el que los elementos están estructuralmente organizados. Además, una de las funciones primordiales de los instrumentos extraconvencionales es precisamente la de suplir las carencias del sistema convencional. Por estas razones consideraremos únicamente los instrumentos extraconvencionales que se examinan en el marco de la Comisión. En algunas ocasiones puede ocurrir que el instrumento haya tenido su origen en los debates de otros órganos de las Naciones Unidas, como la Asamblea General, que han pedido a la Comisión ocuparse de una determinada situación de violaciones de derechos humanos, como es el caso del mandato sobre Mercenarios. Pero la característica esencial radica en que la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano establecido por la Carta, y el departamento de la Secretaría de la ONU responsable de derechos humanos, es decir la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, lo hayan integrado en sus trabajos. Asimismo, tanto la Comisión como el Alto Comisionado se encuentran implicados en ambos sistemas de protección de derechos humanos: el de instrumentos convencionales y extraconvencionales.

Los procedimientos extraconvencionales pueden clasificarse en dos grandes categorías: *instrumentos geográficos que tratan de un país* (dentro de un procedimiento confidencial o de un procedimiento público); *instrumentos temáticos que tratan de fenómenos globales* (procedimiento público únicamente) y dentro de esta última categoría: (i) de violaciones de derechos económicos, sociales y culturales; (ii) de violaciones de derechos civiles y políticos; (iii) de violaciones de los derechos de determinados grupos de la población; y (iv) de fenómenos específicos.

Al finalizar su último período de sesiones, en 2002, la Comisión mantenía: (a) en el procedimiento geográfico confidencial, el examen de la situación en 2 países; (b) en el procedimiento público (geográfico y temático), un total de 38 mandatos. A pesar de que la interpretación más estricta de instrumentos extraconvencionales se aplica a los órganos subsidiarios integrados por expertos independientes, hemos añadido a esos 38 mandatos cuatros mandatos geográficos más sobre los que informan directamente el Secretario General (Chipre) o el Alto Comisionado para los Derechos Humanos (Colombia, Sierra Leona y Timor Oriental) por considerar que presentan muchos de los requisitos de los instrumentos extraconvencionales clásicos y porque el Secretario General y el Alto Comisionado constituyen una alternativa entre el procedi-

miento 1503 y el público con relator o experto independiente[3]. En algunas situaciones, como Chechenia y Timor Oriental, el mandato que se había asignado al Secretario General inicialmente pasó más tarde al Alto Comisionado. Hay que decir que, desde su creación en 1994, el Alto Comisionado constituye un mecanismo adicional de información e investigación que la Comisión utiliza en determinadas ocasiones para seguir y vigilar de cerca el desarrollo de la situación de derechos humanos en un país. El caso más característico lo representa la Palestina Ocupada, en el que la Comisión en 2000, a pesar de tener ya un relator especial para ese mandato, pidió a la entonces Alta Comisionada, Mary Robinson, que realizase una visita sobre el terreno e informase sobre la situación. Otra de las razones que nos han llevado a considerar ciertos mandatos geográficos bajo la responsabilidad del Secretario General como instrumentos extraconvencionales es el hecho que en el pasado se le habían asignado situaciones como la de Polonia y Bouganville (Papua Nueva Guinea). El Secretario General en esos casos había designado a altos funcionarios de la Secretaría para investigar sobre la situación.

Esos 44 mandatos (42 públicos y 2 confidenciales) constituyen hoy por hoy el sistema de instrumentos extraconvencionales de protección de los derechos humanos sobre los que se apoyan las Naciones Unidas para la aplicación y la vigilancia de las normas internacionales de los derechos humanos tal y como están consagradas en la Declaración Universal y tratados y declaraciones de derechos humanos de la ONU. Los 44 instrumentos extraconvencionales son los siguientes:

(A) *Instrumentos geográficos que tratan de un país:* (i) Chad, Liberia (dentro del procedimiento confidencial); (ii) Afganistán, Burundi, Camboya, Chipre, Colombia, Europa Sudoriental, Guinea Ecuatorial, Haití, Iraq, Myanmar, República Democrática del

[3] Así, por ejemplo, en su resolución 1999/1, la Comisión decidió en su 56.º período de sesiones poner fin al examen de la situación de los derechos humanos en Sierra Leona en el marco de la resolución 1503 (XLVIII) del Consejo Económico y Social y proceder al examen de la materia en el marco del procedimiento público, con arreglo al tema del programa titulado «Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo». Se pidió a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que transmitiera a la Comisión los informes del Secretario General sobre las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en Sierra Leona, incluidas, en la medida de lo posible, las referencias que figurasen en los informes presentados a la Comisión de Derechos Humanos. Desde 2000, la Comisión ha venido examinando los informes de la Alta Comisionada. Su último informe sobre Sierra Leona lo presentó en 2002 (E/CN.4/2002/37).

Congo, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Palestina Ocupada, Timor Oriental (dentro del procedimiento público);

(B) *Instrumentos temáticos que tratan de fenómenos globales* (procedimiento público): (i) Derecho al desarrollo, Políticas de ajuste estructural y deuda externa, Protocolo facultativo al PIDESC, Extrema pobreza, Desechos tóxicos, Alimentación, Educación, Salud y Vivienda (sobre violaciones de derechos económicos, sociales y culturales); (ii) Ejecuciones sumarias, Desapariciones forzadas, Protección contra desapariciones forzadas, Tortura, Detención arbitraria, Independencia de magistrados y abogados, Libertad de expresión, Libertad de religión (sobre violaciones de derechos civiles y políticos); (iii) Defensores de los derechos humanos, Desplazados internos, Diáspora africana, Migrantes, Pueblos indígenas, Venta de niños, Violencia contra la mujer (sobre violaciones de los derechos de determinados grupos de la población); (iv) Mercenarios, Racismo (sobre fenómenos específicos).

1.1. *Elementos estructurales*

Al examinar la situación de violaciones de los derechos humanos, la Comisión adopta todos los años numerosas resoluciones. Se aprueban las resoluciones por mayoría simple de los miembros de la Comisión (53 Estados Miembros de la ONU[4]). Algunas de esas resoluciones establecen órganos subsidiarios de la Comisión (con sus respectivos mandatos, competencias, las fuentes de información que podrán utilizar, los objetivos que se deberán alcanzar en los informes, etc.). Las resoluciones de la Comisión han de estar endosadas por el ECOSOC, particularmente en lo que respecta a la aprobación de gastos que ocasionan los mandatos.

Las resoluciones de la Comisión y del ECOSOC de las Naciones Unidas constituyen la base jurídica para crear órganos subsidiarios de investigación a fin de poder cumplir con los objetivos y principios de la Carta. Al mismo tiempo, los Estados Miembros, en virtud del artículo 55 de la Carta, deben cooperar con las Naciones Unidas con el objeto de alcanzar esos objetivos y cumplir con los principios entre los que figura «el respeto universal a los derechos humanos (…)».

---

[4] La distribución geográfica de los 53 Estados miembros de la Comisión es la siguiente: Africa (15), Asia (12), Europa Occidental y otros países (10), Europa Oriental (5), Latinoamérica y Caribe (11).

En virtud del mandato que se les ha otorgado, los órganos subsidiarios extraconvencionales presentan anualmente a la Comisión sus respectivos informes sobre la situación de los derechos humanos en el mundo. La Comisión considera y debate los informes de los órganos extraconvencionales en la mayoría de los temas[5] de su programa. Esos informes constituyen la base principal de los debates. Intervienen los Estados Miembros así como los Estados Observadores de la Comisión. Asimismo, las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo en la ONU presentan información (a menudo proporcionan el testimonio de personas que han sufrido violaciones) sobre situaciones de derechos humanos. Se entablan negociaciones formales e informales sobre el lenguaje y los términos que se van a emplear en la elaboración de los proyectos de resolución. Esos textos constituyen las recomendaciones que hace la comunidad internacional a los gobiernos para mejorar una situación dada. Se aprueban gran parte de los proyectos de resolución por consenso sin necesidad de votación. En muchos casos, sin embargo, se tiene que recurrir a votación y a menudo a una votación registrada. En los casos en que se ha aprobado una resolución sobre un país recurriendo a la votación, la sanción moral es todavía mayor debido a la oposición del gobierno interesado que no se muestra dispuesto a colaborar.

---

[5] En el último período de sesiones de la Comisión, celebrado en el 2002, de los 21 temas tratados por la Comisión, los instrumentos extraconvencionales estaban presentes en los siguientes temas: TEMA 3. *Organización de los trabajos* (Colombia); TEMA 5. *El derecho de los pueblos a la libre determinación y su aplicación a los pueblos sometidos a dominación colonial o extranjera o a ocupación extranjera* (Mercenarios); TEMA 6. *El racismo, la discriminación racial, la xenofobia y todas las formas de discriminación* (Racismo); TEMA 7. *El derecho al desarrollo* (Derecho al desarrollo); TEMA 8. *Cuestión de la violación de los derechos humanos en los territorios árabes ocupados, incluida Palestina* (Palestina ocupada); TEMA 9. *Cuestión de la violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquier parte del mundo, subdividido en dos: (a) Cuestión de los derechos humanos en Chipre* (*que comprendía además* Afganistán, Bosnia-Herzegovina y Yugoslavia, Burundi, Chipre, Guinea Ecuatorial, Irán, Iraq, Myanmar, República Democrática del Congo, Sudán, Sierra Leona, Chechenia, Timor Oriental) *(b) Procedimiento confidencial*; TEMA 10. *Los derechos económicos sociales y culturales* (Alimentación, Educación, Extrema pobreza, Traslado y vertimientos ilícitos de desechos tóxicos, Política de ajuste estructural y deuda externa, Protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Vivienda); TEMA 11. *Los derechos civiles y políticos* (Desapariciones, Detención arbitraria, Ejecuciones sumarias, Independencia de magistrados y abogados, Libertad de expresión, Libertad de religión, Tortura); TEMA 12. *Integración de los derechos humanos de la mujer y cuestión de género* (Violencia contra la mujer); TEMA 14. Grupos o individuos específicos (Migrantes, Desplazados internos); TEMA 15. (Pueblos indígenas); TEMA 17(b). Defensores de derechos humanos; TEMA 19. *Servicios de asesoramiento y cooperación técnica* (Camboya, Haití, Somalia).

La colocación del examen del informe de un instrumento extraconvencional bajo un determinado tema del programa de la Comisión está en función de las características y del tipo de fenómeno que el órgano subsidiario va a estudiar, pero también está en función del tipo de mensaje que se quiere dar a la comunidad internacional. Así, se establece una jerarquía que va de los mandatos que se examinan bajo los temas más importantes en términos de violaciones (temas 9, 10 y 11) a los temas que tratan más bien de promoción y de asistencia (temas 17 y 19), pasando por temas relacionados con la ocupación territorial, la descolonización y el derecho al desarrollo (temas más políticos que figuran al principio de los trabajos de la Comisión como una concesión a los países del Tercer Mundo) y por los temas relacionados con los derechos de ciertos grupos de la población. El caso de Colombia, que se examina bajo el tema 3 (Organización de los trabajos), que no tiene nada que ver con la situación, no es único. Representa una concesión que se hace a los Estados para que acepten que se debata de la situación públicamente. El Gobierno de Colombia no estaría dispuesto a aceptar que se pudiera examinar el informe del Alto Comisionado bajo un tema relacionado con violaciones de derechos humanos. En el pasado, bajo ese mismo tema 3, se han examinado situaciones en Burundi, Guatemala, Somalia y Togo.

Asimismo, existe una jerarquía en la designación del mandatario. Al establecer un órgano subsidiario, la Comisión puede pedir al Secretario General, o designar ella misma, ya sea un relator, un representante, un enviado, un grupo de trabajo, o bien un experto. La designación del mandatario la hace el Presidente de la Comisión después de haber consultado con la Mesa. Por regla general, la designación de un relator especial de la Comisión junto con el examen de su informe bajo el tema 9 (bajo el que se consideran los mandatos geográficos) implica la máxima sanción para un país. Una sanción un poco menos importante es cuando se nombra a un enviado o representante y todavía menos si el nombramiento viene del Secretario General y no de la Comisión. Los informes más favorables al gobierno en cuestión, en teoría, deberían emanar de los expertos nombrados por el Secretario General para proveer asistencia a los gobiernos (tema 19) que salen de un período de graves violaciones pero que han iniciado un proceso democrático.

Por otra parte, se debería esperar que los informes de los relatores especiales establecidos por la Comisión bajo el tema 9 constituyeran la crítica más fuerte hacia las autoridades de un Estado que viola los derechos humanos. Sin embargo, esos criterios teóricos tienen poco que ver con la personalidad del mandatario, el cual tiene amplia libertad para elaborar su informe de acuerdo con su apreciación y evaluación

de la situación sobre la base de las informaciones que ha podido recoger. Así, por ejemplo, ha habido informes elaborados por el relator especial sobre Guatemala (los de Lord Colville), nombrado por la Comisión, francamente favorables al Gobierno de Guatemala y ampliamente criticados por las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos. Por el contrario, los informes de la experta (Mónica Pinto) sobre Guatemala, nombrada por el Secretario General para facilitar asistencia al Gobierno de ese mismo país, han constituido un análisis objetivo de lo que estaba pasando en Guatemala, una crítica muy dura para el Gobierno y han sido siempre bien acogidos y respaldados por la sociedad civil. Los dos expertos examinaban la misma situación pero cada uno de ellos la analizaba con un prisma de valores personales.

Hay que señalar que con algunos mandatos, como Haití y Guinea Ecuatorial, la Comisión, según las fuerzas políticas en presencia a la hora de tomar decisiones, ha estado jugando al yoyó con el mandato, pasando de relator a experto y luego a relator otra vez para finalizar en experto. Guinea Ecuatorial, por ejemplo, tuvo un relator especial en 1979 y 1980, luego un experto para asistencia de 1981 a 1993, para pasar a un relator especial de 1993 a 2001 y finalizar con un experto en 2002, independientemente de la situación de los derechos humanos en ese país, que en el transcurso de todos esos años no había cambiado.

En 2002, dentro del procedimiento público, la Comisión finalizó el mandato de Irán y transformó y pasó a los servicios de asistencia el de Guinea Ecuatorial. Asimismo, estableció dos nuevos mandatos: el de *salud* y el de *discriminación racial hacia personas de ascendencia africana*. Sin embargo, la Comisión fracasó en su intento de establecer un mandato sobre la situación en Zimbabwe y continuar el examen de la situación en la República de Chechenia de la Federación de Rusia. En el procedimiento confidencial, la Comisión suspendió el examen de la situación en Nigeria, Togo y Zambia.

1.2. *Estructura y evolución histórica*

El Procedimiento confidencial 1503

En 1970, el Consejo Económico y Social adoptaba la resolución 1503 (XLVIII) por la que se establecía un procedimiento confidencial y permanente. Se encargaba a la Subcomisión evaluar la admisibilidad de las comunicaciones que se recibían. Hasta 2000, un grupo de trabajo de la Subcomisión (Grupo de Comunicaciones) y la Subcomisión en plenaria examinaban todas las comunicaciones comprendidas en

una lista establecida por el Secretario General (Oficina del Alto Comisionado para Derechos Humanos) con el objeto de determinar si era conveniente o no presentar a la Comisión de Derechos Humanos situaciones específicas que parecieran revelar la existencia de un cuadro de violaciones masivas y sistemáticas, fehacientemente probadas, de derechos humanos. A partir de 2000, a raíz de los cambios operados para lograr una mayor eficacia de los mecanismos de la Comisión, el Grupo de Comunicaciones envía las conclusiones de sus trabajos directamente al Grupo de Situaciones de la Comisión sin pasar por la plenaria de la Subcomisión.

El procedimiento 1503 ha marcado el sistema de instrumentos extraconvencionales en sus comienzos, entre los años 1970-1980, en una etapa que precedió a la generalización de mandatos geográficos bajo el procedimiento público. Todos los países a los que bajo el procedimiento público se les asignó en su momento un órgano subsidiario extraconvencional, como Afganistán, Bolivia, Chile, Guinea Ecuatorial, El Salvador, Guatemala e Irán, habían pasado anteriormente por el procedimiento confidencial.

El procedimiento confidencial permite recibir y examinar quejas individuales de derechos humanos. Sin embargo, no se examinan las quejas individualmente sino en la medida que configuran una «situación» de violaciones masivas y sistemáticas en un país o región. El procedimiento se desarrolla en varias etapas durante un ciclo anual, entre el período de sesiones de la Subcomisión y el de la Comisión de Derechos Humanos.

En una primera etapa, la Oficina del Alto Comisionado resume las comunicaciones individuales que recibe y elabora listas mensuales confidenciales. Se envían dichas listas con las observaciones hechas por los Estados interesados a los miembros del Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones de la Subcomisión. Al preparar los resúmenes, la Secretaría debe haber descartado, con la aprobación del Presidente-Relator del Grupo de Comunicaciones, las comunicaciones manifiestamente carentes de fundamento.

El Grupo sobre las Comunicaciones está integrado por cinco miembros de la Subcomisión. Se reúne anualmente durante dos semanas, inmediatamente después del período de sesiones de la Subcomisión, en agosto. El Grupo sobre las Comunicaciones examina de forma confidencial las comunicaciones contenidas en las listas de la Secretaría así como las observaciones hechas por los gobiernos. Dichas listas han sido previamente enviadas por la Secretaría dando a los gobiernos un plazo de 12 semanas para contestar antes de la reunión del Grupo.

De conformidad con su resolución 1 (XXIV), el Grupo debe pronunciarse sobre la admisibilidad de las comunicaciones sobre la base de los criterios siguientes: las comunicaciones deben dar motivos razonables que revelen un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Para poder ser admisibles, los derechos violados mencionados en las comunicaciones deben estar contenidos en uno de los instrumentos de derechos humanos. Son inadmisibles las comunicaciones anónimas, las que utilizan términos abusivos, las que se fundamentan únicamente en informaciones de prensa o las que sean incompatibles con los principios de la Carta de las Naciones Unidas. Las comunicaciones pueden ser presentadas por organizaciones no gubernamentales. No es indispensable que sean las víctimas mismas las que las presenten. Las comunicaciones serán inadmisibles si no se hubieran agotado todos los recursos internos o si no se presentaran dentro de un plazo razonable una vez agotados los recursos internos. Son igualmente inadmisibles las comunicaciones que hagan referencia a asuntos de la competencia de otros organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas.

Una vez declaradas admisibles, el Grupo sobre las Comunicaciones examina las comunicaciones sobre el fondo y decide confidencialmente presentar a la Comisión de Derechos Humanos toda situación concreta que parezca revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. La Secretaría debe informar a los países interesados inmediatamente después de concluir la reunión del Grupo sobre las Comunicaciones de las medidas adoptadas con respecto a ellos.

El Grupo de Trabajo sobre las Situaciones de la Comisión está compuesto por cinco miembros representantes de países de la Comisión (uno por región geográfica): recibe las comunicaciones que le transmite el Grupo sobre las Comunicaciones de la Subcomisión y procede a examinarlas. Dicho grupo se reúne anualmente durante una semana, por lo menos un mes antes del período anual de la Comisión en marzo-abril para decidir si se ha de remitir o no a la Comisión una determinada situación. Asimismo, el Grupo sobre las Situaciones debe examinar las situaciones concretas que la Comisión mantiene en estudio. El Grupo debe someter a la Comisión un informe confidencial en el que se especifican las principales cuestiones motivo de preocupación, junto con un proyecto de resolución o de decisión en el que recomienda las medidas que la Comisión debe adoptar respecto a las situaciones sometidas a su consideración.

La Comisión de Derechos Humanos, en plenaria pero a puerta cerrada (procedimiento confidencial), examina, en dos sesiones privadas, las situaciones concretas que le ha sometido el Grupo sobre las Situaciones. En la primera sesión privada se invita a cada país interesado a hacer una exposición inicial sobre la situación de derechos humanos en su país. A continuación se abre un debate en la Comisión sobre la base del expediente confidencial presentado por el Grupo sobre las Situaciones. En la segunda sesión privada, los miembros de la Comisión examinan los proyectos de resolución o de decisión y se pronuncian al respecto. Los representantes del gobierno interesado están presentes en la sala. La Comisión puede adoptar una de las siguientes decisiones con respecto a una situación determinada:

—Que se deje de examinar el asunto cuando no se justifica su examen o la adopción de medidas ulteriores (en su día ésa fue la decisión que tomó la Comisión en relación con países como Mozambique, Gabón, Japón, Malasia, Pakistán y Venezuela);
—Que se mantenga la situación en estudio (confidencial) a la luz de toda nueva información (ésa fue la decisión que en su día tomara la Comisión en relación con: Alemania del Este, Argentina, Indonesia, Filipinas, y Turquía);
—Que se mantenga la situación en estudio y se nombre a un experto independiente (la Comisión solicitó al Secretario General que mediara directamente («buenos oficios») con los Gobiernos de Etiopía, Guinea Ecuatorial, Haití, Paraguay y Uruguay);
—Que se deje de examinar el asunto confidencialmente a fin de pasar a examinarlo públicamente (como en los casos ya citados más arriba de Afganistán, Bolivia, Chile, Guinea Ecuatorial, El Salvador, Guatemala e Irán).

A pesar del carácter confidencial de dicho procedimiento, el Presidente de la Comisión anuncia públicamente todos los años, desde 1978, la lista de países que se encuentran bajo el procedimiento de la 1503. Al mismo tiempo, el Presidente señala la lista de países que ya no son objeto de dicho procedimiento. Desde su creación, unos 60 países han sido objeto de examen bajo este procedimiento confidencial. En 2002, sólo dos países (Chad y Liberia) se encuentran bajo el mandato confidencial.

La práctica de la Comisión muestra que para algunos países como Haití, Myanmar, Paraguay, Filipinas y otros países, la Comisión nombró a representantes especiales o expertos independientes. En otros casos, como Uruguay, la Comisión solicitó al Secretario General que estableciese contactos directos («buenos oficios») con las autoridades con el objeto de obtener información adicional.

En su momento, el procedimiento de la 1503 significó un avance notable en materia de protección de los derechos humanos pues permitió, por primera vez, a un mecanismo internacional permanente poder examinar quejas individuales, aunque fuera de manera incompleta debido a su carácter confidencial y a los estrictos criterios de admisibilidad.

Con la puesta en marcha del procedimiento público de la 1235, se hubiera podido pensar que el procedimiento confidencial no tenía razón de ser y que se le podía reemplazar. Sin embargo, por razones políticas obvias, que hacen que los Estados prefieran el procedimiento confidencial, que les ofrece muchas más garantías en todas las etapas de la investigación, se ha continuado con dicho procedimiento.

Igualmente, se hubiera podido pensar que la etapa confidencial de la 1503 se podía dejar atrás y que la comunidad internacional ya estaba lo suficientemente madura como para aceptar procedimientos públicos. Sin embargo, en las propuestas que hizo la Mesa, en 1999, para racionalizar el trabajo de la Comisión, no se suprimió dicho procedimiento sino únicamente la etapa que implicaba a la Subcomisión en pleno.

El Procedimiento Público 1235

Organos subsidiarios geográficos

En 1967 la Comisión, que había empezado sus trabajos veinte años atrás pero que todavía no contaba con un mecanismo de protección, empezó a considerar en su programa de trabajo la cuestión de las violaciones de los derechos humanos y a considerarse competente para recibir y examinar quejas individuales. La resolución 1235 (XLII) del Consejo Económico y Social estableció por primera vez un procedimiento público. Ya en 1963, la Asamblea General había establecido un mandato de un grupo de expertos independientes sobre Vietnam del Sur, a cuya cabeza estaba el Presidente en ejercicio de la Comisión de Derechos Humanos, para que investigara discriminaciones y persecuciones contra la comunidad budista. Se puede decir que el procedimiento público que se pondría en marcha con la resolución 1235 tiene sus orígenes en ese mandato sobre Vietnam del Sur.

La adopción de la resolución 1235 (XLII) por el Consejo Económico y Social constituyó la respuesta de la comunidad internacional para encontrar una solución al problema que planteaba la llegada a la Secretaría de las Naciones Unidas de quejas individuales bajo el procedimiento

no confidencial sobre temas precisos como el *apartheid* y la discriminación racial en Rodesia y Sudáfrica.

Por esta resolución se autoriza a la Comisión y a la Subcomisión[6] a examinar informaciones relativas a violaciones flagrantes a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, como la política de *apartheid* practicada en Sudáfrica, contenidas en las comunicaciones mencionadas en la lista elaborada por el Secretario General en aplicación de la resolución 728 (XXVIII) del Consejo Económico y Social.

Ese momento coincidió con el proceso de descolonización y la entrada en las Naciones Unidas de países recién independizados de Africa y Asia. Apenas liberados del colonialismo, esos países se preocuparon con prioridad de la situación de los derechos humanos en Africa Meridional y en los territorios palestinos ocupados por Israel. Asuntos que se transformaron en temas permanentes del programa de la Comisión. Los primeros mandatos que se establecieron fueron el del Grupo de Expertos para Africa Meridional y el del Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afecten a los derechos humanos del pueblo palestino y otros habitantes árabes de los territorios ocupados.

El argumento decisivo al establecer esos dos órganos residió en la relación que existía entre las violaciones graves de derechos humanos en esas dos regiones y el hecho de que esas situaciones constituían amenazas para la paz y la seguridad internacionales.

Hasta 1975 el procedimiento estaba estrechamente ligado a cuestiones de colonización y la Comisión se limitó a examinar las violaciones únicamente en Africa Meridional y en los Territorios Arabes Ocupados por Israel. A partir de esa fecha se opera un cambio cualitativo y se empiezan a crear mandatos para examinar la situación en Latinoamérica, Africa, Asia y Europa Oriental. Bajo el procedimiento público, la Comisión ha examinado la situación en 31 países (contando los mandatos del Secretario General y del Alto Comisionado), lo que viene a corresponder a la mitad de los países examinados bajo el procedimiento confidencial.

En 1975, se dio un paso decisivo al crear un órgano subsidiario para investigar la situación en Chile después del golpe de Estado y el derrocamiento del Gobierno constitucionalmente elegido del Presidente

---

[6] A raíz de los cambios introducidos en 2000, la Subcomisión no examina ya violaciones de derechos humanos que se producen en un país excepto bajo el procedimiento confidencial 1503.

Allende. El rechazo de la comunidad internacional de los crímenes, desapariciones, torturas y otras violaciones cometidos por el nuevo régimen condujo al establecimiento por la Comisión, a recomendación de la Subcomisión, de un grupo de trabajo encargado de investigar la situación en aquel país. En 1978, un relator reemplazó al grupo de trabajo. El mandato duró hasta 1990, fecha en la que la Comisión lo suspendió al tener Chile un Gobierno constitucionalmente elegido.

El ímpetu que permitió la puesta en marcha de ese procedimiento sobre Chile transformó al mismo tiempo el mecanismo de la 1235. En efecto, la Comisión tomó conciencia de que ese mecanismo permitía investigar sobre situaciones de derechos humanos que no hubiera podido imaginar en el marco inicial de la 1235. Al mandato sobre Chile siguió la adopción de instrumentos extraconvencionales sobre Chipre, Guinea Ecuatorial, Bolivia, El Salvador, Polonia, Guatemala, Irán, Cuba, Rumania, Kuwait Ocupado, Iraq, Ex-Yugoslavia, Myanmar, Sudán, Camboya, Bouganville (Papua Nueva Guinea), Zaire/Congo, Somalia, Ruanda, Burundi, Colombia, Chechenia (Rusia), Timor Oriental y Sierra Leona.

El carácter de estos mandatos es esencialmente humanitario. No se trata de un procedimiento acusatorio, a pesar de que algunos Estados puedan percibirlos como tales. Se trata, más bien, de un medio en manos de la comunidad internacional para poder socorrer a un pueblo que sufre graves violaciones y tratar de encontrar soluciones urgentes a esas crisis.

Estos procedimientos estuvieron concebidos en un principio no para ocuparse de situaciones individuales sino para tratar situaciones globales de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. No obstante, a medida que los procedimientos investigaban y avanzaban en el tiempo, se llegó a una separación en la concepción de aplicar el procedimiento 1503 (situaciones globales) y el procedimiento 1235 (que se ocupa a la vez de casos concretos a través de las acciones individuales y urgentes así como de situaciones globales). Hay que señalar, no obstante, que no todos los mandatos temáticos se hacen cargo de casos individuales. Algunos mandatarios temáticos como el Representante del Secretario General sobre Desplazados Internos se ocupa únicamente del fenómeno y no acepta casos individuales ni envía acciones urgentes. Considera que su papel es el de un catalizador entre las autoridades nacionales, las Naciones Unidas y las personas que se han visto desplazadas dentro de su propio país.

El procedimiento de la 1235 difiere del procedimiento de la 1503 en varios aspectos, entre los que se pueden mencionar los siguientes:

—Es público y sus informes son examinados por la Comisión de Derechos Humanos o la Asamblea General o por ambas en sesiones abiertas al público;
—Los criterios de admisibilidad son muy flexibles. No es indispensable, por ejemplo, haber utilizado y agotado los recursos internos. Le corresponde al órgano subsidiario establecer los criterios así como su reglamento interno para sus labores;
—Las fuentes de información de los mandatos creados por el procedimiento de la 1235 son más amplias y diversas que las del procedimiento de la 1503;
—El acuerdo del Estado interesado, obligatorio para el procedimiento de la 1503, no es necesario, si bien es deseable para obtener una mayor cooperación. Los mandatos del procedimiento por países de la 1235 son temporales. Se renuevan cada año.

Al ser un procedimiento cuyos informes se consideran durante las sesiones de la Comisión abiertas al público, pueden participar en los debates no sólo los 53 Estados miembros de la Comisión, sino también todos los demás Estados de las Naciones Unidas como observadores, las Organizaciones internacionales y las organizaciones no gubernamentales con estatuto consultivo ante el ECOSOC. La participación de la sociedad civil, a través de esas organizaciones, ha resultado ser de vital importancia, ya que ha permitido no sólo presentar públicamente información relativa a los hechos que estaban aconteciendo en un determinado momento en un país dado, sino también traer a testigos que han sido víctimas de violaciones de derechos humanos.

Resumiendo, se puede decir que la Comisión, con el procedimiento de la 1235, se ha dotado de un mecanismo eficaz para promover los derechos humanos sobre la base de los informes que preparan los órganos subsidiarios de investigación. Se pueden establecer dichos órganos sin necesidad de obtener el acuerdo de los Estados. Las fuentes de información no están limitadas y los órganos pueden realizar tanto entrevistas con testigos y víctimas como consultar documentos oficiales de los gobiernos, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales sin necesidad de aplicar criterios estrictos de admisibilidad como el agotamiento de los recursos internos.

Los dos mecanismos comparten elementos comunes como el envío de alegaciones de violaciones a los gobiernos para que puedan hacer sus observaciones; las visitas «*in situ*» con el objeto de poder evaluar mejor la situación; las entrevistas con las víctimas y los testigos o el envío de acciones urgentes de carácter humanitario.

Ejemplo de un órgano subsidiario establecido por un instrumento extraconvencional geográfico: Myanmar

La Comisión estableció el mandato del Relator Especial en 1992 y ha venido prorrogando ese mandato anualmente. El Relator presenta informes a la Comisión y a la Asamblea General. En su último informe (E/CN.4/2002/45) a la Comisión, el Relator se felicita de algunas iniciativas positivas emprendidas por el Gobierno de Myanmar pero, al mismo tiempo, es consciente de que el progreso es frágil por el hecho de que en Myanmar las violaciones de los derechos humanos se producen en el contexto de dos factores relacionados y coincidentes: la presencia de insurreciones de larga data, étnicas y de otra índole, y la supresión del movimiento democrático resurgente desde 1988. En el informe se piden medidas más enérgicas para llevar adelante el actual proceso, entre ellas las siguientes:

—El fomento de la capacidad del país en materia de derechos humanos, de un modo que se ajuste a la necesidad de prevención y vigilancia de las violaciones de los derechos humanos y que permita responsabilizar a los agentes estatales involucrados;
—La liberación plena e incondicional de todos los presos políticos;
—La ampliación sustancial del campo de actuación de la sociedad civil, los partidos políticos y los grupos étnicos estableciendo condiciones no discriminatorias para el ejercicio de las libertades políticas básicas;
—La ampliación de la gama de medidas destinadas a combatir la violencia contra la mujer a fin de abarcar la violencia en la comunidad, especialmente en las zonas de conflicto entre el ejército y los grupos armados, donde se denuncian las formas más graves de violencia contra la mujer;
—El ejercicio de la máxima moderación en las actividades militares a fin de respetar el Derecho Internacional Humanitario.

Organos subsidiarios temáticos

Con la creación de un órgano subsidiario encargado de investigar el fenómeno de las desapariciones forzadas, el sistema de instrumentos extraconvencionales se dotó de unos procedimientos inexistentes hasta entonces y que permitieron investigar violaciones de derechos humanos con un enfoque temático. Estos instrumentos investigan únicamente un fenómeno o tipo de violación. Contrariamente a los mandatos geográficos, que investigan toda clase de violaciones en un país dado, los mandatos temáticos no se limitan a un país o región sino que abarcan todos los países y territorios del mundo. Se estableció el primer mandato temático, en 1980, para ocuparse del problema de las desapariciones forzadas o involuntarias en el mundo. Ello se debió a una serie de circunstancias políticas.

En efecto, durante los años 70 esta forma de represión era sistemáticamente utilizada en América Latina por los regímenes militares. Ha sido la causa de miles de desapariciones forzadas, primero en Guatemala, y luego en los países del Cono Sur: Argentina, Chile y Uruguay principalmente. A finales de los 70, se trató de adoptar un instrumento extraconvencional para que se ocupase del problema de violaciones de derechos humanos en Argentina. Sin embargo, la Comisión de Derechos Humanos estuvo confrontada a una coalición política montada por el Gobierno de ese país integrada por los Estados Unidos pero también por la Unión Soviética y sus aliados. Hay que señalar que Argentina, en esa época, constituía el primer proveedor de trigo a la URSS. Ante ese bloqueo, se abrió una nueva vía inventándose lo que en adelante se llamarían los procedimientos temáticos[7].

En sus comienzos, el mandato tenía como objetivo principal tratar de desapariciones forzadas de una manera global. Pero, según se iba implementando el mandato, se iba ocupando no sólo del fenómeno como tal sino también de casos individuales dentro de una perspectiva humanitaria.

El grupo de desapariciones forzadas, al igual que otros mandatos temáticos (ejecuciones sumarias, detención arbitraria, tortura, etc…), entra en contacto con las autoridades del país con el propósito de encontrar una solución a la violación que se está cometiendo o ya se ha cometido. En el caso de una desaparición forzada, a fin de encontrar el paradero donde se encuentra la persona en cuestión. Si se trata de una persona torturada, para que termine ese trato cruel.

Los mandatos temáticos no prejuzgan ni condenan la acción de un gobierno; se limitan a solicitar información con el objeto de resolver un problema humanitario. Esos mandatos unen al aspecto promocional de derechos humanos el de protección, pues asumen competencias de tipo humanitario en la transmisión de casos individuales que se les han comunicado.

Los primeros instrumentos temáticos trataban de violaciones de derechos civiles y políticos. Entre 1980 hasta la fecha se han establecido órganos subsidiarios para tratar de Desapariciones forzadas (1980), Exodos masivos (1982), Ejecuciones sumarias (1982), Tortura (1985), Libertad religiosa (1986), Detención arbitraria (1991), Libertad de expresión (1993), Independencia de magistrados y abogados (1994).

---

[7] Para comprender cómo funciona políticamente, entre bastidores, la Comisión de Derechos Humanos, véase el fascinante libro de Ian GUEST, *Beyond Disappearances*, University of Pennsylvania Press, 1990.

Ejemplo de un órgano subsidiario establecido por un instrumento extraconvencional temático de derechos civiles y políticos: El Grupo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias

El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas fue creado en 1980 por la resolución 20 (XXXVI) de la Comisión de Derechos Humanos. Está compuesto por cinco miembros según el criterio de distribución geográfica de las Naciones Unidas. Desde su creación hasta 2002, el Grupo había recibido y transmitido a los gobiernos concernientes 49.802 casos de desapariciones ocurridos en más de 90 países. El número de casos todavía pendientes por no haberse podido aclarar era de 41.859 en 74 países. Los países con más casos de desapariciones han sido respectivamente: Iraq (16.514), Sri Lanka (12.297), Argentina (3.455), Guatemala (3.151), Perú (3.006), El Salvador (2.661), Argelia (1.133) y Colombia (1.114)[8].

Además de su mandato original, que consiste en servir de canal de comunicación entre los familiares de los desaparecidos y los gobiernos interesados para que se investiguen los casos debidamente documentados y claramente identificados y se aclare el paradero de las personas desaparecidas, el Grupo supervisa el cumplimiento por los Estados de las obligaciones emanantes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

Los métodos de trabajo del Grupo, revisados en noviembre de 2001, siguen los criterios metodológicos de los otros órganos subsidiarios de instrumentos extraconvencionales. Destacaremos, sin embargo, a continuación algunos de los criterios que son específicos al Grupo sobre Desapariciones:

Definición: Se producen desapariciones cuando se arresta, detiene o traslada contra su voluntad a las personas o cuando éstas resultan privadas de su libertad de una u otra forma por agentes gubernamentales de cualquier sector o nivel, por grupos organizados o por particulares que actúan en nombre del gobierno, o con el apoyo directo o indirecto, su autorización o su asentimiento, y que luego se niegan a revelar la suerte o el paradero de esas personas o reconocer que están privadas de libertad sustrayéndolas así a la protección de la ley. El apartado i) del párrafo 1 del artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define las desapariciones forzadas como crímenes de lesa humanidad.

Aclaraciones: La situación se aclara cuando se determina evidentemente el paradero de las personas desaparecidas como resultado de las investigaciones realizadas por el gobierno, por organizaciones no gubernamentales, por misiones de investigación del Grupo o por personal de derechos humanos de las Naciones Unidas o de cualquier otra organización que

[8] *Informe del Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, Documento de Naciones Unidas, E/CN.4/2002/79.

opere en el terreno, o por los trabajos de búsqueda realizados por la familia, independientemente de que la persona esté viva o muerta.

Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias: El Grupo, entre otras cosas, señala a la atención de los gobiernos y organizaciones no gubernamentales aspectos generales o específicos de la Declaración, recomienda medios para superar los obstáculos que impiden la realización de la Declaración, presta asistencia a los gobiernos para realizar visitas sobre el terreno, organiza seminarios. También hace observaciones sobre la aplicación de la Declaración cuando el gobierno interesado no ha cumplido sus obligaciones por lo que respecta a los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación.

Conflictos armados internacionales: Teniendo en cuenta la competencia del Comité Internacional de la Cruz Roja en virtud de los Convenios de Ginebra de 1949, el Grupo no se ocupa de situaciones de conflicto armado internacional.

Autores: El Grupo trata exclusivamente con los gobiernos. Si las desapariciones se atribuyen a movimientos terroristas o insurgentes que combaten contra el gobierno en su propio territorio, el Grupo se abstiene de transmitir esos casos por considerar que, como cuestión de principio, no debe establecer contactos con tales grupos con miras a investigar o aclarar las desapariciones de las que se les supone responsables.

Presunción de fallecimiento: El Grupo puede considerar aclarado un caso cuando la autoridad competente de conformidad con la legislación nacional se pronuncia, con el acuerdo de los familiares y otros interesados, sobre la presunción del fallecimiento de una persona cuya desaparición se denunció.

Admisibilidad: Son admisibles los informes sobre desapariciones cuando proceden de la familia o amigos de la persona desaparecida. También pueden ser admitidos los informes transmitidos por conducto de representantes de la familia, de los gobiernos, de organizaciones intergubernamentales, organizaciones humanitarias y otras fuentes fiables. Se deben presentar los informes por escrito, con una clara identidad del remitente; si el denunciante no es un miembro de la familia, debe estar en condiciones de mantener contacto con los familiares del desaparecido en relación con su destino.

A este respecto, una información sumamente interesante es la que últimamente ha sometido la Asociación para la Recuperación de la Memoria Histórica, en nombre de los familiares de combatientes republicanos desaparecidos durante la Guerra Civil de España (1936-1939), al Grupo de Trabajo[9]. La Asociación, que calcula que en toda España existen más de 30.000 desaparecidos del bando republicano, pide la apertura de fosas

[9] Véanse los artículos de *El País* «Mil peticiones para que la ONU investigue a los desaparecidos», Lunes 1 de julio de 2002 y «El caso de las fosas comunes de la Guerra Civil llega a la ONU: El Grupo sobre Desaparecidos estudia la petición de exhumación», Miércoles 21 de agosto de 2002.

comunes de la Guerra Civil. La Asociación ha presentado unos 65 casos, de los cuales el Grupo ha seleccionado 25, para decidir si son admisibles o no. Se le plantean varias cuestiones al Grupo, entre ellas la cuestión de la competencia. Por una parte, los casos datan de antes de que se estableciese dicho Grupo de Desapariciones. Se le plantea también la cuestión de la retroactividad.

Los hechos ocurrieron incluso antes de la creación de las Naciones Unidas, en cuyo marco trabaja y cuyos instrumentos (Carta de las Naciones Unidas, Carta Internacional de Derechos Humanos, resolución 1235 y Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias) constituyen los parámetros de referencia del Grupo. Por otra parte, el Grupo podría plantearse si las desapariciones ocurridas en la Guerra Civil Española no son más bien de la competencia del Comité Internacional de la Cruz Roja.

Milita por una decisión favorable del Grupo a la admisibilidad de los casos el hecho que de conformidad con el Estatuto de la Corte Penal Internacional y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas o involuntarias, éstas constituyen crímenes que continúan en el tiempo mientras se desconoce el paradero de la persona desaparecida y están consideradas como crímenes de lesa humanidad y no tienen prescripción en el tiempo. Asimismo, milita a favor de la admisibilidad el hecho que el Grupo de Trabajo en repetidas ocasiones (Angola, Argentina, Filipinas, Brasil, Chile, etc…) ha aceptado casos de desapariciones ocurridas anteriormente a su creación. Sin embargo, el Grupo jamás ha admitido casos de desapariciones ocurridas en países occidentales. La decisión sobre la admisibilidad de los casos de los combatientes republicanos desaparecidos durante la Guerra Civil de España (1936-1939) podría sentar un precedente en las labores del Grupo sobre Desapariciones. El Grupo debe tomar una decisión a este respecto en su próximo período de sesiones[10].

A partir de 1987, se pusieron en marcha instrumentos que se ocupan de temas relacionados con la descolonización como el de mercenarios (1987) y el de racismo (1993).

Unos años más tarde, en 1990, se empezaron a crear los instrumentos que se ocupan de grupos particulares de la población: Niños (1990), Desplazados internos (1992), Mujeres (1995), Migrantes (1999), Defensores de los derechos humanos (2000), Indígenas (2001), Diáspora africana (2002).

---

[10] Ese período de sesiones del Grupo sobre Desapariciones debía celebrarse en Ginebra del 4 al 13 de noviembre de 2002.

Ejemplo de un órgano subsidiario establecido por un instrumento extraconvencional temático relacionado con grupos particulares de la población: Cuestiones Indígenas

En 1996, la Comisión decidía que las cuestiones indígenas merecían ser consideradas por este órgano y que desde ese momento en adelante examinaría todos los años bajo un tema especifico de su programa, diferente de otros temas, las cuestiones indígenas. Esa decisión concretaba más de diez años de continuos esfuerzos impulsados por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión, establecido por la resolución 1982/34 del Consejo Económico y Social.

El 28 de julio de 2000, el Consejo Económico y Social tomaba una decisión histórica al aprobar la resolución que establece un Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en el seno de las Naciones Unidas[11]. La creación de ese nuevo órgano respondía a la falta patente de un mecanismo permanente en las Naciones Unidas que permita la coordinación e intercambios de información permanentes entre los gobiernos, las Naciones Unidas y los pueblos indígenas.

Fue sólo en 2001 que la Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas[12]. El mandato del Relator cubre un período de tres años. Sus funciones tienen como objetivo:

—Recabar, solicitar, recibir e intercambiar información y comunicaciones de todas las fuentes pertinentes, incluidos los gobiernos, los propios indígenas, sus comunidades y organizaciones, sobre las violaciones de sus derechos humanos y libertades fundamentales;
—Formular recomendaciones y propuestas sobre medidas y actividades apropiadas para prevenir y remediar las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas;
—Trabajar en estrecha relación con otros relatores especiales, representantes especiales, grupos de trabajo y expertos independientes de la Comisión y de la Subcomisión. Además, el Relator tendrá que tomar en consideración todas las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas que se relacionen con su mandato.

El Relator presentó su primer informe a la Comisión (E/CN.4/2002/97 y Add.1) en 2002. En ese primer informe, ofrece un panorama de las principales cuestiones de derechos humanos que se plantean a los indígenas y se propone establecer un marco y un programa para sus actividades futuras.

---

[11] Documento de las Naciones Unidas, E/RES/2000/22.

[12] Resolución 2001/57 de la Comisión de Derechos Humanos, aprobada sin votación el 24 de abril de 2001.

Algunos representantes de pueblos indígenas que habían colaborado y negociado el proyecto de resolución para la creación de un Relator Especial se encuentran un poco decepcionados, dado que en su opinión el experto debía haber interpretado su mandato de una manera más amplia. Esperaban que el mandato resultase como un procedimiento de amparo a las violaciones de los derechos humanos de los indígenas en el ámbito internacional, al igual que los mandatos de otros relatores de la Comisión. En particular, ponen como ejemplo el mandato de los defensores de los derechos humanos, cuyo órgano ha enviado directamente o coordinado con otros mandatos llamamientos urgentes a los gobiernos.

A partir de 1995 empezaron a crearse los instrumentos extraconvencionales que se ocupan de derechos económicos, sociales y culturales como los de Vertimientos ilícitos (1995), Derecho al desarrollo (1998), Educación (1998), Extrema pobreza (1998), Deuda externa (2000), Vivienda (2000), Alimentación (2000), Protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2001) y Salud (2002).

El Cuadro que se presenta a continuación muestra la evolución del procedimiento público de instrumentos extraconvencionales geográficos y temáticos. No se ha podido mostrar la evolución del procedimiento 1503 debido a su confidencialidad. Como ya se ha señalado anteriormente, la adopción de instrumentos extraconvencionales refleja el hecho de que las Naciones Unidas han privilegiado los derechos civiles y políticos en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de proclamar de una manera inapelable la indivisibilidad de los derechos humanos.

Los primeros instrumentos extraconvencionales temáticos que adoptó la Comisión de Derechos Humanos se ocupan, junto con el tema de la desaparición forzada, precisamente de esos derechos fundamentales.

Año	Países	Temáticos de derechos civiles y políticos	Temáticos colonización	Temáticos de derechos económicos, sociales y culturales	Temáticos de grupos
1963	Vietnam				
1967	Africa austral				
1968	Palestina ocupada				
1975	Chile Chipre				
1979	Guinea Ecuatorial				

Año	Países	Temáticos de derechos civiles y políticos	Temáticos colonización	Temáticos de derechos económicos, sociales y culturales	Temáticos de grupos
1980		Desaparición forzada			
1981	El Salvador Bolivia	Exodos masivos			
1982	Polonia Guatemala	Ejecuciones sumarias			
1984	Irán Afganistán				
1985		Tortura			
1986		Libertad Religiosa			
1987			Mercenarios		
1988	Cuba				
1989	Rumanía				
1990	Haití				Venta niños
1991	Kuwait ocupado Iraq	Detención arbitraria			
1992	ExYugoslavia Myanmar				Desplazados internos
1993	Sudán Camboya	Libertad expresión	Racismo		
1994	Bouganville Zaire/Congo Somalia Rwanda	Independencia -magistrados abogados			
1995	Burundi			Vertimientos ilícitos	Violencia contra la mujer
1996	Chechenia				
1997	Nigeria Colombia Timor oriental				
1998				Derecho al desarrollo Educación Extrema pobreza	
1999					Migrantes
2000	Sierra Leona			Deuda externa Vivienda Alimentación	Defensores Derechos Humanos
2001		Protección -desaparición	Protocolo facultativo Pacto		Indígenas
2002				Salud	Diáspora africana

1.3. *Dinámica y funcionamiento*

El sistema de instrumentos extraconvencionales constituye un sistema abierto que se va adaptando a la situación política del momento y que, o bien abre nuevas perspectivas (caso del establecimiento del Grupo de desapariciones forzadas ante la imposibilidad de crear un mandato específico para Argentina en donde se estaban operando en aquel momento un número impresionante de desapariciones forzadas), o bien opta por una de las posibles alternativas que se presentan: (a) continuar en el procedimiento confidencial si no se puede debatir de la situación en el público y, dentro de ese procedimiento, optar por los «buenos oficios» del Secretario General o por un enviado o experto; (b) si en el procedimiento público no se alcanza imponer un relator especial de la Comisión para un país, optar ya sea por un representante de la misma o del Secretario General y, si eso no es posible, pasar el mandato al Alto Comisionado o nombrar un experto bajo la Asistencia Técnica y, si aún eso no es posible, crear un mandato temático que abarque mundialmente el fenómeno de graves violaciones que se están produciendo en ese país pero, asimismo, en muchos otros.

Los métodos de trabajo de los instrumentos extraconvencionales no pueden seguir las reglas de investigación de los procedimientos jurídicos nacionales. Si siguieran reglas y procedimientos rígidos no podrían adaptarse a la gran variedad de situaciones ni a las susceptibilidades y objeciones de los Estados que son objeto de investigación. Por ello es necesario que exista una variedad de procedimientos que puedan convenir a distintas situaciones. El espectro va desde investigaciones «cuasijudiciales», como en el caso del Grupo sobre la Detención Arbitraria, hasta a aquéllos que requieren un mínimo de reglas formales como son «los contactos directos» o «los buenos oficios».

Solicitud de información

Para poner en marcha una acción dentro del contexto de uno de los procedimientos temáticos, se necesita escasa información:

- —No hay necesidad de haber agotado los recursos internos al no existir criterios de admisibilidad.
- —Se necesita el nombre de la víctima(s); el lugar; las supuestas personas responsables de la violación; una breve descripción del incidente; los supuestos motivos.

Una vez recibida la alegación, y después de haber sido examinada por la Oficina del Alto Comisionado con el fin de establecer que se

cumple con los requisitos para preparar una acción, se redacta una nota resumiendo la alegación y se envía dicha acción al gobierno en cuestión en nombre del relator responsable del mandato.

El mandatario de cualquiera de los órganos subsidiarios plantea al gobierno las cuestiones siguientes:

—si los hechos contenidos en la alegación son exactos;
—circunstancias suplementarias que se deberían tener en cuenta para poder evaluar la alegación;
—el tribunal, órgano o institución competente responsable de llevar la investigación sobre la dicha alegación;
—en algunos casos, el resultado médico o forense así como la identidad de la persona que ha realizado dicho examen;
—la identidad de la persona o personas que han cometido la violación (tortura, ejecución …), si se trata de un policía, militar, paramilitar, patrulla de autodefensa civil, grupo armado exterior al control del gobierno…;
—en qué estado se encuentra la investigación o la acción judicial;
—si se han aplicado sanciones o medidas disciplinarias a los autores de la violación;
—si se ha compensado a la víctima y el monto de la reparación;
—en el caso en que la investigación no estuviera todavía completada, las razones del retraso, así como cualquier otra información u observación que el gobierno considerara adecuada.

Se transmite la respuesta del gobierno en cuestión, una vez recibida por el relator o grupo de trabajo, a la fuente donde se ha originado la alegación para que la víctima pueda hacer observaciones sobre la información comunicada por el gobierno. Si la fuente de la alegación hiciere comentarios sobre la información del gobierno, éstos son enviados a las autoridades a fin que puedan hacer observaciones a su vez. Se resumen todas estas informaciones en el informe público que el relator o grupo de trabajo presenta a la Comisión anualmente.

Misiones sobre el terreno

Las visitas a los países de los órganos extraconvencionales constituyen una oportunidad para comprender mejor, mediante un diálogo directo con las autoridades nacionales y los representantes de la sociedad civil, la situación existente en el país así como las causas subyacentes a las violaciones. Esas visitas, que suscitan un espíritu de cooperación entre el país visitado y los órganos subsidiarios extraconvencionales, se llevan a cabo conforme a una invitación cursada por el gobierno intere-

sado. De conformidad con esos principios, los órganos realizan visitas a países con regularidad. Sin embargo, una visita «*in situ*» de un órgano subsidiario extraconvencional debe cumplir con una serie de requisitos. Una vez que el gobierno interesado ha dado su acuerdo para que el órgano pueda investigar en el país, las autoridades nacionales deben facilitar las medidas apropiadas para que la visita pueda realizarse[13]. Entre esas facilidades se encuentran las de:

—Libertad de movimiento al órgano subsidiario (mandatario(s) así como las personas del Alto Comisionado que le acompañan) en todo el territorio;
—Libertad de investigar, lo que lleva consigo acceso a cárceles, centros de detención y de interrogación. Entrevistas libres y en privado con representantes de la sociedad civil: personas, grupos o representantes de entidades e instituciones como organizaciones no gubernamentales, iglesias, sindicatos, etc… Asimismo, acceso a los expedientes, material o documentos pertinentes que se consideren necesarios para la investigación.
—Garantizar que a las personas que han estado en contacto con la misión no se les someterá a coerción, sanción, castigo o proceso judicial alguno.
—Garantizar confidencialidad, privacidad y seguridad a los miembros de la misión.
—Acordar a la misión privilegios e inmunidades de conformidad con la Convención de las Naciones Unidas. De acuerdo a la Convención, se considera a los mandatarios de un órgano extraconvencional como «expertos en misión», ya que no son funcionarios de las Naciones Unidas.

Por su parte, el órgano subsidiario debe velar por que las fuentes de información utilizadas sean fiables, que los hechos sean verídicos y se puedan contrastar con otras fuentes.

Los órganos extraconvencionales han recomendado que se fomenten las misiones conjuntas sobre el terreno por tratarse de un medio especialmente fructífero de cooperacion entre mecanismos temáticos y específicos por países.

---

[13] A veces resulta extremadamente difícil obtener el acuerdo del gobierno. Así, por ejemplo, la visita del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria a Australia, que se inició en 1998, para examinar la cuestión de la retención administrativa de solicitantes de asilo, no pudo realizarse hasta mayo de 2002. El Gobierno australiano anuló la visita programada en 2000 y puso bastantes inconvenientes a la visita de mayo de 2002. Véase documento de las Naciones Unidas E/C.N.4/2002/77.

Acciones urgentes

La acción urgente consiste en poner en marcha un procedimiento, desarrollado particularmente pero no exclusivamente por los mandatos temáticos, con el fin de proteger a las víctimas de violaciones de derechos humanos.

La acción urgente es la reacción de un instrumento extraconvencional ante una situación critica de alegaciones de violaciones (desaparición forzada, intimidación, amenazas de muerte, detención arbitraria, tortura…) de los derechos humanos más fundamentales. Se pone en marcha la acción urgente para los casos en que hay denuncias suficientemente fiables de que existe un hecho que puede constituir un grave peligro para la salud o la vida de una persona. También se recurre a la acción urgente cuando se considera que la situación así lo justifica. Se trata de proteger a la víctima e impedir, si ello es posible, que la violación prosiga. Se ha comparado esta forma de protección por los mecanismos temáticos a una suerte de «amparo internacional».

Se hace un llamamiento urgente, por la vía de comunicación más rápida, al Ministro de Asuntos Exteriores del Estado en cuestión, pidiéndole que su Gobierno adopte las medidas apropiadas a fin de garantizar que se respete el derecho a la vida y a la integridad física y mental de la persona en cuestión. Los llamamientos urgentes tienen carácter puramente humanitario y no prejuzgan de manera alguna la evaluación que el órgano subsidiario apropiado hará del caso. Los órganos contactan con las autoridades nacionales urgentemente para que estén, si no fuere el caso, informadas y se les solicitan detalles concretos sobre el caso en cuestión. El hecho de que ese mecanismo funcione en el seno de las Naciones Unidas ejerce una presión moral sobre los gobiernos, que deberán justificar lo que está ocurriendo en el interior del país[14].

En algunas circunstancias, los relatores o grupos de trabajo pueden pedir a un gobierno que no deporte (*refoulement*) a una persona cuando se teme por su seguridad personal si se la enviase de vuelta a su país de origen porque sería perseguida, arrestada, torturada o ejecutada (por cuestiones que no son de Derecho común).

Se han venido utilizando las acciones urgentes con más frecuencia por los distintos mandatos en el transcurso de estos últimos años. Un desarrollo reciente ha sido el de coordinar varios mandatos para que

---

[14] El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, por ejemplo, transmitió 79 llamamientos urgentes en relación con 897 personas a 40 Gobiernos durante el período comprendido entre enero y noviembre de 2001.

actúen conjuntamente en la transmisión de una acción urgente a un determinado gobierno. Por el hecho de que estas acciones urgentes conjuntas llevan la firma de varios expertos independientes internacionales de reconocida imparcialidad, el impacto es todavía mucho mayor que cuando es sólo un experto el que manda la acción urgente.

En 1998, y durante varios años, debido a la reestructuración de la Oficina del Alto Comisionado y la mudanza del Palacio de las Naciones a su nueva sede en el Palacio Wilson, en Ginebra, se produjo un deterioro en la tramitación de acciones urgentes. En 2001, a raíz de un estudio sobre las medidas a adoptar para mejorar y fortalecer los mecanismos de protección extraconvencionales en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, se creó un nuevo despacho que se ocupa exclusivamente de coordinar las acciones urgentes. A raíz de esos cambios existe una mejor coordinación en el seno de la Oficina del Alto Comisionado. No obstante, subsiste el problema del seguimiento de las acciones urgentes que se han tramitado. Es decir, el estar permanentemente en contacto con las autoridades del Estado en cuestión a fin de seguir paso a paso cada uno de los casos enviados. Falta asimismo una base de datos temática, tal como se había recomendado.

Selectividad de países

Actualmente existen únicamente 16 mandatos geográficos en el procedimiento público, contando con los asignados al Alto Comisionado y al Secretario General. Desde que el sistema lleva funcionando, sólo 31 países en el mundo, la mitad que bajo el procedimiento confidencial (9 en Africa, 9 en Asia, 4 en Europa del Este, 7 en Latinoamérica y 2 en Oceanía), han sido objeto de un mandato específico para que se examinara la situación dentro del procedimiento público. Por otra parte, si se consultan algunos de los instrumentos extraconvencionales temáticos, como el de Ejecuciones sumarias, Desapariciones forzadas, Tortura, Libertad de expresión, Independencia de magistrados y abogados o Defensores de los derechos humanos, se constata que el número de países a los que los respectivos órganos subsidiarios hacen seguimiento por violaciones es muy superior (de dos a tres veces más según el mandato).

La discrepancia radica en la dificultad con que se ve confrontada la comunidad internacional en imponer un mandato geográfico a un país determinado en un procedimiento público. La inmunidad proviene del hecho de que al mismo tiempo que sirve para denunciar las violaciones que ocurren en determinados países, el sistema sirve para proteger a

los Estados de una condena inmediata. El procedimiento actual es como un tamiz que sirve para filtrar situaciones de países en varias etapas. En cada una de esas etapas, los Estados recriminados tienen una oportunidad de mostrar su buena voluntad en mejorar la situación al mismo tiempo que políticamente ponen en movimiento los contactos con los otros gobiernos para no pasar a la etapa siguiente. El tamiz no deja pasar a las grandes potencias, algunas de las cuales son al mismo tiempo miembros permanentes del Consejo de Seguridad. China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Rusia, pero también Alemania, Japón u otros, tienen una suerte de inmunidad y es sumamente difícil que se dejen imponer un mandato. Asimismo, las potencias regionales (como India, Egipto, Arabia Saudita, Argelia, Brasil, Argentina, México y hasta hace poco Nigeria) debido a su posición geográfica, su peso político y económico, logran también un grado de inmunidad. No ocurre así con algunos de los aliados con menos peso que el de las grandes potencias regionales, como Afganistán, Guatemala, El Salvador, Polonia, que no han podido evitar que se les pusiera un relator. El caso de Cuba, país al que también la Comisión logró imponer un mandato, es muy especial debido al empeño que en ello han tenido en todo momento los Estados Unidos, que han maniobrado para sancionar a Cuba.

En el procedimiento público, la Comisión decide por mayoría simple la creación de un mandato y de un órgano de investigación subsidiario. Al hacerlo, la Comisión emite de alguna manera una sanción contra un Estado (cuando se trata de un mandato geográfico). Ello es todavía más notorio cuando no se llega a aprobar la resolución por consenso y se tiene que pasar al voto (como, por ejemplo, Guinea Ecuatorial, El Salvador, Guatemala, Irán, Afganistán…). Así, se plantea la cuestión del «doble rasero» en relación con ciertos países que se ven condenados mientras que otros en situaciones a veces más catastróficas que los primeros, no lo son. Esta situación continuará en tanto en cuanto los debates en materia de derechos humanos continúen siendo políticos y que no exista un informe mundial (lo más objetivo e imparcial posible) de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en el que se utilicen para todos y cada uno de los países los mismos criterios. A este respecto, hay que señalar que existe ya una propuesta en ese sentido hecha por la Subcomisión.

Asimismo, juega la solidaridad regional o interregional en el caso de los países musulmanes. Por último, detrás de la dinámica están los intereses de los Estados, que se apoyan unos a otros a la hora de votar con el fin de evitar que se les asigne un mandato. Las votaciones del último período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, marzo-abril de 2002, son muy instructivas al respecto. Un núcleo de unos

20 países[15] ha impedido que se aprobasen mandatos para Chechenia (Rusia) y Zimbabwe, han facilitado la terminación del mandato sobre Irán y que se pasase a Guinea Ecuatorial a los Servicios de Asistencia Técnica.

No se aprobó el proyecto de resolución sobre Chechenia en la votación registrada, que tuvo como resultado 16 en contra, 15 a favor y 22 abstenciones. De haber sido aprobado, la Comisión hubiera pedido a la Federación de Rusia establecer una comisión independiente para investigar las alegaciones de violaciones de derechos humanos en Chechenia y el libre acceso a todos los centros de detención a organizaciones humanitarias, especialmente al Comité Internacional de la Cruz Roja. En lo relativo a Zimbabwe, la introducción de una moción de «no acción» aprobada en votación registrada por 26 a favor, 24 en contra y 3 abstenciones finalizó el examen de un proyecto de resolución sobre la situación de los derechos humanos en Zimbabwe. Si hubiera sido aprobado, el proyecto de resolución hubiera pedido, entre otras cosas, a los Relatores Especiales de la Comisión sobre tortura, la independencia de magistrados y abogados, libertad de opinión, ejecuciones sumarias y violencia contra las mujeres, así como al Representante del Secretario General sobre los defensores de los derechos humanos, efectuar misiones en el país con el fin de examinar las denuncias de violaciones de derechos humanos en Zimbabwe.

En cuanto al debilitamiento del mandato sobre Guinea Ecuatorial de un relator bajo el tema 9 a un experto bajo el tema 19, el Relator Especial, Gustavo Gallón, en una conferencia de prensa, celebrada el 23 de abril de 2002 en Ginebra, declaró que se había cambiado el mandato a raíz de la composición en la Comisión de Derechos Humanos y no porque así lo exigiese un cambio en la situación de los derechos humanos en el país. Añadió que había un acuerdo entre todos los países africanos en relación con los instrumentos extraconvencionales de la Comisión respecto a Africa en particular, pero en general para oponerse a un mandato geográfico. En la votación (32 a favor, 1 en contra y 20 abstenciones), los 15 países africanos de la Comisión votaron a favor del cambio, así como países que forman parte del núcleo duro. El Relator Especial dijo que había habido un acuerdo entre Nigeria y Guinea Ecuatorial sobre el litigio que les opone sobre la cuestión del petróleo en la región y que se encuentra ante la Corte Internacional de Justicia,

---

[15] Arabia Saudita, Argelia, Bahrein, China, Cuba, Federación de Rusia, India, Indonesia, Libia, Malasia, Nigeria, Pakistán, Siria, República Democrática del Congo, Senegal, Sudán, Togo, Venezuela, Vietnam, Zambia.

con compañías petroleras de Estados Unidos explotando el petróleo en la región y en Guinea Ecuatorial. Asimismo, hizo hincapié en que cada vez más las compañías petroleras pueden incidir en los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos.

Mecanismo de Urgencia de la Comisión de Derechos Humanos

Un nuevo mecanismo de urgencia de la Comisión permite a este órgano reunirse en período de sesiones extraordinario en cualquier momento del año si surgen situaciones graves de emergencia[16], como fueron el conflicto de la ex Yugoslavia o el de Ruanda en los años 1992 y 1994 respectivamente. Con este nuevo mecanismo se ha abierto una dinámica en materia de protección de derechos humanos. Este nuevo enfoque permite en su momento adoptar mandatos y crear órganos subsidiarios extraconvencionales geográficos con términos de referencia más amplios que los que se venían adoptando. Hasta la fecha, la Comisión de Derechos Humanos ha convocado cinco períodos extraordinarios de sesiones[17].

---

[16] El Consejo Económico y Social, en su resolución 1990/48, autorizó a la Comisión de Derechos Humanos a reunirse excepcionalmente entre sus períodos ordinarios de sesiones, siempre que una mayoría de los Estados miembros de la Comisión así lo acuerde.

[17] *1.er Período extraordinario: 1992 Ex Yugoslavia.* Convocatoria solicitada por Estados Unidos para examinar la peligrosa situación en la antigua Yugoslavia. Reunión en Ginebra, 13-14 de agosto de 1992. La Comisión decidió pedir a su Presidente que nombrara un relator especial (T. Mazowiecki - Ex Primer Ministro de Polonia) para investigar sobre el terreno la situación de los derechos humanos en el territorio de la antigua Yugoslavia, en particular en Bosnia y Herzegovina. *2.º Período extraordinario: 1992 Ex Yugoslavia.* Convocado por Turquía a fin de examinar el informe del Relator Especial. La Comisión se reunió del 30 de noviembre al 1.º de diciembre de 1992 en Ginebra. Entre otras cosas, la Comisión pedía al Secretario General que continuase facilitando al Consejo de Seguridad los informes del Relator Especial. *3.er Período extraordinario: Ruanda.* Convocado por Canadá para impedir nuevas violaciones de derechos humanos en ese país. Asimismo, Canadá acogía con satisfacción la iniciativa del recién nombrado Alto Comisionado para los Derechos Humanos (J. Ayala Lasso) de llevar a cabo una misión a Ruanda y Burundi. La Comisión se reunió los días 24 y 25 de mayo de 1994. Después de examinar el informe de la misión del Alto Comisionado que realizó los días 11 y 12 de mayo de 1994, la Comisión pidió al Presidente que nombrase un relator especial para investigar sobre el terreno la situación de los derechos humanos en Ruanda. *4.º Período extraordinario: Timor Oriental.* Convocado por Portugal para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos. La Comisión se reunió los días 23 y 24 de septiembre en Ginebra. Tras examinar el informe de la misión que la Alta Comisionada (Mary Robinson) realizó a Darwin y Yakarta, la Comisión pidió al Secretario General, entre otras cosas, que estableciese una comisión internacional de investigación para recopilar información sobre las posibles violaciones de los derechos humanos y los actos que puedan consti-

Participación de los órganos subsidiarios extraconvencionales en el Consejo de Seguridad

A raíz de la grave situación de los derechos humanos en la ex Yugoslavia se pidió al Secretario General que transmitiese al Consejo de Seguridad los informes del Relator Especial de la Comisión, T. Mazowiecki. Más recientemente, en el marco de la llamada *Fórmula Arria*, el Consejo de Seguridad de la ONU puede escuchar interlocutores que no sean representantes estatales o altos funcionarios de la Organización. Dos relatores especiales de la Comisión, el de la República Democrática del Congo (Roberto Garretón) y la Relatora sobre Burundi (Keita-Bocoum), han sido invitados a comunicar al Consejo sus conclusiones después de haber realizado misiones sobre el terreno. Asimismo, la ex Alta Comisionada para los Derechos Humanos, Mary Robinson, ha informado sobre temas concretos al Consejo de Seguridad en varias ocasiones.

Igualmente, se ha recomendado que se consulte a los órganos extraconvencionales antes de proyectar e iniciar operaciones de paz y que en esas operaciones se incluya un componente de derechos humanos. Hay que indicar que el actual Secretario General lo venía haciendo ya directamente con el Alto Comisionado para los Derechos Humanos dentro de su nuevo enfoque. En el informe que el Secretario General, Kofi Annan, presentó, en 1997, a la Asamblea General sobre la reestructuración de la Organización, se señala que «los derechos humanos son fundamentales para la promoción de la paz y la seguridad, la prosperidad económica y la equidad social». Dicho informe contiene una decisión por la que se estipula que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos participará regularmente en cada una de las etapas de las actividades de la Organización relativas a

---

tuir quebrantamientos del Derecho Internacional Humanitario cometidos en Timor Oriental. *5.º Período extraordinario: 2000 Palestina Ocupada.* Convocado por Argelia para examinar las graves y masivas violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por la Potencia ocupante israelí. La Comisión se reunió del 17 al 19 de octubre de 2000. La Comisión decidió, entre otras cosas, crear, con carácter de urgencia, una comisión de investigación sobre derechos humanos para reunir y compilar información sobre violaciones de los derechos humanos y actos que constituyen graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario por la Potencia ocupante israelí en los territorios palestinos ocupados; pedir a la Alta Comisionada que visitara urgentemente los territorios palestinos ocupados para analizar las violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por la Potencia ocupante israelí; pedir a los instrumentos extraconvencionales siguientes que realizasen inmediatamente misiones a los territorios palestinos ocupados: ejecuciones sumarias, desplazados internos, tortura, violencia contra la mujer, intolerancia religiosa, racismo y vivienda adecuada.

conflictos actuales o virtuales que contengan una dimensión de derechos humanos[18].

También se ha recomendado que se faciliten regularmente al Consejo de Seguridad los informes de los órganos extraconvencionales.

2. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

A todo lo señalado anteriormente hay que añadir las funciones que desempeña el Alto Comisionado para los Derechos Humanos. En virtud del mandato que le ha asignado la Asamblea General (resolución 48/141, de 20 de diciembre de 1993), el Alto Comisionado se interesa particularmente por situaciones concretas de violaciones de derechos humanos. El Alto Comisionado debe, entre otras cosas:

- —promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales por todos;
- —ampliar la cooperación internacional para la protección y la promoción de todos los derechos humanos;
- —entablar un diálogo con todos los gobiernos con miras a asegurar el respeto de todos los derechos humanos;
- —y desempeñar las tareas que le asignen los órganos competentes de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos.

La creación del puesto y el nombramiento de Alto Comisionado para los Derechos Humanos por la Asamblea General acaban con un proceso de cerca de cincuenta años de fallidos intentos que comenzaron durante la elaboración de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1947, con la idea lanzada por René Cassin de un fiscal de derechos humanos, pasando por la propuesta de Uruguay de un alto comisario o fiscal general, en 1950, en el marco del Pacto de Derechos Humanos; por la de Costa Rica, en 1965, de un alto comisionado en el marco de la Carta de las Naciones Unidas y por las propuestas respectivas de las reuniones regionales de preparación a la Conferencia Mundial del grupo latinoamericano, realizada en San José (Costa Rica) y del grupo occidental, que tuvo lugar en Estrasburgo (Francia), ambas en enero de 1993[19].

---

[18] NACIONES UNIDAS: *Renovando las Naciones Unidas: Un Programa de Reforma*, doc. A/51/950, Nueva York, 1997.

[19] UNITED NATIONS: *The High Commissioner for Human Rights: Making Human Rights a Reality,* Notes of the UN High Commissioner for Human Rights-No.1, Geneva, 1996.

Es obvio que en el mandato, la Asamblea General no ha retenido el concepto de un fiscal general o un defensor de derechos humanos tipo *ombudsman* universal tal como se preveía en las primeras iniciativas relativas a la creación de un alto comisionado. La función del Alto Comisionado no es la de reemplazar a los procedimientos de vigilancia y observación de situaciones de derechos humanos establecidos por los órganos de las Naciones Unidas.

Al contrario, una de las funciones del Alto Comisionado es precisamente intervenir coordinando las acciones de todos los mandatos geográficos y temáticos extraconvencionales. Asimismo, se le asigna la responsabilidad de mandatos específicos (como Timor Oriental, Colombia o Palestina Ocupada) y realiza misiones en el terreno con el fin de evaluar «*in situ*» las situaciones de emergencia.

Ejemplo de una Solicitud urgente a la Alta Comisionada: Palestina Ocupada

Del 17 al 19 de octubre de 2000, la Comisión de Derechos Humanos estuvo reunida en período extraordinario de sesiones (5.º período) «para examinar las graves y masivas violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por la Potencia ocupante israelí». En esas reuniones, la Comisión decidió pedir a la Alta Comisionada que visitara urgentemente los territorios palestinos ocupados para analizar las violaciones de los derechos humanos del pueblo palestino por la Potencia ocupante israelí, que facilitase las actividades de los mecanismos de la Comisión en la aplicación de la resolución y que mantuviera informada a la Comisión de la evolución de la situación, y que informara a la Comisión en 2001 y a la Asamblea General.

La Alta Comisionada, en virtud del mandato que le asignó la Comisión, así como de su propio mandato, realizó una visita «*in situ*» al Oriente Medio del 8 al 16 de noviembre. Visitó los territorios palestinos ocupados, Israel, Egipto y Jordania. En marzo de 2001, la Alta Comisionada presentó su informe (E/CN.4/2001/114) a la Comisión en el que analizaba los resultados de su misión. En su informe, la Alta Comisionada resumía la información que distintas fuentes le habían proporcionado durante su visita a los Territorios Ocupados, Israel, Egipto y Jordania.

En lo que respecta a la situación de los derechos humanos en los Territorios Ocupados, la Alta Comisionada recibió alegaciones de graves violaciones de derechos humanos, resultantes de acontecimientos recientes así como de abusos sistemáticos a largo plazo como consecuencia de la propia ocupación israelí. Se alegaba que Israel no respetaba el Derecho Internacional Humanitario, particularmente el cuarto Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949. En relación con los hechos recientes se mencionaron los siguientes motivos

de preocupación: (i) uso excesivo y desproporcionado de la fuerza; (ii) destrucción arbitraria de bienes; (iii) repercusiones para los palestinos resultantes de la actividad de los asentamientos israelíes; (iv) restricciones a la libertad de circulación; (v) efectos económicos para los residentes de los territorios ocupados; (vi) violaciones de los derechos de los niños; (vii) restricciones del acceso a la asistencia humanitaria.

Principales medidas concretas que proponía la Alta Comisionada en su informe:

—Debería ponerse fin a la construcción de nuevos asentamientos y deberían eliminarse los ubicados en zonas palestinas de gran densidad de población. Además de proteger a los colonos israelíes, las Fuerzas de Seguridad de Israel deberían proteger a los palestinos de la violencia perpetrada por colonos israelíes;
—Todos los casos de fuerza letal por ambas partes deberían ser investigados y sometidos a procesos judiciales a fin de evitar la impunidad;
—Debería indemnizarse a las víctimas del uso indebido de la fuerza, inclusive de la pérdida de sus bienes;
—(…) En ningún caso se deberían utilizar los toques de queda como medida punitiva. En los casos en que se imponga un toque de queda, se debería hacer en consulta con las comunidades locales con miras a limitar su repercusión adversa sobre los derechos humanos de los afectados;
—Debería protegerse el goce de los derechos económicos en los territorios palestinos ocupados incluido el derecho al desarrollo;
—Deberían protegerse los lugares sagrados y su acceso a ellos por parte de todas las confesiones religiosas;
—Las autoridades israelíes deberían garantizar la libre circulación del personal internacional y nacional de los organismos de las Naciones Unidas y facilitar su acceso a quienes necesitan de asistencia;
—La cooperación con los organismos de las Naciones Unidas es esencial para garantizar una asistencia humanitaria eficaz en los territorios ocupados.

El Alto Comisionado puede, y tiene la obligación moral de intervenir, cuando una situación de graves violaciones de los derechos humanos se produce, ya sea mediante una declaración sobre la información que ha podido recopilar en su Oficina o bien después de haber ralizado una visita sobre el terrreno. Mary Robinson ha intervenido cada vez que ha estimado que la situación de los derechos humanos era lo suficientemente grave. Sus intervenciones han sido de tres tipos: (1) proporcionando información sobre una situación a la comunidad internacional entre períodos de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos que ha llevado, en ocasiones, a una reunión de urgencia de la Comisión (como en el caso de Timor Oriental); (2) haciendo declara-

ciones a la comunidad internacional por medio de la publicidad de la prensa sobre una situación grave de violaciones de los derechos humanos, lo que algunos autores han denominado protección por la publicidad de la prensa, como en el caso de Colombia, en el que la Alta Comisionada criticó, sin nombrarlo, al actual Presidente de Colombia y a su política de lanzar un movimiento de un millón de voluntarios paramilitares para luchar contra la guerrilla cerrando los ojos y haciendo oídos sordos a las violaciones de los derechos humanos que dichos grupos cometen, a menudo, en estrecha colaboración con las Fuerzas del orden colombianas; (3) suministrando información y recomendaciones a la Comisión cuando ésta está reunida en período de sesiones ordinario. Como la declaración de Mary Robinson, de 2 de abril de 2002, a la Comisión en sesión sobre Palestina Ocupada en 2002, en la que hizo énfasis para que la misma Comisión, así como lo venía haciendo últimamente el Consejo de Seguridad, enviase una misión al territorio Palestino ocupado por Israel. En dicha ocasión, la Comisión acogió con beneplácito la declaración de la Alta Comisionada e hizo suyas sus propuestas de enviar inmediatamente a la zona una misión de visita y de establecer una presencia internacional de vigilancia disuasiva de las violaciones de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado, pidiendo a Mary Robinson que encabezase dicha misión y se desplazase de inmediato a la zona y presentase sus conclusiones y recomendaciones a la Comisión durante el mismo período de sesiones[20]. Ante el rechazo de la Potencia Ocupante, Israel, que no permitió que la misión se realizase, pese a que la situación de los derechos humanos en el territorio palestino ocupado no había cesado de empeorar, la Comisión aprobó otra resolución, el 16 de abril de 2002, en votación registrada por 41 votos contra 2 y 9 abstenciones, en la que encarecía a la Alta Comisionada que informase urgentemente a la Comisión sobre el empeoramiento de la situación de los derechos humanos en la Palestina Ocupada[21].

3. **Conclusiones**

El sistema de instrumentos extraconvencionales en materia de derechos humanos de las Naciones Unidas se ha ido estableciendo progresivamente a lo largo de más de treinta años como último recurso al

---

[20] NACIONES UNIDAS, *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/1,* de 5 de abril de 2002, aprobada en votación nominal por 44 votos contra 2 y 7 abstenciones.

[21] La Alta Comisionada transmitió su informe (E/CN.4/2002/184) el 24 de abril de 2002.

clamor de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Asimismo, ha constituido una respuesta para paliar las carencias, lagunas existentes y ausencia de procedimientos eficaces de los instrumentos convencionales. Con la adopción de órganos subsidiarios temáticos, los instrumentos extraconvencionales abarcan actualmente la mayoría, aunque no la totalidad, de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Al mismo tiempo que se han ido multiplicando los mandatos temáticos se han venido disminuyendo los geográficos. La razón primordial reside en que los primeros, al ser más generales, no encuentran el mismo grado de obstaculización por parte de los Estados que cuando se trata de un mandato específico sobre un país. Hoy por hoy, los instrumentos extraconvencionales forman parte del sistema más universal de vigilancia a violaciones de derechos humanos. Asimismo, ese sistema es un acicate eficaz que mueve a los Estados a ratificar los instrumentos convencionales de derechos humanos de las Naciones Unidas.

El sistema de instrumentos extraconvencionales se sitúa en una zona en la que tiene que actuar la presión política y moral de la opinión pública en mucho mayor grado que para el sistema de instrumentos convencionales, que se basa en la producción de efectos jurídicos más obligatorios. Como bien ha indicado un estudioso de los derechos humanos, el sistema de instrumentos extraconvencionales representa algo más que un «quejido» que la comunidad internacional exhala pero que no alcanza a constituir un «bramido» que atemorice a los Estados violadores[22]. Sin embargo, para las víctimas de derechos humanos, los instrumentos extraconvencionales de la ONU representan no sólo una tabla de esperanza sino también, en la mayoría de las situaciones, el único mecanismo de vigilancia sobre el comportamiento violador de las autoridades de sus respectivos países.

Contrariamente a los instrumentos convencionales, y a pesar de constituir un sistema en constante evolución, que por el hecho de perdurar más de treinta años se le podría calificar de permanente, los instrumentos extraconvencionales de las Naciones Unidas tienen una base precaria que emana de la coyuntura de las relaciones internacionales entre los Estados en un momento dado. Al emanar de resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos y no de tratados, los instrumentos extraconvencionales están mucho más expuestos que los procedimientos

---

[22] FARER, J.: «The United Nations and Human Rights: More than a Whimper less than a Roar», *Human Rights Quarterly*, Vol. 9, 1987.

convencionales a la relación dialéctica que se ha establecido desde la creación de las Naciones Unidas. Esa relación dialéctica la constituyen, por una parte los gobiernos, por lo general, con algunas excepciones, defensores acérrimos del principio de soberanía nacional y en contra de la observancia por la comunidad internacional del desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales por considerarla como una injerencia en los asuntos internos. Por la otra, se encuentran los promotores de la universalización de los derechos humanos y defensores de mecanismos eficaces de vigilancia de las Naciones Unidas que velen por el respeto y el seguimiento de la situación de los derechos humanos en todos los países.

En efecto, cada uno de los instrumentos extraconvencionales que establece la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en un momento dado, como resultante de la presión que, a partir de criterios morales, la opinión pública ejerce sobre sus respectivos gobiernos en distintos países y en el ámbito internacional, se debe a negociaciones políticas que pueden variar de acuerdo a la situación internacional. Las prioridades en materia de derechos humanos dependen de la visión que los Estados puedan tener en su momento y de la explotación que ciertos Estados puedan hacer de los derechos humanos en aras de sus intereses. La prioridad que la Comisión de Derechos Humanos ha acordado a los instrumentos extraconvencionales ha estado en función de las relaciones internacionales. Bien es cierto que hasta ahora ha ido por lo general en aumento desde que se establecieron los primeros órganos subsidiarios. Han habido, no obstante, algunos períodos más difíciles durante la «Guerra Fría» o cuando el Gobierno electo de Estados Unidos era más reaccionario y ejercía fuertes presiones para debilitar al sistema. En esas ocasiones, si bien no se consiguió aniquilar a los órganos subsidiarios, se logró, con más o menos éxito, debilitarlos y menguar su trabajo al diminuir los recursos financieros y humanos.

Esa precaria base política se traduce en los mandatos que adopta la Comisión de Derechos Humanos, renovables cada año o cada tres años según el órgano subsidiario. Igualmente, se traduce en el presupuesto de las Naciones Unidas. Mientras que la mayor parte del presupuesto de los instrumentos convencionales emana del presupuesto regular de la Organización, el presupuesto del sistema de los instrumentos extraconvencionales proviene en gran parte de recursos extrapresupuestarios, así como de algunas asignaciones que establece la Organización de manera variable. Los recursos extrapresupuestarios pueden desaparecer o disminuir de un momento a otro, puesto que dependen de la generosidad de unos pocos Estados Miembros de las Naciones Unidas (principalmente los países de la Unión Europea y, en menor grado, Japón,

Estados Unidos, Canadá, Australia, Nueva Zelanda y algún otro). Dentro del contexto actual de «guerra preventiva», proclamada por los Estados Unidos a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, se puede prever ya que la Comisión de Derechos Humanos acordará menos prioridad a las violaciones de los derechos humanos en general y a los instrumentos extraconvencionales que se ocupan de investigar dichas violaciones en particular. El hecho de que Mary Robinson, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos, no haya tratado de obtener otro mandato por falta de apoyo político, así como la «entrada forzada» en la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en 2003, de Australia y Estados Unidos, cuyos actuales Gobiernos son defensores a ultranza de la soberanía nacional, como representantes del Grupo de países occidentales, son signos que no presagian nada bueno.

Parte IV

El Consejo de Europa y los derechos humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos

Juan Antonio Carrillo Salcedo

Sumario: Introducción. 1. Los derechos y libertades reconocidos. 2. Limitaciones y restricciones en el goce de los derechos reconocidos. 3. Derogaciones de las obligaciones de los Estados parte. 4. Límites del alcance del sistema europeo de protección de derechos humanos: A) Diversidad de Estados partes en el Convenio y en sus Protocolos adicionales normativos; B) Reservas y declaraciones interpretativas. 5. El mecanismo de protección jurisdiccional instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. 6. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A) Organización; B) Legitimación activa: demandas interestatales y demandas de particulares; C) Requisitos de admisibilidad de las demandas; D) Procedimiento. 7. Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 8. La interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: A) Manifestaciones de la tendencia de autocontrol judicial: la doctrina del margen de apreciación de los Estados; B) Manifestaciones de la tendencia favorable a la protección de los derechos y libertades a través de una interpretación evolutiva y dinámica, teleológica, del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 9. Conclusiones: Valoración de conjunto del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Introducción

Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y entrado en vigor el 3 de septiembre de 1953, el Convenio para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales (en adelante, Convenio Europeo de Derechos Humanos) dio concreción a disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa.

En los párrafos primero, segundo y quinto del Preámbulo del Convenio se hacen tres referencias explícitas a la Declaración Universal de Derechos Humanos. El párrafo quinto es del siguiente tenor:

> «Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminen-

> cia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal».

La referencia a la «garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal» es importante, pues el establecimiento y puesta en práctica de un complejo mecanismo institucionalizado de garantía con el fin de asegurar el respeto efectivo de las obligaciones asumidas por los Estados parte es, sin lugar a dudas, el signo más característico y distintivo del Convenio Europeo de Derechos Humanos; igualmente significativas son las palabras «tomar las primeras medidas adecuadas», porque pusieron de manifiesto que el Convenio no fue concebido como algo definitivo sino, por el contrario, como un primer paso y un punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y protección internacionales de los derechos humanos.

El Convenio, en efecto, ha sido completado por trece Protocolos adoptados entre 1952 (el Protocolo adicional n.º 1) y el año 2002 (el Protocolo adicional n.º 13, firmado en Vilnius el 5 de mayo de 2002, relativo a la abolición de la pena de muerte). De estos Protocolos, ocho son *adicionales*. De ellos, los números 1, 4, 6, 7, 12 y 13, tienen carácter normativo, en el sentido de que amplían el catálogo de derechos reconocidos en 1950; los números 9 y 10 no tenían carácter normativo pues se referían al mecanismo de garantía instituido en 1950.

Los Protocolos números 3, 5, 8 y 11 se refieren a la organización del mecanismo de garantía y sus competencias. Son Protocolos de *enmienda* por lo que, a diferencia de los Protocolos adicionales, requieren la ratificación por todos los Estados parte en el Convenio, que queda modicado tras su entrada en vigor.

El Protocolo n.º 11, adoptado el 11 de mayo de 1994 y entrado en vigor el 1 de noviembre de 1998, modificó radicalmente el mecanismo de garantía establecido en 1950 al instituir un único órgano de control jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria. Con ello, dejó sin contenido a los Protocolos adicionales 9 y 10 (de los que sólo el primero llegó a entrar en vigor), que tuvieron por finalidad modificar el Convenio respecto de quienes tenían legitimación activa para deducir demanda ante el Tribunal (Protocolo número 9), y con relación a la mayoría requerida en el Comité de Ministros para que éste pudiera adoptar una decisión acerca de si hubo o no violación del Convenio en aquellos casos en los que el asunto no fuese planteado ante al Tribunal y sustraído por ello al conocimiento del Comité de Ministros (Protocolo adicional número 10). El

Protocolo número 2, por último, confirió jurisdicción consultiva al Tribunal a fin de que, a petición del Comité de Ministros del Consejo de Europa, pueda formular opiniones consultivas o dictámenes sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus Protocolos. Hasta la fecha, el Comité de Ministros no ha solicitado del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que emita una opinión consultiva, lo que no debe extrañar, ya que es muy poco probable que un órgano político de las características del Comité de Ministros tenga interés en consultar al Tribunal acerca de la interpretación del Convenio. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos complementarios son tratados multilaterales restringidos, en el sentido de que únicamente los Estados miembros del Consejo de Europa pueden ser parte en el Convenio, y sólo estos Estados pueden serlo de los Protocolos adicionales.

Tras las reformas introducidas por el Protocolo de enmienda número 11, el Convenio Europeo de Derechos Humanos consta de cincuenta y nueve artículos distribuidos en tres títulos. El Título primero (artículos 2 a 18) enuncia el catálogo de derechos reconocidos; el Título segundo (artículos 19 a 51) regula la estructura y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y el Título tercero (artículos 52 a 59) incluye disposiciones diversas.

1. **Los derechos y libertades reconocidos**

El catálogo de derechos garantizados es muy reducido, pues el Convenio reconoce:

- —el derecho a la vida (artículo 2);
- —el derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (artículo 3);
- —el derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados (artículo 4);
- —el derecho a la libertad y a la seguridad y los derechos del detenido (artículo 5);
- —el derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia (artículo 6);
- —el derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya un delito según el Derecho nacional o el Derecho internacional, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos (artículo 7);
- —el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8);

—las libertades de pensamiento, conciencia y religión (artículo 9), de expresión e información (artículo 10), de reunión pacífica, de asociación y de sindicación (artículo 11);
—el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia (artículo 12);
—el derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (artículo 13);
—finalmente, el derecho al disfrute de los derechos y libertades antes enunciados sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (artículo 14).

Los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ponen de manifiesto dos datos importantes: en primer lugar, que tales derechos y libertades se enuncian mediante categorías o conceptos jurídicos indeterminados, llamados a ganar concreción en su aplicación a casos concretos; en segundo lugar, que el Convenio protege fundamentalmente derechos civiles y políticos, aunque alguno de ellos (como, por ejemplo, el derecho a la libertad de sindicación), tenga indiscutible dimensión social y económica. Ello se debió a que se quiso proceder por etapas, protegiendo primero los derechos fundamentales sin los cuales los sistemas pluralistas de Estados democráticos de Derecho no pueden funcionar, aparte de que en el Consejo de Europa los derechos sociales son objeto de reconocimiento y protección en la Carta Social Europa, adoptada en Turín el 18 de octubre de 1961 y entrada en vigor en 1965.

Los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se configuran como un *mínimo* ya que, de conformidad con lo establecido en el artículo 53, ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte, o en cualquier otro tratado de derechos humanos en el que éste fuese igualmente parte.

El catálogo de derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido ampliado a través de los Protocolos adicionales números 1, 4, 6, 7, 12 y 13 que han añadido nuevos derechos a los reconocidos en el Convenio, con la finalidad de desarrollarlo y lograr una mayor concordancia entre el Convenio y el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, adoptado por la Asamblea General de

las Naciones Unidas en 1966 y entrado en vigor el 23 de marzo de 1976, del que son parte los Estados miembros del Consejo de Europa.

El Protocolo n.º 1, adoptado en 1952 como Protocolo adicional, añadió a la lista de derechos reconocidos en el Convenio algunos que no fueron incluidos en el texto adoptado en 1950. En concreto, i) el derecho al respeto de los bienes, por lo que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y por los principios del Derecho internacional (artículo 1); ii) el derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones (artículo 2); y, por último, iii) la obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres (artículo 3).

España firmó este Protocolo el 23 de febrero de 1978 y lo ratificó el 27 de noviembre de 1990 (BOE de 12 de enero de 1991).

El Protocolo adicional número 4 prohíbe la privación de libertad por incumplimiento de una obligación contractual (artículo 1), y reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte a la libre circulación por el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia (artículo 2). Finalmente, los artículos 3 y 4 del Protocolo adicional 4 prohíben, respectivamente, la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del Estado del que fuese nacional, y la expulsión colectiva de extranjeros. Esta última norma suscita innegables dificultades políticas y jurídicas en la situación actual de flujos migratorios hacia Europa, y explica la resistencia de algunos Estados a quedar vinculados por ella; así, por ejemplo, España, que firmó el Protocolo adicional número 4 el 23 de febrero de 1978, pero todavía no lo ha ratificado, por lo que no es Estado parte en el mismo. No obstante, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969, tiene la obligación de abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin del Protocolo adicional número 4.

El Protocolo adicional número 6 establece la abolición de la pena de muerte y dispone en su artículo 1 que nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado. De este modo, el Protocolo adicional 6 complementa el artículo 2 del Convenio, ya que el derecho a la vida en él reconocido deja fuera de su ámbito de aplicación la ejecución de una condena pronunciada por un tribunal que, en el caso de que el delito esté castigado por ley con la pena capital, imponga dicha pena. Sin embargo, el artículo 2 del Protocolo adicional 6 permite a los Estados parte imponer la pena de muerte, con arreglo a su legislación, por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra. España ratificó el Protocolo adicional n.º 6 el 14 de enero de 1985 (BOE de 17 de abril de 1985).

El Protocolo adicional número 7, adoptado el 22 de noviembre de 1984, completa el catálogo de derechos y libertades reconocidos al prohibir la expulsión arbitraria de extranjeros (artículo 1), reconocer nuevas garantías procesales (como el derecho de recurso contra una condena penal, en el artículo 2; el derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial, en el artículo 3; y el principio *ne bis in idem,* en el artículo 4), y proclamar, finalmente, el principio de la igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil (artículo 5).

Por último, otros dos Protocolos adicionales, los números 12 y 13, que todavía no están vigor, han completado el catálogo de derechos reconocidos. El Protocolo adicional número 12, abierto a la firma en Roma el 4 de noviembre de 2000, enuncia en su artículo primero una prohibición general de la discriminación al disponer que «el ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación». Este Protocolo perfecciona el derecho reconocido en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que el derecho a la no discriminación no es un derecho autónomo, ya que únicamente protege el derecho a no ser discriminado en el goce de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio. España no firmó este Protocolo, que entrará en vigor cuando sea ratificado por diez Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Por último, el Protocolo adicional número 13, relativo a la abolición de la pena de muerte, fue adoptado en Vilnius el 5 de mayo de 2002. Complementa al Protocolo adicional número 6, ya que la pena capital queda abolida en toda circunstancia, y entrará en vigor cuando sea ratificado, aprobado o aceptado por diez Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2. **Limitaciones y restricciones en el goce de los derechos reconocidos**

Algunos de los derechos reconocidos en el Convenio pueden ser objeto de limitaciones y restricciones. Tal es el caso de los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio: derecho al respeto de la vida privada y de familia, del domicilio y la correspondencia; derecho a manifestar la religión o las convicciones; derecho a la libertad de reu-

nión, asociación y sindicación. Los párrafos segundos de dichos artículos prevén, en efecto, que el ejercicio de tales derechos puede ser limitado, si bien no podrán ser objeto de otras restricciones que aquéllas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar alguna o algunas de las siguientes finalidades legítimas: la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros.

El artículo 4 del Protocolo adicional n.º 4, por su parte, admite que el derecho de libertad de circulación en él reconocido puede ser objeto de restricciones previstas en la ley cuando constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. Del mismo modo, el derecho a circular por el territorio de un Estado y a escoger libremente residencia puede ser objeto, en ciertas zonas determinadas, de restricciones que, previstas en la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática.

Con carácter general, además, el artículo 18 del Convenio dispone que las restricciones que pudieran ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hubiesen sido previstas. Caben pues limitaciones en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, pero han de estar previstas en la ley, responder a una finalidad legítima, y ser necesarias en una sociedad democrática. La noción de «necesario en una sociedad democrática» es uno de los conceptos jurídicos indeterminados que aparecen en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La precisión en un caso concreto de qué es necesario en una sociedad democrática es obviamente difícil, pues se trata de un concepto jurídico de contornos vagos y abstractos; sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha proporcionado un criterio para la interpretación de esta noción al haber señalado reiteradamente que las injerencias en el goce de un derecho, esto es, sus limitaciones y restricciones, han de ser proporcionadas, ya que el Convenio se caracteriza por la preocupación de equilibrio entre los derechos individuales y los intereses generales.

3. **Derogaciones de las obligaciones de los Estados parte**

El artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados parte podrán derogar las obligaciones en él

establecidas. Tales derogaciones, sin embargo, sólo podrán adoptarse en la medida estricta en que lo exija la situación, y siempre que no estén en contradicción con otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional. El Estado parte que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas, de los motivos que las han inspirado, y de la fecha en que dejarán de estar en vigor y a partir de la cual las disposiciones del Convenio volverán a tener aplicación.

La facultad de derogación, por consiguiente, no es totalmente discrecional ni queda confiada exclusivamente a la apreciación unilateral y subjetiva del Estado parte en el Convenio que decida ejercitarla pues, aparte de la obligación de informar al Secretario General del Consejo de Europa, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene competencias para apreciar y decidir si, en un caso dado, la derogación venía exigida por la situación y no estaba en contradicción con otras obligaciones que dimanen del Derecho internacional y vinculen jurídicamente al Estado de que se trate.

Así, en su sentencia de 18 de enero de 1978, recaída en el *asunto interestatal Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte,* el Tribunal reconoció que incumbe al Estado determinar si le amenaza un peligro público y, en caso afirmativo, hasta dónde es necesario llegar, ya que, en este punto, el apartado 1 del artículo 15 deja a los Estados un amplio margen de apreciación. Pero, añadió el Tribunal, los Estados «no disfrutan, sin embargo, de un poder ilimitado en este ámbito… El margen nacional de apreciación está, por el contrario, acompañado de una fiscalización europea» (parágrafo 207 de la sentencia). Por otra parte, en los supuestos de aplicación del artículo 15 del Convenio no será posible derogar, en ningún caso, los derechos reconocidos en el artículo 2 (salvo para los casos de muertes resultantes de actos lícitos de guerra) y en los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7 del Convenio. De este modo, el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, el derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a servidumbre, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos, son derechos absolutos, garantizados por normas imperativas que no admiten excepción ni derogación.

Así, respecto de la prohibición de la tortura, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha afirmado resueltamente en su sentencia de 28 de julio de 1999 (relativa al caso *Selmouni contra Francia,* en la que el Tribunal estimó que los actos de agresión física y mental cometidos contra el demandante le provocaron dolores y padecimientos agudos, graves y crueles que debían ser calificados de tortura en el sentido del

artículo 3 del Convenio), que este artículo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, por lo que

> «incluso en las circunstancias más adversas, como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 3 no prevé restricciones en lo que contrasta con la mayoría de las cláusulas normativas del Convenio y de los Protocolos números 1 y 4, y según el artículo 15.2 no autoriza ninguna excepción incluso en caso de peligro público que amenace la vida de la nación» (parágrafo 95 de la sentencia de 28 de julio de 1999, con apoyo en las sentencias en los casos *Irlanda c. Reino Unido,* de 18 de enero de 1978; *Soering c. Reino Unido,* de 7 de julio de 1989; y *Chahal c. Reino Unido,* de 15 de noviembre de 1996).

El artículo 15 del Convenio prueba la existencia de un orden público europeo en materia de derechos humanos ya que, al establecer límites a la facultad de los Estados de proceder a derogaciones de las obligaciones jurídicas asumidas, el Convenio Europeo de Derechos Humanos dio concreción y positividad a la noción de *ius cogens* en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

4. **Límites del alcance del sistema europeo de protección de derechos humanos**

La existencia de este orden público europeo no significa, sin embargo, que el sistema del Convenio constituya un *ius commune* europeo de los derechos humanos ya que el Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos adicionales de carácter normativo integran un entramado de normas jurídicas que, sin embargo, no constituyen un Derecho común europeo de los derechos humanos porque en dicho entramado operan factores de fragmentación y de relativismo que no es posible ignorar y que limitan su alcance.

El sistema europeo de protección de los derechos humanos, en efecto, ha sido creado mediante tratados, esto es, a través de acuerdos de voluntades entre Estados, con lo que el papel del consentimiento de los Estados soberanos va a condicionar el alcance de este conjunto de obligaciones jurídicas: en primer lugar, por el hecho de que si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no todos los Estados parte en éste están obligados, en cambio, por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de dere-

chos y libertades reconocidos; en segundo lugar, porque en el momento de firmar el Convenio o alguno de sus Protocolos adicionales normativos, o de depositar sus instrumentos de ratificación, los Estados pueden formular reservas y declaraciones interpretativas que excluyen, o interpretan de modo subjetivo, las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados partes.

A) *Diversidad de Estados parte en el Convenio y en sus Protocolos adicionales normativos*

No todos los Estados parte en el Convenio están vinculados jurídicamente por los diferentes Protocolos adicionales normativos, con lo que el conjunto del sistema no opera de modo homogéneo, ya que los Estados no han asumido las mismas obligaciones jurídicas. España, por ejemplo, Estado parte en el Convenio no lo es en cambio en los Protocolos adicionales números 4 y 7, y ni siquiera ha firmado el Protocolo adicional número 12. De ello resulta que el sistema del Convenio no es un conjunto jurídico homogéneo que obligue por igual a todos los Estados miembros del Consejo de Europa, al no ser idéntico el número de Estados parte en los diversos instrumentos jurídicos que integran el sistema, lo que sin duda constituye un factor de heterogeneidad y de fragmentación que limita el alcance del *ius commune* europeo de Derechos humanos. Un paso positivo de extraordinaria importancia ha sido dado en estos últimos años, ya que en la actualidad *todos* los Estados miembros del Consejo de Europa son parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y todo Estado candidato a la admisión en el Consejo de Europa está obligado a firmar el Convenio en el momento de la adhesión al Consejo de Europa y a ratificarlo en el más breve plazo posible. La vocación del Convenio es pues obligar jurídicamente al conjunto de los Estados miembros del Consejo de Europa, lo que es un progreso indudable si se compara con la discrecionalidad de los Estados en los orígenes del sistema, ya que entonces los Estados miembros del Consejo de Europa no estaban jurídicamente obligados a ser partes en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Un verdadero *ius commune* europeo de los derechos humanos no existirá, sin embargo, hasta que todos los Estados miembros del Consejo de Europa sean a la vez partes en el Convenio y en todos los Protocolos adicionales normativos que lo han ido desarrollando mediante la ampliación progresiva de la lista de derechos y libertades protegidos.

B) *Reservas y declaraciones interpretativas*

La heterogeneidad a la que acabo de referirme es igualmente evidente en la posibilidad de que los Estados parte formulen reservas y declaraciones interpretativas a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que alguna de las leyes en vigor en su territorio esté en desacuerdo con dicha disposición.

El Convenio, en efecto, aunque dentro de los límites procedimentales y de fondo establecidos en su artículo 57 (en virtud del cual, por ejemplo, no caben reservas de carácter general), permite a los Estados parte la formulación de reservas que introducen factores de relativismo a pesar de tratarse de un Convenio que, a diferencia de los tratados de tipo clásico, desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes y crea unas obligaciones objetivas que disfrutan de garantía colectiva.

En el instrumento de ratificación de España, por ejemplo (BOE de 10 de octubre de 1979), aparecen las siguientes reservas a distintas disposiciones del Convenio: 1) los artículos 5 y 6, en la medida en que fueran incompatibles con las disposiciones que, en relación con el régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, se contienen en el título XV del Tratado Segundo y en el título XXIV del Tratado Tercero del Código de Justicia Militar; 2) el artículo 11, en la medida en que fuere incompatible con los artículos 28 y 127 de la Constitución española. La primera de dichas reservas fue modificada mediante declaración unilateral de 24 de septiembre de 1986, publicada en el BOE de 30 de septiembre del mismo año, tras la aprobación de la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, que derogó el Código de Justicia Militar, con el fin de que la nueva legislación quedara cubierta por la reserva. España formuló, además, dos declaraciones interpretativa en las cuales hizo constar que interpreta la disposición de la última frase del párrafo 1.º del artículo 10 del Convenio como compatible con el régimen de organización de la radiodifusión y televisión en España, y las disposiciones de los artículos 15 y 17 en el sentido de que éstos permiten la adopción de las medidas contempladas en los artículos 55 y 116 de la Constitución española.

Del mismo modo, al ratificar el Protocolo adicional n.º 1, el 27 de noviembre de 1990, España, a tenor de lo dispuesto en el Convenio y con el deseo de evitar cualquier incertidumbre en lo que se refiere a la aplicación del artículo 1 del Protocolo (derecho de toda persona física o moral al respeto de sus bienes), formuló una reserva a fin de que dicho artículo 1 sea entendido a la luz de lo dispuesto en el ar-

tículo 33 de la Constitución Española (Véase texto en BOE de 12 de enero de 1992).

Las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por los Estados parte están sujetas, sin embargo, en cuanto a su validez, al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que la determinación de si son o no válidas, así como su interpretación, escapan a la apreciación individual y subjetiva, unilateral, de los Estados partes en el Convenio. En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó resueltamente en su sentencia de 29 de abril de 1988, relativa al asunto *Belilos c. Suiza,* que el silencio del depositario y de los Estados parte respecto de la validez, o no, de una determinada reserva formulada por algún Estado parte, no priva a los órganos del Convenio de sus facultades para apreciar la cuestión de la validez de las reservas. En su sentencia, el Tribunal declaró nula una reserva suiza por considerarla contraria al Convenio, confirmando plenamente que el órgano jurisdiccional de control instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene competencias para determinar si una reserva es o no válida.

Si el Tribunal decide que una reserva no es válida, ésta no producirá efectos jurídicos, con lo que el Estado reservatario quedará obligado por la disposición convencional que pretendió eludir mediante la formulación de una reserva en el momento de la ratificación del Convenio o de alguno de sus Protocolos adicionales normativos.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sabido limitar, gracias a la interpretación del Convenio que ha llevado a cabo a través de su jurisprudencia, los efectos potencialmente devastadores del subjetivismo de los Estados. No obstante, los factores de fragmentación y heterogeneidad a los que acabo de hacer referencia, y en particular la posibilidad de que los Estados formulen declaraciones interpretativas y reservas —tan difícilmente justificables cuando se trata de convenios de protección de derechos humanos— suscitan a veces delicados problemas jurídicos y, en todo caso, sorprenden en un sistema que fue concebido como manifestación de un orden público europeo para la protección de los derechos y libertades fundamentales. El efecto perturbador de las reservas explica que no sean admisibles en los Protocolos adicionales números 6 y 13, relativos a la abolición de la pena de muerte; ambos disponen, en efecto, que no se aceptará reserva alguna a sus disposiciones, anticipando así lo que en mi opinión sería deseable en el futuro respecto del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de todos sus Protocolos adicionales normativos: la no admisión de reservas, a fin de que todos los Estados miembros del Consejo de Europa queden vinculados por un conjunto normativo común.

5. El mecanismo de protección jurisdiccional instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

El rasgo más característico y significativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos consistió en la instauración, en 1950, de un complejo mecanismo institucionalizado de garantía jurisdiccional integrado por tres órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros del Consejo de Europa, en razón de la naturaleza facultativa de la jurisdicción del Tribunal.

La Comisión podía conocer de demandas de un Estado parte contra otro Estado parte en el Convenio, o de demandas deducidas por particulares. En el primer caso, su competencia era obligatoria; en el segundo, en cambio, facultativa u opcional. La Comisión estaba encargada de decidir acerca de la admisibilidad de las demandas, establecer los hechos, contribuir a los posibles arreglos amistosos y, en su caso, emitir una opinión acerca de si hubo o no violación del Convenio, opinión que la Comisión remitiría al Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El Tribunal, de jurisdicción voluntaria u opcional, quedaba encargado de dictar una sentencia definitiva y vinculante en los asuntos que le fuesen sometidos por la Comisión o por un Estado parte interesado en el caso, bien por haber sido el Estado demandante o el Estado demandado ante la Comisión, o por ser el Estado del que el particular demandante ante la Comisión fuese nacional.

En los casos que no pudieran ser sometidos al Tribunal porque el Estado demandado no hubiera aceptado su jurisdicción, así como en aquellos otros que la Comisión o un Estado parte no sometieran al Tribunal, el Comité de Ministros del Consejo de Europea tendría competencias cuasi-jurisdiccionales para adoptar una resolución definitiva y vinculante acerca de si hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado que hubiere sido demandado ante la Comisión por otro Estado parte en el Convenio, o por un particular que se encontrase bajo su jurisdicción si el Estado demandado había aceptado la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares.

El carácter facultativo de la jurisdicción del Tribunal explica la anómala presencia de un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, entre los que tenían la misión de asegurar el cumplimiento de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados parte en el Convenio, con competencias para decidir si en un caso previamente conocido por la Comisión hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado. En todo caso, el mecanismo jurisdiccional de ga-

rantía instituido en 1950 exigía la intervención de dos órganos: la Comisión y el Tribunal, o la Comisión y el Comité de Ministros si el caso no fuese deferido al Tribunal Europeo de Derechos Humanos por quienes tenían legitimación activa para ello (la Comisión y el o los Estados concernidos por el caso).

A pesar de sus deficiencias (carácter facultativo de la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares; naturaleza opcional de la jurisdicción del Tribunal; posible intervención de un órgano político, intergubernamental, respecto de los casos que no fuesen deferidos al Tribunal; falta de legitimación activa del particular ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y a pesar de la innegable complejidad del mecanismo de garantía instituido en 1950 en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, éste supuso importantes innovaciones en el Derecho internacional. En primer lugar, el Convenio instituyó un sistema de garantía colectiva en virtud del cual un Estado parte podía presentar una reclamación internacional contra otro Estado parte ante un órgano de competencia obligatoria, la Comisión Europea de Derechos Humanos, aunque las víctimas de la violación alegada no fuesen nacionales del Estado demandante, con lo que se superaba la exigencia de la nacionalidad de la reclamación. En segundo lugar, y a pesar del carácter facultativo de la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares, la mera admisión de esta posibilidad supuso en 1950 otra ruptura con el Derecho internacional tradicional al permitirse que una persona individual, una organización no gubernamental o un grupo de particulares pudieran deducir directamente una demanda contra un Estado, incluso su propio Estado, ante un órgano internacional independiente e imparcial, la Comisión Europea de Derechos Humanos. El alcance de esta importante innovación en el Derecho internacional fue sin embargo limitado: de una parte, porque no instituyó un sistema de *actio popularis,* ya que el particular demandante había de ser víctima de la violación alegada; de otra, porque la competencia de la Comisión para conocer de estas demandas individuales fue aceptada por los Estados negociadores del Convenio con carácter opcional.

En tercer lugar, por último, se instituyó un Tribunal encargado de dictar una sentencia definitiva y vinculante en los asuntos que le fuesen sometidos por la Comisión o por un Estado parte interesado en el caso, lo que significó igualmente un progreso a pesar del carácter voluntario de la jurisdicción del Tribunal, que únicamente podría conocer de los asuntos en los que el Estado demandado hubiese declarado que reconocía como obligatoria de pleno derecho y sin convenio especial la jurisdicción del Tribunal, y a pesar de la falta de legitimación activa de los particulares.

Los Estados salvaguardaron, sin embargo, algunas de sus competencias soberanas y conservaron muchos de sus recelos a ser controlados por un mecanismo de garantía independiente e imparcial: las primeras son evidentes en el carácter facultativo de la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares y la naturaleza opcional de la jurisdicción del Tribunal; los segundos se ponen de manifiesto tanto en la anomalía de la eventual intervención de un órgano de naturaleza política —el Comité de Ministros del Consejo de Europa— en el funcionamiento de un mecanismo jurisdiccional de garantía, como en el establecimiento de un sistema de doble instancia en el que los Estados demandados tenían dos oportunidades para oponerse a una demanda: primero ante la Comisión, y luego ante el Tribunal o ante el Comité de Ministros si el caso no fuese llevado ante el Tribunal. Este mecanismo de protección resultó ser pesado, lento e insatisfactorio: pesado, en primer lugar, por la intervención de dos órganos, la Comisión y el Tribunal o la Comisión y el Comité de Ministros si el caso no fuese deferido al Tribunal; lento, en segundo lugar, con lo que se se daba la paradoja de que podía no respetar, al menos en apariencia, uno de los derechos reconocidos en el Convenio: el de la administración de justicia en un plazo razonable; por último, y sobre todo, insatisfactorio para los particulares que alegasen ser víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos: en primer lugar, porque aquéllos únicamente podían tener legitimación activa ante la Comisión, pero no ante el Tribunal, con lo que el sistema europeo de protección no respetaba plenamente uno de los derechos fundamentales en él reconocidos: el de acceso a un tribunal independiente e imparcial; en segundo lugar, porque la falta de legitimación activa de los particulares ante el Tribunal podía facilitar que un caso fuese decidido por un órgano político, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, y no por un organo judicial independiente e imparcial.

En la práctica, sin embargo, la evolución del sistema fue muy distinta de lo que se había previsto en 1950: en efecto, todos los Estados parte terminaron por aceptar tanto la competencia de la Comisión para conocer de demandas de particulares como la jurisdicción del Tribunal, con lo que la mayoría de los casos eran resueltos por el Tribunal y no por el Comité de Ministros. De este modo, el Tribunal terminó convirtiéndose en la pieza central del mecanismo de garantía, confirmando así el rasgo distintivo del sistema de protección de derechos humanos instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: *su carácter jurisdiccional.*

La progresiva toma de conciencia de este rasgo distintivo así como de las deficiencias del mecanismo de garantía instituido en 1950, expli-

can que tanto en medios doctrinales como en el seno de los órganos del Consejo de Europa se sostuviera reiteradamente la necesidad de revisar en profundidad el sistema de garantía, sin contentarse con soluciones parciales y fragmentarias. Las principales propuestas de reforma fueron las siguientes:

1. Que la Comisión y el Tribunal se transformasen en órganos permanentes.
2. Que la Comisión se transformase en un tribunal de primera instancia, y el Tribunal en una instancia de apelación.
3. Instituir un solo Tribunal con competencias decisorias tanto sobre admisibilidad como sobre fondo.

La tercera de estas propuestas es la que fue tomada en consideración por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, y la que fue aceptada en la Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa (9 de octubre de 1993). En esta Declaración se afirmó, además, que los Estados candidatos a la adhesión al Consejo de Europa tenían la obligación de firmar y ratificar el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de ese momento, quedó claro que la reforma del sistema se orientaba hacia un Convenio del que todos los Estados miembros del Consejo de Europa serían parte y en el que un Tribunal permanente, con jurisdicción obligatoria y competencias decisorias, sería el único órgano jurisdiccional de garantía.

El 11 de mayo de 1994 fue adoptado y abierto a la firma un nuevo Protocolo de enmienda, el Protocolo número 11, que modificó profundamente el mecanismo de garantía establecido en 1950 al instituir un único órgano de control, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de carácter permanente y jurisdicción obligatoria, ante el que en las mismas condiciones que los Estados parte los particulares tienen legitimación activa para deducir demanda una vez agotadas las vías de recurso existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, a fin de que un órgano judicial, independiente e imparcial decida mediante sentencia vinculante si ha habido o no violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos.

Con la entrada en vigor del Protocolo de enmienda número 11, el 1 de noviembre de 1998, se ha dado un paso muy importante en relación con el perfeccionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos. En este sentido, los aspectos positivos de la reforma son los siguientes:

1. Un órgano jurisdiccional internacional es el único órgano competente para decidir si ha habido o no violación de los derechos

reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos o en sus Protocolos adicionales de carácter sustantivo.
2. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos funciona con carácter permanente y jurisdicción obligatoria, tanto si se trata de demandas interestatales como de demandas deducidas por particulares.
3. En las mismas condiciones que los Estados, el particular tiene legitimación activa ante el Tribunal por lo que, una vez agotados los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado, podrá deducir demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
4. Las competencias del Comité de Ministros del Consejo de Europa en el procedimiento se limitarán exclusivamente a vigilar la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

6. **El Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

A) *Organización*

El Tribunal, con sede en Estrasburgo, funciona de manera permanente y está compuesto por un número de jueces igual al de Estados partes en el Convenio, que hoy son todos los Estados miembros del Consejo de Europa. La amplia composición del Tribunal tiene la ventaja de evitar que en cuestiones de gran sensibilidad política o social, las sentencias de un Tribunal de composición restringida pudieran ser percibidas como procedentes de un «tribunal extranjero», desconocedor de las realidades históricas y sociales del Estado demandado. El elevado número de jueces permite, además, que el Tribunal trabaje en Salas, lo que facilita la consideración del elevadísimo número de demandas que debe resolver.

Los jueces son elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de entre quienes figuren en una lista de tres candidatos presentada por cada Estado parte. Deberán gozar de la más alta consideración moral y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de altas funciones judiciales o ser jurisconsultos de reconocida competencia. Tienen el deber de independencia y no son representantes del Estado a título del que hayan sido elegidos, y durante su mandato no podrán ejercer una actividad que sea incompatible con las exigencias de independencia, imparcialidad y disponibilidad necesaria para un trabajo ejercido a tiempo completo (artículo 21 del Convenio). El mandato de

los jueces es por un período de seis años y son reelegibles; finaliza cuando alcanzan la edad de setenta años, aunque permanecen en sus funciones hasta su sustitución y continuarán conociendo de los asuntos que tuvieren asignados.

Para el examen de los asuntos que se le sometan, el Tribunal actúa en Comités formados por tres jueces, en Salas de siete jueces o en una Gran Sala de diecisiete jueces. Las Salas del Tribunal designan los Comités por un período determinado. Para la designación de los jueces de cada Sala rige un sistema de rotación a fin de que todos los magistrados puedan participar como titulares.

La Gran Sala está compuesta por diecisiete jueces, entre los que figurarán el Presidente, el o los Vicepresidentes, los Presidentes de las Salas, y jueces designados de conformidad con el Reglamento del Tribunal. Cuando un asunto sea deferido a la Gran Sala, ningún juez de la Sala que haya dictado la sentencia podrá actuar en la misma, con excepción del Presidente de la Sala y del juez que haya intervenido a título del Estado parte interesado. La Gran Sala se estructura en dos formaciones compuestas según criterios de equilibrio geográfico e intentando reflejar las diversas tradiciones jurídicas de los Estados partes.

Las cuestiones de organización son tratadas por el Tribunal en sesiones plenarias, en las que participan todos los jueces. El Tribunal tiene competencia de autoorganización y, en ejercicio de la misma, el Pleno es competente para elegir Presidente y Vicepresidentes, el Secretario y para adoptar su Reglamento interno.

El juez elegido a título de un Estado parte en el caso sometido al Tribunal será miembro de pleno derecho de la Sala o de la Gran Sala; en su ausencia, o cuando no esté en condiciones de intervenir, dicho Estado parte designará a una persona que actúe como juez *ad hoc.*

B) *Legitimación activa: demandas interestatales y demandas de particulares*

La competencia del Tribunal se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidos por quienes tienen legitimación activa para ello.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 33 y 34 del Convenio, pueden acudir al Tribunal y deducir demandas ante él:

a) un Estado parte que someta al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos y que a su

juicio pueda ser imputado a otro Estado parte (artículo 33 del Convenio);

b) todo individuo, toda organización no gubernamental o todo grupo de personas particulares que aleguen ser víctimas de una violación del Convenio por un Estado parte (artículo 34 del Convenio).

Cuando se trata de demandas interestatales, cualquier Estado parte, aunque no sea el de la nacionalidad de las víctimas de las violaciones alegadas, puede deducir demanda ante el Tribunal, lo que pone de manifiesto la nota de garantía colectiva que caracteriza al mecanismo jurisdiccional del sistema europeo de protección de derechos humanos, en el que se supera claramente la tradicional exigencia de la nacionalidad de la reclamación como uno de los requisitos para la puesta en práctica de la responsabilidad internacional de un Estado. Por el contrario, cuando se trata de demandas de particulares el Convenio no ha establecido un sistema de *actio popularis* —esto es, no ha instituido en beneficio de los particulares una especie de acción popular— por lo que no les autoriza a deducir demandas «*in abstracto*», es decir, por el solo hecho de que el particular demandante considere que una ley interna del Estado demandado es contraria al Convenio. De ahí la exigencia de que el particular (persona física o jurídica) haya de alegar ser víctima de una violación de alguno de los derechos que le reconoce el Convenio o sus Protocolos adicionales normativos. En algunas ocasiones, sin embargo, el Tribunal ha estimado que unas personas podían ser consideradas como víctimas por la mera existencia de una ley, aunque en el caso los demandantes no hubieran podido probar que ésta les había sido aplicada. Tal fue el caso en el *asunto Klass y otros contra Alemania*, relativo a una ley alemana de 1968 que permitía, aunque con determinadas condiciones, una vigilancia secreta de la correspondencia, los envios postales y las telecomunicaciones, sin obligación de informar al interesado (sentencia de 6 de septiembre de 1978).

Por víctima se entiende, en principio, la persona directamente afectada por el acto u omisión que se considera violación de un derecho. Pero la jurisprudencia del Tribunal (como antes de la entrada en vigor del Protocolo de enmienda n.º 11, la de la Comisión Europea de Derechos Humanos) ha ensanchado la noción de víctima al entender por tal no sólo a la *víctima directa* de la violación alegada sino también a la *víctima indirecta*, es decir, a la persona que pueda demostrar la existencia de un vínculo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho. La progresiva flexibilización de la noción de víctima a través de la jurisprudencia ha llevado incluso a la admisión de la legitimación activa de

un particular que potencialmente puede ser víctima de una violación, como ocurrió en la sentencia de 7 de julio de 1989, en el caso *Soering contra Reino Unido de Gran Bretaña.*

C) *Requisitos de admisibilidad de las demandas*

La fase de admisibilidad tiene una importancia excepcional, ya que para que el Tribunal pueda entrar en el examen de fondo de las violaciones alegadas la demanda ha de cumplir con rigurosos requisitos de admisibilidad y únicamente las que superen estos requisitos podrán ser consideradas en cuanto al fondo. La cuestión de admisibilidad es de fundamental importancia en el funcionamiento del sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de ahí que el artículo 35. 4 del Convenio disponga que el Tribunal podrá rechazar, en cualquier fase del procedimiento, las demandas que considere inadmisibles. Se trata pues de una barrera que la mayoría de las demandas no logran superar.

En relación con las demandas de particulares, el artículo 35 del Convenio dispone que la demanda ha de ser formulada en el plazo de seis meses desde la fecha de la decisión interna definitiva; no puede ser anónima; ni esencialmente la misma que una demanda ya examinada anteriormente por el Tribunal o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo y no contenga hechos nuevos.

Por otra parte, el Tribunal considerará inadmisible cualquier demanda individual que estime incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos adicionales normativos por alguna de las siguientes causas:

a) alegue la violación de un derecho que no figure entre los reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos (incompatibilidad *ratione materiae);*
b) invoque un derecho reconocido en un Protocolo del que el Estado demandado no sea parte (incompatibilidad *ratione personae);*
c) se refiera a hechos que han acaecido fuera de la jurisdicción del Estado demandado (incompatibilidad *ratione loci);* o
d) concierna a hechos anteriores a la ratificación del Convenio o de alguno de sus Protocolos adicionales normativos por parte del Estado demandado (incompatibilidad *ratione temporis).* Igualmente, son inadmisibles las demandas que sean abusivas o sean manifiestamente mal fundadas. La no admisión de una deman-

da abusiva permite que el Tribunal pueda evitar ser utilizado con fines puramente políticos. Este fue un temor claramente sentido por los redactores del Convenio en 1950, aunque en la práctica apenas ha suscitado dificultades, si bien los órganos jurisdiccionales de control han preferido rechazar las demandas «políticas» sobre la base de criterios jurídicos y sin declarar su inadmisibilidad por su intencionalidad política.

La inadmisibilidad de las demandas manifiestamente mal fundadas suscita difíciles problemas jurídicos. En efecto, el Tribunal no podrá decidir acerca de las cuestiones de admisibilidad sin examinar los problemas de fondo, pero el Tribunal no es una nueva instancia de apelación contra los supuestos errores de hecho o de Derecho cometidos por los tribunales nacionales, ya que su función consiste en examinar si se ha producido o no una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos. Hay que reconocer, sin embargo, que no siempre es fácil trazar la frontera entre ambas funciones, como no lo es decidirse entre declarar inadmisible una demanda por ser «manifiestamente mal fundada» u optar, por el contrario, por entrar en el examen del caso para decidir si, en el fondo, hubo o no violación. En estos supuestos, la diferencia entre admisibilidad y examen del fondo es más teórica que real pues la inadmisibilidad por falta manifiesta de fundamento supone que el Tribunal se pronuncie sobre la violación alegada, y por tanto, sobre el fondo. Por otra parte, no deja de resultar extraño que en ocasiones se precise de un largo proceso contradictorio para que, al final del mismo, el Tribunal declare que una demanda es inadmisible por ser «manifiestamente» mal fundada.

Por último, no podrá recurrirse al Tribunal más que después de agotar previamente los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico interno del Estado demandado, tal como esta exigencia se entiende a la luz de los principios generalmente reconocidos de Derecho internacional. Este requisito, cuya finalidad es facilitar a los Estados la ocasión de prevenir o enmendar las violaciones alegadas contra ellos antes de que éstas se sometan al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ya que los Estados no tienen que responder de sus actos ante un organismo internacional sin haber tenido antes la posibilidad de corregir la situación en su orden jurídico interno), pone de manifiesto el carácter subsidiario del mecanismo europeo de protección de derechos y libertades fundamentales. En el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos la exigencia de agotamiento previo de los recursos internos tiene mayor sentido aún que en Derecho internacional general,

ya que su artículo 13 impone a los Estados partes la obligación de prever recursos en sus ordenamientos jurídicos internos respecto de las alegaciones relativas a violaciones del Convenio. Esta disposición es de importancia fundamental, pues pone de manifiesto el deber de los Estados partes de asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio y de sus Protocolos adicionales en sus ordenamientos internos.

Ahora bien, la obligación de agotamiento previo de los recursos internos no debe ser entendida de modo absoluto o mecánico, sino con flexibilidad y sin excesivo formalismo, pues como el Tribunal ha sostenido reiteradamente en su jurisprudencia, el Gobierno que alegue el no agotamiento de los recursos internos deberá probar que éstos existen tanto en la teoría como en la práctica. Sólo cuando este dato hubiese sido establecido corresponderá al demandante probar que no existe tal recurso o que, aunque existiera, la pasividad total de las autoridades nacionales o la existencia de una práctica generalizada lo hacen ineficaz.

D) *Procedimiento*

Desde el momento en que una Sala registre una demanda, se designará un juez ponente que tendrá por cometido, bajo la autoridad del Tribunal y con asistencia del Secretario y de la Secretaría, preparar el expediente, entablar contactos con las partes, y, si el asunto fuese declarado admisible, llevar a cabo las gestiones necesarias con vistas a un eventual arreglo amistoso.

Las demandas interestatales son sometidas a una Sala. En cambio, las demandas individuales son examinadas por un Comité que comprenderá entre sus tres miembros al juez ponente. El Comité tiene competencia para declarar por unanimidad la inadmisibilidad de una demanda, o para cancelarla del registro y eliminarla del orden del día cuando dicha resolución pueda ser adoptada sin necesidad de un examen más amplio. La declaración de inadmisibilidad es definitiva y frente a ella no cabe recurso alguno.

Si la demanda no se considera inadmisible por el Comité, pasará a una Sala que examinará tanto la admisibilidad de la misma como las cuestiones de fondo; en principio, las resoluciones de las Salas acerca de la admisibilidad se adoptarán separadamente de la cuestión de fondo, y son definitivas.

El examen sobre el fondo de una demanda se efectua por una Sala de siete jueces o, excepcionalmente, por la Gran Sala.

En colaboración con las partes, el Tribunal procede a un examen contradictorio del caso y, si lo estima necesario, a una investigación para el establecimiento de los hechos. Para la eficaz realización de dicha investigación, los Estados interesados proporcionarán todas las facilidades necesarias. Al mismo tiempo, el Tribunal se pone a disposición de las partes a fin de intentar llegar a un arreglo amistoso que se inspire en el respeto de los derechos tal como los reconocen el Convenio y sus Protocolos. Las partes pueden llegar en cualquier fase del procedimiento a un arreglo amistoso, que ha de ser autorizado por el Tribunal y pondrá fin al procedimiento. El Tribunal cancelará el asunto del Registro de casos mediante una resolución que se limitará a una breve exposición de los hechos y de la solución adoptada.

Antes de dictar sentencia, y a condición de que ninguna de las partes se oponga a ello, la Sala podrá en cualquier momento desistir *motu propio* de un asunto en favor de la Gran Sala en los casos que tengan consecuencias específicas importantes. Con esta posibilidad de desistimiento de la Sala en favor de la Gran Sala se ha querido contribuir a acelerar el procedimiento.

Si la Sala hubiese dictado sentencia, las partes podrán solicitar la remisión del asunto a la Gran Sala para un nuevo examen del caso en aquellos supuestos excepcionales que susciten una cuestión de interés general o cuestiones graves relativas a la interpretación o a la aplicación del Convenio y de sus Protocolos.

La solicitud de las partes será examinada por un Colegio compuesto por cinco jueces de la Gran Sala, que determinará si la petición de reconsideración de un asunto debe o no ser aceptada. Cuando se den las circunstancias antes mencionadas de interés general o cuestiones graves relativas a la interpretación o a la aplicación del Convenio y de sus Protocolos, el objetivo de este nuevo procedimiento ante la Gran Sala es el de permitir una reconsideración de los asuntos más importantes a fin de garantizar la calidad y la coherencia de la jurisprudencia del Tribunal. Se trata pues de un sistema de doble grado de jurisdicción, ya que dos formaciones distintas de un Tribunal único (las Salas y la Gran Sala) tienen competencia para decidir los casos que sean deferidos al Tribunal.

Aunque en principio, y se espera que de modo habitual, será una Sala integrada por siete jueces la que resuelva con carácter definitivo las demandas declaradas admisibles, las sentencias de las Salas sin embargo únicamente tendrán eficacia de cosa juzgada, y por tanto carácter definitivo, cuando haya transcurrido un plazo de tres meses desde su pronunciamiento sin que se haya solicitado por alguna de las partes la remisión del asunto a una formación más amplia del Tribunal, la

Gran Sala, o, si dicha remisión hubiese sido solicitada, cuando un Colegio de cinco jueces de la Gran Sala considere que el asunto no reúne las condiciones excepcionales que justifican la apertura de una segunda instancia. Si el asunto fuese deferido a la Gran Sala, corresponderá a ésta resolver el caso con carácter definitivo.

Este sistema, introducido por el Protocolo de enmienda número 11, ha reforzado sin duda el carácter jurisdiccional del mecanismo de protección de derechos y libertades. Pero ello sólo fue posible gracias a una solución de compromiso consistente en mantener el principio del reexamen como elemento estructurador del nuevo mecanismo permitiendo que los asuntos que revistan especial importancia puedan ser considerados en doble instancia a través de dos formaciones diferentes del nuevo Tribunal, las Salas y la Gran Sala.

Esta solución de compromiso suscita innegables dificultades y es la mayor de las imperfecciones técnicas del nuevo sistema, tanto por su complejidad como por lo que expresa de la voluntad de los Estados de poder contar con un doble grado de jurisdicción. Pero vino impuesta por el compromiso que en 1994, cuando se adoptó el Protocolo de enmienda n.º 11, hizo posible la reforma del mecanismo de protección instituido en 1950 en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: mantener el principio del reexamen como elemento estructurador del sistema, permitiendo que los asuntos que revistan especial importancia puedan ser examinados en doble instancia a través de dos formaciones diferentes del Tribunal.

7. **Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Tribunal decide mediante sentencia motivada si en el caso que le hubiese sido sometido hubo o no violación del Convenio atribuible al Estado demandado. Si la sentencia no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los magistrados, cualquiera de ellos tiene derecho a unir a la misma su opinión separada, concordante o disidente.

Las sentencias del Tribunal son obligatorias, porque los Estados partes se han comprometido a acatarlas en los litigios en que sean partes (artículo 46.1 del Convenio), y tienen dos efectos: ante todo, el de *cosa juzgada* respecto del Estado demandado; en segundo lugar, el de *cosa interpretada* con efectos *erga omnes,* ya que el Tribunal no sólo tiene competencias para aplicar el Convenio sino también para interpretarlo. Este último efecto de las sentencias del Tribunal tiene, por consiguiente, alcance general, esto es, respecto de todos los Estados partes en el

Convenio; las autoridades nacionales, por tanto, incluidas las judiciales, deben tomar en consideración la interpretación del Convenio por el Tribunal de Estrasburgo a través de su jurisprudencia, ya que dicha interpretación les vincula jurídicamente.

Si la reparación de la violación no fuese posible en todo o en parte, el artículo 41 del Convenio regula la competencia del Tribunal para decidir acerca de la indemnización compensatoria al disponer que el Tribunal, si declara que ha habido violación del Convenio y el Derecho interno del Estado responsable sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte lesionada, si así procede, una satisfacción equitativa.

Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tienen naturaleza declarativa pero no ejecutoria. La naturaleza declarativa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos suscita un difícil problema ya que el hecho de que no sean ejecutorias no implica que carezcan de efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico del Estado declarado responsable de una violación del Convenio o de alguno de sus Protocolos adicionales normativos. En otras palabras, el hecho de que no tengan carácter ejecutorio directo no implica la carencia de todo efecto jurídico interno, y de ahí la necesidad de que se establezcan cauces procesales adecuados que permitan dar efectividad a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que éste carece de competencias para pronunciarse sobre el cumplimiento y ejecución de sus resoluciones. La solución de este problema jurídico no es fácil debido, en primer lugar, a que no todas las sentencias en las que el Tribunal Europeo declare que hubo violación de alguno o algunos de los derechos reconocidos en el sistema del Convenio tienen la misma naturaleza ni el mismo alcance. Si decide que hubo violación, el Tribunal declarará la responsabilidad internacional del Estado demandado, pero ésta puede tener causa en motivos muy diferentes: unas veces, en efecto, el Tribunal declara que en un caso dado las autoridades judiciales internas vulneraron el Convenio; en otros casos, la violación que da origen a la responsabilidad internacional del Estado tuvo causa en una acción u omisión de órganos administrativos internos; en otros supuestos, la sentencia del Tribunal Europeo se basa en la apreciación de que la norma interna aplicada por el juez nacional es en sí misma contraria al Convenio, con lo que el cumplimiento de la sentencia exigiría una reforma legal.

La mayor dificultad jurídica para la ejecución de una sentencia del Tribunal de Estrasburgo se suscita cuando, en razón de los efectos de *re iudicata* de las sentencias definitivas y firmes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya estimado que existió una violación del Con-

venio que traiga causa de una sentencia firme dictada previamente por un tribunal interno. La sentencia de un tribunal internacional ¿va a poder ser utilizada para poner en cuestión el efecto de cosa juzgada de una sentencia firme dictada por un tribunal del Estado demandado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y declarado responsable por éste de un incumplimiento de sus obligaciones convencionales? Los efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no están regulados en Derecho español a pesar de que, como Estado parte en el Convenio, España tiene la obligación de establecer en su ordenamiento jurídico los cauces legales oportunos para dar eficacia y ejecutar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a cuyas decisiones se ha comprometido a conformarse en los litigios en que sea parte (artículo 46.1 del Convenio).

La necesidad de regular el problema de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español fue reconocida expresamente por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 16 de diciembre de 1991, en la que instó a los poderes públicos a establecer cauces procesales adecuados en orden a la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En la doctrina española, y ante la insuficiencia de los mecanismos legales disponibles, se han formulado distintas propuestas *de lege ferenda* a fin de resolver el problema jurídico de la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español: una de estas propuestas es partidaria de la adopción de una ley *ad hoc,* como hizo Austria en 1963 y como el Tribunal Constitucional español sugirió expresamente en su sentencia de 16 de diciembre de 1991; otra, inspirada en la técnica seguida por Noruega o Luxemburgo, propone introducir en las leyes procesales *un nuevo motivo de revisión*; finalmente, una tercera propone introducir *un nuevo motivo de nulidad.*

Aún reconociendo la utilidad de las soluciones legislativas propuestas, creo preferible la adopción de un nuevo Protocolo facultativo que dé una solución homogénea a un problema complejo y difícil, que no es meramente técnico sino de la mayor relevancia para la efectividad de la tutela jurisdiccional de derechos y libertades por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Este no es un órgano de apelación, ni de casación, ni de revisión de las decisiones de las autoridades judiciales internas, ni tiene competencias para declarar nula una norma del Derecho interno o una decisión de las autoridades administrativas del Estado demandado y declarado responsable de la violación del Convenio, pues su competencia se extiende únicamente a la interpretación y apli-

cación del Convenio en un caso dado a fin de determinar si el Estado demandado ha o no incumplido sus obligaciones y, en consecuencia, si ha incurrido o no en responsabilidad internacional; pero a él corresponde la aplicación e interpretación de un tratado de protección de derechos y libertades, expresión de un *ius commune* europeo de derechos efectivos y no ilusorios. Que las sentencias del Tribunal no tengan carácter ejecutorio directo no implica la carencia de todo efecto jurídico de las mismas en los ordenamientos jurídicos internos, y de ahí la necesidad de que se establezcan cauces procesales adecuados que permitan dar efectividad a dichas sentencias.

Por último, conviene señalar que dada la estrecha vinculación existente entre el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Consejo de Europa, el Comité de Ministros de esta Organización Internacional tiene competencias para vigilar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Convenio. Estas competencias de vigilancia y supervisión derivan del carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal, y ponen de manifiesto una dimensión de extraordinaria significación jurídica: la presencia de un mecanismo institucionalizado para asegurar el respeto del Derecho.

8. **La interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

El Convenio Europeo de Derechos Humanos es desde luego un tratado internacional y, por tanto, un acuerdo de voluntades entre Estados soberanos respecto del que, con determinadas condiciones, los Estados parte pueden formular reservas. El sistema del Convenio está integrado, además, por diversos instrumentos jurídicos convencionales, esto es, por varios tratados (Convenio y Protocolos adicionales normativos), con diferentes Estados partes, por lo que no todos los Estados asumen las mismas obligaciones jurídicas. No obstante, y a pesar de estos datos que no es posible desconocer, las especiales características y la naturaleza específica del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en tanto que tratado de protección de derechos humanos y libertades fundamentales, hacen que su aplicación e interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos escape a las reglas tradicionales en materia de interpretación de tratados, codificadas en la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969.

Esto explica que aunque el Tribunal se haya referido expresamente a las reglas de interpretación establecidas en los artículos 31 a 33 de la

citada Convención de Viena, ha utilizado sin embargo criterios de interpretación que responden a la naturaleza específica del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, en su sentencia de 18 de enero de 1978, relativa al asunto interestatal *Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña*, el Tribunal sostuvo que, a diferencia de los tratados internacionales de tipo clásico, el Convenio desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados partes, todos ellos miembros del Consejo de Europa, porque

> «además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales crea unas obligaciones objetivas que disfrutan, según los términos de su Preámbulo, de una garantía colectiva» (parágrafo 239 de la sentencia de 18 de enero de 1978).

Esta interpretación de la naturaleza y alcance del Convenio Europeo de Derechos Humanos ha sido confirmada en la sentencia de 23 de marzo de 1995 (asunto *Loizidou contra Turquía,* excepciones preliminares), en la que el Tribunal reiteró las afirmaciones que había hecho en la sentencia de 18 de enero de 1978 y sostuvo resueltamente que el Convenio «crea unas obligaciones objetivas que disfrutan de una garantía colectiva», por lo que «*tiene carácter singular*» *(«special character»*; «*caractère singulier*» (parágrafos 70 y 71 de la sentencia, con referencias a la sentencia dictada en el asunto interestatal *Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña).* No obstante, el Tribunal tiene plena conciencia de su naturaleza y sabe que *no es un tribunal constitucional europeo sino, por el contrario, un tribunal internacional instituido por un tratado.* De ahí que en su jurisprudencia sea posible distinguir dos grandes orientaciones o tendencias: de una parte, la que favorece a la soberanía de los Estados, que se expresa en una posición de autocontrol por parte del Tribunal respecto del alcance de su jurisdicción; de otra, una tendencia más progresiva, de activismo judicial, favorecedora de la protección de derechos y libertades y que tiende por ello a restringir el ámbito de competencias de los Estados partes. La primera de las tendencias a las que acabo de referirme, favorece la discrecionalidad de los Estados; la segunda, en cambio, es más protectora de los individuos y los derechos que el Convenio y los Protocolos adicionales normativos les reconocen y, en consecuencia, expande el alcance de las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados partes, más allá incluso de lo dispuesto en la letra del Convenio o de los Protocolos adicionales de carácter normativo, apartándose así del clásico principio del Derecho internacional según el cual las limitaciones de la soberanía de los Estados no se presumen.

A) *Manifestaciones de la tendencia de autocontrol judicial: la doctrina del margen de apreciación de los Estados*

Aún siendo un tratado de protección de derechos y libertades *individuales,* es innegable que el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce sin embargo la necesidad de salvaguardar los intereses generales de la comunidad, tan legítimos como aquéllos en los Estados democráticos.

En este orden de cosas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una serie de conceptos que pretenden conciliar los intereses del individuo con los de la comunidad y que, en función de esa finalidad conciliadora, ponen de manifiesto y confirman una característica esencial del Convenio Europeo de Derechos Humanos: su preocupación por establecer un equilibrio entre los derechos individuales, de un lado, y los intereses generales, de otro. Entre tales conceptos, uno tiene excepcional importancia en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo: la doctrina del *margen de apreciación nacional de los Estados.* Desde la sentencia de 7 de diciembre de 1976, relativa al caso *Handyside c. Reino Unido* (en el que se había planteado el problema del secuestro, de conformidad con la legislación inglesa sobre publicaciones obscenas, de un libro destinado a la educación sexual en las escuelas), el Tribunal ha reconocido, en efecto, que los Estados tienen un margen de apreciación que es consecuencia del carácter subsidiario del sistema de protección instituido en el Convenio.

Del mismo modo, y en el contexto de los límites de algunos de los derechos reconocidos y de las posibles injerencias de la autoridad en los derechos protegidos, el Tribunal ha admitido que, por estar más próximos a las realidades nacionales, los Estados tienen mejor conocimiento de la vida interna y de sus particularidades que un órgano internacional.

El margen de apreciación de los Estados es variable, pues depende de las circunstancias, las materias y el contexto de cada caso y opera sobre todo en aquellas cuestiones en las que no existe un consenso europeo: tal es el caso de las relacionadas con la seguridad nacional (caso *Leander contra Suecia,* sentencia de 26 de marzo de 1987, relativa al acceso a datos consignados en un registro secreto de la policía para evaluar la aptitud de un candidato a un empleo relacionado con la seguridad nacional y la defensa) o a la moral (caso *Handyside,* sentencia de 7 de diciembre de 1976, antes citada; caso *Müller y otros contra Suiza,* sentencia de 24 de mayo de 1988, relativa a la condena de un pintor por la exposición de cuadros juzgados obscenos). Por el contrario, el margen de apreciación de los Estados no existe, o es muy reduci-

do, en otras materias, tales como las relacionadas con la administración de justicia, en las que es más fácil verificar la existencia de un amplio consenso europeo. Así, en el asunto *Sunday Times contra Reino Unido,* relativo a restricciones al derecho de la prensa de comentar procesos civiles ante tribunales británicos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó en su sentencia de 26 de abril de 1979 que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión, con el propósito de salvaguardar la independencia judicial, no respondía a una necesidad social imperiosa y no era ni proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática.

En mi opinión, es necesario tener presente que, si se desorbita, la doctrina del margen de apreciación puede llegar a poner en cuestión la esencia misma del sistema europeo de protección de derechos humanos y libertades fundamentales, su dimensión constitucional de un orden público europeo de los derechos humanos. Como observó Marc-André Eissen, antiguo Secretario del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la aceptación de la existencia de un margen de apreciación nacional de los Estados consiste en una especie de *autolimitación judicial por parte del Tribunal,* derivada de la conciencia que éste tiene del mejor conocimiento de la vida interna, social y jurídica, por el Estado demandado, más cercano a la realidad que el Tribunal; pero una cosa es reconocer este dato, que pone de manifiesto el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de derechos humanos, y otra, muy distinta, diluirlo en una excesiva pluralidad de situaciones particulares.

De ahí la importancia de que el Tribunal haya sido riguroso en el ejercicio de su competencia de control del margen de apreciación de los Estados, y que una importante línea jurisprudencial venga señalando que las limitaciones y restricciones del ejercicio de los derechos reconocidos *no pueden atentar contra la substancia del derecho garantizado*. Esta exigencia responde a una tendencia del Tribunal a reforzar el control europeo del cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones que para ellos derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, la sentencia de 29 de febrero de 2000 recaída en el asunto *Fuentes Bobo contra España,* ha confirmado la orientación jurisprudencial a que me vengo refiriendo. El demandante alegaba que su despido de Televisión Española por críticas formuladas contra directivos de aquélla constituía una violación de su derecho a la libertad de expresión; frente a esta pretensión, el Gobierno español sostuvo que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para evaluar el alcance de manifestaciones críticas que pudieran ser insultantes, ya que la libertad de expresión no puede amparar un pretendido derecho al insulto. El Tribunal, aún reconociendo que las razones invocadas por el Estado demandado eran pertinentes, consideró sin embargo que, a pe-

sar del margen de apreciación de las autoridades nacionales, «no existía una razonable relación de proporcionalidad entre la sanción impuesta al demandante y el fin perseguido» por lo que, en consecuencia, decidió que hubo violación del artículo 10 del Convenio.

La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, favorable al reforzamiento del control internacional del cumplimiento por los Estados partes de las obligaciones que para ellos derivan del sistema del Convenio es más visible aún en la tendencia que vamos a considerar a continuación, contrapuesta a la de autocontrol judicial antes examinada. Si en ésta el Tribunal se muestra prudente y, consciente de sus límites, respetuoso del papel que corresponde a los Estados en la regulación de los intereses generales, que pueden fundamentar la limitación de algunos derechos individuales, en la tendencia jurisprudencial que ahora vamos a considerar comprobaremos en cambio cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado una serie de conceptos jurídicos que tienden a ampliar la responsabilidad internacional de los Estados partes y, en consecuencia, a reforzar la protección europea de derechos y libertades.

B) *Manifestaciones de la tendencia favorable a la protección de los derechos y libertades a través de una interpretación evolutiva y dinámica, teleológica, del Convenio Europeo de Derechos Humanos*

En la interpretación de la naturaleza y alcance del Convenio Europeo de Derechos Humanos el Tribunal ha sostenido resueltamente, como antes expuse, que a diferencia de los tratados de tipo clásico el Convenio «desborda el ámbito de la mera reciprocidad entre los Estados contratantes» porque, además de una red de compromisos sinalagmáticos bilaterales, «crea unas obligaciones objetivas que disfrutan de una garantía colectiva», por lo que «*tiene carácter singular*» (sentencias de 23 de marzo de 1995, *Loizidou contra Turquía,* excepciones preliminares, parágrafos 70 y 71, y de 18 de enero de 1978, *Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña,* parágrafo 239).

Esta concepción de la naturaleza del Convenio, en la que se pone especial énfasis en su *dimensión constitucional* en tanto que instrumento jurídico internacional que expresa un orden público europeo de los derechos humanos y libertades fundamentales, justifica que el Tribunal haya procedido a una interpretación evolutiva del Convenio mediante la que ha ampliado el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados partes. En el análisis de esta tendencia favorable a la protección de los derechos y libertades a través de una interpretación

evolutiva y dinámica, finalista, del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de sus Protocolos adicionales normativos, voy a considerar diversos aspectos de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los que se pone de manifiesto una actitud opuesta a la doctrina del margen de apreciación de los Estados.

Consideraré, ante todo, el principio de proporcionalidad como factor de corrección del margen de apreciación nacional de los Estados e instrumento mediante el que el Tribunal ha reforzado el control europeo de la discrecionalidad de los Estados partes en el Convenio; a continuación, examinaré la noción de obligaciones positivas de los Estados partes; en tercer lugar, analizaré la afirmación jurisprudencial según la cual los derechos reconocidos han de ser interpretados como derechos efectivos y no teóricos o ilusorios; por último, me referiré a cómo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido en el ámbito del sistema de protección incluso a derechos no expresamente reconocidos en el Convenio, llegando así al límite de la interpretación teleológica del mismo.

1. El principio de proporcionalidad

Por las consecuencias que de él derivan, el principio de proporcionalidad es un factor de corrección del margen nacional de apreciación de los Estados y uno de los más fecundos principios generales del Derecho en la construcción de un *ius commune* europeo de los derechos humanos. Aunque en apariencia parece evocar consideraciones cuantitativas, casi aritméticas, el principio se construye sin embargo sobre la base de consideraciones cualitativas que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha asociado con la preocupación fundamental de justo equilibrio entre los intereses generales y los derechos individuales. La legitimidad de aquéllos es desde luego indiscutible, pero la protección de derechos y libertades individuales exige que la defensa del interés general no se confunda con la llamada «razón de Estado».

Ninguna disposición del Convenio ni de los Protocolos adicionales normativos se refiere de modo explícito al principio de proporcionalidad, pero el Tribunal ha hecho de él una pieza clave en la interpretación del Convenio desde que, a partir de la sentencia de 23 de julio de 1968, relativa al *Asunto de ciertos aspectos lingüísticos de la enseñanza en Bélgica,* evocó la necesidad de una relación razonable entre los medios utilizados y el fin propuesto, esto es, entre el alcance de la injerencia en un derecho reconocido y el fin legítimo que en principio podría justificar dicha injerencia. Desde esa fecha, los conceptos gemelos de proporcionalidad y justo equilibrio han sido utilizados en decenas de sen-

tencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como un factor de control del margen nacional de apreciación y para determinar si hubo o no violación de alguno de los derechos reconocidos en el sistema del Convenio.

2. Obligaciones positivas de los Estados partes y significado del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos

A partir de la sentencia de 18 de enero de 1978, recaida en el asunto interestatal *Irlanda contra Reino Unido de Gran Bretaña,* el texto inglés del artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sirvió de base al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para afirmar que el Convenio

> «no se contenta con obligar a las autoridades supremas de los Estados partes a que respeten los derechos y libertades que consagra; como lo demuestran el artículo 14 y la versión inglesa del artículo 1 (*shall secure),* implica también que, para garantizar el disfrute de aquéllos, dichas autoridades tienen que impedir o sancionar la violación en niveles inferiores» (parágrafo 239 de la sentencia).

Desde esta sentencia, el artículo 1 ha servido de base al Tribunal para desarrollar a través de su jurisprudencia una interpretación teleológica y progresiva del Convenio que le ha permitido sostener que éste no solo impone a los Estados obligaciones negativas, de no hacer, sino también *obligaciones positivas,* de hacer, a fin de satisfacer el deber de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. La teoría de las obligaciones positivas ha servido también de fundamento a la jurisprudencia en virtud de la cual el Tribunal ha estimado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es aplicable *en las relaciones entre particulares,* y no sólo en las relaciones entre los poderes públicos y los particulares (efecto horizontal del Convenio, a semejanza de la doctrina constitucional alemana de la *dritwirkung).* Los particulares, en efecto, también pueden cometer abusos y violar derechos y libertades fundamentales, y de ahí la obligación positiva de los Estados —en definitiva, garantes de los derechos y libertades— de adoptar las medidas necesarias, legislativas y de otra naturaleza, para proteger realmente los derechos individuales no sólo frente a los poderes públicos sino también respecto de posibles injerencias de otros individuos.

La obligación de asegurar el goce de los derechos reconocidos en el Convenio es una de las más importantes obligaciones jurídicas de los

Estados parte por lo que el Tribunal no ha vacilado en subrayar su relevancia, sobre todo en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones que los artículos 2 (derecho a la vida), 3 (prohibición de la tortura) y 5 (derecho a la libertad y a la seguridad) del Convenio imponen a los Estados parte. En todo caso, y en relación con el cumplimiento de las obligaciones positivas de los Estados, el Tribunal ha reconocido que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, claro signo del carácter subsidiario del sistema de protección internacional. Para ello ha recurrido a la utilización del principio de proporcionalidad, aunque no en favor de los derechos individuales como cuando el principio se utiliza por el Tribunal para limitar y controlar el margen de apreciación nacional de los Estados, sino, por el contrario, en un sentido favorable a las exigencias del interés general de la comunidad. No obstante, a pesar de esta consideración de los intereses generales de la comunidad —tan legítimos en un sistema democrático como los derechos y libertades individuales, siempre que no se confundan con la «razón de Estado»—, el Tribunal ha procurado verificar siempre la existencia de un equilibrio y no ha vacilado en sostener que ha habido violación del Convenio cuando la injerencia en el goce de un derecho individual en razón de los intereses generales no ha sido proporcionada.

3. Derechos efectivos y no ilusorios

Por otra parte, los derechos reconocidos son derechos efectivos y concretos, y no ilusorios o teóricos. Así lo ha afirmado el Tribunal desde su sentencia de 9 de octubre de 1979, en el asunto *Airey contra Irlanda,* que como antes dije planteaba el problema jurídico de la efectividad del derecho de acceso a un Tribunal ante la insuficiencia de medios económicos de una mujer irlandesa en un procedimiento de separación. El Estado demandado pretendía que los derechos económicos no entraban en el ámbito del Convenio; sin embargo, el Tribunal sostuvo en uno de los pasajes más logrados de la jurisprudencia de Estrasburgo, que el Convenio

> «debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento, y dentro de su ámbito de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo. Porque si bien el Convenio reconoce derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos

> no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio» (parágrafo 26 de la sentencia).

De este modo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha contribuido, mediante un interpretación finalista de las obligaciones asumidas por los Estados, a superar la clásica distinción entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales entre los que, a juicio del Tribunal, no existe un foso insalvable. Entre la esfera de los derechos civiles y políticos y la de los derechos económicos y sociales, no existe una separación tajante pues, a pesar de la falta de «justiciabilidad» de los derechos sociales y económicos, no es posible desconocer las implicaciones de naturaleza económica y social de los derechos y libertades reconocidos por el Convenio, en especial si el alcance de estos derechos y libertades es interpretado a la luz de la doctrina de las obligaciones positivas de los Estados parte.

4. Protección indirecta de derechos no expresamente reconocidos en el Convenio

Gracias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el ámbito del Convenio se ha extendido a derechos no expresamente reconocidos en el mismo. Así, los derechos de los extranjeros, por ejemplo, gozan de una cierta protección indirecta (por extensión, o por «*efecto de rebote*», en los expresivos términos sugeridos por los profesores Roger Pinto y Gérard Cohen-Jonathan), en virtud de una interpretación extensiva del ámbito de aplicación del artículo 3 del Convenio, en virtud de la cual el Tribunal ha sostenido reiteradamente que los extranjeros no pueden ser objeto de una medida de expulsión o de extradición cuando la persona de que se trate pueda ser sometida en el país de destino a un trato inhumano. En relación con la expulsión de extranjeros, el Tribunal ha afirmado que aunque el derecho de un extranjero a entrar o residir en un país no está reconocido en el Convenio, el control de la inmigración debe ejercerse sin embargo de forma compatible con las exigencias del Convenio, por lo que la expulsión de una persona del territorio del Estado en el que viven sus familiares puede plantear un problema de aplicación del artículo 8 del Convenio.

Las mismas consideraciones pueden ser aplicables en supuestos de extradición, como puso de manifiesto la sentencia de 7 de julio de 1989 relativa al asunto *Soering contra Reino Unido de Gran Bretaña.* En esta sentencia, el Tribunal recordó ante todo que el Convenio debe leerse en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva

de derechos humanos, y que en tanto que instrumento de protección de seres humanos sus disposiciones deben ser comprendidas como garantías concretas y efectivas, por lo que toda interpretación de los derechos reconocidos debe conciliarse con el espíritu general del Convenio, destinado a proteger y promover los ideales y valores de una sociedad democrática. Sobre estas bases, el Tribunal sostuvo que un Estado se conduciría de manera incompatible con los valores subyacentes al Convenio si entregase un fugitivo —por odioso y repugnante que pueda ser el crimen del que se le acusa— a otro Estado en el que existan motivos serios para pensar que un peligro de tortura o de tratamiento inhumano amenaza al interesado. Por consiguiente, afirmó el Tribunal, aunque el derecho a no ser extraditado no sea un derecho expresamente reconocido en el Convenio, si una extradición pusiera a una persona en peligro de ser sometido a tortura o tratamiento inhumano o degradante, tal extradición iría manifiestamente contra el espíritu del Convenio, ya que

> «a pesar de la ausencia de mención expresa en el texto breve y general del artículo 3, tal extradición iría manifiestamente contra el espíritu de este último, lo que puede extenderse al riesgo de tratos inhumanos o degradantes» (parágrafo 88 de la sentencia).

En otro orden de cosas, la sentencia de 9 de diciembre de 1994 recaída en el caso *López Ostra contra España* (un asunto en el que la demandante alegaba violación de su derecho al respeto de su domicilio y de su vida familiar a causa de los malos olores, ruidos, y humos contaminantes provocados por una estación depuradora de aguas y de residuos químicos), el Tribunal declaró que hubo violación del artículo 8 del Convenio atribuible a España porque el Estado demandado

> «no ha sabido lograr un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la ciudad de Lorca —disponer de una estación depuradora— y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su vida privada y familiar» (parágrafo 58 de la sentencia).

El Tribunal amplió de este modo el alcance del Convenio Europeo de Derechos Humanos al proteger un derecho al medio ambiente, que obviamente no está expresamente reconocido en un tratado celebrado en 1950, pero al que dio protección indirecta vinculándolo con el derecho al respeto del domicilio y de la vida de familia, como por efecto de rebote de un derecho que sí está reconocido en el artículo 8 del Convenio.

En todo caso, es innegable que a través de su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo ha consolidado la posibilidad de proteger indirec-

tamente derechos no expresamente reconocidos en el Convenio. La noción de obligaciones positivas de los Estados partes ha contribuido a dicha jurisprudencia porque, en la medida en que amplía el alcance de los derechos protegidos mediante una intepretación finalista del Convenio y de sus Protocolos adicionales normativos, ha permitido que entren en su ámbito de aplicación derechos no expresamente reconocidos en la letra de dichos instrumentos jurídicos.

9. **Conclusiones: Valoración de conjunto del Convenio Europeo de Derechos Humanos**

La evolución en la práctica del sistema instituido en 1950 para la protección europea de derechos humanos ha puesto de manifiesto los grandes cambios experimentados entre aquella fecha y la actualidad.

Estos cambios permiten pensar que ha llegado el momento de replantear el sistema europeo de protección jurisdiccional de derechos humanos con el propósito de hacerlo más eficaz. En este orden de cosas, creo que sería conveniente abordar las siguientes cuestiones:

1.º En primer lugar, el problema de las reservas y declaraciones interpretativas, a fin de eliminarlas y poner fin al relativismo que, a pesar de los límites que el control del Tribunal supone respecto de la voluntad unilateral de los Estados, aquéllas introducen inevitablemente en un sistema de orden público europeo de los derechos humanos.

2.º En segundo lugar, pensar en la conveniencia de regular convencionalmente, por medio de un nuevo Protocolo, el problema de los efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes. El Comité de Ministros del Consejo de Europa es consciente de la importancia de esta cuestión, y el 19 de enero de 2000 adoptó una recomendación sobre «el reexamen o reapertura de ciertos casos en el plano del Derecho interno como consecuencia de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

Por mi parte, creo que sería preferible un Protocolo adicional al Convenio que regulara de modo homogéneo los efectos de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo en el Derecho interno de los Estados partes.

3.º En tercer lugar, creo que ha llegado el momento de abordar la cuestión de las medidas cautelares, que en la actualidad únicamente pueden ser recomendadas por el Tribunal, a fin de que éste pueda decidirlas. Con medidas cautelares obligatorias se evitarían situaciones penosas como las que derivaron de la sentencia de 20 de marzo de 1991

recaida en el asunto *Cruz Varas y otros contra Suecia*. En el caso (relativo a una medida de expulsión hacia Chile de un matrimonio chileno y su hijo, ejecutada respecto del marido a pesar de la recomendación de no llevarla a cabo que había formulado la Comisión Europea de Derechos Humanos), el Tribunal estimó que la indicación de una medida cautelar era sólo una recomendación que no obligaba jurídicamente al Estado demandado; obviamente, esta situación es muy insatisfactoria en todos los casos que se refieran a los artículos 2 y 3 del Convenio, esto es, a demandas en las que esté en juego el derecho a la vida o el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento inhumano o degradante.

4.º En cuarto lugar, y en función del carácter subsidiario del sistema europeo de protección de derechos humanos, creo que es indispensable que el Convenio y sus Protocolos adicionales normativos queden integrados en los ordenamientos jurídicos internos de todos los Estados parte, como es el caso en el ordenamiento jurídico español, en virtud de lo dispuesto en los artículos 96 y 10.2 de la Constitución, y como recientemente ha ocurrido en el Reino Unido de Gran Bretaña, superando la tradición dualista de este país, en el que no era posible alegar directamente el Convenio ante los Tribunales.

La aplicación interna del Convenio y de sus Protocolos adicionales normativos es esencial: en primer lugar, por su *efecto preventivo,* al evitar incumplimientos de obligaciones convencionales por parte de los Estados; en segundo lugar, porque el mecanismo europeo de protección de derechos y libertades tiene *carácter subsidiario,* lo que significa que el juez interno, nacional, es el primer garante y el primer protector de los derechos y libertades reconocidos.

5.º Por ultimo, y como una consecuencia más de la naturaleza subsidiaria del sistema europeo de protección de derechos humanos, creo igualmente indispensable que los legisladores nacionales sean más conscientes de la obligación que les impone el artículo 13 del Convenio, tal como éste ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo: concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional a toda persona que se considere víctima de una violación de los derechos que el Convenio le reconoce.

En este orden de cosas, la sentencia de 26 de octubre de 2000, en el caso *Kudla contra Polonia*, ha abierto un camino esperanzador: hasta ella, el Tribunal no había aceptado que pudiera haber violación simultánea del artículo 6 (derecho de acceso a un tribunal) y del artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), por estimar que esta última quedaba subsumida en la primera; en la citada sentencia, realmente innovadora, el Tribunal ha estimado por el contrario que en el caso habían sido violados tanto el artículo 6 como el artículo 13 del Convenio.

Este último es de importancia fundamental en el sistema del Convenio, ya que pone de manifiesto una consecuencia procesal del deber de los Estados partes de asegurar el cumplimiento en su Derecho interno de las obligaciones convencionalmente asumidas. En definitiva (como ya señalé al examinar la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos y su relevancia entre los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el Tribunal), las autoridades internas son las que están mejor situadas para la protección de los derechos y libertades fundamentales, con lo que la obligación de los Estados de prever recursos efectivos en sus ordenamientos jurídicos respecto de las alegaciones relativas a violaciones del Convenio se configura como el contrapunto que equilibra el carácter subsidiario del mecanismo europeo de protección de derechos humanos.

Por medio de las propuestas que acabo de formular, creo que se continuaría profundizando en la realización de un *ius commune* europeo de los derechos humanos pues, en definitiva, la práctica ha ido consolidando progresivamente la dimensión constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es desde luego un tratado celebrado entre Estados, pero de naturaleza específica por ser un tratado de garantía colectiva de derechos y libertades fundamentales.

Con la adopción del Protocolo de enmienda número 11, y a pesar de sus deficiencias técnicas, se ha dado un paso muy importante al reforzar profundamente el carácter jurisdiccional del mecanismo europeo de garantía de los derechos humanos. Este logro se encuentra amenazado, sin embargo, tanto por causas externas al Convenio como por dificultades inherentes al funcionamiento de un sistema de protección jurisdiccional de derechos humanos en un contexto que hoy está integrado por ochocientos millones de personas y por cuarenta y cuatro Estados miembros del Consejo de Europa, todos ellos vinculados por el Convenio.

Las primeras condicionan indudablemente la operatividad y buen funcionamiento del sistema europeo de protección de derechos y libertades. Me refiero al fuerte ritmo de aumento del número de Estados miembros del Consejo de Europa, que ha traído consigo una creciente heterogeneidad como consecuencia de la incorporación de nuevos miembros.

¿Están preparados estos nuevos Estados para asumir las obligaciones que derivan del Convenio Europeo de Derechos Humanos? Más aún, ¿subsistirán con una ampliación tan grande «los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda toda auténtica democracia?».

La decisión política de abrir las puertas del Consejo de Europa a los Estados surgidos del hundimiento del imperio ruso-soviético, a condición de que firmaran y ratificaran el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es explicable. Pero esta apuesta puede tornarse perversa si los compromisos asumidos por los nuevos miembros no son cumplidos o lo son de manera deficiente. La pasividad del Comité de Ministros respecto de la Federación de Rusia por las violaciones graves de derechos humanos en Chechenia, a pesar de las críticas Resoluciones adoptadas por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, confirman estos temores y ponen en cuestión la credibilidad del Consejo de Europa en orden a la protección de los derechos y libertades fundamentales.

Y junto a causas externas, las dificultades inherentes al funcionamiento de un Tribunal encargado de aplicar un conjunto normativo, el Convenio y sus Protocolos adicionales sustantivos, en un número tan elevado de demandas que amenazan con colapsarlo, hasta el punto que a pesar del corto lapso transcurrido desde la entrada en vigor del Protocolo de enmienda número 11 (el 1 de noviembre de 1998) ya se esté hablando de la necesidad de modificarlo, procediendo a una «*reforma de la reforma*».

Si la heterogeneidad creciente de los Estados vinculados por el Convenio es innegable y supone indiscutiblemente un riesgo, las dificultades intrínsecas a un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos como el actual son igualmente ciertas.

El elevadísimo número de demandas tiene sin duda un aspecto positivo en cuanto prueba la confianza de los ciudadanos y de sus abogados en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y de ahí el tópico de que el Tribunal es víctima de su éxito. Pero tiene también un aspecto negativo ya que el Tribunal se encuentra colapsado y ya no basta con incrementar el número de letrados en la Secretaría —que no puede ser aumentado *ad infinitum—,* ni con mejorar los métodos de trabajo. A medio y largo plazo se imponen por tanto medidas de mayor alcance, que el profesor Pastor Ridruejo ha sintetizado en las siguientes propuestas:

1. Implantar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos los métodos de trabajo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que publica una lista de los asuntos que en razón de su importancia retiene para examen y decisión, sin motivar o razonar dicha elección.
2. Regionalizar el sistema, esto es, instituir tribunales en las principales cabeceras de las regiones europeas —por ejemplo, Europa meridional, Europa septentrional, Europa oriental y otras— manteniendo una jurisdicción superior en Estrasburgo.

3. Hacer del Tribunal Europeo un órgano de consulta prejudicial al estilo de la que existe en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de tal modo que el tribunal nacional llamado a dictar una sentencia definitiva en un caso que afecte al Convenio pueda solicitar un dictamen del Tribunal Europeo a fin de resolver de conformidad con su opinión.
4. Reducir la lista de derechos y libertades reconocidos excluyendo, por ejemplo, la exigencia de un plazo razonable en la tramitación del procedimiento del derecho a un proceso justo.
5. Crear en el seno del Tribunal una instancia dedicada exclusivamente al examen de la admisibilidad de las demandas, de manera que que se descargase al Tribunal de la consideración de estas cuestiones y únicamente tuviera que ocuparse de las demandas declaradas admisibles, aproximadamente un 16 % de las demandas registradas.
6. Duplicar el número de jueces —dos por Estado parte en el Convenio en lugar de uno— y aumentar el número de juristas en la Secretaría del Tribunal, de modo que el Tribunal dispusiera de mayor número de Salas y de Comités y pudiera así incrementar su productividad.

De las propuestas antes señaladas, el profesor Pastor Ridruejo rechaza con razón la que pretende que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos copie el método de trabajo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América porque significaría ignorar que el Tribunal de Estrasburgo es ante todo un Tribunal de Derechos Humanos, esto es, un Tribunal ante el que toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado parte puede deducir demanda contra el Estado al que considere atribuible la violación de uno de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos adicionales normativos. El Tribunal de Estrasburgo, escribe acertadamente José Antonio Pastor, perdería credibilidad, autoridad y la confianza de los ciudadanos y estaríamos ante una regresión importante y lamentable en el campo de la protección internacional de los derechos humanos. Este riesgo ya está presente, pues aunque la práctica de los Comités de tres jueces que pueden decidir por unanimidad acerca de si una demanda individual es o no admisible es sin duda positiva, en muchos casos sin embargo sus decisiones de inadmisibilidad están muy escuetamente motivadas con lo que el particular demandante puede tener la impresión de que su caso no ha sido debidamente considerado por el Tribunal.

La regionalización del sistema, propuesta por el antiguo ministro de Justicia francés Robert Badinter, también es rechazable porque implica

el riesgo de establecer distintas velocidades y jurisprudencias divergentes en el terreno de la protección de los derechos humanos, olvidando la naturaleza específica del Convenio en cuanto expresión de un orden público europeo de los derechos humanos.

La propuesta de hacer del Tribunal Europeo un órgano de consulta es igualmente rechazable porque significaría un retroceso en uno de los mayores logros del Convenio Europeo de Derechos Humanos: el recurso individual ante una instancia jurisdiccional internacional. Sí sería deseable en cambio que se superara la rigidez del actual Protocolo adicional 2 (que autoriza al Comité de Ministros del Consejo de Europa a solicitar un dictamen del Tribunal y que nunca ha sido utilizado hasta la fecha), y que el Tribunal de Estrasburgo pudiera, como el de Luxemburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos, emitir dictámenes que podrían servir de guía a los Estados parte en el Convenio y en los Protocolos adicionales normativos y al propio Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La propuesta de «mejorar» el sistema mediante la reducción del catálogo de derechos reconocidos (excluyendo, por ejemplo, del derecho a un proceso equitativo, reconocido en el artículo 6 del Convenio, la exigencia de un plazo razonable en la tramitación del procedimiento), es igualmente rechazable. La justicia no debe ser ni expedita ni excesivamente lenta, y el plazo razonable es un elemento esencial del proceso equitativo. Como todos los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el derecho a un proceso justo ha de ser efectivo y no ilusorio o teórico, y ¿qué efectividad puede tener un recurso cuando, a la luz de la complejidad del caso y el comportamiento de las partes y del juzgador, la tramitación del proceso no cumple con la exigencia de un plazo razonable?

La propuesta de duplicar el número de jueces (dos por cada Estado parte, lo que hoy significaría ochenta y ocho en lugar de cuarenta y cuatro) permitiría sin duda aumentar la productividad del Tribunal, que podría incrementar el número de Comités de admisibilidad y de Salas. Pero, aparte del costo, ¿qué ocurrirá con la coherencia de la jurisprudencia? Por otra parte, ¿la productividad ha de prevalecer sobre la calidad? Y de modo más general, ¿hasta qué punto es legítimo que tratándose de un tribunal de protección de derechos humanos el criterio de productividad tenga tanta relevancia? ¿No es acaso más importante que tal instancia jurisdiccional exista y que las personas que se consideren víctimas de una violación de sus derechos y libertades puedan deducir una demanda ante ella, aunque la tramitación de la reclamación pueda ser más lenta de lo deseable?

Finalmente, la creación en el seno del Tribunal de una instancia dedicada exclusivamente al examen de la admisibilidad de las demandas

tendría sin duda la ventaja de reducir considerablemente la carga de trabajo del Tribunal, y evitaría que el mecanismo jurisdiccional internacional no respete, o no pueda respetar por el excesivo número de casos que ha de resolver, la exigencia de plazo razonable que el Convenio exige a los tribunales internos.

Cabría pensar en otras soluciones, como por ejemplo las siguientes: 1) que las demandas que hubieren sido declaradas admisibles y que fuesen repetitivas y simples, fuesen decidas en cuanto al fondo por los Comités de tres jueces que en el sistema actualmente vigente deciden únicamente sobre la inadmisibilidad; 2) que el reenvío a la Gran Sala, previsto en el artículo 43 del Convenio, fuese admitido muy restrictivamente, y mejor aún suprimido, y que la inhibición de las Salas en favor de la Gran Sala quedase exclusivamente en manos de los jueces sin que ninguna de las partes pueda oponerse (lo que obviamente supondría una revisión del artículo 30 del Convenio).

En todo caso, creo que lo esencial en una eventual reforma del sistema estriba *en salvaguardar el recurso individual, esto es, la posibilidad de que toda persona que se considere víctima de una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio pueda, una vez agotados los recursos internos, deducir demanda ante un tribunal internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante el que los particulares que se consideren víctimas de la violación de algunos de sus derechos reconocidos tienen la posibilidad de deducir una demanda.* De ahí el acierto del profesor Gérard Cohen-Jonathan —en mi opinión uno de los mejores conocedores del sistema europeo de protección de derechos humanos—, al proponer la creación de un sistema en dos niveles: un Tribunal de Primera Instancia, tribunal de derecho común de los derechos humanos, compuesto por un número de jueces igual al de los Estados parte en el Convenio, y un Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, integrado por quince jueces, que decidiría en los casos más importantes que susciten cuestiones de principio.

¿Marcha atrás entonces, y vuelta a la doble instancia que existía antes de la entrada en vigor del Protocolo de enmienda número 11 (Comisión y Tribunal)? No exactamente, porque la Comisión no era únicamente juez de admisibilidad sino que, además, instruía el caso, establecía los hechos y emitía una opinión acerca de si hubo o no violación, mientras que la nueva instancia propuesta (cuya instauración requeriría obviamente un nuevo Protocolo de enmienda) decidiría tanto de la admisibilidad como del fondo.

Este Tribunal podría además asumir mejor que el actual las complejas funciones que incumben a los jueces de Estrasburgo, que son a la

vez jueces de admisibilidad, de instrucción, amigables componedores si hay arreglo amistoso, y finalmente jueces quasi-constitucionales.

En todo caso, la negociación de un nuevo Protocolo de enmienda requerirá tiempo. De ahí que aparte de mejorar los métodos de trabajo y la dotación y organización de la Secretaría del Tribunal mediante medidas que no requieren modificar el Convenio, sea esencial que los abogados y los jueces de los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos interioricen definitivamente el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de derechos y libertades, esto es, que los tribunales internos funcionen como los primeros y principales protectores de los derechos reconocidos en el Convenio. En otras palabras, del mismo modo que los jueces españoles parecen haber comprendido su función de jueces comunitarios en lo que concierne a la aplicación del Derecho Comunitario europeo, es deseable y cabe esperar que igualmente se consideren jueces de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con la aplicabilidad directa y el rango que éste tiene en el Derecho español en función de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución, y como criterio de interpretación de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna.

En definitiva, el aluvión de demandas significa un fracaso: el de los sistemas jurídicos internos en la adecuada protección de los derechos y libertades a través de sus legisladores, sus tribunales y sus abogados. En realidad, y en razón de la naturaleza subsidiaria de la protección europea de los derechos humanos, son los ordenamientos jurídicos internos de los Estados parte los que deben prevenir y remediar eventuales violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio; cuando esto falla, el resultado será inevitablemente un aluvión de demandas ante el Tribunal de Estrasburgo.

Los Estados parte están obligados a instituir recursos internos efectivos en sus ordenamientos jurídicos (artículo 13 del Convenio), y de ahí la exigencia de agotamiento previo de tales recursos para que una demanda sea declarada admisible, ya que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es una cuarta instancia. Dada la naturaleza subsidiaria del sistema europeo de protección de derechos humanos, creo indispensable que los legisladores nacionales sean más conscientes de la obligación que les impone el artículo 13 del Convenio, tal como éste ha sido interpretado por el Tribunal de Estrasburgo: concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional a toda persona que se considere víctima de una violación de los derechos que el Convenio le reconoce.

Esto último es de fundamental importancia ya que pone de manifiesto una consecuencia procesal del deber de los Estados parte de asegurar el cumplimiento en su Derecho interno de las obligaciones convencionalmente asumidas. En definitiva, la excepcional relevancia de la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos entre los requisitos de admisibilidad de las demandas ante el Tribunal tiene su fundamento en el hecho de que las autoridades internas son las que están mejor situadas para la protección de los derechos y libertades fundamentales, con lo que la obligación de los Estados de prever recursos efectivos en sus ordenamientos jurídicos respecto de las alegaciones relativas a violaciones del Convenio se configura como el contrapunto que equilibra el carácter subsidiario del mecanismo europeo de protección de derechos humanos.

Esta fue, precisamente, una de las dos ideas esenciales sobre las que nos basamos quienes defendimos la profunda reforma que en el sistema instituido en 1950 significaba el Protocolo de enmienda número 11: en primer lugar, la conveniencia de un único órgano de jurisdicción obligatoria y carácter permanente ante el que los particulares que se considerasen víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos tuvieran legitimación activa para deducir demandas en las mismas condiciones que los Estados; en segundo lugar, que dado el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de derechos y libertades, los tribunales internos, y no un órgano internacional de naturaleza cuasi-jurisdiccional (la Comisión Europea de Derechos Humanos en el sistema instituido en 1950) fuesen los que llevasen a cabo el primer examen del caso mediante la aplicación del Convenio en el plano interno. Sin esta imprescindible colaboración de los ordenamientos jurídicos de los Estados parte, difícilmente podrá funcionar de modo satisfactorio el mecanismo de garantía internacional cualesquiera sean las reformas que en él se introduzcan.

Bibliografía básica

Paz Andrés Sáenz de Santa María: «Consejo de Europa y Derechos Humanos: desarrollos recientes», *XVI Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales,* Andorra 1995: *Andorra en el ámbito jurídico europeo,* Jefatura del Estado Andorrano, Copríncipe Episcopal y Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid 1996, pp. 215 y ss., en especial p. 232.

Gérard Cohen-Jonathan: Intervención en la Jornada de reflexión que tuvo lugar el 8 de junio de 2000 en el Palais des Droits de l'Homme, Estrasburgo, sobre la eficacia del sistema de la Convención Europea de Derechos Huma-

nos, reproducida en la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme,* n.º 44, octubre 2000, pp. 637-647.

—, «50e anniversaire de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», en *Revue Générale de Droit International Public,* tomo 104, 2000, pp. 849-872, en especial pp. 866-871 (Pour une amélioration du mécanisme international de contrôle).

Marc-André EISSEN: *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Editorial Civitas, Madrid 1985.

José Antonio PASTOR RIDRUEJO: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma», en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de los Derechos Humanos*, vol. 44, 2001, pp. 51-64.

Elisa PÉREZ VERA: «El Consejo de Europa y los derechos humanos», en *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional,* vol. IV, 2000, pp. 463-515.

Angel SÁNCHEZ LEGIDO: *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Editorial Colex, Madrid 1995.

Juan Antonio CARRILLO SALCEDO: «Vers la réforme du système de contrôle institué par la Convention européenne des Droits de l'Homme», en *Revue Générale de Droit International Public,* 1993, pp. 629-643.

—, «Le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de l'homme», en *Manuel sur les organisations internationales,* dirigido por el profesor René-Jean Dupuy, Académie de Droit International de La Haye, 2.ª edición, Martinus Nijhoff 1998, pp. 258-291.

—, «Quel juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme?», en *Revue Universelle des Droits de l'Homme,* Vol. 9, 1-4, Noviembre 1997, pp. 1 y ss.

—, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos,* Editorial Tecnos, Madrid 2003.

La Carta Social Europea

Jordi Bonet Pérez y David Bondía García

Sumario: I. Introducción. II. Las características esenciales de la CSE. 1. Antecedentes de la elaboración de la CSE. 2. Características esenciales de la CSE. III. La estructura y los derechos reconocidos en la CSE. IV. El sistema de control de la CSE. 1. El mecanismo de presentación de informes periódicos. 2. El mecanismo de reclamaciones colectivas. V. El proceso de revisión de la Carta Social Europea. 1. Los caracteres generales de la CSE revisada. 2. La actualización de los derechos económicos y sociales planteada por la CSE revisada. VI. Consideraciones finales.

1. **Introducción**

En sus orígenes, la Carta Social Europea[1] se configuró como un instrumento básico en la construcción de la Europa social[2], representando un avance significativo en la defensa y promoción de los derechos humanos al conformar uno de los primeros instrumentos convencionales que se ocupó del sector relativo a los derechos sociales en la esfera regional europea[3].

---

[1] A partir de ahora, CSE.

[2] Es evidente que debió considerarse que la dimensión europea era la más adecuada para diseñar una política social capaz de enfrentarse a las perdurables consecuencias de la crisis económica imperante en esa época.

[3] Todo ello con independencia de que el proceso que significa y representa sea más lento o menos intenso que el que se desarrolla en otros ámbitos de Europa. En esta interacción con otros ámbitos europeos, por un lado, debe destacarse que la Unión Europea, más allá del contenido económico y social de las disposiciones comunitarias, no ha renunciado a elaborar un catálogo de derechos sociales, quedando éste reflejado en su momento en la *Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales*, de 1989 (*DOCE*, C 323, de 27 de diciembre de 1989); aunque, por otro lado, el Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas ha mencionado expresamente a la Carta Social Europea como fuente de inspiración para determinar el contenido de los principios generales del Derecho comunitario relativo a los derechos fundamentales, así como lo hace la vigente redacción del artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea.

De forma que este tratado internacional de ámbito regional europeo es un instrumento jurídico que colabora de manera decisiva a la creación de espacios sociales en los que se garantice un adecuado nivel de vida y, a su vez, representa el punto de referencia esencial del desarrollo de los derechos sociales en Europa. Aunque, no obstante, la importancia de la CSE no estriba sólo en trazar un instrumento jurídico de gran trascendencia en el ámbito europeo sino que, al mismo tiempo, tiene su especial incidencia en la esfera internacional[4]. Es por ello que debe reputarse que no se trata de un instrumento aislado, a pesar de la autonomía normativa que le es propia, sino que debe también considerarse en el marco más general de las convenciones internacionales relativas a los derechos de carácter social y, en consecuencia, es tributaria de los avances que se vayan produciendo en el ámbito universal.

En su alcance directo en el ámbito europeo, la CSE encarna un proyecto de solidaridad y justicia social, de dimensiones europeas, al definir los contornos de un auténtico proyecto social europeo y proponer un mecanismo de alineamiento flexible y reflexivo de todos los Estados sobre un mínimo de protección social[5]. En rigor, se trata de un instrumento jurídico en materia de derechos sociales que se va enriqueciendo a través de sucesivas modificaciones y que va, aunque lentamente, configurando un cuerpo normativo en el que se diseñan los derechos de carácter social que los Estados están dispuestos a reconocer y garantizar[6].

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, en el presente estudio sobre la CSE se van a abordar, en primer lugar, las características esenciales que ordenan la CSE; en segundo lugar, se hará referencia a la estructura y a los derechos en ella reconocidos. A continuación, en tercer lugar, se procederá a la descripción del sistema de control establecido en la CSE. Y, finalmente, en cuarto lugar, se analizará el proceso de revisión de la CSE.

---

[4] Díaz Barrado, C.M.: «La Carta Social Europea: un instrumento válido para el desarrollo de los derechos sociales en Europa», en: Mariño Menéndez, F.M. y Fernández Liesa, C. (Dir. y Coord.): *Política social internacional y europea*. Universidad Carlos III, Instituto Francisco de Vitoria, Cátedra Concepción Arenal, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 233.

[5] Oreja Aguirre, M.: «Un proyecto social para Europa: la contribución del Consejo de Europa», en: Lezertua, M. y Vida Soria, J.: *La Carta Social Europea desde la perspectiva de la Europa social del año 2000, Acta del Coloquio conmemorativo del XXV Aniversario de la Carta Social Europea*. Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1989, p. 45.

[6] Esto último mediante la instauración paulatina de mecanismos que, cada vez, vinculen de manera más efectiva a los Estados (Díaz Barrado, C.M.: *op, cit.*, p. 238).

2. **Las características esenciales de la CSE**

La CSE es tributaria de todos los acontecimientos históricos y debates que rodearon su adopción. En consecuencia, el resultado final de todo el proceso negociador se articuló mediante un compromiso entre las posiciones a favor de una protección social elevada y aquéllas que proponían un nivel de exigencia inferior —las tesis de los primeros dificultaban la ratificación generalizada, las de los segundos implicaban la inexistencia de progreso social alguno para los Estados más avanzados—. De esta forma, el compromiso finalmente alcanzado destaca, principalmente, por permitir una ratificación flexible de sus disposiciones —que, como se verá, lo convierte en un alambicado instrumento jurídico—. Ello es debido a la particularidad de aunar en un mismo texto, por un lado, la elaboración de un catálogo completo de derechos —punto de referencia generalizado— y, por otro lado, la posibilidad de aceptación parcial de sus disposiciones, en función de la evolución del contexto económico, del nivel de riqueza de cada Estado y de las singularidades de sus sistemas sociales.

Esta articulación de ambos aspectos —fruto de las diversas posiciones existentes durante el período negociador— es determinante, sin duda, para poder proceder a la valoración de las características esenciales que nutren este instrumento. Es por ello que, antes de acometer el análisis propiamente dicho de estas características, se hace necesario realizar una somera referencia a los antecedentes históricos de la CSE.

2.1. *Antecedentes de la elaboración de la CSE*

Los antecedentes de la CSE pueden ser catalogados como remotos, indirectos y directos. En primer lugar, los antecedentes remotos están vinculados a los orígenes del Derecho social internacional. En este sentido, cabe destacar que, ya desde finales del siglo XVIII y principios del XIX, los precursores de la idea de un Derecho social más justo percibieron la necesidad de tener en cuenta tres factores esenciales: a) La consideración de que todo progreso social comporta una fuente de gastos suplementarios; b) A consecuencia de ello, la carga financiera resultante de este progreso social se traduce siempre por un aumento del coste o del precio de los bienes y de las mercancías producidos en el Estado donde se realiza el progreso social; y c) Dicho Estado corre el riesgo de debilitar su posición en el ámbito del comercio internacional si

no consigue convencer a los otros Estados interesados para realizar un progreso similar[7].

En segundo lugar, los antecedentes indirectos se enmarcan en la esencial consideración de la CSE como un tratado internacional con la pretensión de garantizar un conjunto, tan completo como posible, de derechos fundamentales del individuo en el ámbito económico y social. Por ende, estos orígenes indirectos de la CSE vienen constituidos, por un lado, por determinadas Constituciones nacionales[8] y, por otro lado, ya en el ámbito internacional, por la Declaración Universal de los Derechos Humanos al enunciar, por primera vez en la historia del Derecho internacional, un conjunto de derechos sociales (arts. 22 y 25).

Y, finalmente, los antecedentes directos hay que buscarlos ya en el marco del Consejo de Europa. Efectivamente, este tratado internacional que pretende el reconocimiento y la protección de los derechos sociales en el ámbito europeo sólo se comprende en toda su amplitud si se sitúa exactamente en su propio contexto, es decir, en cuanto instrumento jurídico que emana en el seno del Consejo de Europa[9].

Así, esta Organización internacional de ámbito regional europeo, cuya finalidad principal radica en conseguir una unión más estrecha entre todos sus Estados miembros, no es ajena al objetivo de conseguir el

---

[7] WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif sur la Charte sociale européenne», en: INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES: *La Charte sociales européenne. Dix années d'application*. Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 1978, pp. 25-26.

A estos tres factores hay que añadir las dificultades y divergencias surgidas en el momento de la formulación de los derechos humanos fundamentales en el campo económico, social y cultural. Estas dificultades y divergencias son debidas a: a) La relativa novedad de los derechos fundamentales económicos y sociales. A diferencia de los derechos fundamentales políticos y civiles de los individuos, éstos sólo lograron un lugar en las Constituciones nacionales mucho más tarde (por ejemplo, la Constitución francesa de 1791 sólo incluye uno de dichos derechos —el derecho al trabajo—); b) La dificultad para dar una definición y un contenido exactos a los derechos económicos y sociales; y, c) Las diferencias considerables que existen entre las estructuras sociales y económicas de los Estados, lo cual complica singularmente la elaboración de cada acuerdo internacional en este campo.

[8] Aunque en ellas el grado de reconocimiento y protección no alcance los desarrollos propios de los derechos civiles y políticos.

[9] DÍAZ BARRADO, C.M.: *op. cit.*, pp. 233-234.

Conviene recordar que, en esos momentos históricos, el Consejo de Europa era percibido como un órgano europeo políticamente tripartito que reagrupaba a liberales, demócratas cristianos y social demócratas (PONS, V.: «La construction politique de l'Europe unie», en: CHARPENTIER, M (Dir.): *Dossier de l'Europe des Six: du plan Schuman à la Comission Rey: où en est la Communauté? Où va-t-elle?* Éditions Gérard, Verviers, 1969, p. 58).

progreso económico y social de la región[10]. Es dentro de este marco que se hace necesario concebir la CSE como un complemento necesario de la labor desarrollada por el Consejo de Europa en el sector relativo a los derechos fundamentales[11].

No obstante, si bien desde el momento mismo de la creación del Consejo de Europa ya existió un consenso importante en torno a la necesidad de elaborar un Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales[12], se pudo también constatar que el reconocimiento y la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales suscitaban dificultades y divergencias bastante considerables[13]. Se tuvo que esperar hasta 1953, año de la entrada en vigor del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, para ver resurgir la idea de concluir, en el seno del Consejo de Europa, un tratado internacional que garantizase específicamente los derechos fundamentales del individuo en el plano económico y social.

---

[10] Como señaló RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, la CSE «se enmarca perfectamente en la preocupación por los problemas sociales mostrada por el Consejo de Europa, que ha perseguido desde un primer momento la realización de una política social común, lo que ha tenido manifestaciones tanto en el plano orgánico como normativo» (RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «La Carta Social Europea y su puesta en práctica». *Revista de Instituciones Europeas*, 1978-1, vol. 5, p. 53).

[11] Este carácter complementario se produce respecto del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, apareciendo éste mencionado en el propio Preámbulo de la CSE. Sin duda, la CSE constituye en el dominio social su complemento. En palabras de WIEBRINGHAUS, «la division ainsi opérée dans le domaine des droits fondamentaux de l'individu a eu pour résultat, dans le cadre du Conseil de l'Europe, de faire de la Charte Sociale un pendant de la Convention des Droits de l'Homme (…) Cet état de choses se trouve d'ailleurs consacré par les termes du Message spécial adressé le 20 mai 1954 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à l'Assemblée consultative de cette organisation. Ce message que marque le début même de l'élaboration de la Charte…: —Notre comité s'efforcera d'élaborer une Charte sociale européenne ayant pour objet de fixer les objectifs sociaux que les membres s'efforceront d'atteindre, et de guider l'action du Conseil dans le domaine social. Cette Charte constituerait, dans ce domaine, le pendant de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales—» (WIEBRINGHAUS, H.: «La Charte Sociale Européenne». *Annuaire Français de Droit International*, 1963, vol. IX, pp. 710-711).

[12] Convenio en el que se recogieron, básicamente, los derechos civiles y políticos ya consagrados en las Constituciones nacionales de los Estados miembros. Baste recordar que aquellos derechos y libertades con implicaciones económicas y sociales tuvieron que ser reconocidos en un Protocolo adicional dadas las reticencias de algunos Estados (derecho a la propiedad privada, derecho a la educación y derecho a participar en unas elecciones libres).

[13] (WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif…», *op. cit.*, p. 26.

En rigor, la evolución de los Trabajos Preparatorios de la CSE se desarrolló en dos fases distintas que facilitaron la intervención de los dos principales órganos del Consejo de Europa —Asamblea Parlamentaria y Comité de Ministros[14]—. De 1953 a 1956, la preparación de la CSE fue fruto del impulso parlamentario. Posteriormente, de 1956 a 1961, la elaboración real de proyecto fue asegurada por el Comité de Ministros y por el Comité social gubernamental, que vio reconocidas la mayoría de sus propuestas en el texto definitivo del tratado internacional[15]. Por ello es importante identificar las principales dificultades existentes en la elaboración de la CSE, que fue adoptada en 1961 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, con la finalidad de ilustrar el resultado final en lo referente a los compromisos plasmados y que repercuten directamente en su contenido.

A grandes rasgos, se puede señalar que el 19 de abril de 1955, la Comisión de cuestiones sociales del Consejo de Europa sometió a la Asamblea parlamentaria un primer proyecto, inspirado en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se encontraban determinados particularismos[16]. Por un lado, los redactores de la Comisión de cuestiones sociales eran favorables a la conclusión eventual de un *Código Europeo de Seguridad Social* y, por otra parte, el proyecto inicial iba más allá, en alguna de sus disposiciones, de las medidas previstas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[17]. El segundo proyecto de la CSE, de mayo de 1955, vino, por un lado, a modificar sensiblemente determinados compromisos de fondo y, por otro lado, tomaba ya partido a favor del doble carácter declarativo y constitutivo de sus disposiciones. La tercera versión del proyecto se distinguió por la propuesta de conferir poderes a la Conferencia económica y social para

---

[14] En esta labor de elaboración de la CSE, el Comité de Ministros estuvo asistido de un comité de altos funcionarios, convertido después en un órgano permanente: el Comité Social Gubernamental.

[15] De una fase a otra, el espíritu de la CSE difiere sensiblemente: la concepción de conjunto del tratado, extensiva e idealista inicialmente, se convirtió en más restrictiva y práctica posteriormente (WIEBRINGHAUS, H.: «Rapport introductif…», *op. cit.,* p. 27).

[16] CONSEIL DE l'EUROPE: *Avant-projet de la Charte sociale établi par le Groupe de travail chargé de l'élaboration d'un avant-projet de Charte sociale européenne* (1955), A.C., AS/SOC (6) 28.

[17] Por ejemplo, el artículo 4 preveía el compromiso de los Estados de adoptar medidas contra la devaluación monetaria, principalmente en lo que hacía referencia al valor de las prestaciones sociales (LAMARCHE, L.: *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*. Editions Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 88).

remitir ante la Comisión Europea de Derechos Humanos toda cuestión relativa al cumplimiento de las obligaciones reconocidas en la CSE[18].

La fase gubernamental de elaboración de la CSE, que se desarrolló inicialmente de forma paralela a la labor de las comisiones de la Asamblea parlamentaria, fue gestionada por el Comité social gubernamental —cuyo trabajo consistió *ab initio* en comparar las legislaciones nacionales— y tomó ya desde sus inicios una orientación diferente a los proyectos sometidos a la Asamblea parlamentaria. Su proyecto de CSE se presentó en febrero de 1958[19]. La mayor parte de sus propuestas —junto con las recomendaciones de la Conferencia tripartita— fueron recogidas en el proyecto definitivo elaborado por la Comisión social de la Asamblea parlamentaria y adoptado por el Comité de Ministros, en Turín, el 18 de octubre de 1961.

Una vez conocidos estos antecedentes, y estando latentes los compromisos e intereses que se barajaron, resulta más fácil comprender algunas de las características esenciales que configuran el contenido de este instrumento jurídico dotado de una cierta complejidad y heterogeneidad.

2.2. *Características esenciales de la CSE*

Los rasgos esenciales que jalonan el contenido y la estructura de la CSE son los siguientes: el proceso constante de evolución normativa, su dinamismo y la posibilidad de elegir «a la carta» las disposiciones que se aceptan.

a) El proceso constante de evolución normativa

La CSE se encuentra en un proceso constante de evolución normativa consustancial a cualquier instrumento jurídico relativo a los

---

[18] Si bien esta propuesta no tuvo continuidad, se puede ver en ella que determinados grupos que participaron en este proceso de elaboración no excluían *ab initio* la creación de un recurso cuasi-jurisdiccional para controlar la aplicación de la CSE (*ibid.,* p. 91).

[19] A finales de ese mismo año, se discutió ese proyecto en una Conferencia tripartita, celebrada en Estrasburgo y convocada, a petición del Consejo de Europa, por la Organización Internacional del Trabajo. En esta Conferencia participaron representantes de los trabajadores, de los empleadores y delegados gubernamentales de los Estados que eran miembros al mismo tiempo del Consejo de Europa y de la OIT. En ella se crearon dos comisiones: la Comisión de las cláusulas de fondo y la Comisión de las cláusulas de aplicación —encargadas, respectivamente, de estudiar las Partes I y II y las Partes III a V—.

derechos humanos[20]. Al reconocerse en ella derechos de carácter socio-económico, puede decirse que la evolución de estos derechos, que es mayor que en el caso de derechos de otra naturaleza, ha comportado la necesidad de adaptarla a los cambios sociales que se han producido desde su adopción.

Esta evolución también es fruto de la constatación de una cierta insatisfacción respecto de su contenido —tanto por lo que se refiere a los derechos reconocidos como en relación con los mecanismos de protección previstos—. Si bien, en el momento de proceder a la regulación jurídica internacional de determinados derechos es necesario establecer de forma clara y sistemática los objetivos y las finalidades de los derechos que se reconocen y de fijar sus límites normativos, nada impide, en el marco de un proceso evolutivo como el que acompaña a la CSE, proceder al mismo tiempo a ampliar el número de derechos que se reconocen y, en consecuencia, extender el contenido de los derechos reconocidos y completar su mecanismo de garantía[21].

b) El dinamismo de la CSE

Este carácter dinámico, intrínseco a la CSE, se manifiesta de tres formas distintas: i) por los compromisos que comporta; ii) por la posible extensión progresiva de la mayor parte de estos compromisos; y iii) por el mismo texto de los diferentes párrafos[22].

i) La primera fuente de este dinamismo viene precisada en el Preámbulo, en la introducción de la Parte I[23] y en el artículo 20[24].

---

[20] Aunque se realice una referencia genérica a la denominación de la CSE, en realidad, está integrada por el texto de 1961, el Protocolo adicional de 5 de mayo de 1988 por el que se incrementa el número de derechos que se reconocen, el Protocolo de enmienda de 21 de octubre de 1991 referido a la mejora del sistema de garantía, el Protocolo adicional que establece un sistema de reclamaciones colectivas de 9 de noviembre de 1995 y la Carta Social Europea revisada de 1996.

[21] La CSE quizá llegue a constituirse, con el tiempo, en el instrumento que mejor sirva de referencia a otros procesos de consolidación y garantía de derechos económicos y sociales. Así, podría servir de punto de referencia a los procesos instaurados por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por la Unión Europea. La razón que justificaría su importancia radica en la consideración de la CSE como «la expresión de un patrimonio común de derecho y de principios destinados a sostener políticas sociales» (Vandamme, F.: «La revisión de la Carta Social Europea». *Revista Internacional del Trabajo*, 113, 1994, 5/6, p. 723).

[22] Troclet, L.-E.: «Dynamisme et contrôle de l'application de la Charte», en: Institut d'Études Européennes: *op. cit.*, pp. 35-39.

[23] En la Parte I se encuentra un solo artículo dividido en 19 párrafos.

[24] Este artículo constituye él solo la Parte III de la Carta.

En primer lugar, en el mismo Preámbulo ya se pueden apreciar los términos que implican este dinamismo. En él se establece que «la finalidad del Consejo de Europa es conseguir una unión más estrecha entre sus Miembros con objeto de salvaguardar y de *promover* los ideales y principios que son su patrimonio común y *favorecer su progreso económico y social*, en particular mediante la defensa y *el desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales*»[25].

En segundo lugar, la Parte I precisa que los Estados partes «*reconocen como objetivos* de su política, que *habrá de seguirse por todos los medios adecuados*, tanto de carácter nacional como internacional, el *establecer* aquellas condiciones en que puedan hacerse efectivos los derechos y principios» de esa Parte[26].

Y, en tercer lugar, el artículo 20 dispone que cada Estado que ratifique la CSE se compromete a considerar la Parte I «como una declaración de los objetivos que *tratará de alcanzar por todos los medios adecuados*, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha parte».

ii) La segunda fuente del dinamismo viene establecida en el artículo 20. 3 al permitir que, transcurrido el tiempo, los Estados puedan extender los efectos de su ratificación inicial y, así en el marco social, suscribir compromisos suplementarios que unifiquen aún más el objetivo de armonización social de los Estados Miembros del Consejo de Europa[27].

---

[25] La cursiva es propia y sirve para destacar los términos que implican este carácter esencialmente dinámico. En el último párrafo del Preámbulo también queda patente este dinamismo, al afirmarse que los Estados están «resueltos a desplegar en común todos los esfuerzos posibles para *mejorar* el nivel de vida y *promover* el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas».

[26] De lo que resulta que cada Estado que ratifique la CSE, si bien no tiene que aceptarla en su totalidad, sí que debe aceptar el compromiso jurídico de reconocer como objetivos los principios que no hayan sido mencionados en el acto de la ratificación.

[27] Para proceder a ampliar estos compromisos es suficiente con una notificación dirigida al Secretario General del Consejo de Europa. Las obligaciones contraídas después de la ratificación se considerarán como parte integrante de la ratificación o aprobación y surtirán los mismos efectos a partir del trigésimo día después de la fecha de la notificación.

También se puede apreciar este carácter dinámico en el artículo 22, al establecerse la posibilidad de que el Comité de Ministros determine periódicamente la remisión de informes sobre las disposiciones de la Parte II que los Estados no hubieran aceptado en el momento de la ratificación o aprobación, o en una notificación posterior. Esta obligación tiene por finalidad y por efecto conocer los obstáculos internos a la ratificación y estimular a que los Estados extiendan sus compromisos internacionales.

Como anteriormente se mencionó, las disposiciones no ratificadas, de todas formas, constituirán los objetivos sociales que los Estados partes han de esforzarse por alcanzar[28]. Así, por su sola existencia e incluso por las disposiciones no aceptadas, la CSE constituye un factor de progreso, que podrá apreciarse en mayor medida mediante la ratificación y la aceptación de disposiciones suplementarias[29].

iii) La tercera fuente del dinamismo radica en la misma redacción de una pluralidad de artículos. Así, por ejemplo, al configurarse el derecho al trabajo como uno de los principales objetivos, se pretende «la *obtención* y el mantenimiento de un nivel lo más elevado y estable posible del empleo, *con el fin* de lograr el pleno empleo»[30] y, también, «*establecer* o mantener servicios gratuitos de empleo para todos los trabajadores»[31].

El artículo 2 establece el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas y se fija el objetivo de ir «reduciendo *progresivamente* la semana laboral»[32].

Los casos más claros de este dinamismo se encuentran en aquellas disposiciones que utilizan los términos *promover o desarrollar*, implicando una acción continua por parte de los Estados (la libertad sindical[33], el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales[34], la orientación profesional[35], la protección económica, jurídica y social de la familia[36], la colaboración entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración[37]).

---

[28] VANDAMME, F.: *op. cit.*, p. 725.

[29] En efecto, el mecanismo de control de la CSE afecta, aunque de forma desigual, tanto a las disposiciones aceptadas como a las no aceptadas. Por una parte, el sistema de control internacional del cumplimiento de las disposiciones aceptadas se establece con un doble objetivo: a) Detectar aquellos casos en los que la legislación o la práctica no satisface las exigencias de la Carta; b) Impedir pasos atrás en el camino del progreso social.

Y, por otra parte, mediante el mecanismo de la sumisión de informes sobre disposiciones no aceptadas, la Carta Social Europea busca estimular la aceptación de nuevas disposiciones a la luz de los progresos que se vayan alcanzando.

[30] Artículo 1, párrafo 1.

[31] Artículo 1, párrafo 3.

[32] Artículo 2, párrafo 1.

[33] Artículo 5.

[34] Artículo 6, párrafo 3.

[35] Artículo 9.

[36] Artículo 16.

[37] Artículo 19, párrafo 3.

Tal vez, en el artículo 12, párrafo 3, la CSE va aún más lejos al comprometer a los Estados «a esforzarse por *elevar progresivamente* el nivel del régimen de seguridad social»[38]. Y, en el artículo 19, párrafo 10, los Estados se comprometen «a *extender* las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en cuanto las mismas les sean aplicables».

Observadas las anteriores referencias terminológicas, se puede afirmar que la casi totalidad de los 72 párrafos, en los que se describen los derechos contenidos en la CSE, implican directa o indirectamente mejoras continuas y el mantenimiento de los derechos adquiridos en el marco de lo que se ha denominado como «progreso social»[39].

c) La posibilidad de elegir «a la carta» las disposiciones que se aceptan

La tercera característica esencial de la CSE consiste en el hecho de que su alcance se ve condicionado por la inclusión en el propio instrumento jurídico de preceptos que limitan la eficacia de los objetivos que se pretenden obtener y, en consecuencia, restringe las obligaciones que asumen los Estados[40].

En efecto, uno de los elementos que definen a la CSE es la fórmula que en ella se emplea para que los Estados asuman obligaciones relativas al reconocimiento y protección de los derechos sociales, integrada por el artículo 20 (Parte III) donde se especifican las obligaciones que se comprometen a cumplir cada una de las Partes Contratantes[41].

---

[38] Es decir, ofrecer una protección mayor a la establecida en el Convenio n.º 102 de la OIT sobre normas mínimas de seguridad social.

[39] Para un sector doctrinal, el recurso a estas fórmulas expresa la voluntad de los Estados de no vincularse internacionalmente o de no aceptar más que los compromisos de alcance limitado, de asumir sólo las obligaciones que los vinculan de una forma bastante vaga y dejar una determinada elasticidad en la interpretación de las reglas («Intervenciones de Kojanec y Vogel-Polsky», en: Institut d'Études Européennes: *op. cit.*, p. 47).

[40] En palabras de Díaz Barrado, «la elección "a la carta" de los derechos humanos reconocidos en un instrumento jurídico internacional, se quiera o no, está presente *de manera más acusada* en ciertos convenios internacionales, como en el caso de la Carta Social, en los que, desde el principio, se deja en manos de los Estados la aceptación progresiva y parcial de los derechos que se reconocen» (Díaz Barrado, C.M.: *op. cit.*, p. 248).

[41] Esto conduce a que «les obligations des Etats contractants liés par la Charte sociale se présentent sous une forme assez particuière et trés rare» (Wiebringhaus, H.: «La Charte Sociale…», *op. cit.*, p. 715).

Esta fórmula consiste básicamente en que los Estados que lleguen a ser partes en la CSE, dentro de unos límites flexibles, puedan determinar de antemano y libremente los derechos que están dispuestos a reconocer y garantizar[42].

Así, en esta disposición se configura un núcleo duro de derechos que todos los Estados deben reconocer y garantizar al ratificar la CSE. Se señalan siete artículos de la Parte II (arts. 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19) de los que los Estados deben obligarse, al menos, por cinco[43]. Asimismo, se amplía el marco de las obligaciones que los Estados deben asumir al establecerse el compromiso de aceptar un número adicional de artículos o párrafos numerados en la Parte II, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedara obligado cada Estado no sea inferior a diez artículos o a cuarenta y cinco párrafos numerados[44].

El establecimiento de esta técnica supone una reducción de los objetivos que se marca la CSE al posibilitar la existencia de tantas «Cartas Sociales» como Estados lleguen a ser partes en la misma, produciendo

---

[42] Este formato produce «no sólo un menoscabo en la integridad de la Carta Social en cuanto instrumento jurídico que aspira a establecer con carácter general los derechos sociales en Europa sino que, al mismo tiempo, genera una cierta «atomización» respecto a los derechos reconocidos que, por efecto de dicha fórmula, se desvinculan innecesariamente de su propio contexto, conduciendo a una inevitable y acusada pluralidad de regímenes jurídicos que, sin duda, resta eficacia a la propia Carta Social considerada en su conjunto» (DÍAZ BARRADO, C.M.: *op. cit.*, p. 249).

Fue Bélgica la que primero propuso que las partes fueran obligadas a comprometerse respecto de un estándar mínimo común de disposiciones de la Parte II de la Carta. Se trata de una situación un tanto curiosa puesto que Bélgica no ratificó la Carta Social Europea hasta el 16 de octubre de 1990. Los trabajadores, por su parte, pretendían que toda la Parte II de la Carta Social Europea constituyera un estándar mínimo común de derechos irreductibles (LAMARCHE, L.: *op. cit.*, p. 108).

[43] En la Carta Social Europea revisada se indican nueve artículos (artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20) de los que los Estados deben vincularse por siete.

En esta formulación quedan reflejadas las diferencias sociales y económicas de los Estados que pueden llegar a ser partes en la CSE, al partirse conscientemente de la existencia de desigualdades de hecho con el fin de ir aproximando progresivamente las condiciones socio-económicas de todos los Estados.

[44] Con el establecimiento de esta alternativa entre párrafos y artículos, puede llegar a producirse la paradoja de que los Estados no elijan más que ocho artículos eligiendo cuarenta y cinco parágrafos numerados (HARRIS, D.: «The European Social Charter». *International and Comparative Law Quarterly*, 1964, vol. 13, p. 1081).

Estas cifras se incrementan en la CSE revisada al establecerse la obligación de aceptar dieciséis artículos o sesenta y tres párrafos numerados.

Esta particularidad de la ratificación parcial de un tratado internacional también se encuentra reflejada en el Convenio Internacional del Trabajo n.º 102 de la OIT y el Código Europeo de Seguridad Social.

efectos similares a los que se derivan de una reserva modificativa ya que, dentro de un mismo derecho de los que se reconocen, cabe la posibilidad de tan sólo aceptar alguna de sus manifestaciones[45]. Por ende, se corre el riesgo de configurar una visión normativa excesivamente fragmentaria de los derechos sociales[46].

Es de destacar también la inclusión de la posibilidad que tienen los Estados de denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II (artículo 37, párrafo 2 —artículo N de la Carta Social revisada—). La inclusión de esta facultad demuestra los temores existentes en el momento de su adopción a que, por un lado, en la CSE no confluyeran los consentimientos necesarios y, por otro lado, se produjera una denuncia del conjunto de la misma[47]. En suma, la finalidad de esta técnica jurídica es permitir una mayor participación de los Estados, facilitándoles que «otorguen apaciblemente su consentimiento en obligarse por la CSE, aunque todo ello a cambio y a costa de «mutilar» su contenido y quebrar, desde la perspectiva unilateral, la integridad de la misma»[48].

El resultado final consiste en hacer frente a manifestaciones del consentimiento muy condicionadas y limitadas a determinados preceptos, comportando que el elemento de los modos de aplicación de la CSE debe ser analizado de forma distinta en función de los compromisos

---

[45] Para EVANS, la finalidad de este método establecido en el artículo 20 era evitar cualquier reserva en el momento de la ratificación de la CSE (EVANS, M.: «The European Social Charter», en: BRIDGE, J.W.; LASOK, D.; PERROTT, D.L. & PLENDER, R.O. (Dir): *Fundamental Rights*. Sweet & Maxwell, London, 1973, p. 278).

A diferencia de otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, en la CSE no se estipula la técnica de las reservas. Al no establecer nada con respecto a la formulación de reservas y aplicando las reglas establecidas en el Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados se podría conceptuar que no existe inconveniente en el hecho de que se formulen reservas a las disposiciones de la CSE siempre y cuando las mismas no atenten contra el objeto y el fin del tratado.

[46] DÍAZ BARRADO, C.M.: *op. cit.*, pp. 252 y 259.

[47] Se trata de una «prueba significativa de que se pretende primar a la participación frente a la integridad» (*ibid.*, p. 250).

[48] *Ibid,* p. 249.

Es de reseñar que otro elemento que delimita el alcance de la Carta Social Europea radica en la aplicación territorial de este tratado internacional (artículo 34). Se estipula una distinción entre el territorio metropolitano de los Estados partes y aquel territorio o territorios cuyas «relaciones internacionales tengan a su cargo o respecto de los cuales asuma sus responsabilidades internacionales» y en los que, para la aplicación de la CSE, será precisa una declaración específica, al igual que se establece en el Convenio para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y en la mayoría de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

específicos anunciados[49], generándose también determinadas zonas grises que pueden causar problemas de interpretación[50].

3. **La estructura y los derechos reconocidos en la CSE**

La CSE se concibe como un instrumento jurídico en materia de derechos sociales que se va enriqueciendo a través de sucesivas modificaciones y que va, aunque lentamente, configurando un cuerpo normativo en el que se diseñan los derechos de carácter social que los Estados europeos están dispuestos a reconocer y garantizar[51]. Los derechos consagrados en la CSE son de distinta naturaleza y contenido, pudiéndose hablar de la existencia de *derechos* y de *principios*. Por lo que respecta a su estructura, la Carta Social Europea se compone de un Preámbulo, de cinco Partes y de un Anexo, que a continuación se van a describir.

a) El Preámbulo define, de un modo general, los objetivos que este instrumento quiere alcanzar. Estos objetivos son el disfrute de los derechos sociales sin discriminación, la mejora del nivel de vida y la promoción del bienestar de la población de los Estados contratantes. Su importancia reside en constituirse como un condicionamiento de algunas de las interpretaciones que se deben dar a la CSE.

b) La Parte I de la CSE presenta en diecinueve puntos los derechos especificados en la Parte II. Las disposiciones de la Parte I constituyen los *principios fundamentales* de la CSE y vinculan a los Estados en la medida en que éstos no pueden adoptar medidas legislativas o administrativas que les sean contrarias.

---

[49] Así, por ejemplo, BERENSTEIN propone la clasificación siguiente sobre los modos de aplicación de la CSE. Se pueden dar cuatro tipos de modos de aplicación distintos: las leyes y los reglamentos (artículos 3, 4, 5, 7, 8, 10, 18 y 19), las estructuras u otros medios comparables (artículos 1, 9 11, 13, 14, 15, 16, 19 y 20), los procedimientos o intenciones (artículos 2, 6, 15 y 19) y el recurso a otras técnicas jurídicas (artículos 4, 6 y 12) (BERENSTEIN, A.: «Le développement et la portée des droits économiques et sociaux (première partie)». *Travail et Société*, 7, 1982, 3, pp. 311-313).

[50] Sería, por ejemplo, el caso del artículo 4. 3 en el que el Comité de expertos tuvo que hacer frente a un ejercicio de reconciliación entre la primacía de las convenciones colectivas y la fundamentalidad del derecho a la igualdad, del que deriva la prohibición de discriminación salarial entre los sexos (CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte Sociale européne, Comité d'experts indépendants de la Charte Sociale européenne, Conclusions V, 1974-1975*. Strasbourg, Conseil de l'Europe, Service de l'Édition et de la Jurisprudence).

[51] Esto último mediante la instauración paulatina de mecanismos que, cada vez, vinculen de manera más efectiva a los Estados.

En rigor, el artículo 20 prevé expresamente que, al ratificar la Carta, cada Estado se compromete a considerar la Parte I de este instrumento como una declaración de los objetivos cuya realización perseguirá por todos los medios adecuados. También se deduce claramente del texto del artículo 31 que su Parte I no es sólo una mera declaración de intenciones sino que supone, también, que los Estados contratantes se comprometen efectivamente a no retractarse posteriormente sobre medidas de progreso social realizadas anteriormente[52].

Finalmente, la importancia de las disposiciones de la Parte I queda reflejada en la previsión de que, en el momento de ratificar la CSE, las Partes tienen derecho a no aceptar sino cierto número de compromisos que están especificados en ella y cada Estado puede extender progresivamente su aceptación a otras disposiciones. Ello no es óbice para que la presencia en la CSE de este conjunto de principios de orden general —en los cuales los gobiernos de las Partes contratantes están obligadas a inspirarse— así como de un sistema de control que atañe no sólo a las disposiciones aceptadas sino, también, a aquéllas que no han sido aceptadas aún, subraye la pretensión de obtener, con el tiempo, un cierto aspecto unitario en cuanto a la protección social prevista.

c) La Parte II de la CSE, que se compone de diecinueve artículos, enumera todos los derechos garantizados por este tratado internacional. La CSE incluye en su articulado no sólo derechos de carácter individual sino también derechos de carácter colectivo, hecho que adquiere una gran relevancia en el proceso de definición de los derechos[53].

La clasificación de los derechos garantizados en la CSE se puede establecer teniendo en cuenta sus destinatarios o su contenido material.

i) En cuanto a los destinatarios de los derechos debe señalarse que se establecen categorías de personas, que bien en función de su actividad laboral, bien en función de su edad o bien en razón de las circunstancias personales o sociales en las que se encuentran, precisan del reconocimiento de determinados derechos y del establecimiento de singulares medidas de protección. De esta manera, junto a los derechos

---

[52] El artículo 31 dispone que «los derechos y principios enunciados en la Parte I, una vez llevados a la práctica no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas…».

[53] Esta distinción es importante al reputarse que el ejercicio de los derechos colectivos es más difícil de articular jurídicamente que el goce de los derechos de carácter individual y, de un modo u otro, reconocer derechos colectivos lleva aparejada la disminución en la exigencia de efectividad.

de los que son destinatarios todas las personas[54], se encuentran los derechos propios de los trabajadores y empleadores[55], estableciéndose distinciones a propósito de los trabajadores migrantes[56]. Se aprecia también la existencia de derechos específicos de los niños y adolescentes[57], de la familia[58], de la mujer en su condición de trabajadora[59] o madre[60], e incluso existen derechos que les corresponden sólo a los nacionales de los Estados partes[61]. No obstante, el carácter sectorial de la CSE viene dado en razón de la materia y no como consecuencia de los segmentos específicos de la población a los que se dirigen[62].

ii) En cuanto al contenido material de la CSE, los derechos sociales en ella reconocidos se pueden clasificar en distintos grupos: los diferentes derechos relativos al trabajo propiamente dicho, los derechos sindicales, los derechos relativos a la protección de trabajadores y de otras categorías de personas, los derechos relativos a la formación profesional y los derechos relacionados con el trabajo en el extranjero:

—El primer grupo de derechos se aborda en los artículos 1 a 4 de la Carta, garantizando respectivamente, el derecho al trabajo, el derecho a condiciones de trabajo equitativas, el derecho a la seguridad y a la higiene en el trabajo y el derecho a una remuneración equitativa.

—Dos artículos de la CSE se refieren a los derechos sindicales: el artículo 5 relativo al derecho sindical propiamente dicho —el derecho de los trabajadores y de los empresarios a formar organizaciones para la protección de sus intereses— y el artículo 6 relativo al derecho de negociación colectiva.

---

[54] Artículos 1, 9, 10, 11, 13 y 14.
[55] Artículos 2, 4, 5, 6, 12.
[56] Artículo 19.
[57] Artículos 7 y 17.
[58] Artículo 16.
[59] Artículo 8.
[60] Artículo 15.
[61] Artículos 18 y 19.
[62] Como manifiesta DÍAZ BARRADO, la CSE «no debería ser examinada desde la perspectiva de un instrumento jurídico destinado a reconocer y proteger los derechos de ciertos grupos humanos, porque una visión conjunta de los derechos sociales en el plano internacional permite observar también que algunos de los derechos recogidos en la Carta Social aparecen asimismo plasmados en otros instrumentos jurídicos cuya finalidad en exclusiva… es determinar y establecer mecanismos de garantía de los derechos que corresponden a esos grupos como es el caso de los derechos de los niños o los derechos de la mujer» (DÍAZ BARRADO, C.M.: *op. cit.*, p. 242).

—Asimismo, se asegura la garantía de la protección de los trabajadores y, a veces, de otras personas mediante el reconocimiento de otros derechos[63].
—Los artículos 9, 10 y 15 garantizan los derechos relativos a la formación profesional[64].
—Los derechos específicos de los trabajadores extranjeros son protegidos por las disposiciones de dos artículos: el artículo 18 que prevé el derecho al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio de las demás Partes Contratantes y el artículo 19 relativo al derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia.

Con carácter general, se puede destacar cómo, desde determinados ámbitos, se ha insistido sobre el carácter obsoleto de algunos de los derechos sustantivos contenidos en la CSE[65]. Si bien es cierto que algunas de sus normas tienen hoy el olor de los viejos planteamientos sociales —art. 8 sobre la protección de la mujer en el trabajo— o incluso que la evolución social ha sobrepasado en buena medida su tenor —art. 2.3 que exige un mínimo de quince días de vacaciones anuales retribuidas—, sin embargo, es preciso subrayar que, en la gran mayoría de los casos, la CSE utiliza fórmulas genéricas susceptibles de una interpretación evolutiva por parte de los órganos de control, capaz de asegurar la adaptación de la norma a las circunstancias cambiantes[66].

Otra de las críticas que se han cernido sobre la CSE se ha ceñido a constatar el carácter vago e incompleto del enunciado de sus derechos[67]

---

[63] El derecho de los niños y de los adolescentes a una protección particular y, en especial, al respeto de cierto límite de edad para la admisión en el trabajo —artículo 7—, el derecho de las trabajadoras a una protección especial —artículo 8—; el derecho a la protección de la salud —artículo 11—; el derecho a la asistencia social y médica —artículo 13—; el derecho al beneficio de los servicios sociales —artículo 14—; el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica —artículo 16—; y el derecho de la madre y del hijo a una protección social y económica —artículo 17—.

[64] Se refieren respectivamente al derecho a la orientación profesional, al derecho a la formación profesional propiamente dicha y al derecho de las personas física o psíquicamente disminuidas a la formación profesional y a la readaptación profesional y social.

[65] BETTEN, L.: «Prospects for a Social Policy of the European Community and its Impact on the Functioning of the European Social Charter», en BETTEN, L.; HARRIS, D. & JASPERS, T. (Dir): *The Future of the European Social Policy.* Kluwer Law and Taxation, Deventer, 1989, p. 101.

[66] OREJA AGUIRRE, M.: *op. cit*, p. 49.

[67] EVANS, M.: *op. cit.*, p. 279. Aunque es de destacar que la mayoría de críticas han versado sobre su mecanismo de control.

o incluso la ausencia de algunos[68]. Es por ello que KAHN-FREUD la ha llegado a considerar como una importante nota a pie de página a la Convención Europea para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, no constituyendo más que el reflejo de determinados principios de política social y del derecho al trabajo en Europa[69].

d) La Parte III sólo tiene un artículo, el artículo 20 titulado «obligaciones», cuyo contenido articula una de las características esenciales que se reflejan en la CSE.

e) La Parte IV incluye los artículos 21 a 29 referentes al control de la aplicación de la Carta.

f) La Parte V recoge, además de las cláusulas finales habituales en cualquier tratado, disposiciones sobre las derogaciones que cualquier parte contratante puede aportar a sus compromisos en caso de guerra u otro peligro público que amenace la vida de la nación.

g) Y, por último, el Anexo a la CSE contiene la interpretación que hay que dar a ciertas disposiciones, además de ofrecer una definición del alcance de este instrumento con respecto a las personas protegidas[70].

4. **El sistema de control de la CSE**

Como sucede en buena parte de los tratados internacionales cuyo objeto es la protección internacional de los derechos humanos, la garantía del goce y disfrute de los derechos económicos y sociales a la que se comprometen los Estados Partes de la CSE se vincula internacionalmente a la exigencia de que los Estados Partes se sometan a algún tipo de sistema de control a través del cual se examine la actuación de las autoridades estatales y se valore la efectividad de aquellas medidas legales y administrativas dirigidas a ejecutar los compromisos adquiridos.

---

[68] A título de ejemplo, se podrían señalar la ausencia del derecho a la vivienda, a la alimentación y a la indumentaria en el objeto del derecho a una remuneración suficiente, incluso, en el derecho a una vida decente (artículo 4, párrafo 1). Se podría apreciar que la CSE reconoce indirectamente este derecho por medio del reconocimiento del derecho a una remuneración suficiente o incluso por medio de los artículos 13 y 16. Pero, para la mayor parte de los autores, estos derechos están encarecidamente ausentes (LAROQUE, P.: «La Charte sociale européenne». *Droit social,* 1979, 10, p. 105).

[69] KAHN-FREUD, O.: «The European Social Charter», en: JACOBS, F.G. (Dir): *European Law and the Individual.* Elsevier North-Holland, Netherlands, 1976, p. 182.

[70] Este Anexo consiste en un límite significativo al alcance normativo de este instrumento, puesto que los derechos sociales sólo se reconocen y garantizan a las personas que sean nacionales de los Estados partes.

En lo que se refiere al sistema de control del cumplimiento de la CSE por los Estados Partes, hay que hacerse eco, en principio, de las disposiciones de su Parte IV —artículos 21 a 29—; en ellas, se estipula como único instrumento integrado en el sistema de control de la misma un *mecanismo de supervisión no contencioso*, basado en la obligación de *presentación de informes periódicos*[71].

No obstante, las previsiones iniciales de la CSE han tendido a ser objeto de un replanteamiento evolutivo que, a partir de la formalización en 1990 de la decisión de *revitalizar* la CSE[72], se plasmará en una voluntad real de revisión durante la última década del siglo XX; como señalara la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en 1991[73], el sistema de supervisión precisaba un replanteamiento dirigido al fortalecimiento de los medios de acción.

El funcionamiento del mecanismo de supervisión por la vía de informes periódicos previsto en la CSE acumulaba llegados a ese estadio temporal una serie de críticas, que VANDAMME sintetiza en cuatro aspectos de carácter fundamentalmente técnico y político[74]: la relativa lentitud del procedimiento —ante la previsión de la intervención de una pluralidad de órganos—; la no suficiente precisión de la delimitación de las competencias de los entonces denominados Comité de Expertos Independientes y el Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa; las imperfecciones consiguientes observadas en el funcionamiento de ambos órganos; y, finalmente, la escasa voluntad del Comité de Ministros para ejercitar su competencia para formular recomendaciones individualizadas a los Estados Partes, ya que desde el primer momento «se ha puesto de relieve su renuencia a adoptar recomendaciones en casos específicos»[75].

Otras críticas de fondo han tendido a evidenciar que, a diferencia del previsto por ejemplo en la Constitución de la OIT, la representación de los actores sociales —empleadores y trabajadores— les sitúa como meros observadores, por otro lado, parece ausente cualquier voluntad

---

[71] Este mecanismo de supervisión tiene como referente, a pesar de sus sensibles diferencias, el sistema de supervisión previsto en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo —artículos 19, 22 y 23— (VALTICOS, N. & VON POTOSBKY, G.: *International Labour Law.* Second edition revised, Kluwer Law and Taxations Pub., Deventer/Boston, 1995, p. 312).

[72] Decisión a la que se hará mención más adelante en el Apartado V.

[73] ASSEMBLÉE PARLAMENTAIRE DU CONSEIL DE L'EUROPE: *Recommandation 1168 (1991), relative à l'avenir de la Charte sociale du Conseil de l'Europe*, du 24 septembre 1991, pár. 10.

[74] VANDAMME, F.: *op. cit.*, pp. 728-729.

[75] *Ibid*, p. 729; conforme al artículo 29 de la CSE.

sancionatoria respecto a los Estados[76]; en otro sentido, lo expuesto viene a subrayar, en general, la insuficiente transparencia del mecanismo de supervisión[77].

No hay que olvidar, igualmente, el contexto en que se proyectan tales consideraciones de reforma: la entrada en el Consejo de Europa, y su posible incorporación como Partes de la CSE, de Estados de Europa Central y del Este, tras el declive y derrumbe del bloque soviético.

Sobre esta base, se adoptaron durante la década de los 90 dos tratados internacionales adicionales a la CSE adoptados con el objeto de transformar el sistema de control.

Primero, el *Protocolo de 1991*, de 21 de octubre de 1991 (desde ahora, el *Protocolo de 1991*), dirigido a modificar el sistema de control previsto en la CSE —en concreto, los artículos 23 a 29—, el cual todavía no ha entrado en vigor por no haber prestado su consentimiento en obligarse por el mismo los veintiún Estados Partes de la CSE en el momento de la adopción del Protocolo[78]. Si bien la mayoría de sus disposiciones han sido, en la práctica, implementadas a través de decisiones del Comité de Ministros del Consejo de Europa y son plenamente operativas[79], incluso cuando éstas son contradictorias con el texto original de la CSE —así sucede, por ejemplo, respecto a la composición del originalmente denominado Comité de Expertos Independientes, que según la redacción del artículo 25 de la CSE será de siete miembros, mientras que según la redacción dada al mismo por el Protocolo de 1991 la misma ha de pasar a ser de al menos de nueve miembros—.

Y, segundo, el *Protocolo por el que se instituye un sistema de reclamaciones colectivas*, de 9 de noviembre de 1995 (desde ahora, el *Protocolo de 1995*), dirigido a crear un mecanismo de carácter básicamente cuasi-contencioso complementario del mecanismo de presentación de informes —por lo que parece añadirse al sistema de control de la CSE un elemento cualitativamente renovador—; este Protocolo sí que ha entrado en vigor —lo está desde el 1 de julio de 1998—.

---

[76] Grévisse, S.: «Le renoveau de la Charte sociale européenne». *Droit Social*, 2000, 9/10, p. 885.

[77] Pettiti, Ch.: «La Charte sociale européenne révisée». *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*. 8, 1997, 29, p. 7.

[78] España lo prestó en fecha de 24 de enero de 2000 (http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm, 15/10/02).

[79] Idea que ya se propusiera en la Resolución Final de la Conferencia Ministerial de Turín, de 21 y 22 de octubre de 1991(Gomien, D.; Harris, D. & Zwaak, L.: *Law and practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*. Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1997, p. 415).

El sistema de control previsto en la CSE, tal y como se encuentra actualmente configurado, atribuye formalmente competencias dentro del sistema de control a tres órganos:

—El *Comité Europeo de Derechos Sociales* (desde ahora, el *CEDS*) —denominación que pasó a recibir el originalmente denominado Comité de Expertos Independientes[80]— está integrado por doce miembros[81], elegidos por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa entre personas de máxima integridad y reconocido prestigio en cuestiones sociales internacionales, nacionales de cualquier Estado Miembro del Consejo de Europa —según decidiera el Comité de Ministros—, por un mandato renovable de seis años[82]. Sus competencias son esencialmente jurídicas: de un parte, han de examinar los informes sometidos por los Estados Partes conforme a la CSE —artículo 24—, aun cuando la nueva redacción del artículo 24 propuesta por el Protocolo de 1991 aclara que ello supone apreciar la conformidad de las legislaciones, reglamentos y prácticas nacionales al contenido de las obligaciones jurídicas asumidas por el Estado Parte conforme a la CSE; y, de otra parte, la decisión sobre la admisibilidad y la elaboración de un informe sobre las reclamaciones presentadas conforme al Protocolo de 1995 —informe en el que concluirá si el Estado Parte ha garantizado o no de manera satisfactoria la aplicación de la disposición de la CSE objeto de la reclamación —artículo 8—[83].

—El *Comité Gubernamental* —denominación del antiguo Subcomité Social Gubernamental del Consejo de Europa conforme a la nomenclatura del Protocolo de 1991—, constituido por un representante de cada uno de los Estados Partes de la CSE; su competencia parece ahora centrarse[84] —tras las adaptaciones efectuadas a tenor de la redacción propuesta por el artículo 4 del Protocolo de 1991—

---

[80] A partir del Ciclo XV-1 de control de los informes (marzo-junio 2000).

[81] En aplicación de la modificación del artículo 25, 1 de la CSE introducida en el Protocolo de 1991 y aplicada desde 1995 a pesar de no estar en vigor dicho Protocolo; aun cuando el número de miembros debe ser al menos de nueve, se otorga al Comité de Ministros del Consejo de Europa la capacidad de determinar el número de miembros que han de constituir el mismo —artículo 3 del Protocolo de 1991—.

[82] La nueva redacción del artículo 25, 1 de la CSE, según previsión del Protocolo de 1991, establece que sólo será renovable el mandato una vez.

[83] El artículo 30 de las Reglas de Procedimiento del CEDS, de 9 de septiembre de 1999, precisa que se trata de decidir sobre el fundamento de la reclamación.

[84] Esta cuestión, como se verá, no ha resultado pacífica debido a la redacción original del artículo 27 de la CSE.

en la preparación de las decisiones del Comité de Ministros, informándole y realizando propuestas dentro de las atribuciones del mismo. Hay que resaltar cómo se prevé la posibilidad de invitar a integrarse en los trabajos del Comité Gubernamental a dos organizaciones internacionales de empleadores y a dos organizaciones internacionales de trabajadores —como máximo—; aunque se trata de una participación a título consultivo y en calidad de observadoras[85].

—El *Comité de Ministros*, compuesto por los Ministros de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros del Consejo de Europa —en la actualidad 44 Estados—, y órgano decisorio de la Organización, que dicta una resolución general tras cada ciclo de control correspondiente al mecanismo de presentación de informes periódicos, la cual puede complementarse con recomendaciones individuales dirigidas a los Estados Partes a tenor de lo expuesto en los informes periódicos presentados por los Estados Partes y de su previo examen por el CEDS[86], o bien, en el marco del mecanismo de reclamaciones colectivas, adoptar recomendaciones constatando la vulneración de la CSE —en caso contrario, adoptará una resolución que pone fin al procedimiento—.

Los mecanismos de supervisión vinculados al sistema de la Carta Social Europea son el *mecanismo de presentación de informes periódicos* y el *mecanismo de reclamaciones colectivas*.

4.1. *El mecanismo de presentación de informes periódicos*

Previsto como un mecanismo de supervisión obligatorio para los Estados Partes, implica la presentación periódica de un informe sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la CSE que el Estado

---

[85] En la actualidad participan en el Comité Gubernamental: la Unión de Confederaciones de la Industria y Empresarios de Europa (UNICE), la Organización Internacional de Empleadores (OIE) y la Confederación Europea de Sindicatos (CES); igualmente, es posible consultar a Organizaciones No Gubernamentales especialmente calificadas en las materias relativas a la Carta Social Europea.

[86] La *Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa*, órgano plenario y deliberativo de la Organización, integrada por representantes de los Parlamentos de los Estados Miembros del Consejo de Europa, podrá plantearse la realización de debates dentro de sus períodos de sesiones sobre la base de los informes del CEDS y del Comité Gubernamental, así como de las resoluciones del propio Comité de Ministros; se aplica así *de facto* la redacción del artículo 29 de la CSE conforme al Protocolo de 1991, que excluye su competencia consultiva, previa a la decisión del Comité de Ministros, en el marco del mecanismo de presentación de informes.

Parte haya aceptado —artículo 21 de la CSE—, así como la presentación periódica de informes «sobre las disposiciones de la Parte II de la Carta que aquéllas [se refiere a los Estados Partes] no hubieren aceptado en el momento de su ratificación o aprobación, o en una notificación posterior» —artículo 22 de la CSE—; si en el caso, de las disposiciones aceptadas, la CSE se plantea una periodicidad bianual, respecto a las disposiciones no aceptadas se plantea una periodicidad variable —«a intervalos apropiados»—, a petición del Comité de Ministros, que asimismo podrá determinar periódicamente sobre qué disposiciones se planteará esta exigencia.

En la práctica, desde 1992, el mecanismo de presentación de informes funciona sobre las bases siguientes desde el punto de vista de su periodicidad:

—En relación con la presentación de informes sobre *disposiciones aceptadas*: la obligación de presentación de informes bianuales se reserva para determinadas disposiciones de la Parte II de la CSE, que son consideradas como el *núcleo duro* u *obligaciones fundamentales* de la CSE —es decir, aquellas disposiciones mencionadas en el artículo 20, b) de la CSE —a los que habrá que añadir, en su caso, los enumerados en el artículo A, 1 b) de la CSE revisada—; mientras que para el resto de las disposiciones de la Parte II aceptadas por el Estado el informe será cuatrienal[87].

—En relación con la presentación de informes sobre *disposiciones no aceptadas* se estará a lo prevenido por el Comité de Ministros, el cual, cuando ha planteado este tipo de solicitud, se ha centrado en disposiciones en que mayoritariamente los Estados Partes no la hayan aceptado.

Los informes han de ser transmitidos a las organizaciones nacionales afiliadas a las organizaciones internacionales que participan en los trabajos del Comité Gubernamental, para que formulen si lo desean sus propias observaciones —que conforme al artículo 23, 2 de la Carta serán remitidos a los Estados Partes, pese a que en la redacción prevista en el Protocolo de 1991 se autoriza a que sean enviadas directamente al Secretario General del Consejo de Europa (artículo 1 del mismo)[88]—;

---

[87] Excepto en el caso de los nuevos Estados Partes de la CSE o de Alemania —en este caso, por voluntad propia—.

[88] Quizá esta fórmula pueda servir para fomentar la presentación de observaciones, pues, aunque se apunte una creciente tendencia a corregir la práctica anterior, por lo general se trata de un recurso infrautilizado (Gomien, D.; Harris, D. & Zwaak, L.: *op. cit.*, p. 416).

igualmente, el artículo 1 del Protocolo de 1991 prevé que dichos informes sean transmitidos a Organizaciones No Gubernamentales con estatuto consultivo ante el Consejo de Europa y particularmente cualificadas en las materias reguladas por la CSE, para que puedan también formular sus observaciones.

Los informes presentados —y, en su caso, las observaciones existentes— serán sometidos al CEDS; sobre el procedimiento ante este órgano cabe realizar las siguientes acotaciones: primero, se permite la participación de un representante designado por la OIT a título consultivo en las deliberaciones del CEDS[89]; segundo, y a los efectos de racionalizar el trabajo, se prevé en las Reglas de Procedimiento del CEDS (desde ahora, las *RPC*) el nombramiento de Relatores para cada disposición normativa de la CSE objeto de análisis —Regla 16—, así como de Grupos de Trabajo de cuatro o cinco miembros para preparar las decisiones del plenario —Regla 17—; tercero, que, conforme al artículo 24, 3 de la CSE —redactado a tenor del Protocolo de 1991—, y tal y como éste es aplicado, el CEDS podrá dirigirse particularmente a un Estado para pedir información o precisiones complementarias, e incluso convocar y mantener reuniones en principio públicas con el Estado, en las cuales podrán participar las organizaciones internacionales que participen en los trabajos del Comité Gubernamental[90]; y, cuarto, que las conclusiones del CEDS se harán públicas.

Las conclusiones del CEDS, además de a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, se transmiten al Comité Gubernamental. Este, según la redacción original del artículo 27 de la CSE, debería examinar los informes de los Estados Partes, las hipotéticas observaciones formuladas, y las conclusiones del CEDS —entonces Comité de Expertos Independientes—, para que por su parte formulase «sus conclusiones, al que unirá como anexo el informe del Comité de Expertos».

Sin entrar en profundidad en la cuestión, ciertamente, la CSE parece inducir a una confusa duplicidad de atribuciones entre ambos Comités, partiendo de que la distinta naturaleza de cada uno —el primero,

---

[89] Participación que las Reglas de Procedimiento del CEDS extiende no sólo a las reuniones del plenario sino también a las de los grupos de trabajo creados internamente —Regla 10, 2—; también se prevé transmitir a la Oficina Internacional del Trabajo los documentos de trabajo para facilitar su participación —Regla 10, 1—.

[90] Las organizaciones nacionales afiliadas y Organizaciones No Gubernamentales, a las que se transmitieron las copias del informe del Estado Parte, serán informadas de todo ello —las primeras, conforme a la Regla 18 de las RPC, a través de las propias organizaciones internacionales a las que están afiliadas—; como puede percibirse, las propias RPC asumen la aplicabilidad de ciertas disposiciones del Protocolo de 1991.

órgano técnico-jurídico, y el segundo, órgano intergubernamental y político— se reflejaba en su respectiva práctica: el Comité Gubernamental había venido ofreciendo una percepción más restrictiva de las obligaciones contraídas por los Estados Partes[91].

Ante este evidente desajuste se optó, a partir de 1993, por aplicar la reforma prevista en el Protocolo de 1991, considerándole un órgano que prepara el trabajo del Comité de Ministros: sobre la base de las conclusiones del CEDS, selecciona de materia motivada las situaciones que deberían ser objeto de una recomendación específica —a tenor de argumentos de política social y económica—, así como proponerle propuestas para emprender estudios relativos a cuestiones sociales. Aun cuando es cierto que esta reforma ofrece coherencia y credibilidad al mecanismo de presentación de informes[92], es perceptible cómo las competencias del Comité Gubernamental le siguen permitiendo en la práctica filtrar —y, en su caso, no trasladar— las sugerencias del órgano técnico-jurídico.

Sobre la base del informe del Comité Gubernamental, el Comité de Ministros adopta una resolución sobre el conjunto del ciclo de control efectuado y, en su caso, recomendaciones específicas dirigidas a los Estados —de carácter no vinculante—; la dificultad de lograr una mayoría de dos tercios de los Estados Miembros del Comité, junto a una quizá inicial falta de voluntad política, coadyuvó a que durante los veinte primeros años de funcionamiento del mecanismo de presentación de informes no se formulase ni una recomendación específica[93]. Pero como resultado tal vez de la convicción del Comité de la necesidad de colaborar en la revitalización del mecanismo de presentación de informes así como de la aplicación, desde 1993, de la reforma prevista en el artículo 5 del Protocolo de 1991 —sólo los Estados Partes tienen derecho a voto en las decisiones que afectan a los informes— lo cierto es que la práctica del Comité ha variado sensiblemente.

A modo de consideraciones generales sobre este mecanismo de supervisión, hay que apreciar, entre otras, su relativa eficacia, si se tiene presente que la ausencia de una respuesta positiva del Estado a los requerimientos insertos en las recomendaciones del Comité de Ministros no tiene mayor respuesta que en la propia dinámica de la supervisión y constatación posteriores de ese hecho, puesto que las decisiones

---

[91] GOMIEN, D.; HARRIS, D. & ZWAAK, L.: *op. cit.*, p. 422; en el mismo sentido: JIMÉNEZ GARCÍA, F.: «El sistema europeo de protección de los derechos humanos: El Consejo de Europa y la Carta Social», en: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (Coord.): *Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Editorial Dilex, Madrid, 2000, p. 175.

[92] GOMIEN, D.; HARRIS, D. & ZWAAK, L.: *op. cit.*, pp. 423-424.

[93] *Ibid*, p. 426.

adoptadas no son jurídicamente vinculantes para el Estado Parte afectado[94]; por otro lado, es cierto que cabe valorar positivamente, como referente conceptual de un espacio social europeo uniforme, la práctica del CEDS —sobre la cual existe un consenso extenso sobre su calidad y su identificación como una especie de *jurisprudencia relativa a la CSE*—.

4.2. *El mecanismo de reclamaciones colectivas*

La contribución del Protocolo de 1995 a la revitalización del sistema de control de la CSE pasa por el establecimiento de un mecanismo cuasi-contencioso similar al previsto en el artículo 24 de la Constitución de la OIT[95]: el *procedimiento de reclamaciones* de la OIT; en éste, se legitima activamente a una «organización profesional de empleadores o de trabajadores en la que se alegue que cualquiera de los Miembros [de la OIT] no ha adoptado medidas para el cumplimiento satisfactorio, dentro de su jurisdicción, de un convenio en el que dicho Miembro sea parte»; de modo que se ha vuelto a descartar la opción de un mecanismo jurisdiccional y contencioso[96].

Desde la óptica del procedimiento, éste se inicia mediante una reclamación presentada por escrito por alguna de las organizaciones legitimadas activamente conforme al artículo 3 del Protocolo de 1995; la misma deberá ser remitida al Secretario General del Consejo de Europa, que, tras acusar recepción de la misma, informa al Estado Parte[97]

---

[94] HARRIS, D.: «Lessons from reporting system of the European Social Charter», en: ALSTON, Ph. & CRAWFORD, J. (Ed.): *The Future of UN Human Rights Treaty Monitoring*. Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 360.

[95] CONSEIL DE L'EUROPE: *Protocol additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives. Rapport explicatif*, en: CONSEIL DE L'EUROPE: *Traités Européennes*, disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm, 20/10/02, párrafo 1.

[96] Ello ha justificado y sigue justificando que el sistema de control de la CSE no resista la comparación con el sistema de control proyectado en el del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado también en el seno del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, que cuenta con un procedimiento judicial conforme al cual se permite presentar a los Estados Partes y a los particulares demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (VERDIER, J.M.: «Les droits économiques et sociaux: relance au Conseil de l'Europe?». *Droit Social*, 1992, 4, p. 415).

[97] La legitimación pasiva no es patrimonio de los Estados Partes de la CSE, sino de los Estados Partes del Protocolo de 1995: en concreto, a 16 de octubre de 2002, son Partes del Protocolo de 1995 sólo 9 Estados de los 25 Estados Partes de la CSE —entre ello no se encuentra España— (CONSEIL DE L'EUROPE: *Traités Européennes*, disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm, 16/10/02).

contra el que se ha presentado la reclamación y la transmite al CEDS, que es el órgano al que, desde el prisma jurídico, le compete el examen de las reclamaciones colectivas presentadas.

El CEDS deberá decidir sobre la admisibilidad de la demanda, previa solicitud al Estado Parte o al reclamante, si lo cree procedente[98], de que aporten informaciones o formulen observaciones; la decisión de inadmisibilidad implica la finalización del procedimiento.

Si se admite la reclamación, se inicia un procedimiento de carácter contradictorio y fundamentalmente escrito:

—se comunica a las Partes de la CSE o de la CSE revisada la decisión de admisibilidad; igualmente, aunque previa solicitud por su parte, se transmite a los Estados Partes del Protocolo de 1995 y a las organizaciones internacionales invitadas a integrarse en el Comité Gubernamental copia de la reclamación y de las observaciones de las partes de la misma —Regla 27, 5 de las RPC—;

—se otorga al Estado contra el que se dirige la reclamación y a la organización reclamante un período para, respectivamente, presentar sus observaciones sobre el fondo del asunto y responder a dichas observaciones; las partes de la reclamación podrán aportar igualmente las informaciones y observaciones suplementarias que consideren oportunas —artículo 7, 1 a 3 del Protocolo de 1995 y Regla 28 de las RPC—, tras que se haya cumplimentado la invitación a los Estados Partes del Protocolo de 1995[99] así como a las organizaciones internacionales integradas en el Comité Gubernamental[100] a formular sus propias observaciones;

—sobre la base de una decisión del CEDS —artículo 7, 4 del Protocolo de 1995 y Regla 29 de las RPC—, de oficio o a instancia de parte, puede llevarse a cabo una audiencia contradictoria en la que participarán no sólo las partes de la reclamación sino también

---

[98] De acuerdo con las RPC, esta prerrogativa corresponde al Presidente —Regla 26—; previamente, el Relator nombrado para la reclamación presenta un proyecto de decisión sobre la admisibilidad —Regla 24—.

[99] Así como aquellos Estados no Partes del mismo que, siendo Partes de la CSE revisada hubiesen realizado la declaración prevista en el artículo D, 2 de ésta —Regla 28, 3 de las Reglas de Procedimiento del Comité—; es decir, si, resultando previamente no ser Parte del Protocolo de 1995, se acepta extender el mecanismo de supervisión previsto en el mismo a las obligaciones jurídicas adquiridas a través de la CSE revisada.

[100] Siempre que la reclamación haya sido presentada por organizaciones nacionales de empleadores o de trabajadores, o bien, por una Organización No Gubernamental nacional o internacional —artículo 7, 2 del Protocolo de 1995 y Regla 28, 4 de las RPC—.

todos los intervinientes a los que se autoriza a presentar observaciones por escrito;

—finalmente, el CEDS —teniendo en cuenta la propuesta del Relator— emitirá un informe que ha de incluir sus conclusiones sobre la compatibilidad de la actuación del Estado respecto a la disposición objeto de la reclamación;

—el informe será transmitido al Comité de Ministros y a la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, así como a la organización autora de la reclamación y a los Estados Partes de la CSE —y, en su caso, de la CSE revisada—, incluido el Estado contra quien se dirigió, si bien la misma será hecha pública al mismo tiempo que la resolución del Comité de Ministros, o bien pasados cuatro meses de su transmisión a éste —artículo 8 del Protocolo 1995—; y, finalmente,

—el Comité de Ministros adoptará una resolución por mayoría de votos, indicando si la actuación del Estado es o no satisfactoria; si ésta es desfavorable, por dos tercios de los Estados votantes, emitirá asimismo una recomendación dirigida a ese Estado —artículo 9 del Protocolo de 1995—, debiendo éste manifestar las medidas adoptadas en el siguiente ciclo en el que, dentro del mecanismo de presentación de informes, le corresponda preceptivamente informar respecto a las disposiciones adoptadas —artículo 10 del Protocolo de 1995—.

Este procedimiento, empero, presenta algunas peculiaridades que inciden, especialmente, en la admisibilidad de las reclamaciones, y que afectan a la *legitimación de los sujetos* y a su *objeto*.

a) En cuanto a la *legitimación de los sujetos*, el Protocolo de 1995 establece en sus artículos 1 y 2 que gozan de legitimación activa: las organizaciones internacionales invitadas a participar en los trabajos del Comité Gubernamental; otras Organizaciones No Gubernamentales internacionales dotadas de estatuto consultivo en el Consejo de Europa e inscritas en una lista elaborada por el Comité Gubernamental[101]; las organizaciones nacionales representativas de empleadores y trabajadores; y las Organizaciones No Gubernamentales nacionales especialmente cualificadas en materias relativas a la CSE a las que el Estado declare en forma reconocer esa legitimación activa.

---

[101] CONSEIL DE L'EUROPE: *Liste des Organisations Internationales Non-Gouvernmentales Habilitées à deposer des Reclamations Collectives (à partir du 1 juillet 2002)*, disponible en: http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/ Cse/6_R%E9clamations_collectives/ Liste_des_ONG/List_des_NGOs.asp#TopOfPage, 21/10/02.

Lo primero que cabe advertir, como ya es obvio, es que se descarta la posibilidad de otorgar legitimación activa a la persona física[102]; pero, a continuación, hay que advertir dos aspectos no pacíficos que suscita el planteamiento del Protocolo de 1995[103]:

—de un lado, la *representatividad* de las organizaciones nacionales de empleadores y de trabajadores, exigencia respecto a la que el CEDS opta, primero, por delimitar a través de una *noción autónoma* —es decir, que no asume *ipso iure* que sea necesariamente idéntica a la presente en las leyes del Estado[104]—, y, segundo, por determinar que el examen de esta cuestión debe observarse *in concreto* respecto a cada reclamación y cada reclamante[105];

—y, de otro lado, la *particular cualificación* que han de tener las Organizaciones No Gubernamentales, internacionales o nacionales, como consecuencia de la exigencia del artículo 3 del Protocolo de 1995, la cual es observada por el CEDS, esencialmente, desde el prisma formal del objeto y mandato de la entidad, y no tanto a tenor de sus actividades[106].

---

[102] A diferencia del proyecto de Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se establece un mecanismo cuasicontencioso (NACIONES UNIDAS; *Documento E/CN.4/1997/ 105*, párrafo 19; en torno a los argumentos a favor y en contra, ver: ARAMBULO, K.: *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Theoretical and Procedural Aspects.* Intersentia/Hart, Antwerp/Groningen/Oxford, 1999.

[103] Hasta el momento, se han tramitado trece reclamaciones (http://www.coe.int/T/F/Droits_de_l'Homme/Cse/ 6_R%E9clamations_collectives/Liste_des_r%E9clamations/Liste_des_R%E9clamations.asp#TopOfPage, 16/10/02); en torno a las decisiones del Comité, ver: CONSEIL DE L'EUROPE: *Base de Donnes de la Charte sociale européenne*, disponible en: http://hudoc.esc.coe.int, 16/10/02.

[104] A partir de las decisiones adoptadas en las *Reclamaciones 6/1999, Syndicat national des professions du tourisme c. France* y *10/2000 Tehy et STTK c. Finlande* (AKANDJI-KOMBE, J.-F.: «La procédure de réclamation collective dans la Charte sociale européne. Chronique des décisions du Comité européen des droits sociaux». *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 12, 2001, 48, pp. 1040-1041; del mismo autor, «La application de la Charte social européenne: la mise en oeuvre de la procédure de réclamations collectives». *Droit Social*, 2000, 9/10, pp. 888-896); ello permite calificar como representativa a una organización nacional que según las leyes estatales no lo es (*ibid*, p. 1040).

[105] Se ha de tener presente, empero, que el propio informe explicativo del Protocolo de 1995 ofrece dos criterios significativos a ponderar: el número de afiliados y el papel efectivo que puedan desempeñar en las negociaciones a escala nacional (CONSEIL DE L'EUROPE: *Protocol additionnel… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafo 23).

[106] AKANDJI-KOMBE, J.-F.: «La procédure…», *op. cit.*, p. 1042; sobre la base de lo decidido respecto a las *Reclamaciones 1/1998 Commision international de Juristes c. Portugal* y *8/2000 Conseil quaker pour les affaires européennes c. Grèce*.

Por lo que se refiere a la *legitimación pasiva* hay que tener presente, primero, que han de ser Estados que sean Partes del Protocolo de 1995, o bien, si son Partes de la CSE revisada y no del Protocolo de 1995, haber aceptado la extensión del sistema de reclamaciones para controlar el cumplimiento de sus compromisos adquiridos respecto a la CSE revisada; eso sí, teniendo presente que *ratione materiae* sólo puede reclamarse contra ese Estado en virtud de las disposiciones de la CSE, del Protocolo de 1988 y, en su caso, de la CSE revisada, que hayan previa y expresamente sido aceptadas por el Estado —artículo 4 del Protocolo de 1995—.

b) Conectando con lo anterior, en cuanto al *objeto* de las reclamaciones, el artículo 4 del Protocolo de 1995 advierte que deben dirigirse contra disposiciones aceptadas por el Estado pero *indicándose en qué medida el Estado no ha asegurado de modo satisfactoria la aplicación de dicha disposición*; exigencia que el CEDS ha interpretado de manera liberal, sin que deba concretarse estrictamente esa conexión a efectos de admisibilidad —lo que sería ya una cuestión de fondo[107]—.

Asimismo, hay que tener en cuenta, de una parte, la posibilidad de que se plantee la inadmisión de una reclamación cuyo objeto haya sido sometido a otra instancia internacional o nacional, o examinada en el marco del mecanismo de presentación de informes de la CSE —esta posibilidad es interpretada por el CEDS de forma restrictiva y admitiendo que la misma se ha solventar considerando el supuesto de hecho específico[108]—; y, de otra parte, que el objeto de la reclamación viene determinado por la cualidad de las partes, y, muy especialmente, si se trata de una Organización No Gubernamental[109].

Lo anterior permite ofrecer una valoración de conjunto del mecanismo cuasi-contencioso.

El mecanismo de reclamaciones colectivas, ciertamente, es un avance sensible en el reforzamiento del sistema de control de la CSE, ya que

---

[107] *Ibid*, p. 1043; sobre la base de las *Reclamaciones 4/1999 Féderation européenne du personnel des services publics c. Italie* y 5/*2000* y *5/1999 Féderation européenne du personnel des services publics c. Portugal*.

[108] De acuerdo con la perspectiva del propio Informe Explicativo del Protocolo 1995 (CONSEIL DE L'EUROPE: *Protocol additionnel… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafo 31), y la práctica del Comité Europeo de Derechos Sociales (*Reclamación 1/1998 Commision international de Juristes c. Portugal*); ver: AKANDJI-KOMBE, J.-F.: «L'application…», *op. cit.*, pp. 892-893.

[109] Como afirma SUDRE, los reclamantes no es necesario que tengan un interés directo, que les permita ser calificados de *víctimas* (SUDRE, F.: «Le Protocole additionnel à la Charte sociales européenne prévoyant un système de réclamations collectives». *Revue Générale de Droit International Public,* 100, 1996, 3, p. 726).

permite a organizaciones representativas en el ámbito social denunciar ante un mecanismo cuasi-contencioso las deficiencias de las políticas sociales estatales en ejecución de las obligaciones asumidas conforme a las disposiciones de la CSE, del Protocolo de 1988 y de la CSE revisada, y, por consiguiente, implicarse mediante sus reclamaciones en el control de la actividad de los Estados Partes del Protocolo de 1995.

No obstante, el mismo debe ser observado con cautela, no sólo por la escasa fuerza jurídica vinculante de las recomendaciones del Comité de Ministros, sino porque en alguna medida, como bien perfila SUDRE, la innovación procedimental no implica necesariamente renovación instrumental: este mecanismo de reclamaciones —a diferencia del establecido en la OIT— está presidido por la lógica de los mecanismos de presentación de informes, ya que el objeto de las reclamaciones es, más bien, de carácter general —las medidas de política social relativas a una o varias disposiciones de la CSE— y no admite por su formulación la individualización desde la óptica del sujeto activamente legitimado —propia de los supuestos de existencia de un derecho colectivo de reclamación—, es decir, de la lógica de la reclamación de derechos—[110].

5. **El proceso de revisión de la Carta Social Europea**

La evolución de las sociedades europeas y de las relaciones laborales desde la adopción de la CSE —considerando, además, la perspectiva en ciernes de la consolidación de un proceso de mundialización desde el momento del final de la Guerra Fría—, así como la paulatina incorporación de los Estados de Europa Central y del Este al Consejo de Europa, son factores que pueden explicar los motivos de la apertura de un proceso de revisión de la CSE a principios de los años 90[111].

Dentro de estas coordenadas hay que apreciar las propuestas y decisiones adoptadas en la Conferencia Ministerial informal sobre derechos humanos, celebrada en Roma —5 de noviembre de 1990—, entre ellas la de invitar al Comité de Ministros a adoptar las medidas necesarias para iniciar una reflexión profunda de la significación, contenido y

---

[110] *Ibid*, pp. 726-727.

[111] Así, la CSE revisada tiene en cuenta la evolución producida en el Derecho del trabajo y en la concepción de las políticas sociales desde 1961 (CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte sociale européenne révisée. Rapport explicatif*, en: CONSEIL DE L'EUROPE: *Traités Européennes*, disponible en: http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Cadreprincipal. htm, 20/10/02, párrafo 8).

funcionamiento de la CSE[112]. De estas propuestas, se derivó la convocatoria ese mismo año de un comité *ad hoc* —el Comité de la CSE—, integrado por representantes de los Estados Miembros y por observadores —por ejemplo, la OIT, la UNICE o la CES—, al que se encargó la realización de propuestas para mejorar la eficacia de la CSE —incluida la revisión de ciertas disposiciones normativas y la introducción de nuevos derechos económicos y sociales—, y, en particular, de su sistema de control[113]; dicho comité *ad hoc* funcionó desde 1991 a 1994, y elaboró un proyecto de CSE revisada.

Tras transmitirlo al entonces denominado Comité de Expertos Independientes de la CSE y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, a efectos consultivos, el Comité de Ministros adoptó el 3 de mayo de 1996 la CSE revisada —la cual entraría en vigor el 1 de julio de 1999—[114]; de este modo, junto a los Protocolos de 1991 y 1995 —sin olvidar al Protocolo de 1998—, se formaliza jurídicamente el intento de actualizar lo que VANDAMME denomina «la expresión de un patrimonio común de derechos y de principios destinados a sostener las políticas sociales»[115].

El análisis de la CSE revisada se centrará en sus *caracteres generales* y en el alcance jurídico de la *actualización de los derechos económicos y sociales planteada.*

5.1. *Los caracteres generales de la CSE revisada*

La CSE revisada es, por su naturaleza jurídica, un tratado internacional; su objetivo es, conforme a su Preámbulo, sustituir progresivamente a la CSE, teniendo en cuenta los cambios sociales sucedidos en la sociedad europea desde su adopción en 1961.

De alguna manera, ambos elementos —el técnico-jurídico y el teleológico—, confluyen de modo necesario en orden a articular las medidas específicas que caracterizan al texto jurídico internacional. Así, es evidente, primero, que, aunque la CSE revisada comporte la enmienda

---

[112] CONSEIL DE L'EUROPE: *Droits de l'homme- Feuille d'information 27*, 1991, p. 99.

[113] Se tenían sobre la mesa, además, las propuestas de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por ejemplo, las contenidas en la ya referenciada Recomendación 1168 (1991), de 24 de septiembre de 1991.

[114] A 16 de octubre de 2002, la CSE revisada tiene 14 Estados Partes —entre ellos, 6 Estados Miembros de la Unión Europea, aunque no España— (CONSEIL DE L'EUROPE: *Traités Européennes*, disponible en: http://conventions.coe. int/Treaty/FR/Cadreprincipal.htm, 16/10/02).

[115] VANDAMME, F.: *op. cit.*, p. 723.

de disposiciones de la CSE y del Protocolo de 1988, así como la introducción de nuevos derechos económicos y sociales no contemplados con anterioridad, su adopción no responde a la técnica de los *tratados internacionales suplementarios*: no es ni un protocolo de enmienda de la CSE ni tampoco un protocolo adicional a la misma[116]; por el contrario, y como se desprende de su propio articulado, se trata de un tratado internacional autónomo pero complementario de la CSE: su artículo K permite a cualquier Estado Miembro del Consejo de Europa ratificarlo, aceptarlo o aprobarlo como formas de manifestación del consentimiento, con independencia de si eran Estados Partes de la CSE[117], sin perjuicio de que se realice una especial consideración de la situación de los Estados Partes de la CSE y de aquéllos que también lo son del Protocolo de 1988.

Los principios esenciales en esta materia, a partir de lo dispuesto en el artículo B) de la CSE revisada, son los siguientes:

—la no duplicidad de las obligaciones jurídicas internacionales: para el Estado que se convierte en Parte de la CSE revisada se dejarán de aplicar, a partir de la entrada en vigor de ésta, las disposiciones de la CSE y, en su caso, del Protocolo de 1988 —artículo B, 2 de la CSE revisada;

—la economía procedimental: de lo expuesto se infiere que se ha prescindido de mecanismos formales de articulación de esta abrogación[118]; y,

—la conservación de los estándares jurídicos internacionales previamente aceptados: ningún Estado Parte de la CSE o de la CSE y del Protocolo de 1988 puede aceptar, al prestar su consentimiento para ser Parte de la CSE revisada, un número de disposiciones menor a las que hubiera aceptado como Parte del CSE y del Protocolo de 1988, ya que ha de aceptar al menos las disposiciones de la CSE revisada correspondientes a las disposiciones que había aceptado conforme a la CSE y al Protocolo de 1988 —artículo B, 1 de la CSE revisada—.

La CSE revisada, dentro de estos parámetros, sigue idénticos planteamientos que la CSE en relación con la flexibilidad que otorga a los

---

[116] AUST, A.: *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 221.

[117] Ni Bulgaria, ni Eslovenia, Estonia, Lituania Moldavia, o Rumanía, que son Partes de la CSE revisada, llegaron a ser Estados Partes de la CSE.

[118] No se prevé la necesidad de denunciar la CSE o el Protocolo de 1988 (CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafo 10).

Estados en cuanto a la asunción de obligaciones jurídicas, conforme a su artículo A: la Parte I de la CSE revisada es igualmente un declaración de objetivos de política social; respecto a los derechos previstos en la Parte II, se deben aceptar como mínimo seis de los nueve artículos que se enumeran[119]; y, finalmente, se deben aceptar un número suplementario de artículos o párrafos numerados de la Parte II —hasta un número no inferior a dieciséis artículos o sesenta y tres párrafos numerados—.

Junto a ello, debe tenerse en cuenta que desde el prisma del contenido jurídico, la CSE revisada tiene como objetivo básico actualizar el sistema de la CSE, y lo hace: de una parte, revisando el contenido de las disposiciones incluidas en la CSE y el Protocolo de 1988; y, de otra parte, añadiendo nuevos derechos económicos y sociales.

De ahí que, dentro de la Parte II, los derechos previstos en los artículos 1 al 19 de la CSE revisada se correspondan, a pesar de las modificaciones de contenido introducidas, con los previstos en iguales artículos de la CSE; y que los derechos de los artículos 20 a 23 de la CSE revisada se correspondan con los de los artículos 1 a 4 del Protocolo de 1988; son los artículos 24 a 31 los que vienen a introducir nuevos derechos económicos y sociales[120].

Como indica Pettiti[121], hay que destacar que el sistema de control no es modificado: el mecanismo de presentación de informes de la CSE es extensible y aplicable a la CSE revisada —de hecho, se han habilitado ciclos de control específicos para la CSE revisada (artículo C de la CSE)—, así como resulta aplicable a la CSE revisada el mecanismo de reclamaciones colectivas para los Estados Partes que a su vez lo sean del Protocolo de 1995 —a tenor del artículo D, 1 de la CSE revisada—; aunque, por otro lado, se autoriza a los Estados que presenten el consentimiento para ser Partes de la CSE revisada o ya lo sean, pero que no lo sean del Protocolo de 1995, a aceptar la aplicación del mecanismo de reclamaciones mediante una declaración realizada en el momento de prestar el

---

[119] Artículo 1 (derecho al trabajo); artículo 5 (derechos sindicales), artículo 6 (derecho a la negociación colectiva); artículo 7 (derecho de los niños y adolescentes a la protección); artículo 12 (derecho a la seguridad social); artículo 13 (derecho a la asistencia social y médica); artículo 16 (derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica); artículo 19 (derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y la asistencia); y artículo 20 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin discriminación fundada en el sexo).

[120] Lo mismo sucede en la Parte I respecto a la declaración de objetivos de política social.

[121] Pettiti, Ch.: *op. cit.*, p. 6.

consentimiento o posteriormente. Tal vez, quepa en este sentido pensar que la CSE revisada podía haber servido para racionalizar el conjunto del sistema de control y, sobre todo, para incorporar todas las modificaciones introducidas sobre la base del Protocolo de 1991; no obstante, ante las reticencias de ciertos Estados Partes de la CSE, se optó por mantener una *actitud neutral*[122] ante el Protocolo de 1991, sin perjuicio de que la actual situación puede que no resulte satisfactoria desde el prisma de la seguridad jurídica y de la transparencia del sistema de control.

5.2. *La actualización de los derechos económicos y sociales planteada por la CSE revisada*

Es difícil realizar una evaluación completa de la actualización de los derechos económicos y sociales efectuada a través de la CSE; VANDAMME[123] apunta como grandes temas de la misma los siguientes: las condiciones de trabajo, la protección de la familia y de los jóvenes, la protección de los grupos vulnerables, las relaciones de trabajo, la seguridad social, y la no discriminación.

Lo que sí es importante reseñar es que en buena parte las aportaciones realizadas tienen como referente, de una parte, los Convenios y Recomendaciones de la OIT, y, de otra parte, el Derecho comunitario europeo —especialmente, el Derecho derivado—; de modo que «esa actualización, en su conjunto, no habría poderse llevado a cabo con tanta rapidez sin la acción normativa de la OIT y de la Unión Europea[124].

Los nuevos derechos económicos y sociales incluidos, son: i) el derecho a la protección en caso de despido (artículo 24) —sobre la base de dos principios: el derecho a no ser despedido sin motivos justificados y el derecho a una indemnización adecuada u otra forma de reparación en caso de despido injustificado—; ii) el derecho de los trabajadores a la protección de sus créditos en caso de insolvencia del empleador (artículo 25); iii) el derecho a la dignidad en el trabajo (artículo 26) —se hace referencia expresa al acoso sexual y, en cierta medida, a prácticas hostiles u ofensivas explícitas contra el trabajador—; iv) el derecho de los trabajadores que tengan responsabilidades familiares a la igualdad de oportunidades y de trato (artículo 27); v) el derecho de los representantes

---

[122] CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafo 131.
[123] VANDAMME, F.: *op. cit.*, pp. 732-740.
[124] *Ibid*, p. 743.

de los trabajadores a la protección en la empresa y a facilidades para ejercer sus funciones (artículo 28)—; vi) el derecho a la información y la consulta en los procedimientos de despido colectivo (artículo 29); vii) el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30); y viii) el derecho a la vivienda (artículo 31) —incluido el acceso a una vivienda de *nivel suficiente*—.

Hay que destacar la relevancia que se otorga a la no discriminación por razones de sexo[125], y en general a la prohibición de la discriminación, en la CSE revisada: no sólo porque el antiguo artículo 1 del Protocolo de 1988 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo), reconvertido en artículo 20 de la CSE revisada, se haya incluido como parte del *núcleo duro* de los derechos de la CSE —artículo A, 1, b) de la misma—, sino porque además se ha incluido una cláusula de no discriminación general en el artículo E de la Parte V de la CSE revisada —similar al artículo 14 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales—.

Desde el prisma de la actualización de las disposiciones ya previstas en la CSE y el Protocolo de 1988, hay que partir de la base que los artículos 1 a 4 del Protocolo de 1988 han sido incluidos sin modificación sensible, ya que lo único que se ha hecho es desplazar los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 1 (derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación fundada en el sexo), y los respectivos párrafos 2 de los artículos 2 (derecho a la información y la consulta) y 3 (derecho de tomar parte en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo y del medio de trabajo), al Anexo de la CSE revisada, sin que ello en principio afecte a las obligaciones jurídicas que puedan asumir los Estados[126].

En cuanto a la CSE, cabe decir, en primer término, que los artículos 1 (derecho al trabajo), 4 (derecho a una remuneración equitativa), 5 (derechos sindicales), 6 (derecho a la negociación colectiva), 9 (derecho a la orientación profesional), 13 (derecho a la asistencia médica y social), 14 (derecho a beneficiarse de los servicios sociales), y 18 (derecho al ejercicio de una actividad lucrativa en el territorio de otros Estados Partes), no han sido objeto de modificación alguna y han sido transcritos íntegramente en la CSE revisada.

Los cambios se han concentrado en los artículos siguientes, afectando incluso a su título en algunos supuestos: i) artículo 2 (derecho a

---

[125] PETTITI, Ch.: *op. cit.*, p. 14.

[126] CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafo 81.

las condiciones de trabajo equitativas); ii) artículo 3 (derecho a la seguridad e higiene en el trabajo); iii) artículo 7 (derechos de los niños y los adolescentes a la protección); iv) artículo 8 (derecho de las trabajadoras a la protección de la maternidad); v) artículo 10 (derecho a la formación profesional); vi) artículo 11 (derecho a la protección de la salud); vii) artículo 12 (derecho a la seguridad social); viii) artículo 15 (derecho de las personas física o mentalmente disminuidas a la autonomía, la integración social y a la participación en la vida de la comunidad); ix) artículo 16 (derecho de la familia a la protección social, jurídica y económica); x) artículo 17 (derecho de los niños y de los adolescentes a una protección social, jurídica y económica); y, xi) artículo 19 (derecho de los trabajadores migratorios y sus familias a la protección y asistencia).

A la vista de todo lo expuesto sobre la CSE revisada, no hay que dejar de reconocer el loable esfuerzo que ha implicado la búsqueda de actualizar un texto jurídico internacional como la CSE a la evolución de la política social así como de la reglamentación del trabajo y las relaciones laborales en un ámbito socio-cultural como el europeo donde las cuestiones sociales son un referente para la construcción de una democracia estable; en este sentido, la CSE revisada constituye, sin duda, un avance para la protección de los derechos sociales[127].

Sin embargo, ello no impide que se pongan de manifiesto ya algunos obstáculos que pueden obscurecer en el futuro la eficacia de la CSE revisada y el esfuerzo que ésta representa[128]:

—Primero, la relativa indiferencia de los Estados y de las sociedades europeas, no sólo ante las obligaciones jurídicas internacionales de la CSE revisada como tales, sino incluso hacia algunas de las situaciones objetivas que se pretenden erradicar; lo cierto es que, por ahora, los datos sobre la aceptación formal de la CSE revisada no son halagüeños precisamente: tras tres años de encontrarse en vigor son Estados Partes de la misma 14 de los 25 Estados Partes de la CSE, y de los 44 Estados Miembros del Consejo de Europa. Se impone, en este sentido, una mayor implicación de las organizaciones de empleadores y trabajadores, nacionales e internacionales, así como de las Organizaciones No Gubernamentales, en el ámbito de la sensibilización social.

—Segundo, la multiplicidad de instrumentos jurídicos internacionales, universales y regionales, cuyo objeto es la protección de los

---

[127] Pettiti, Ch.: *op. cit.*, p. 15.

[128] Grévisse, S.: *op. cit.*, p. 887.

derechos económicos y sociales, y la formulación de políticas sociales; de este modo, cabe destacar la importancia de la coexistencia e interrelación entre la CSE revisada y las normas jurídicas de la Comunidad Europea[129] —a priori no siempre asegurada—.

—Y, tercero, la evidencia de la crisis, más o menos acentuada, que atraviesa el modelo social europeo —que en cierta medida representa la CSE revisada, frente a las exigencias de un proceso de mundialización que, lejos de ser *per se* negativo para el desarrollo del Estado social al que se venía aspirando, es gobernado y dirigido desde paradigmas ideológicos neoliberales que pretenden eliminar los principales avances en materia social alcanzados.

Todos estos obstáculos, sobre todo el segundo y el tercero, deben contextualizarse especialmente en el entendimiento de la relevancia adquirida por la CSE revisada para la evolución de las directrices sociales de la Comunidad Europea[130] —de especial significación en el marco del proceso de integración que dibuja la Unión Europea—, y, también, ante la perspectiva de la posible próxima ampliación de la Unión Europea[131].

Sobre esta base, hay que partir de la recíproca importancia que adquieren el sistema de la CSE y el ordenamiento jurídico comunitario: por un lado, el vigente artículo 136 del Tratado de la Comunidad Europea —redactado conforme al Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997— establece que para desarrollar los objetivos de la política social que describe se tendrán que tener presentes los «derechos sociales fundamentales como los que se indican en la Carta Social Europea»[132]; y, por otro lado, el reconocimiento en las disposiciones de la CSE revisada del influjo de determinados actos normativos comunitarios —en particular, de algunas Directivas[133]—.

---

[129] Como señala GRÉVISSE, parece que los autores de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989, ignorasen, consciente o inconscientemente, la existencia de la CSE (*ibid*).

[130] RENUCCI, J.-F.: *Droit européenne des droits de l`homme.* LGDJ, Paris, 1999, p. 311.

[131] Téngase en cuenta que de la CSE revisada son Partes 6 Estados Miembros de la Unión Europea, mientras que otros 6 Estados Partes de la CSE son candidatos firmes a integrarse en un período no muy lejano en la Unión Europea; por otro lado, los 9 restantes Miembros de la Unión Europea lo siguen siendo de la CSE.

[132] Aun cuando esta referencia se hace al texto adoptado en 1961 —no se menciona ni el Protocolo de 1988 ni la CSE revisada, que ya había sido adoptada pero no se encontraba todavía en vigor en el momento de la celebración del Tratado de Amsterdam—; sin perjuicio de ello, nada impide que esa referencia pueda entenderse en sentido extensivo.

[133] CONSEIL DE L'EUROPE: *Charte… Rapport explicatif*, *op. cit.*, párrafos 26, 41, 49, 91 y 109.

La cuestión final a plantear es si esta interrelación lleva a un desarrollo armónico que haga compatible la evolución de la política social comunitaria con las exigencias planteadas por la CSE revisada —no sólo influidas, como ya se ha dicho, por la acción normativa comunitaria sino también por los estándares jurídicos laborales que en el ámbito universal adopta la OIT—.

A este respecto, hay que tener presente: primero, que, aunque no deba infravalorarse, la referencia a la CSE en el Tratado de la Comunidad Europea no deja de desvelar una incidencia jurídica indirecta sobre la determinación de la política social comunitaria[134]; y, segundo, la constatación de la lentitud y fragmentación del progreso en la construcción de la política social comunitaria, ante las dificultades de armonización de tradiciones nacionales distintas y el debate sobre la compatibilidad entre una política social ambiciosa y la economía de mercado en plena aceleración de la mundialización[135]. Con lo cual, es preciso plantearse si la subordinación de la política social comunitaria a los fines económicos y monetarios va a permitir que la política social se desarrolle de modo integral y si ello va a permitir una acción normativa que permita hacer plenamente efectivos los derechos económicos y sociales previstos en la CSE revisada[136].

6. **Consideraciones finales.**

A modo de epílogo, todo lo expuesto permite subrayar los siguientes aspectos con carácter de consideraciones finales:

1. La elaboración de la CSE debe ser enmarcada dentro de la voluntad inicial del Consejo de Europa de querer dotar al conjunto de los Estados miembros de una política social común que les vinculara en el respeto de determinadas obligaciones dirigidas a regular la organización de la vida económica y social europea. En rigor, ya desde sus orígenes, la CSE pretendió, por un lado, esbozar las líneas directivas de una política social de carácter

---

[134] SCIARRA, S.: «From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy». *European University Institute Working Papers*, Law 98/9, 1998, pp. 38-39.

[135] DUBOIS, L. et BLUMANN, C.: *Droit matériel de l'Union européenne*. 2e. édition, Montchrestien, Paris, 2001, p. 106.

[136] BLANPAIN, R.: *European Labour Law*. Seventh revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2001, p. 24.

dinámico y progresivo y, por otro lado, servir para moderar y coordinar las políticas sociales de los Estados miembros del Consejo de Europa.

2. Este instrumento jurídico de ámbito regional europeo relativo a los derechos sociales se caracteriza: por constituir un proceso constate de evolución normativa; por comportar, en cuanto al enunciado de los derechos reconocidos, un dinamismo intrínseco que puede ser analizado como un condicionante para que los Estados sólo acepten compromisos de alcance limitado o, por el contrario, como un factor que favorece una aproximación evolutiva e interdependiente de sus disposiciones; y, por la posibilidad que tienen los Estados de elegir «a la carta» las disposiciones por las que quieren sentirse vinculados, generándose, de esta forma, una pluralidad de regímenes jurídicos en su mismo seno.
3. El sistema de control de la CSE, basado en un mecanismo de presentación de informes y de un mecanismo cuasi-contencioso, resulta útil para el conocimiento de las deficiencias de las políticas sociales de los Estados Partes, desde el prisma de las obligaciones jurídicas aceptadas por cada uno de ellos; por consiguiente, en este sentido, hay que reconocer, a pesar de sus posibles defectos, su contribución a la creación de un espacio social europeo común —destacando, desde el prisma jurídico, la aportación del CDES—; sin embargo, posiblemente se ha perdido la oportunidad con el mecanismo de reclamaciones colectivas de propiciar un avance significativo en la justiciabilidad de los derechos económicos y sociales —aun cuando se partiese de la imposibilidad de presentar reclamaciones por parte de los individuos—, ante la restrictividad aparente del objeto posible de las reclamaciones.
4. La CSE revisada es el resultado de un necesario esfuerzo por revisar el contenido material de ese espacio social europeo, de ahí que no pueda tenerse más que como positiva su adopción y entrada en vigor; aun así, es evidente que la efectividad de la CSE revisada, que potencia la implicación social de las políticas estatales, puede cuestionarse en el marco de políticas nacionales que responden a los dictados de tendencias desreguladoras en el ámbito laboral y restrictivas en lo social —al dictado de las no tan ineludibles exigencias de la adaptación a la creciente integración económica mundial—, así como las limitaciones que apunta la política social emprendida en el marco de la integración europea.

El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura

Yolanda Román

Sumario: Introducción. 1. El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura: génesis y características principales: 1) Prevención, cooperación y confidencialidad: un nuevo enfoque de la protección contra la tortura. 2) El CPT: composición y funciones. 2. Grado de protección y alcance del Convenio: la autonomía de criterios de apreciación: 1) La interpretación de la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2) Los criterios de apreciación del CPT.

Introducción

Es difícil imaginar una negación tan directa y brutal de la dignidad humana y, sin embargo, a lo largo de la Historia, la tortura y los castigos corporales han sido una práctica común de la mayoría de las civilizaciones[1].

En Europa, la tortura fue admitida y practicada durante siglos como un método legal para la obtención de confesiones y para el establecimiento de la prueba en el proceso criminal, así como para el castigo de los condenados. Su uso se generalizó durante la Edad Media y hasta el siglo XVIII, cuando las ideas humanistas se expandieron por el Continente, gracias a un contexto económico y cultural propicio, y pensadores ilustres de la época como Montesquieu, Voltaire y, sobre todo, Beccaria[2] reclamaron la humanización de la Justicia, una reforma profunda de la legislación penal y la prohibición de la tortura.

A finales del siglo XIX, la tortura fue abolida en la gran mayoría de los Estados europeos, y ello se celebró como una conquista de la razón sobre la barbarie, la arbitrariedad y la crueldad.

---

[1] Fue conocida en la Antigüedad Griega (*basanos*) y durante el Imperio Romano (*quaestio*), y su uso se generalizó durante la Edad Media. Para una rápida aproximación histórica recomendamos MORGAN, R. y EVANS, M.: *Preventing torture: A study of the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Clarendon Press, Oxford 1998, (capítulo I), y TOMÁS Y VALIENTE, F.: *La tortura en España*, Ariel, Barcelona, 1994.

[2] Su contundente librito *Dei delitti et delle pene*, publicado por primera vez en Livorno, en 1764, fue un auténtico acontecimiento doctrinal. En edición española, BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

Desgraciadamente, a pesar de su desaparición de los textos legales, la práctica de la tortura ha perdurado, en tanto que fenómeno antijurídico, como una enfermedad crónica y una amenaza constante de nuestras sociedades modernas[3]. Además, los métodos utilizados para coaccionar, atemorizar o castigar criminales, prisioneros o sospechosos[4] se han ido sofisticando con el tiempo, de tal manera que, en ocasiones, las consecuencias de los mismos son imposibles de apreciar inmediatamente o a simple vista. Nos referimos a la tortura psicológica, evidentemente, pero también a una gran variedad de técnicas de desorientación y desestabilización, que afectan a la integridad física y psíquica de las personas sin dejar huellas evidentes, como las alteraciones constantes del régimen alimenticio, los cambios bruscos de temperatura, la falta de iluminación, el aislamiento prolongado, la insonorización o el exceso de ruido, entre otras.

Por estas razones, en el marco del proceso de internacionalización de los derechos humanos que ha conocido el siglo XX, ha quedado de manifiesto la necesidad de reiterar y actualizar el principio de que nadie puede ser sometido a tratos que atenten contra su integridad física o psíquica, ya se trate de torturas en su forma clásica o de cualquier otro trato cruel, inhumano o degradante contrario al respeto debido a la dignidad humana.

El artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclama de manera solemne que

> «nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes».

Otros textos posteriores de Derecho internacional contienen disposiciones similares. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 7), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5.2), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 5) y, por

---

[3] CASSESE, A.: *Inhuman States: Imprisonment, Detention and Torture in Europe Today*, Polity Press, Cambridge, 1996. Así lo confirman, también, los Informes Anuales de Amnistía Internacional y los Informes del Relator Especial de Naciones Unidas.

[4] En sentido estricto, las nociones de tortura y penas y tratos inhumanos o degradantes, tal y como han sido delimitadas conceptualmente por los textos y la jurisprudencia internacionales, están cualificadas por el sujeto activo, esto es, implican la participación del Estado o de agentes estatales, como funcionarios de policía o de prisiones, actuando en nombre de una autoridad pública o con el consentimiento de ésta. Los sufrimientos infligidos por particulares o la violencia doméstica, aunque igualmente execrables, responden a otra problemática y reciben un tratamiento distinto tanto en Derecho Internacional como en las legislaciones nacionales.

supuesto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 3)[5], entre otros, recogen la misma prohibición, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 5 de la Declaración de 1948[6].

En la actualidad, la prohibición de la tortura está considerada como una norma imperativa de Derecho internacional consuetudinario, esto es, como una norma vinculante para todos los Estados de la comunidad internacional[7]. Es, además, una de las pocas prohibiciones de carácter absoluto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, para hacerla efectiva, se han ido creado mecanismos específicos de protección en el plano internacional, tanto de carácter universal como regional[8].

Así, en el marco de Naciones Unidas se adoptó, en 1984, la Convención contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta Convención establece una serie de medidas que los Estados deben respetar para garantizar la prohibición de la tortura. Dispone la creación de un órgano de control, el *Comité contra la tortura,* encargado de supervisar que los Estados partes respeten las obligaciones asumidas en esta materia, examinando los informes periódicos presentados por aquéllos, tomando decisiones sobre comunicaciones de particulares y efectuando, en casos excepcionales, investigaciones para determinar la existencia de violaciones sistemáticas de la prohibición de la tortura en un país determinado[9].

---

[5] El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. La Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en el marco de la OEA el 22 de noviembre de 1969. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en el marco de la OUA el 27 junio 1981. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

[6] También en la Carta Arabe de los Derechos Humanos (art. 13), adoptada el 15 de septiembre de 1994, o en el Convenio sobre los derechos del niño (art. 37), de 20 de noviembre de 1989. Asimismo, en numerosos textos internacionales destinados a proteger determinados grupos sociales (retrasados mentales, impedidos, etc.) o prohibir ciertas violaciones de los derechos humanos (genocidio, discriminación racial, etc.).

[7] González González, R.: *El control internacional de la prohibición de la tortura y otros tratos o penas inhumanos o degradantes*, Universidad de Granada, 1998, p. 48. Véase también Pastor Ridruejo, J.A.: «La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el «ius cogens» internacional», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Tecnos, 1979, p. 581-590, y Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary International Law*, Clarendon Press, 1989, p. 94.

[8] Para un estudio en profundidad sobre la protección internacional contra la tortura, González González, R.: *El control internacional de la prohibición de la tortura… op. cit*.

[9] Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Res. 39/46 de 10 de diciembre de 1984.

También en el contexto de Naciones Unidas, destaca la existencia del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la cuestión de la tortura. La creación de estos dos mecanismos es una muestra de los esfuerzos realizados para reforzar la protección contra la tortura en el ámbito universal. Sin embargo, su alcance es limitado, entre otras razones, porque se trata de mecanismos de supervisión *ex post facto*[10].

Podemos afirmar que ha sido en el seno del Consejo de Europa donde se ha establecido el sistema de protección contra la tortura más avanzado, innovador y eficaz. Además de la protección judicial que asegura el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyo artículo 3 recoge la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes, en 1987 se adoptó el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura (CEPT).

Este Convenio dispone la creación de un comité de expertos, el *Comité Europeo para la Prevención de la Tortura* (CPT)[11], al que reviste de poderes notables, e instaura un sistema de visitas sin precedentes. La creación y funcionamiento de este original mecanismo de protección, basado en la prevención (y no en la reparación a posteriori que caracteriza a los sistemas de carácter contencioso) y en la cooperación y el diálogo constructivo con los gobiernos, ha supuesto un avance indiscutible, aunque relativamente poco conocido, en la protección internacional de los derechos humanos.

Aparentemente simple en su concepción y planteamiento, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura presenta cierta complejidad. Esta complejidad reside en que siendo el Convenio un texto jurídico de Derecho Internacional, que impone, por tanto, obligaciones jurídicas a los Estados signatarios del mismo, su aplicación efectiva y el trabajo de su Comité se traducen en la práctica en un sutil ejercicio de carácter *diplomático,* determinado por los principios de colaboración y confidencialidad.

Por otra parte, el Convenio omite todo intento de definición o conceptuación de los términos tortura, trato inhumano y trato degradante, lo cual concede al CPT un margen de apreciación flexible y extensivo en este terreno. El resultado es un conjunto de *standards* o criterios, desarrollados por el CPT tras más de una década de actividad que, sin

---

[10] Véase, por ejemplo, INGELSE, C.: «The Committee Against Torture: One Step Forward, One Step Back», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 18/3, 2000.

[11] En lo sucesivo, por el Convenio y el Comité, deberá entenderse, respectivamente, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura.

ser auténticas normas jurídicas, son consideradas como importantes *reglas* de referencia en la materia.

En estos dos aspectos se funda, sin duda, el éxito del Convenio y de la actividad de su Comité.

Para un buen entendimiento de este innovador mecanismo, se requiere, en primer lugar, un análisis del texto del Convenio, lo que abordaremos en una primera parte (1), para desvelar los principios que la animan y sus características principales, así como la composición, funciones y poderes del CPT. Por otra parte, es indispensable un análisis, siquiera parcial, de los *standards* utilizados por el Comité (2), que nos permitirá valorar en su justa medida el alcance de la protección acordada y, en último término, la eficacia real de este original mecanismo del Consejo de Europa.

Al mismo tiempo, iremos señalando las deficiencias o disfunciones del sistema y apuntaremos algunas perspectivas de futuro en materia de protección contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Porque no hay que olvidar que por mucho que se avance en el respeto de los derechos humanos, ninguna conquista es definitiva en este terreno y, por ello, los mecanismos de protección existentes deben ser constantemente evaluados y mejorados.

1. El Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura: génesis y características principales

El artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es el único de sus artículos que ha sido reforzado mediante la adopción de un mecanismo de protección complementario: el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura, de 26 de junio de 1987.

Entró en vigor el 1 de febrero de 1989, creando un control internacional no judicial y de carácter preventivo de los lugares de detención, retención e internamiento sometidos a la jurisdicción de los Estados partes. Basado en un sistema de visitas prácticamente incondicionado, el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura inaugura un «auténtico derecho de ingerencia en el plano europeo»[12].

El texto del Convenio es breve y sencillo, y se compone de un preámbulo, 23 artículos y un anexo en el que se especifican los privilegios e

---

[12] FOURTEAU, H.: *L'application de l'article 3 de la CEDH dans le Droit interne des Etats membres. L'impact des garanties européennes contre la torture et les traitements inhumains et dégradants*, L.G.D.J., 1996.

inmunidades de los que gozan los miembros del Comité. Ha sido completado por un Informe Explicativo[13] y dos Protocolos adicionales, el primero de los cuales abre el Convenio a otros países no miembros del Consejo de Europa y el segundo introduce modificaciones técnicas destinadas a asegurar una cierta continuidad en la composición del Comité[14].

En el origen del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura se encuentra la firme voluntad de un hombre, Jean-Jacques Gautier, fundador del Comité suizo contra la tortura, quien en 1976, inspirándose en la actividad del Comité Internacional de la Cruz Roja, propone la creación de una convención que estableciera un sistema universal de visitas de los lugares de detención e internamiento, con un campo de aplicación extenso y sin las restricciones que conocía aquella organización[15].

En un principio, la propuesta de Jean-Jacques Gautier adoptó la forma de protocolo facultativo a lo que todavía era el proyecto de Convención contra la Tortura de Naciones Unidas. El texto, presentado por Costa Rica ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1980, no se concretó ni pudo prosperar[16].

Sería en el seno del Consejo de Europa donde la propuesta de Gautier iba a hacerse eco. Tras varias iniciativas en este sentido, en 1983 la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa adopta una recomendación relativa a la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura, en la que se invita al Comité de Ministros a aprobar una convención específica en esta materia. Tras cuatro años de intensas discusiones intergubernamentales, fue aprobado el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura.

---

[13] Texto de gran utilidad que complementa el Convenio, ofreciendo una interpretación artículo por artículo del mismo: CPT/Inf/C (89) 1.

[14] Todos estos textos, así como los Informes publicados hasta el momento, están disponibles en la página web del Comité: www.cpt.coe.int

[15] Efectivamente, el control efectuado desde hace ya más de un siglo por el Comité Internacional de la Cruz Roja, encargado de velar por el respeto de las Convenciones de Ginebra en casos de conflicto internacional o de crisis internas graves, es también un control de inspección no contencioso e independiente. Sin embargo, su capacidad de actuación es muy limitada y el control que ejerce es considerablemente menos ambicioso y desarrollado que el llevado a cabo por el CPT.

[16] Un grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha trabajado desde 1992 en la elaboración de un proyecto de Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, con el fin de crear un subcomité cuyo modelo es el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura. El Protocolo, tras ser aprobado por la Comisión de Derechos Humanos y por el Consejo Económico y Social, fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2002, con los votos en contra de Estados Unidos, Nigeria, Islas Marshall y Palao. Ver al respecto el estudio de Fernando Mariño en este mismo volumen.

El CEPT tuvo una aceptación excepcional y, en 1989, quince Estados lo habían ratificado. En la actualidad, se han adherido al Convenio 44 Estados miembros del Consejo de Europa[17], lo que se considera un éxito considerable, sobre todo teniendo en cuenta las condiciones tan exigentes que impone a los Estados signatarios, en un terreno políticamente sensible.

1.1. *Prevención, cooperación y confidencialidad: un nuevo enfoque de la protección contra la tortura*

El artículo 1 del Convenio establece de manera general que

> «se crea un Comité europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (…). Por medio de visitas, este Comité examinará el trato dado a las personas privadas de libertad para reforzar, llegado el caso, su protección contra la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes».

Los esfuerzos del Consejo de Europa en su labor de protección de los derechos humanos han privilegiado, en los últimos años, la vía de la prevención. Así, el primer y claro objetivo del CEPT es prevenir la tortura y los malos tratos prohibidos por el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los lugares en los que tradicionalmente más se comete este tipo de abusos[18], aquéllos donde las personas se encuentran privadas de libertad y son, por ello, más vulnerables a sufrir ataques graves contra su dignidad[19].

La tarea del CPT consiste en luchar contra las causas de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, en identificar las condiciones y situaciones poco compatibles con el respeto de la dignidad humana o aquéllas susceptibles de favorecer, de alguna manera, cualquier práctica contraria al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[20].

El mecanismo creado por el Consejo de Europa no se propone descubrir violaciones efectivas de la prohibición de la tortura, ni tampoco

---

[17] El último Estado en adherirse al Convenio ha sido Bosnia y Herzegovina, el 12 de julio de 2002.

[18] Nowak, M.: «On the Prevention of Torture», en Duner Bertil (Ed.): *An End to Torture: Strategies for its Erradication,* Zed Books, 1998, p. 248.

[19] Sobre el principio de la dignidad humana, recomendamos el interesantísimo estudio de B. Maurer: *Le principe de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, La Documentation Française, Paris, 1999.

[20] 1.er Informe General, párr. 45, CPT/Inf (91) 3.

desarrolla una labor de denuncia y condena de los Estados. Por el contrario, pretende evitar que esas violaciones lleguen a producirse o se repitan en el futuro, tratando de establecer las causas de las mismas y de detectar las situaciones que las favorecen, proponiendo las reformas concretas que considere necesarias y colaborando con el Estado interesado.

Es decir, el objetivo fundamental del Convenio y del trabajo de su Comité es la prevención, y su prioridad estratégica, la cooperación constructiva con los Estados.

En efecto, los Estados partes se comprometen a permitir al Comité, siempre que éste lo considere oportuno, la entrada sin restricciones en cualquier lugar de su territorio, sometido a su jurisdicción, donde se encuentren personas privadas de libertad por decisión de una autoridad pública (artículo 3). El CPT tiene derecho a entrevistarse sin testigos con tantas personas privadas de libertad como considere necesario, así como con cualquier otra persona susceptible de proporcionarle informaciones útiles para el cumplimiento de sus objetivos.

Además, los Estados aceptan la obligación de cooperar con el Comité, proporcionando al mismo toda la información necesaria y útil sobre los lugares donde se encuentren personas privadas de libertad. En concreto, los Estados deben asegurar al Comité ciertas facilidades que le permitan llevar a cabo su tarea, como el acceso a su territorio y el derecho a desplazarse libremente por él, sin restricciones de ningún tipo (artículo 8)[21].

Se manifiesta de esta manera el principio de colaboración, uno de los dos pilares, junto con el principio de confidencialidad, sobre los que reposa todo el sistema.

La contrapartida de la colaboración es la confidencialidad (artículo 11). La confidencialidad es la condición *sine quae non* de la colaboración y de la confianza entre los Estados miembros y el Comité. Por esta razón, el procedimiento del Comité es confidencial y las informaciones por él obtenidas tan sólo se comunican a las autoridades del Estado interesado y a nadie más, ni tan siquiera a otros órganos del Consejo de Europa encargados de proteger los derechos humanos. Es fácil entender que ésta fuese una condición indispensable para que los Estados aceptaran las exigentes obligaciones que impone el CEPT.

---

[21] Por ejemplo, la exigencia de visados a miembros del Comité o a cualquier otra persona que forme parte de la delegación encargada de efectuar una visita, se considera una medida restrictiva que obstaculiza la entrada del Comité en un territorio. Ver CPT/Inf (93) 10, *Questions relatives á l'interpretation de la Convention Européenne pour la Prevention de la Torture…,* en el que se da cuenta de la discusión jurídica generada en torno a esta cuestión.

También es fácil adivinar que éste haya sido uno de los aspectos más criticados del trabajo del CPT, ya que se ha querido asimilar confidencialidad y falta de transparencia o secretismo. Pensamos, sin embargo, que en el principio de confidencialidad reposa, todavía, gran parte del éxito del CPT. La única desventaja que encontramos a la confidencialidad con la que actúa es que ésta le ha convertido en un gran desconocido de la opinión pública y de los medios de comunicación, que rara vez se hacen eco de los logros o dificultades del trabajo del CPT.

En cualquier caso, el principio de confidencialidad no es absoluto y no puede entenderse con independencia del principio de colaboración. En efecto, el Convenio prevé una importante excepción al principio de confidencialidad, que adopta la forma de una sanción. Esto es, en el caso de que un Estado se resista a cooperar con el Comité o se niegue a tomar las medidas necesarias que sugieren las recomendaciones elaboradas por éste, la regla de la confidencialidad puede dejar de aplicarse, y el CPT puede decidir, por mayoría de dos tercios de sus miembros, hacer una declaración pública contra ese Estado. Es la sanción de la declaración pública prevista en el artículo 10.2 del Convenio[22]:

> «Si la Parte no coopera o se niega a mejorar la situación a la vista de las recomendaciones del Comité, éste podrá, por mayoría de dos tercios de sus miembros y después de que la Parte haya tenido la posibilidad de dar explicaciones, hacer una declaración pública al respecto».

Por otra parte, los Estados pueden dar su consentimiento para la publicación de los informes con las recomendaciones del Comité, así como sus propios informes con las respuestas y reacciones correspondientes (artículo 11.2). Esto es lo que ocurre en la práctica en la mayoría de los casos, permitiéndonos valorar la eficacia del trabajo del Comité y la voluntad de los Estados de colaborar con éste[23].

En definitiva, si la confidencialidad es la regla básica, y por lo tanto puede ser invocada en todo momento, la publicidad puede ser utilizada como una sanción contra el Estado que se niega a cooperar o como una especie de recompensa al Estado «aplicado», que puede así dar a

---

[22] Esta medida ha sido adoptada en dos ocasiones contra Turquía, en 1992 y 1996. Documentos CPT/Inf (93) 1 y CPT/Inf (96) 34.

[23] Hasta la fecha, el CPT ha efectuado 142 visitas, de las cuales 95 periódicas, y 98 Informes han sido publicados. El tiempo que transcurre entre la visita del Comité y la publicación de los correspondientes Informes es, por regla general, de dos años.

conocer su buen comportamiento o su voluntad de reforzar la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y los malos tratos.

Confidencialidad y publicidad se combinan de esta manera, creando un sutil equilibrio que asegura el buen funcionamiento del sistema.

1.2. *El CPT: composición y funciones*

El CPT está compuesto por expertos independientes e imparciales. Son elegidos por mayoría absoluta por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, a partir de una lista de nombres compuesta por los candidatos presentados por las delegaciones nacionales de la Asamblea Consultiva (artículo 5). El Comité tiene un miembro por cada Estado adherido al Convenio; sin embargo, los miembros lo son a título individual y no representan al Estado que los propone.

Sin duda, el elevado número de miembros del Comité plantea en la actualidad serios problemas de funcionamiento y presupuesto, que limitan su eficacia y las posibilidades que ofrece el Convenio. Nos parece que el capítulo de la composición del CPT, en lo que se refiere al número de miembros, aunque inspirado en el artículo 20 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[24], es poco acertado, y nos atrevemos a augurar una revisión de este punto en un futuro próximo.

El artículo 4 estipula que los miembros del Comité deben ser

> «(…) elegidos entre personalidades de elevada moralidad, conocidas por su competencia en materia de derechos humanos o que cuenten con experiencia profesional en los campos que abarca el presente Convenio».

Se ha insistido mucho en la necesidad de que el Comité tenga una composición multidisciplinar, por las cualificaciones de sus miembros, y plural, en cuanto a las tendencias políticas de los mismos, como una garantía de la imparcialidad y la independencia exigidas. Por ello, los miembros del CPT provienen de diversos campos profesionales, como la Medicina, la Sociología, el Derecho, la Administración Penitenciaria o la Psicología, entre otros.

En el Informe Explicativo del Convenio se especifica que los miembros del CPT «no han de ser necesariamente juristas»[25] y se considera

---

[24] Este artículo establece que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se compone de un número de jueces igual al número de Estados partes.

[25] Informe Explicativo, párr. 36.

deseable que entre ellos figuren personas con experiencia relevante en materia de Administración Penitenciaria y de Medicina, ya que esto facilitará la formulación de recomendaciones concretas por parte del Comité.

La profesionalidad de los miembros del Comité es de gran importancia, habida cuenta de la dificultad inherente a la actividad por él desarrollada[26].

Los miembros del CPT son elegidos por cuatro años y pueden ser reelegidos una sola vez[27]. El Comité se reúne normalmente a puerta cerrada y sus decisiones se toman por mayoría de los miembros presentes, salvo lo dispuesto en el artículo 10.2, al que ya nos hemos referido, en relación con la declaración pública. El Comité establece su Reglamento interno y dispone de un Secretariado permanente que se encuentra en Estrasburgo (artículo 6).

El CPT organiza libremente el régimen de visitas en el que se basa todo el sistema. Además de las visitas periódicas u ordinarias, el Comité puede efectuar cualquier otra visita que le parezca exigida por las circunstancias (artículo 7). En su Reglamento interno[28], el CPT prevé y distingue tres tipos de visitas, a saber, las visitas periódicas, las visitas *ad hoc* y las visitas de seguimiento.

Las visitas periódicas son las visitas que se organizan con más o menos regularidad en todos los Estados partes. Previstas de manera general en el Convenio, son las visitas básicas mediante las cuales se lleva a cabo la labor de prevención[29]. Las visitas *ad hoc* se producen motivadas por alegaciones serias y verosímiles de la existencia de abusos en algún país y contexto determinados. Por último, las visitas de seguimiento permiten al Comité comprobar cómo evoluciona una situación concreta y de qué manera algunas de sus recomendaciones se llevan a la práctica y surten efecto.

En relación con las visitas *ad hoc*, el Informe Explicativo especifica que el Comité goza de un poder discrecional para apreciar la necesidad

---

[26] Sobre este punto ver LEUPRECHT, P. y LABARHTE, J-F.: «La mise en ouvre de la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, vol. 2, 1990.

[27] Con la entrada en vigor del Protocolo adicional n.º 2 los miembros del Comité podrán ser reelegidos dos veces.

[28] CPT/Inf/C (89) 3 rev.1 (1997).

[29] MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners. The Standars of the European Committee for the Prevention of Torture in Context*, Oxford University Press, 1999, p. 15. Estos autores lamentan que el creciente número de Estados adheridos al Convenio haga imposible la aspiración original del Comité de llevar a cabo visitas periódicas en todos los países cada dos años. El ciclo normal es de cuatro años en la actualidad.

de llevar a cabo una visita de este tipo. En este sentido, como su tarea no consiste en la instrucción de demandas individuales, el Comité es libre de considerar cualquier información que le sea remitida por un particular o grupo de particulares (organizaciones no gubernamentales, por ejemplo) y de decidir, en virtud de esas informaciones, la necesidad de una visita específica o *ad hoc*.

La delegación del Comité encargada de realizar una visita a un país se compone, por regla general, y de acuerdo con lo que dispone el artículo 7, de al menos dos miembros del mismo. Excepcionalmente, el Comité puede estar representado por uno solo de sus miembros, por ejemplo durante una visita *ad hoc* de carácter urgente. El Convenio establece, además, que la delegación del Comité puede ser asistida en sus tareas de visita e inspección por un número indeterminado de expertos e intérpretes de su elección. El artículo 14 añade, en este sentido, que el nombre de las personas que asistirán al Comité se indicará en la notificación que precede a la visita y que, excepcionalmente, un Estado puede oponerse a la participación de un experto en la visita del Comité, por ejemplo cuando considere que dicha persona no reúne las condiciones de imparcialidad e independencia exigidas. Esta excepción se concreta y clarifica en el Informe Explicativo (párrafos 83, 84, y 85)[30].

También en esta línea, el Reglamento interno del Comité ha impuesto que el miembro del Comité de la nacionalidad del país que va ser objeto de una visita no forme parte de la delegación encargada de efectuarla, lo que nos parece una acertada garantía de imparcialidad[31].

Como se ha apuntado más arriba, la visita del CPT está necesariamente precedida por la notificación de la misma a las autoridades pertinentes del Estado que se pretenda visitar. Esta exigencia la recoge el artículo 8, que dispone que el Comité debe notificar al Gobierno interesado su intención de efectuar una visita sobre su territorio. Una vez que se produzca esa notificación, el Comité puede llevar a cabo, en cualquier momento, las visitas que le corresponde efectuar en virtud de las disposiciones del Convenio (esto es, recordémoslo, la visita de los

---

[30] En el Informe explicativo se aclara que este derecho debe ejercerse de forma excepcional, de manera que el Estado tan sólo podrá negarse a la presencia de un experto, o de cualquier otro profesional que asista al Comité, cuando tal persona haya mostrado manifiestamente una actitud negativa hacia ese Estado, haciendo declaraciones públicas o comentarios políticos de cierta índole, o cuando no haya respetado, en el pasado, la regla de la confidencialidad. Por lo que sabemos, sin embargo, este tipo de situaciones no suelen producirse.

[31] Reglamento interno, art. 37, párr. 2 (añadido por el Comité en 1990).

lugares donde se encuentren personas privadas de libertad por decisión de una autoridad pública).

En relación con la notificación previa, es fundamental resaltar dos aspectos: por una parte, la notificación no requiere una consecuente aceptación o el consentimiento del Estado parte para que la visita pueda llevarse a cabo. Es, en este sentido, una exigencia de carácter formal. Por otra parte, el Convenio no especifica ningún plazo para la presentación de la notificación. Esto es, la notificación previa es necesaria para la entrada del Comité en el territorio de un Estado miembro, pero puede producirse unos días o incluso unas horas antes de que dé comienzo la visita.

En la práctica, sin embargo, y de acuerdo con el espíritu de colaboración propio del Convenio, a finales de cada año, el Comité anuncia una lista de países que pretende visitar a lo largo del siguiente año, y la notificación concreta se realiza, como norma general, dos semanas antes de la fecha prevista para llevar a cabo la visita.

Una vez hecha la notificación, el Comité puede dar comienzo a su visita a un Estado parte. Como ya hemos señalado, el CPT puede visitar, sin restricciones, cualquier lugar, sometido a la jurisdicción de ese Estado, donde se encuentren (o se sospeche de manera fundada que pueden encontrarse) personas privadas de libertad por decisión de una autoridad pública.

Es el momento de precisar qué se entiende, a estos efectos, por privación de libertad y hasta dónde abarca la capacidad de inspección del Comité.

El párrafo 24 del Informe Explicativo determina que la noción de privación de libertad

> «se entenderá en el sentido del artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia de la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos»,

sin que afecte a la competencia del Comité la distinción entre privación de libertad «regular» o «irregular»[32].

---

[32] Esta indicación no siempre ha sido observada por el CPT, que consideró que entraba dentro de su mandato la inspección de las zonas de tránsito de los aeropuertos donde se encuentran personas extranjeras a las que no se les permite la entrada al país, por considerar que éstas se encuentran privadas de libertad, sin que existiese ninguna jurisprudencia sobre este punto. La cuestión generó cierta polémica, hasta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre un caso de estas características y lo hizo en el sentido defendido por el CPT, Sentencia de 25 de junio de 1996, *caso Amuur c. Francia.* Véase al respecto MURDOCH, J.: «CPT Standards and the Council of Europe», en MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.,* p. 112.

Además de los establecimientos penitenciarios, el Comité puede visitar cualquier comisaría o establecimiento policial, cualquier centro de retención administrativa de solicitantes de asilo u otra categoría de extranjeros, los hospitales psiquiátricos o los centros de menores. En definitiva, cualquier lugar donde se encuentren personas detenidas, ingresadas o retenidas por decisión de una autoridad pública, tenga ésta carácter judicial o administrativo, y tanto si es firme como si se trata de una medida temporal. También se aplica a las detenciones ejercidas por las autoridades militares.

Pueden ser objeto de la visita del Comité establecimientos privados, por ejemplo hospitales psiquiátricos, siempre que se encuentren en ellos personas internadas por decisión de una autoridad pública, y no por decisión propia o de forma voluntaria.

En cualquiera de estos lugares, el CPT puede moverse con toda libertad, así como entrevistarse, sin testigos, con las personas que considere útil y necesario. Estas pueden ser, además de las personas privadas de libertad y de los funcionarios encargados de custodiarlas, familiares, abogados y médicos o enfermeras que hayan estado o estén en contacto con las personas privadas de libertad, o que dispongan de informaciones relevantes para el Comité. Por supuesto, ningún particular tiene la obligación de entrar en contacto con el Comité ni de aceptar entrevistarse con él.

Señalaremos, también, que es práctica habitual del CPT reunirse al inicio de la visita a un país, además de con las autoridades pertinentes, con representantes de las principales organizaciones no gubernamentales de ese país que trabajan en los ámbitos que interesan al Comité.

En relación con todo esto, destacan otras dos cuestiones. Una de ellas es de la mayor importancia, a saber, la excepción prevista en artículo 9 a la obligación de los Estados de permitir las visitas del Comité en su territorio en cualquier momento, previa notificación formal. La otra, que también afecta a la capacidad de visita del Comité, trata de la delimitación de competencias entre el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y el Comité Internacional de la Cruz Roja. A estas dos cuestiones nos referimos a continuación.

Con lo que se ha explicado hasta aquí, sin duda el lector se planteará un interrogante de carácter general: ¿puede un Estado parte impedir, en algún caso, una visita del Comité sobre su territorio? El Convenio establece que, en circunstancias excepcionales, las autoridades competentes de un Estado parte pueden presentar al Comité objeciones a una visita del mismo en un momento determinado, para todo el territorio o en relación con algún lugar concreto que el Comité tuviese

la intención de visitar (artículo 9). Las razones que el Estado puede invocar para aplazar una visita del Comité o para restringir su derecho de acceso en ciertos lugares, son limitadas, tienen carácter excepcional y deben ser interpretadas de manera restrictiva. Están especificadas en el propio artículo 9 y en el Informe Explicativo:

—defensa nacional o seguridad pública, incluida la necesidad urgente de evitar una infracción penal grave,
—la existencia de problemas graves (amotinamientos, por ejemplo)[33] en una prisión o en cualquier lugar donde se encuentren personas privadas de libertad,
—el estado de salud de un persona determinada que el Comité tiene la intención de visitar cuando se considere que esa visita puede perjudicarle y, por último,
—cuando en el marco de una investigación en relación con una infracción penal grave, se lleve a cabo un interrogatorio urgente que podría ser dificultado por la presencia del Comité.

La segunda parte del artículo añade que, una vez presentadas estas objeciones, el Comité y el Estado parte se consultarán inmediatamente con el fin de clarificar la situación y para ponerse de acuerdo sobre las disposiciones que permitan al Comité desempeñar sus funciones lo antes posible. Estas disposiciones pueden incluir que las personas que el Comité desea visitar y entrevistar sean transferidas a otro lugar. Mientras la visita no se produce, el Estado tiene la obligación de proporcionar al Comité información sobre cualquier persona concernida.

En este sentido, podemos apreciar que el principio de cooperación rige las relaciones entre el Comité y los Estados, incluso en situaciones excepcionales, lo que resulta ciertamente positivo.

Sin embargo, la redacción del artículo 9 nos parece, en general, poco afortunada. Por una parte, algunas de las situaciones previstas, que pueden dar lugar a la excepción al derecho de visita del CPT, son situaciones en las que el riesgo de que se produzcan malos tratos es mayor. En concreto, la referencia a un interrogatorio urgente que la presencia del Comité podría dificultar o «comprometer»[34] parece dar a entender que en ciertas ocasiones y en relación con ciertos crímenes, todo está permitido.

---

[33] El ejemplo es nuestro, ni el Convenio ni el Informe Explicativo especifican a qué tipo de «problemas graves» se refieren.

[34] Informe Explicativo, párr. 71

Aunque estamos seguros de que ésta no ha sido la intención de los redactores del Convenio, no podemos dejar de llamar la atención sobre este punto, dado el contexto actual en el que la lucha contra el terrorismo internacional y el exacerbado debate sobre la *seguridad* amenazan con justificar, en ciertos casos y para determinados grupos, la negación de los derechos inherentes e inderogables de la persona[35].

Por otra parte, otro límite a la libertad de visita del CPT lo recoge el artículo 17 del Convenio, en el que se estable una delimitación de competencias entre el CPT y el Comité Internacional de la Cruz Roja. El Comité no visitará los lugares que, en aplicación de las Convenciones de Ginebra de 1949 y de los Protocolos adicionales de 1977, el Comité Internacional de la Cruz Roja visita efectiva y regularmente. Es decir, en caso de conflicto armado, las Convenciones de Ginebra tienen prioridad.

Sin embargo, no quiere esto decir que el CEPT sólo se aplique en tiempos de paz. Al contrario, el CPT sí podrá visitar, en caso de conflicto armado, aquellos lugares que el Comité Internacional de la Cruz Roja no visite «efectivamente» ni «regularmente». Ningún conflicto de competencias se plantea, sin embargo, en relación a las visitas que el Comité Internacional de la Cruz Roja efectúe en tiempos de paz en virtud de acuerdos bilaterales. En este caso, corresponde al CPT decidir, de manera discrecional, si procede a visitar esos mismos lugares o no.

Una vez finalizada la visita a un país determinado, que suele durar una media de diez días, el CPT tiene que elaborar un informe en el que figure una relación de los hechos constatados en la misma y en el que se incluyan las recomendaciones concretas necesarias para reforzar la protección de las personas privadas de libertad. Este informe es confidencial, como ya sabemos, y tan solo debe ser transmitido a las autoridades correspondientes del Estado de que se trate. Este, a su vez, es invitado a enviar, en el plazo de seis meses, una primera respuesta y, posteriormente, un informe en el que dé cuenta de las medidas adoptadas o de las reformas acometidas de acuerdo con las recomendaciones

---

[35] Pensamos no sólo en el trato que puedan recibir los sospechosos de terrorismo internacional, también en cómo el clima y las tendencias actuales pueden afectar a colectivos como los solicitantes de asilo o los inmigrantes. Sobre esta cuestión, Amnesty International, «Security, refugee protection and the human rights agenda after the 11 September: Amnesty International concerns regarding EU policies», November 2001, por ejemplo. Ya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se había referido, de manera general, a estos riesgos, Sentencia de 27 de Agosto de 1992, *caso Tomasi c. Francia.*

del CPT. Se establece de esta manera un diálogo constructivo entre el Comité y las autoridades del país realmente interesante[36].

El impacto de las visitas del Comité y de sus informes no son fáciles de evaluar, ya que los resultados concretos, aunque a la larga satisfactorios, no son inmediatos, ni espectaculares, ni mucho menos mediáticos[37]. Por eso trataremos de ilustrar la eficacia de este sistema con un ejemplo concreto, y necesariamente breve:

Entre el 26 de octubre y el 2 de noviembre de 1999, el CPT realizó una visita a Grecia. Como se señala en el Informe correspondiente, se trataba de una visita *ad hoc*, exigida por las circunstancias en virtud del artículo 7 del CEPT, y motivada por los alarmantes informes recibidos por el Comité sobre las condiciones de detención de extranjeros en los establecimientos de policía en aquel país.

En el apartado del Informe del CPT dedicado a las condiciones de detención, el Comité afirma que si bien no se han encontrado indicios de tortura o malos tratos físicos deliberados, el CPT se ve obligado a subrayar que en varios de los establecimientos de policía visitados se pudo comprobar que «un gran número de extranjeros eran sometidos durante largos períodos de tiempo a una combinación de factores negativos —hacinamiento, condiciones materiales y niveles de higiene deplorables, ausencia de ejercicio en el exterior, ausencia de actividades de todo tipo— que sin duda merecen ser calificados de tratos inhumanos y degradantes»[38]. En consecuencia, el CPT hace una serie de recomendaciones al Gobierno griego con el fin de corregir esta situación.

Por su parte, el Ministerio de Orden Público del Gobierno griego, en su respuesta al Informe del CPT, da cuenta, de manera ordenada y sistemática, de algunas de las reformas que se han acometido y de las medidas que se han adoptado atendiendo a las observaciones realizadas por el CPT en relación con los establecimientos de policía visitados. Afirma, por ejemplo, que en cierta comisaría de policía, que en ocasiones se utiliza para la detención de extranjeros a la espera de expulsión, «se han obtenido colchones y mantas para atender a las necesidades de los detenidos» y que, en general, «las condiciones de detención han

---

[36] En la práctica, este diálogo es limitado, entre otras razones, por la falta de recursos del Secretariado del Comité. Aún así, la lectura del los Informes del CPT y de las respuestas de los gobiernos nos invita a hacer una valoración positiva, aunque nos parece deseable que ese diálogo sea más regular y continuado. Para una visión mucho más crítica, véase MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.*, p. 17 y ss.

[37] ANSTETT, M.: «La Convention Européenne pour la Prévention de la Torture: succès et incertitudes», *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, n.º 3, 1997.

[38] Informe de visita a Grecia, CPT/Inf (2001) 18, párr.16.

mejorado», así como las condiciones higiénicas. En concreto, fueron instalados un sistema de agua caliente y una ducha, se llevó a cabo una desinfección periódica del establecimiento y se estableció un servicio de comida a los detenidos a horas fijas[39]. En otros casos, la relación de mejoras acometidas se acompaña con fotos. También se precisan algunos proyectos aprobados para la construcción futura de establecimientos apropiados y específicos para la detención temporal de extranjeros y solicitantes de asilo.

Este ejemplo, limitado, pero bastante revelador, ofrece una idea del diálogo que se establece entre el Comité y las autoridades nacionales tras una visita de aquél, de la eficacia de un sistema de prevención como éste y de los resultados concretos que pueden obtenerse a corto y medio plazo con el fin de reforzar la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes.

También nos permite adivinar que las recomendaciones o exigencias del CPT al gobierno en cuestión encuentran su fundamento en una interpretación amplia y flexible de los conceptos de tortura y trato inhumano o degradante, cuestión a la que nos consagraremos a continuación.

Podemos afirmar, como conclusión de esta primera parte, que, además de una guía y de una referencia para las autoridades nacionales, los informes y las recomendaciones del CPT pueden considerarse, en la actualidad, como una suerte de obligación ética a la que los Estados no pueden dar la espalda, una cita inaplazable que exige resultados concretos a corto, medio y largo plazo.

2. **Grado de protección y alcance del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura: la autonomía de criterios de apreciación**

Como ya se ha indicado anteriormente, el texto del Convenio no contiene ninguna disposición de fondo sobre la cuestión de la tortura o los «otros tratos», y todavía menos una definición de estas nociones. El Convenio omite todo intento de conceptuación de los términos de tortura y trato inhumano o degradante, lo cual concede al CPT un margen de apreciación flexible y extensivo en este terreno. Es éste un aspecto fundamental del trabajo del CPT, ya que la autonomía de criterios a la

---

[39] Respuesta del Gobierno griego (Ministerio de Orden Público), CPT/Inf (2001) 19, sec. V.

hora de evaluar y valorar el trato que reciben las personas privadas de libertad, determina el grado de protección que puede exigir el Comité a las Partes y, en último término, el alcance del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura.

Recordemos que el objetivo del CPT consiste en tratar de reforzar la protección de las personas privadas de libertad, asegurándose de que las condiciones generales y particulares de detención o internamiento no atenten, de manera real o potencial, contra la integridad física y mental de las mismas. En este sentido, no entra dentro de sus tareas la de demostrar con pruebas concluyentes ni precisiones jurídicas que, efectivamente, se ha producido una violación de la prohibición de la tortura o que existen prácticas sistemáticas de malos tratos en un país determinado.

El Comité no pronuncia sentencias, puesto que no es un órgano de carácter judicial, sino que hace recomendaciones con el fin de reforzar al máximo la protección de las personas privadas de libertad, evitando cualquier interferencia o conflicto de competencias con otros órganos del Consejo de Europa, en especial con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La obligación del CPT consiste en identificar las causas de la violencia y de los abusos cometidos contra las personas detenidas o privadas de libertad, en evaluar los indicadores y las situaciones de riesgo, y en proponer al gobierno interesado una serie de medidas concretas con el fin de asegurar que en el futuro no se producirán o reproducirán conductas contrarias al respeto de la dignidad de las personas. Para ello, el CPT hace una interpretación extensiva de las normas internacionales en la materia. El resultado es un conjunto de *standards* o criterios que, sin ser auténticas normas jurídicas, son consideradas como importantes reglas de referencia[40].

En este sentido, el CPT aporta un enfoque más amplio, profundo y humano de la situación de las personas privadas de libertad del que puede ofrecer, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[41],

---

[40] Los órganos de Estrasburgo, Comisión y Tribunal Europeos de Derechos Humanos, han tenido en cuenta, en varias ocasiones, las consideraciones del CPT para establecer los hechos y evaluar las consecuencias de un caso: Sentencia de 30 de julio de 1998, *caso Aerts c. Bélgica*, y Sentencia de 27 de septiembre de 1997, *caso Aydin c. Turquía*, por ejemplo. Entendemos que en el futuro estas referencias serán más frecuentes; por eso es importante definir y delimitar correctamente las competencias de los dos órganos y el valor jurídico de sus respectivas decisiones.

[41] El Comité ha expresado explícitamente su objetivo de ofrecer «un grado de protección mayor que el establecido por la Comisión y el Tribunal Europeos de Derechos Humanos», 1.er Informe General, *loc. cit.*, párr. 51.

obligado y limitado por los formalismos y procedimientos legales propios de un mecanismo judicial (formalismos que aseguran, no lo olvidemos, exigencias fundamentales de la justicia, como la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley).

Pero, ¿quiere esto decir que el CPT no tiene en consideración las normas de Derecho Internacional ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia?, ¿Cuáles son los criterios que fundamentan las consideraciones del CPT a la hora de valorar la visita a un país? O, lo que es lo mismo, ¿qué entiende el CPT por tortura, penas y tratos inhumanos o degradantes? Estos interrogantes plantean la llamada cuestión de la autonomía de criterios del CPT, la cual trataremos de dilucidar a continuación, para poder analizar, después, algunos de esos criterios utilizados por el Comité en sus visitas.

La autonomía de criterios del CPT significa que éste no está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, ni por la interpretación que de esta prohibición hacen otros organismos internacionales. El Informe Explicativo se refiere vagamente a esta cuestión[42], señalando que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH, sirve de punto de referencia y guía al Comité en su labor, al igual que otras normas internacionales[43], sin que la jurisprudencia por ellos elaborada o sus decisiones en esta materia le vinculen directamente.

Pero el Comité no es ajeno, no puede serlo, a la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo y, a pesar de la total independencia de ambos, es evidente que de alguna manera se influyen mutuamente[44].

Por eso consideramos pertinente un breve análisis de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace del artículo 3

---

[42] Párr. 23, 26 y 27.

[43] Además de los instrumentos a los que se ha hecho alusión en la Introducción, *vid. supra*. notas 5 y 6, es preciso referirse a otros como la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1975, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985, o el Proyecto de Convención Arabe para la Prevención de la Tortura y de los Tratos Inhumanos y Degradantes, aprobado en 1989; todos ellos contienen una definición de la tortura. Especial atención merecen la Reglas Penitenciarias Europeas del Consejo de Europa, adoptadas en 1987, véase MURDOCH, J.: «CPT Standards and the Council of Europe», en MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.,* p. 106.

[44] PEUKERT, W.: «The European Convention for the Prevention of Torture and the European Convention on Human Rights», en MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op cit.,* p. 87.

del CEDH. La literatura sobre esta cuestión es abundante[45]. Nos limitaremos aquí a apuntar los rasgos más característicos de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, ya que ello nos permitirá valorar mejor la significación e importancia de los criterios de protección utilizados por el CPT.

2.1. *La interpretación de la prohibición de la tortura y las penas o tratos inhumanos o degradantes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Los diferentes instrumentos internacionales que recogen la prohibición de la tortura y de los tratos y penas inhumanos o degradantes no proporcionan definiciones satisfactorias ni universalmente válidas de estos conceptos. Por eso, la contribución jurisprudencial en la materia ha sido y es fundamental para determinar el contenido y el alcance de esta norma[46]. Especialmente relevante es la jurisprudencia de los órganos de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, «artífices de la más elaborada delimitación conceptual de los tratos prohibidos y de sus respectivos campos de aplicación»[47].

Destacamos tres aspectos de la jurisprudencia de Estrasburgo en relación con el artículo 3 del CEDH, a saber, el carácter absoluto de la prohibición de la tortura y los tratos inhumanos o degradantes, el mínimo de gravedad y la intensidad del sufrimiento, y la apreciación relativa. Estos criterios de interpretación han determinado y delimitado el campo de aplicación del artículo 3, dando lugar a una jurisprudencia flexible, dinámica y protectora, aunque no siempre coherente[48].

Parafraseando a un conocido autor, nos preguntaremos: el artículo 3 del CEDH, ¿es una norma absolutamente relativa o relativamente absoluta?[49].

---

[45] Entre otras aportaciones doctrinales, SUDRE, F.: «La notion de peines et traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Commission et la Cour Européenne des droits de l'homme», *R.G.D.I.P*, n.º 4, 1984, pp. 825-289, y CASSESE, A.: «Prohibition of Torture and Inhuman and Degrading Treatment or Punishment», en *The European System for the Protection of Human Rights,* Martinus Nijhoff, 1993, pp. 229 y ss.

[46] Además de la desarrollada por los órganos de Estrasburgo, la elaborada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas respecto de los artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la del Comité contra la Tortura, especialmente en relación con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura.

[47] GONZÁLEZ GONZÁLEZ, R.: *El control internacional de la prohibición de la tortura… op. cit.,* p. 35.

[48] MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.,* p. 98.

[49] CALLEWAERT, J.: «L'article 3 de la Convention Européenne: une norme relativement absolue ou absolument relative?», en *Liber Amicorum Marc André Eissen*, Bruylant, L.G.D.J., 1995, p. 13.

Podemos afirmar que el artículo 3 del CEDH establece una prohibición absoluta de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, y que esta prohibición expresa «uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas que forman el Consejo de Europa»[50].

En palabras de Sudre, «la prohibición de la tortura figura incontestablemente entre las pocas normas imperativas de Derecho Internacional de los derechos humanos que enuncia derechos absolutos»[51]. Esto quiere decir que la prohibición de la tortura recogida en el CEDH no contempla ninguna excepción y que el derecho por ella garantizado a la integridad física y psíquica no puede ser objeto de limitaciones, suspensiones o derogaciones, ni siquiera en circunstancias excepcionales.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido tajante en relación a esta cuestión, afirmando que el artículo 3, al contrario que otras normas del CEDH, no puede ser objeto de «ninguna derogación, ni siquiera en caso de peligro público que amenace la vida de la nación»[52]. Ni los particularismos locales, ni la gravedad de ciertos crímenes y la dificultad de combatirlos pueden relativizar la prohibición de la tortura y las penas y tratos inhumanos o degradantes.

Sin embargo, el carácter absoluto de esta prohibición no impide al Tribunal tener en cuenta las circunstancias del caso concreto a la hora de aplicar el artículo 3. Las circunstancias particulares que caracterizan un caso son consideradas y valoradas para fijar el *umbral de gravedad* que utiliza para establecer si ha habido violación de la norma, lo que le ha permitido desarrollar una interpretación evolutiva y dinámica del artículo 3[53].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido el principio según el cual, para poder ser juzgados a la luz del artículo 3 del CEDH, los actos sometidos a su conocimiento tienen que alcanzar un *mínimo de gravedad,* y que la apreciación de ese umbral es necesariamente relativa.

Para establecer el mínimo de gravedad que permite desencadenar la aplicación del artículo 3, el Tribunal se libra a una apreciación *in concreto* de cada caso, considerando el conjunto de circunstancias y elementos que lo caracterizan.

---

[50] Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 7 de julio de 1989, *caso Soering c. Reino Unido.*

[51] Sudre, F., «Article 3», en Pettiti y otros (Dirs.): *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Economica, 1995.

[52] Sentencia de 18 de Enero 1978, *caso Irlanda c. Reino Unido.*

[53] Callewaert, J.: *Is there a margin of appreciation in the application of articles 2, 3 and 4 of the Convention?*, *Human Rights Law Journal*, vol. 19, n.º 1, 1998, p. 6.

El principio de la apreciación relativa ha sido definido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el célebre *caso Irlanda c. Reino Unido*[54]. En la correspondiente sentencia, el Tribunal explica que la apreciación del mínimo de gravedad «depende del conjunto de los datos del caso, y en especial de la duración de los malos tratos y de sus efectos físicos y mentales así como, a veces, del sexo, la edad, el estado de salud de la víctima, etc.». Esta fórmula ha sido utilizada repetidamente tanto por la Comisión como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Esto quiere decir que «la puerta de entrada» al artículo 3 la fija el Tribunal atendiendo a las circunstancias propias del caso concreto, así como al contexto sociopolítico en el que se enmarcan. Esto ha propiciado una aplicación evolutiva del artículo 3 del CEDH, en función de lo que en cada momento histórico se considera un atentado *suficientemente grave* contra la integridad física, psíquica y moral de la persona[55].

El estudio de la jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo parece confirmar, en principio, una tendencia a rebajar ese umbral de gravedad y a extender el campo de aplicación del artículo 3. Así parece desprenderse de las sentencias dictadas en los *casos Tomasi c. Francia, LHAN c. Turquía* y *Ribitsch c. Austria*[56], entre otras.

La apreciación relativa también es determinante a la hora de fijar el umbral de *intensidad del sufrimiento*, el otro criterio de interpretación utilizado por el Tribunal, esta vez para diferenciar conceptos en el interior del artículo 3 y calificar los hechos que se cuestionan como tortura, como trato inhumano o como trato degradante.

En efecto, el Tribunal distingue tres categorías dentro del artículo 3, diferentes niveles de violación de la prohibición contenida en la norma o, lo que es lo mismo, distintas modalidades de vulneración del derecho a la integridad física y mental. El nivel de intensidad del sufrimiento

---

[54] *Sentencia Irlanda c. Reino Unido, loc. cit*.

[55] Es el llamado «parámetro sociológico» de valoración, cuya legitimidad es discutible. Los peligros que la utilización de este criterio conlleva son compensados, de alguna manera, por la continua afirmación del carácter absoluto de la norma por los órganos de Estrasburgo. En cualquier caso, nos parece que la evolución jurisprudencial apunta a una marginalización de esta técnica interpretativa. Ver nota *infra*.

[56] Sentencias de 27 de agosto de 1992, *caso Tomasi c. Francia,* S. de 4 de diciembre de 1995, *caso Ribitsch c. Austria,* y S. de 27 de junio de 2000, *caso LHAN c. Turquía.* Sin embargo, al tiempo que ciertos avances doctrinales de la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos, también se constatan desafortunados límites a la aplicación efectiva de esos avances teóricos, como ciertas exigencias en materia de prueba, por lo que puede hablarse de un desequilibrio manifiesto entre la protección potencial del artículo 3 y la protección real. Ver CHAUVIN, E.: «L'interpretation de l'article 3 de la CEDH: réelle avancée ou restriction déguisée?», *Revue Universelle des Droits de l'Homme*, 1997.

causado determina en cuál de las tres categorías jurídicas deben incluirse los hechos de que se trate.

Explicado de manera llana, en primer lugar el Tribunal determina si unos hechos o acciones son lo suficientemente graves para acceder al ámbito de protección del artículo 3. Una vez traspasado ese umbral, los mismos hechos pueden recibir la calificación de trato degradante, trato inhumano o tortura. Esta calificación se establece, fundamentalmente, en función de la intensidad del dolor causado o padecido.

En este sentido, los criterios de mínimo de gravedad e intensidad de sufrimiento se solapan, o incluso pueden considerarse el mismo, ya que la categoría jurídica de trato degradante, en la que la intensidad del sufrimiento es menor, coincide con el umbral de gravedad exigido para la aplicación del artículo 3, convirtiéndose el trato degradante en la vía de acceso al ámbito de protección de aquél.

El nivel siguiente en la escala de gravedad lo constituye el trato inhumano, que comporta un nivel de sufrimiento más severo que el trato degradante pero sin llegar al nivel máximo donde comienza la tortura. En este sentido, como ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, toda tortura constituye al mismo tiempo un trato inhumano y degradante, y todo trato inhumano es necesariamente degradante.

Evidentemente, la apreciación de esos límites es relativa y varía en función del conjunto de datos del caso concreto, a lo que nos hemos referido anteriormente. La casuística nacida en aplicación de estos criterios es abundante y ha sido intensamente criticada por unos y defendida por otros. No nos corresponde aquí extendernos en un análisis detallado de la misma.

Nos contentaremos con señalar que la tortura constituye, en general, una forma agravada de trato inhumano que provoca sufrimientos «muy graves y crueles», y que el Tribunal ha reservado este término para casos verdaderamente excepcionales, tal vez tratando de evitar la banalización del mismo, prefiriendo las nociones de trato inhumano y degradante, que gozan de una interpretación menos restrictiva y permiten una aplicación más útil y flexible del artículo 3[57].

---

[57] En la polémica *Sentencia Irlanda c. Reino Unido, loc.cit.*, las devastadoras técnicas de desorientación sensorial utilizadas por la policía inglesa a presuntos terroristas del IRA fueron calificadas como tratos inhumanos y degradantes, a pesar de haber sido consideradas como tortura por la Comisión y de reunir, en efecto, los elementos de la definiciones clásicas de tortura. Por el contrario, en alguna ocasión el Tribunal ha sabido utilizar la categoría de tortura con cierto efectismo, para recordar el carácter absoluto del artículo 3 del CEDH y llamar la atención de la opinión pública sobre la gravedad de ciertas prácticas brutales; nos parece un claro ejemplo la Sentencia de 28 de julio de 1999, *caso Selmouni c. Francia.*

Lo que nos interesa destacar, en cualquier caso, es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado una interpretación de la prohibición de la tortura y de las penas y tratos inhumanos o degradantes, a la vez dinámica y estricta, fijando límites, por arriba y por abajo, al ámbito de aplicación de la misma en función de los criterios del mínimo de gravedad y de intensidad del sufrimiento.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, el CPT hace una interpretación más amplia, y a la vez más sencilla, de la prohibición de la tortura y de los «otros tratos». Así, por ejemplo, el CPT no tiene en consideración el criterio del umbral mínimo de gravedad y sufrimiento que caracteriza la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. El Comité tiende a asegurar una protección lo más completa posible, contra todo tipo de abuso, ataque o situación, por moderados que parezcan desde el punto de vista de las exigencias de interpretación establecidas por el Tribunal de Estrasburgo[58].

En este sentido, puede afirmarse que el CPT ha creado un conjunto de normas propias en relación con la protección de las personas privadas de libertad contra la tortura y los tratos inhumanos o degradantes (lo que algunos llaman la doctrina o, incluso, la *jurisprudencia* del Comité), que se traducen en una serie de exigencias a los Estados cuyo alcance, en términos de protección, es mayor que el de los órganos de Estrasburgo[59].

2.2. *Los criterios de apreciación del CPT*

El estudio de los distintos documentos elaborados por el CPT permite identificar una serie de criterios constante y más o menos coherentemente utilizados por éste para valorar la situación de las personas privadas de libertad en los distintos países que visita y para exigir las reformas y medidas pertinentes a los gobiernos.

La labor del CPT y su metodología de trabajo aparecen reflejados, fundamentalmente, en dos tipos de documentos. Por una parte, los Informes sobre los distintos países, correspondientes a las visitas realizadas. Por otra, los Informes Generales, publicados anualmente, en los

---

[58] MURDOCH, J.: «CPT Standards and the Council of Europe»…, *loc. cit.,* p. 119.

[59] Con esto no pretendemos insinuar que el mecanismo judicial no sea eficaz. Por el contrario, consideramos que ambos mecanismos se complementan necesaria y mutuamente. Ver al respecto KELLY, M.: «Complementarity of Mechanisms within the Councill of Europe. Perspectives from the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment», *Human Rights Law Journal*, vol. 21, n.º 8, 2000, p. 301.

que se resumen, valoran y comentan las actividades del CPT. Ciertamente, se echa de menos la elaboración y publicación por el Comité o por el Consejo de Europa de un documento oficial en el que se haga una relación exhaustiva y clarificadora de los criterios del CPT consolidados a lo largo de la última década[60].

A falta de un texto de estas características, hay que recurrir a los otros documentos citados para poder establecer en qué consisten esos criterios. No pretendemos aquí ser exhaustivos en esta tarea, sino ofrecer al lector una idea general que pueda servirle de introducción a una cuestión vasta y compleja.

La primera cuestión que valora el CPT en sus Informes de visita a los Estados es el riesgo de sufrir tortura que se ha observado en los distintos lugares visitados. A este respecto, hay que precisar que el Comité establece una distinción clara entre la tortura y los malos tratos, por una parte, y los tratos inhumanos y degradantes, por otra. Esta distinción no se basa en la intensidad del sufrimiento, como en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco en la mayor o menor gravedad de los hechos que se valoran. El CPT utiliza uno y otro término para referirse a distintos aspectos de la protección de las personas privadas de libertad.

Con los términos de tortura o maltrato (*ill-treatment*), el Comité se refiere a formas de violencia física o psicológica deliberada cuya finalidad es obtener una confesión o cierta información, así como intimidar o humillar. En concreto, el CPT advierte sobre la existencia o el riesgo de tortura y maltratos en un país cuando encuentra evidencias o indicios de la utilización de técnicas o instrumentos especializados (por ejemplo, la *falaka,* o suspensión prolongada de la víctima, o el uso de equipamiento de shock eléctrico). En definitiva, la tortura implica una violencia física o psicológica (amenazas, aislamiento) premeditada e intencionada, normalmente utilizada por la policía, aunque también por funcionarios de prisiones.

Por otra parte, la calificación de inhumano y degradante se reserva para ciertas condiciones materiales de detención, consideradas en conjunto o de manera aislada. En el primer caso, ya lo comprobamos en el ejemplo al que nos hemos referido más arriba, el CPT considera que ciertas condiciones materiales de detención, al combinarse entre sí, dan lugar a situaciones deplorables que merecen ser calificadas de inhumanas y degradantes[61].

---

[60] MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.,* p. 22.

[61] *Vid. supra*. nota 40.

También ciertas condiciones de detención, aún consideradas de manera aislada, han sido calificadas de inhumanas y degradantes por el Comité. Este el caso de la superpoblación carcelaria o el hacinamiento en los lugares de detención, cuando alcanzan niveles inaceptables. También ciertos usos, provocados por la deficiencia de las instalaciones o la falta de recursos, como el «slopping out», han sido calificados de degradantes por el Comité, no sólo para los detenidos o los presos que las sufren, sino también para los otros presos y para el personal encargado de supervisarles[62].

Estas precisiones terminológicas revelan ya algunos de los aspectos que retienen la atención del Comité en sus visitas a los distintos lugares donde se encuentran personas privadas de libertad.

De manera más concreta, el CPT ha incluido una serie de secciones «sustantivas» en los Informes Generales en las que se refiere a las cuestiones en las que fundamentalmente se centra al realizar las visitas o las que considera de especial importancia. Estas observaciones específicas conforman capítulos aparte de los Informes Generales del CPT, los cuales recogen gran parte de la doctrina más consolidada del Comité en relación con la custodia policial, el encarcelamiento, la formación del personal encargado de aplicar la ley, los servicios de asistencia sanitaria en las prisiones y los ciudadanos extranjeros detenidos bajo legislaciones foráneas, entre otros[63]. De la lectura de estas secciones destacamos los siguientes criterios de protección utilizados por el CPT en distintos ámbitos de su mandato:

En el contexto de la custodia policial, el CPT insiste en la importancia de tres derechos que deben asegurarse a las personas detenidas, los cuales constituyen garantías fundamentales desde el punto de vista de la prevención contra la tortura y los malos tratos. Estos derechos son el derecho de la persona detenida a notificar los hechos de su detención a una tercera persona de su elección, el derecho a un abogado y el derecho a un examen médico. El CPT exige/recomienda siempre que estos

---

[62] Práctica establecida en algunos países en la que los detenidos o los presos tienen que hacer sus necesidades en las celdas, en unos cubos destinados a tal efecto, sin ninguna privacidad. Véase MORGAN, R. y EVANS, M.: *Protecting prisoners… op. cit.*, pp. 38-39.

[63] El CPT ha publicado un documento en el que se recogen todas las secciones «sustantivas» redactadas hasta la fecha, con las que el Comité espera «poder ofrecer una clara indicación a las autoridades nacionales de su punto de vista en relación a la forma en que deberían tratarse las personas privadas de libertad y, de forma más general, promover el debate de dichos asuntos»: *The CPT Standards. Substantive Sections of the CPT's General Reports*, CPT/Inf /E (2002) 1.

derechos sean observados desde el principio de la privación de libertad (arresto, detención, etc.) y precisa el contenido de los mismos.

Por otra parte, el CPT considera que deben existir normas o directrices claras que regulen la realización de los interrogatorios policiales y recomienda la grabación electrónica de los mismos como una salvaguarda de gran utilidad contra los malos tratos. Otras garantías fundamentales contra la tortura tienen que ver con la duración de la custodia policial y la existencia de mecanismos independientes que examinen las quejas sobre el trato recibido durante la misma.

En cuanto a las condiciones materiales en el contexto de la custodia policial (que pueden degenerar en un trato inhumano o degradante, como ya hemos señalado más arriba), el CPT establece una serie de exigencias detalladas en cuanto al espacio, iluminación y ventilación de las celdas[64], así como al equipamiento de las mismas. Más concretamente, el CPT establece que «a las personas custodiadas se les debería permitir cumplir con sus necesidades fisiológicas cuando lo necesiten en condiciones limpias y decentes», y se les debería ofrecer instalaciones adecuadas para la higiene personal. El régimen de comidas es también de gran importancia para el CPT, llegando a precisar que al menos una de las comidas diarias debe ser «completa (es decir, algo más sustancial que un sandwich)»[65].

En relación con el encarcelamiento, el CPT ha reiterado que todos los aspectos de la privación de libertad en las prisiones son importantes para su mandato, y no sólo los que pudieran parecer más graves, como las alegaciones o indicios de maltrato físico. En palabras del Comité, «los malos tratos pueden adquirir varias formas, muchas de las cuales pueden no ser deliberadas sino el resultado de fallos de organización o recursos inadecuados». La calidad de vida en un establecimiento penitenciario se valora en función de muchos parámetros, entre los cuales destacan las actividades de las que pueden disfrutar los presos y las relaciones entre el personal penitenciario y los presos y las de éstos entre sí.

Especial atención merecen los índices de ocupación en las prisiones, ya que la superpoblación merma la calidad de vida global del estableci-

---

[64] En relación con el tamaño de las celdas y otros tipos de alojamientos, se ha dictado un directiva en la que se fijan unos «niveles deseables» de espacio. Para celdas de policía en las que deba permanecer una sola persona durante más de algunas horas, 7 metros cuadrados, 2 metros o más entre las paredes y 2,5 metros entre las paredes y el techo.

[65] 2.º Informe General, párr. 36-46, CPT/Inf (92) 3. Estos criterios fueron reiterados con carácter general en el 6.º Informe General y revisados en el 12.º Informe General.

miento, afectando a los servicios y las actividades, provocando un gran deterioro de los presos y degenerando, casi siempre, en una situación inhumana y degradante.

Otros aspectos de la vida carcelaria que son objeto de recomendaciones reiteradas del Comité son el ejercicio al aire libre, el contacto con el exterior y los niveles de higiene[66].

En cuanto a los extranjeros detenidos bajo legislaciones foráneas, el CPT ha desarrollado una serie de criterios específicos sobre el trato que debe recibir esta categoría de personas privadas de libertad, a las que se refiere, de manera general, como «detenidos inmigrantes». Es éste un tema complejo y muy sensible. El CPT hace hincapié en la necesidad de asegurar condiciones de detención adecuadas para estas personas, tanto si se encuentran en zonas de tránsito y «zonas internacionales» de los aeropuertos como en comisarías de policía o en prisiones[67]. Las condiciones adecuadas suponen, al menos, medios para dormir, acceso a servicios correctamente equipados, comida y asistencia sanitaria.

En cualquier caso, para supuestos en los que la privación de libertad sea prolongada, es necesaria la existencia de «establecimientos específicamente diseñados para tales propósitos, que ofrezcan condiciones materiales y un régimen adecuado para su situación legal y cuyo personal esté debidamente cualificado»[68].

Por otra parte, las salvaguardas exigibles para otras categorías de detenidos, a saber, acceso a un abogado y a un examen médico, así como el derecho a informar a cualquier persona de su elección sobre su situación, también se exigen para los inmigrantes detenidos. Además, «se les debería informar expresamente, sin demora y en un idioma que comprendan, de todos sus derechos y del procedimiento aplicable a los mismos».

Para valorar el riesgo de maltrato tras la expulsión, cuestión sobre la que se han pronunciado en varias ocasiones la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el CPT, de acuerdo con su función preventiva, «se inclina a centrar su atención en la cuestión de si el proceso

---

[66] 2.º Informe General, párr. 44-57, CPT/Inf (92) 3. La importancia de la superpoblación en las cárceles volvió a subrayarse en el 7.º Informe General. Los criterios de protección en el ámbito carcelario vuelven a ser ampliamente revisados en el 11.º Informe General.

[67] En principio, las prisiones se consideran, por definición, inadecuadas para detener a personas que no han sido condenadas ni son sospechosas de ningún delito. Se admite, sin embargo, en determinados casos excepcionales.

[68] El CPT se felicita expresamente porque este planteamiento se está observando cada vez más en los Estados Partes.

de toma de decisiones en su conjunto ofrece garantías adecuadas para las personas que han sido enviadas a los países en los que corren el riesgo de tortura o malos tratos».

También en relación con los procedimientos de expulsión, el CPT presta especial atención a las medidas coercitivas utilizadas, recordando que «la fuerza utilizada deberá ser exclusivamente la razonablemente necesaria», que «amordazar a una persona es una medida altamente peligrosa» y que la administración de medicamentos a personas pendientes de ser expulsadas sólo puede hacerse por decisión médica, de acuerdo con la ética de esa ciencia[69].

Esto no es más que una pequeña muestra de los standards de protección que ha impuesto el CPT a través de sus visitas a las Partes y de los correspondientes Informes, según la mecánica y de acuerdo con los principios que hemos explicado en la primera parte. Otros muchos aspectos de la protección de las personas privadas de libertad son objeto de la vigilancia del Comité y podrían ser destacados. Así, especialmente desarrollada se encuentra la doctrina del CPT en cuanto al régimen de incomunicado, los servicios de asistencia sanitaria en las prisiones o el internamiento involuntario en establecimientos psiquiátricos[70].

En cualquier caso, para apreciar correctamente el contenido y alcance de los criterios señalados, sería necesario analizar su utilización en los distintos Informes de visitas, para poder ponerlos en relación, caso por caso, con las circunstancias concretas con las que se topa el CPT en los distintos Estados, así como cada una de las respuestas de los gobiernos concernidos.

No es ésta una afirmación superflua; al contrario, uno de los mayores retos a los que se enfrenta el CPT es la aplicación de los criterios ya consolidados para los países de Europa occidental en los países de Europa oriental que se han adherido recientemente al Convenio, en los cuales la situación económica y política es completamente diferente y en los que, a corto e incluso a medio plazo, resulta imposible observar muchos de los criterios de protección del CPT a los que nos hemos referido.

Es pronto para hacer valoraciones en este sentido, pero creemos que el Comité no debería rebajar sus standards de protección en estos países, sino establecer un orden de prioridades para cada caso y rebajar sus exigencias en relación a los plazos de realización de objetivos.

---

[69] 7.º Informe General, CPT/Inf (97) 10, párr. 24-36.

[70] 3.er Informe General, CPT/Inf (93) 12, y 8.º Informe General, CPT/Inf (98) 12, respectivamente.

Asimismo, el CPT debería desarrollar sus actividades de seguimiento y evaluación continua. Incluso podría plantearse la creación de un subcomité de seguimiento, encargado de controlar la aplicación de las recomendaciones del CPT y de asistir los procesos de reformas en los países menos avanzados en materia de protección de los derechos humanos.

Con el mismo problema habrá de enfrentarse, en el futuro, el mecanismo universal para la prevención de la tortura establecido en el seno de las Naciones Unidas, una vez entrado en vigor.

En conclusión, creemos que el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura es un importante mecanismo de protección de los derechos humanos que presenta un planteamiento innovador dentro del sistema regional de protección de derechos humanos consagrado en el seno del Consejo de Europa. Consideramos que, en este ámbito, el enfoque preventivo es absolutamente necesario para asegurar una protección efectiva, sobre todo si está doblemente orientado a la identificación de causas, por una parte, y a la elaboración de recomendaciones concretas para la mejora y reforma tanto de las prácticas como de las condiciones que caracterizan la privación de libertad, por otra. Como ha quedado reflejado en estas líneas, en la posibilidad de llevar a cabo una interpretación extensiva de los conceptos de tortura, trato inhumano y trato degradante reside gran parte de la efectividad de este mecanismo, así como en los principios de colaboración y confidencialidad sobre los que se funda. Sin duda, estos mismos principios y la flexibilidad interpretativa del Comité serán clave a la hora de superar los retos a los que se enfrenta. Pensamos, además, que el Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura podría y debería inspirar la creación de mecanismos de protección similares dirigidos a la prevención de otras violaciones de derechos humanos, tanto en el marco del sistema universal como en los distintos sistemas regionales.

El Convenio-Marco para la protección de las Minorías Nacionales

Eduardo Javier Ruiz Vieytez

Sumario: 1. Introducción: minorías nacionales y derechos humanos. 2. Origen del CMPMN. 3. Estructura y principios fundamentales. 4. Contenido jurídico: derechos protegidos. 5. Contenido jurídico: mecanismos de aplicación. 6. La práctica del CMPMN. 7. Conclusión.

1. **Introducción: minorías nacionales y derechos humanos**

La inesperada caída del muro de Berlín y el posterior derrumbe del bloque de Estados prosoviéticos en la Europa del Este genera a partir de 1989 un nuevo escenario político en el que reverdecen la cuestiones relacionadas con las minorías nacionales en Europa. Tras largas décadas en las que las cuestiones minoritarias y nacionales estaban ausentes de las agendas internacionales, los años noventa, particularmente en su primera mitad, van a presenciar un aumento de la preocupación en las cancillerías europeas por la gestión de la convivencia de mayorías y minorías nacionales en los Estados nuevos o de reciente democratización. A ello se añade que las guerras surgidas en la antigua Yugoslavia o los conflictos en algunas zonas de la extinta Unión Soviética generarán una alarma sobre la necesidad de atender dicha cuestión en aras a dotar de estabilidad política al nuevo escenario europeo.

La cuestión de los derechos de las minorías nacionales y su protección ya había sido objeto de una regulación jurídica internacional sistemática en la década de los años veinte y treinta del siglo XX, con posterioridad a la finalización de la primera guerra mundial. La protección internacional de las minorías se remonta de hecho al mismo origen del moderno Derecho internacional, con la incorporación a tratados bilaterales o multilaterales de cláusulas específicas de protección de determinados grupos originariamente religiosos, y posteriormente también nacionales o lingüísticos[1]. En los años noventa, sin embargo, la nueva

---

[1] *Vid.:* FENET, A. y SOULIER, G.: L*es minorités et leurs droits depuis 1789*, L'Harmattan, Paris, 1989; AZCÁRATE, P.: *Minorías Nacionales y Derechos Humanos*, Universidad Carlos III, Congreso de los Diputados, Madrid, 1998; RUIZ VIEYTEZ, E.J.: *La protección jurídica de las*

realidad política va a provocar la aparición de tratados internacionales en el ámbito europeo exclusivamente dedicados a la protección de las llamadas minorías nacionales, de los que el exponente más característico es el CMPMN.

Desde el punto de vista literal, el término Minoría valdría para designar cualquier grupo de personas identificado en torno a una característica concreta que contabilizara entre sus miembros menos de la mitad de los individuos que conforman un determinado ámbito de referencia. Sin embargo, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, con el concepto Minoría se ha hecho tradicionalmente referencia a grupos de personas que se distinguen de la mayoría de la población del Estado en alguna característica de tipo lingüístico, religioso, étnico, nacional o cultural y que disponen al tiempo de un cierto sentimiento de cohesión o vinculación en torno a dicha característica específica. No obstante, sigue sin existir una definición de lo que significa el concepto Minoría Nacional en un tratado internacional. El principal avance en este sentido es la definición de Minoría nacional contenida en la Resolución 1201 (1993) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

En todo caso, la protección de minorías continúa siendo un tema controvertido en el ámbito del Derecho. A la disputa teórica entre defensores y detractores de derechos humanos colectivos, se une una extraordinaria diversidad en la determinación de los propios conceptos, que dificulta la adopción de soluciones universales a las problemáticas planteadas por las comunidades minoritarias. En este sentido, dentro del propio marco europeo, pueden constatarse hoy en día fundamentales diferencias en las políticas adoptadas por los distintos Estados de cara al mero reconocimiento de su propia diversidad lingüística, religiosa o cultural[2].

En el continente europeo, Minoría Nacional es normalmente utilizado para referirse a las minorías étnicas, lingüísticas o religiosas cuyos miembros son nacionales del Estado en el que viven, a fin de distinguir así estos grupos de las nuevas minorías motivadas por flujos migratorios recientes. Cada Estado responde en nuestro ámbito cultural a un modelo identitario determinado; en el mejor de los casos, a varios

---

minorías en la historia europea (siglos XVII-XX), Universidad de Deusto, Bilbao, 1998 (Versión inglesa*: The History of Legal Protection of Minorities in Europe (XVIIth-XXth centuries*), University of Derby, Derby, 1999).

[2] FENET, A.: *Le Droit et les minorités*, Bruylant, Bruxelles, 1995; PRIETO SANCHÍS, L.: *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1996.

modelos simultáneamente. Sin embargo, al mismo tiempo, podemos constatar que apenas existen en Europa Estados totalmente homogéneos en su población respecto a los elementos objetivos más frecuentemente usados como vínculos de identidad. Ello se traduce en la presencia de numerosas minorías nacionales, cuya existencia es en todo caso una cuestión de hecho, que no puede ser negada por el Estado en el que residen[3].

Respecto a la relación que puede establecerse entre los conceptos minorías nacionales y derechos humanos, debe señalarse en primer lugar que los llamados derechos de las minorías, que aparecen recogidos directa o implícitamente en diversos instrumentos jurídicos y políticos, son auténticos derechos humanos. Así se señala también en los nuevos instrumentos hoy vigentes que contienen estos derechos[4]. Conviene enfatizar este punto y desterrar las opciones que de alguna forma minusvaloran o singularizan la naturaleza de los derechos de las minorías. Estos son parte integrante de un bloque normativo que denominamos derechos humanos, del mismo modo que lo son los derechos de colectivos específicos como la mujer, los niños o los no nacionales. En este sentido, no tiene fundamento referirse a los derechos reconocidos a las minorías como «derechos especiales», ni tampoco pueden considerarse en bloque como pertenecientes a una pretendida «tercera generación» de derechos humanos. Antes al contrario, debemos defender que precisamente algunos derechos relacionados con grupos minoritarios están en el origen histórico de los derechos humanos. En concreto, debe citarse aquí, por un lado, la libertad de religión que empieza a ser concebida y desarrollada a raíz de la Reforma protestante del siglo XVI o los derechos a la diferencia y a la identidad que tienen su base en el descubrimiento del Nuevo Mundo y la confrontación con las comunidades y pueblos allí establecidos, en el mismo periodo histórico, mucho antes de las modernas formulaciones de derechos[5].

Ahora bien, si la adjetivación humana de los derechos de las minorías nacionales disfruta de un alto grado de consenso, no resulta tan fácil la articulación jurídica de los mismos derechos en cuanto a la

---

[3] Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, documento CCPR/C/79/Add. 80, p. 24.

[4] Pueden verse, por ejemplo, el informe explicativo del CMPMN, las Recomendaciones de Oslo, La Haya o Lund, redactadas bajo los auspicios del Alto Comisionado de la OSCE para las Minorías Nacionales o el artículo 27 en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[5] VELASCO CRIADO, D.: *Pensamiento Político Contemporáneo*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, pp. 112-115.

titularidad, la necesidad de reconocimiento expreso y la relación con otros derechos humanos del resto de la comunidad política. En esta línea, entendemos que dentro del conjunto que denominamos habitualmente derechos de las minorías nacionales, encajan tres categorías diferenciadas. En primer lugar, existen un conjunto de derechos o facultades que derivan directamente de otros derechos humanos fundamentales, normalmente de naturaleza civil. Se trata de derechos individuales, en la medida en que deben poderse reivindicar de modo individual, sin perjuicio de que una negación generalizada de los mismos pueda dar lugar a medidas políticas alternativas. De todos modos, la afección de una violación de derechos individuales a una colectividad extensa o bien definida no implica la colectivización de dichos derechos. Siguen siendo derechos individuales de los miembros de las minorías, del mismo modo que una violación generalizada de la libertad de expresión o de la integridad física de las personas no nos conduce a transformar dichos derechos individuales en colectivos, aún en el supuesto de que la violación vaya dirigida contra un grupo extenso o previamente definido de personas.

En este sentido, ciertos derechos o facultades incluidos habitualmente en el estatuto jurídico de las minorías no son sino expresiones directamente derivadas de otros derechos humanos. En consecuencia, su falta de reconocimiento expreso no obsta a su obligado respeto por todos los Estados, puesto que aparecerán en los instrumentos más elementales de derechos humanos que están en vigor hoy en día. En concreto, estarían incluidos en este grupo derechos como:

—El derecho a expresar, preservar y desarrollar en libertad la propia identidad religiosa, étnica, lingüística o cultural, que derivaría de la prohibición de discriminación, de la libertad de conciencia (incluyendo cultos y religión), de la libertad de expresión, de la libertad de comunicación y del derecho a la vida privada y familiar.
—El derecho a usar la lengua propia en la vida pública y privada, de modo oral o escrito, que derivaría del derecho a la vida privada y familiar y de las libertades de expresión y comunicación.
—El derecho a usar el nombre en la lengua propia, que derivaría del derecho a la vida privada y familiar y de la libertad de expresión.
—El derecho a mantener y desarrollar establecimientos educativos o similares específicamente dirigidos a las personas pertenecientes a las minorías en el marco de la estructura educativa del Estado, que derivaría de la libertad de educación y de enseñanza o de la libertad de asociación.

—El derecho a establecer contactos en libertad con ciudadanos o colectivos de otros países con los que se comparten elementos de identificación, que derivaría de las libertades de comunicación, circulación, asociación y reunión.
—El derecho a no ser discriminado por la pertenencia a una comunidad minoritaria, que derivaría del principio general de no discriminación.

En nuestra opinión, estos derechos no pueden ser violados sin quebrantar al mismo tiempo los derechos humanos fundamentales de los que constituyen expresiones. Todo ello, lógicamente, dentro de los marcos o límites en los que se mueven los derechos humanos más básicos, que admiten modulaciones o restricciones en función de los bienes jurídicos a proteger en una sociedad democrática. Se trata en todo caso de derechos-autonomía, que exigen por parte de los poderes públicos una mera abstención de intervención, a lo sumo, una aceptación pasiva de la realidad plural que expresa la existencia de minorías.

En un segundo bloque de derechos de las minorías se incluirían facultades cuya aplicación exige de los poderes públicos una dosis más o menos relevante de actuación directa. Se trataría básicamente también de derechos individuales, sin perjuicio de que exijan en ocasiones un ejercicio plural para poder llevarse a cabo. En realidad, en estos derechos se esconde la idea de que los elementos que caracterizan a la minoría, muy especialmente el idioma, reciban, en un ámbito territorial mayor o menor, un reconocimiento de oficialidad por parte del Estado. En este apartado, incluimos como más habitualmente recogidos los derechos siguientes:

—El derecho a usar el idioma de la minoría en las relaciones con instituciones públicas de orden administrativo o judicial.
—El derecho a obtener de las instituciones públicas el uso habitual del idioma de la minoría en todo tipo de comunicaciones, en particular en la información visible al público[6].
—El derecho a obtener instrucción de o en la lengua de la minoría en instituciones educativas públicas o reconocidas y homologadas adecuadamente por los poderes públicos.

---

[6] F. DE VARENNES argumenta que incluso estos dos derechos pueden ser incluidos en el primero de los grupos aunque sólo para el caso de que la minoría lingüística disponga de un «número sustancial» de hablantes: DE VARENNES: «Language Rights as an Integral Part of Human Rights», ponencia presentada en la Conferencia *Lesser Used Languages and the Law*, European Academy of Law, Trier, septiembre de 2000; publicado *en Most Journal on Multicultural Societies,* vol 3, número 1.

—El derecho a obtener apoyo suficiente de parte de los poderes públicos para la realización de actividades de expresión, promoción o desarrollo de la cultura de la minoría, sin que dicho apoyo pueda ser considerado como un acto de discriminación.

Finalmente, cabe defender la existencia de un derecho colectivo de las minorías nacionales a un determinado grado de autogobierno político o administrativo, condicionado o modulado a circunstancias tales como el propio tamaño de la minoría, su condición de grupo mayoritario en determinadas zonas, su dispersión geográfica y su grado de concentración territorial. En todo caso, se trataría de un derecho colectivo que necesariamente implicaría el reconocimiento de la personalidad jurídica del grupo titular. En este punto aparece un problema de difícil resolución en el caso de muchas minorías, cuando no es posible o conveniente identificar previamente a todos los componentes del grupo y al mismo tiempo es preciso buscar la forma en que la minoría como tal tenga una representación política o administrativa a través de la que poder ejercer su derecho colectivo al autogobierno. En no pocas ocasiones, la ausencia de voluntad política por parte de los Estados lleva a obviar tanto el reconocimiento de personalidad al grupo minoritario como el grado de autogobierno que pudiera corresponderle. Otras veces, el obstáculo anterior queda subrogado en fórmulas de reestructuración territorial del Estado, como sucede actualmente en varios de los Estados europeos.

El reconocimiento expreso de las minorías nacionales y de los derechos relacionados con ellas tanto individuales como colectivos constituye materia de extraordinaria sensibilidad política para muchos Estados. De ahí que no sean abundantes los instrumentos internacionales relacionados con la cuestión y que los mismos evidencien frecuentemente una tímida protección o un grado importante de ambigüedad. El esfuerzo jurídico realizado en este ámbito en Europa en la primera mitad de los años noventa se tradujo en dos instrumentos principales en la materia, de los que el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales es el exponente más significativo[7].

---

[7] Sobre la protección de minorías y el Consejo de Europa, *vid.:* DÍAZ BARRADO, C.M.: *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer, Madrid, 1999; DEOP MADINABEITIA, X.*: La protección de las minorías nacionales en el Consejo de Europa*, IVAP, Oñate, 2000; BARNES, C. y OLSTHOORN, M.: *The Framework Convention for the Protection of National Minorities. A Guide for Non-Governmental Organizations*, Minority Rights Group International, Londres, 1999; GILBERT, G.: «The Council of Europe and Minority Rights», en *Human Rights Quaterly*, vol. 18, 1996, pp. 160-189.

2. **Origen del CMPMN**

El origen del Convenio Marco para la Protección de la Minorías Nacionales puede situarse en la Recomendación 1134 (1990) de la Asamblea del Consejo de Europa, por la que el órgano parlamentario expresaba una serie de principios que en su opinión debían ser aplicados para la protección de las minorías nacionales. Seguidamente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa estableció en 1992 un Comité *ad hoc* de expertos para la protección de las minorías nacionales con el mandato de proponer desarrollos jurídicos que podrían ser adoptados en este ámbito, teniendo en cuenta la necesaria coordinación con los trabajos que la CSCE venía desarrollando en el mismo campo. Así, en los siguientes meses, dicho Comité pudo recopilar una serie de propuestas entre las que se incluían el proyecto de una Convención Europea para la Protección de las Minorías Nacionales, redactado por la llamada Comisión Venecia[8], la propuesta austríaca para el establecimiento de un Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos y el borrador de Protocolo a la misma Convención incorporado a la Resolución 1201 (1993) de la Asamblea Parlamentaria.

Un paso decisivo fue dado tras la adopción de la Declaración de la Cumbre de Viena de octubre de 1993, en la que los Jefes de Estado y de Gobierno del Consejo de Europa encomendaron al Comité de Ministros la redacción de un Convenio Marco para asegurar la protección de las minorías nacionales, así como iniciar los trabajos para una futura aprobación de un Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos que incorporara a la misma los derechos culturales, en particular aquéllos de las personas pertenecientes a minorías nacionales. El Comité para la Protección de las Minorías Nacionales, tras siete reuniones de trabajo, remitió finalmente un proyecto de Convención Marco en octubre de 1994, lo que posibilitó su adopción en la 95 sesión ministerial del Comité de Ministros, de 10 de noviembre de 1994. El Convenio Marco para la protección de las Minorías nacionales fue así abierto a la firma de los Estados el 1 de febrero de 1995. La entrada en vigor de la Convención Marco se produjo el 1 de febrero de 1998, una vez producidas las primeras doce ratificaciones de Estados miembros del Consejo de Europa[9].

---

[8] Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho, órgano consultivo del Consejo de Europa, formado por expertos en cuestiones constitucionales.

[9] Las primeras doce ratificaciones que dieron lugar a la entrada en vigor del Convenio Marco fueron, por orden cronológico, las siguientes: Rumanía, España, Eslovaquia, Hungría, Chipre, Moldavia, San Marino, Estonia, Macedonia, Alemania, Dinamarca y Finlandia.

Tras la aprobación de la Convención Marco, la Asamblea Parlamentaria ha seguido reclamando la elaboración de un Protocolo Adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, en el que se incluyan derechos de las personas pertenecientes a las minorías, particularmente en cuanto a la esfera cultural. Sin embargo, el propio Comité de Ministros decidió en 1996[10] suspender el trabajo del Comité para la Protección de las Minorías Nacionales en este campo.

3. **Estructura y principios fundamentales del CMPMN**

El Convenio Marco es el primer instrumento jurídico multilateral dedicado a la protección de todas las minorías nacionales del continente europeo. Las disposiciones contenidas en el Convenio Marco, a diferencia de lo que sucede en los tratados internacionales convencionales, no resultan directamente aplicables, sino que obligan a los Estados en cuanto al resultado, pudiendo cada país adoptar las medidas legislativas o políticas que considere oportunas para ello. La adopción de la fórmula de la Convención Marco responde a la pretensión de otorgar un amplio grado de flexibilidad a los Estados firmantes en cuanto a su implementación, así como de atraer al máximo número posible de Estados a su firma. En todo caso, la Convención Marco crea auténticas obligaciones jurídicas vinculantes para los Estados que son parte de la misma, al igual que sucede con otros instrumentos internacionales.

El CMPMN se estructura en cinco títulos o secciones que abarcan los 31 artículos de la misma. El primer título abarca los tres primeros artículos de la Convención e incluye principios generales de la misma. Entre ellos destaca la declaración de que la protección de las minorías nacionales es parte del sistema internacional de protección de los derechos humanos. Por otro lado, el artículo 3 establece el principio de libre elección individual, para los miembros de las minorías nacionales, de ser tratados o no conforme a dicha condición.

Tras la tabla de provisiones programáticas incluida en la sección segunda, la sección tercera incorpora algunas disposiciones relativas a la interpretación de las provisiones anteriores. Entre ellas se encuentran la obligación para los miembros de las minorías nacionales de respetar la legislación interna del Estado al que pertenecen, la interpretación del CMPMN conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos y los

---

[10] 554 Reunión ministerial.

principios de respeto a la integridad territorial e independencia política de los Estados.

La sección cuarta incorpora los mecanismos de aplicación de la Convención, a los que nos referimos en un apartado posterior. Finalmente, en el título quinto se contienen varias disposiciones orientadas a la entrada en vigor de la CMPMN, su aplicación territorial, así como a las consecuencias de la ratificación, adhesión o denuncia de la Convención.

Contrariamente a lo que pudiera esperarse inicialmente, el CMPMN no incorpora ninguna definición del concepto de minoría nacional. Esta pretensión fue desechada con una perspectiva pragmática dadas las dificultades que se presentaban para conseguir un consenso general de los Estados miembros del Consejo de Europa en torno a tal definición. Varios de los Estados parte han incorporado en declaraciones realizadas en el momento de su ratificación una interpretación del concepto minoría nacional o una relación de las minorías nacionales existentes en su territorio, de la que a su vez puede inferirse una definición tácita de dicho concepto[11].

4. **Contenido jurídico del CMPMN: derechos protegidos**

De acuerdo con una perspectiva liberal europea, el CMPMN no reconoce derechos colectivos. El Informe Explicativo de este tratado señala que la protección de una minoría nacional puede quedar asegurada a través de la protección de los derechos individuales de las personas pertenecientes a dicha minoría. En todo caso, estas personas pueden ejercer estos derechos individualmente o en comunidad con otros miembros de su mismo grupo. Esta aproximación individualista incluye el reconocimiento del derecho de cada individuo de no considerarse miembro de una minoría nacional a efectos del Convenio, con independencia de su adscripción étnica, lingüística o religiosa a una determinada colectividad.

El título segundo (artículos 4 a 19) es la parte principalmente operativa del CMPMN e incorpora provisiones programáticas vinculantes para los Estados parte. Entre los contenidos protectivos expresamente

---

[11] Para un estudio en este sentido de las definiciones expresas o tácitas de minoría nacional incluidas en éste y otros instrumentos, vid.: RUIZ VIEYTEZ, E.J.: «Minorías Europeas y Estado de Derecho», en GARCÍA RODRÍGUEZ (Ed.*): Las Minorías en una Sociedad Democrática y Pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001.

incluidos en el Convenio se encuentra en primer lugar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación fundada en la pertenencia a una minoría nacional, aspecto éste último ya incorporado en el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Al mismo tiempo, el artículo 4.2 también incluye la posibilidad del trato diferenciado no discriminatorio en aras a garantizar la igualdad material de las minorías nacionales.

Por el CMPMN, los Estados se comprometen a crear las condiciones necesarias para permitir a las personas pertenecientes a minorías nacionales mantener y desarrollar su cultura y los elementos esenciales de su identidad, así como a promover el diálogo intercultural y el respeto y tolerancia intercomunitarios.

En el título segundo se incluyen también derechos individuales de los miembros de las minorías nacionales correspondientes a la esfera de su libertad personal, como las libertades de asociación y reunión (artículo 7), incluyendo la posibilidad de realizar contactos transfronterizos con otros miembros del mismo grupo nacional (artículo 17) y la libertad de expresión, tanto en el ámbito ideológico (artículo 9) como religioso (artículo 8). El listado del CMPMN incluye también la libertad de crear centros educativos (artículo 13) y algunos derechos lingüísticos, entre los cuales destacan la libertad de usar el nombre y la toponimia propias (artículo 11), el derecho a usar el propio idioma (artículo 9) y el derecho a aprenderlo y a recibir instrucción en la propia lengua (artículo 14). Finalmente, se incorpora también el derecho de participación efectiva en la vida social, económica y cultural y en los asuntos públicos (artículo 15), cuyo contenido es de más difícil precisión, pero de una gran potencialidad.

El listado positivo de derechos se complementa con la prohibición para los Estados de alterar artificialmente las proporciones de población en áreas de residencia de las minorías nacionales (artículo 16) y el mandato a los Estados de cooperar a través de acuerdos internacionales para proteger a los grupos nacionales minoritarios (artículo 18).

5. **Contenido jurídico del CMPMN: mecanismos de aplicación**

Los mecanismos de control para el cumplimiento del CMPMN están previstos en la Sección IV (artículos 24-26). Se trata, en términos generales, de un mecanismo débil basado en el análisis de información sobre la aplicación del tratado. Así, los Estados parte tienen la obligación de remitir informes periódicos sobre las medidas de aplicación del CMPMN,

que son posteriormente analizados por el propio Comité de Ministros, con el apoyo de un Comité Consultivo. En este sentido, la resolución 10, adoptada por el Comité de Ministros el 17 de septiembre de 1997[12] contiene las normas para la composición, elección y nombramiento del mencionado Comité Consultivo, así como los procedimientos que el mismo órgano debe seguir en su función de control de la implementación del Convenio Marco, particularmente en lo que se refiere al estudio de los informes y la posterior publicación de sus propias conclusiones.

El Comité Consultivo, compuesto normalmente por 18 expertos de reconocida competencia en el ámbito de la protección de las minorías nacionales, examina las informaciones remitidas por los Estados, así como otras fuentes alternativas de información, y somete al Comité de Ministros del Consejo propuestas con recomendaciones. El Comité Consultivo puede también establecer vínculos con otros órganos del Consejo de Europa de cara a intercambiar información relevante. El Comité de Ministros examina las informaciones del Estado y del Comité Consultivo y elabora unas conclusiones que pueden ir acompañadas de recomendaciones. Las conclusiones y recomendaciones del Comité de Ministros no son jurídicamente vinculantes y no existe ningún sistema sancionatorio. Todas las recomendaciones y opiniones son hechas públicas, salvo que el Comité de Ministros adopte una decisión en sentido contrario.

Entre las posibilidades de las que dispone el Comité Consultivo para realizar su labor analítica, se encuentra la de solicitar una reunión cerrada con el gobierno afectado, e incluso realizar visitas sobre el terreno, previo ofrecimiento del gobierno concernido. No se prevé, sin embargo, la posibilidad de presentar reclamaciones por parte de los individuos o de otros colectivos representativos ante dicho Comité o cualquier otro órgano con base en los artículos del CMPMN.

6. **La práctica del CMPMN**

Una significativa mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado el CMPMN. En la actualidad, se trata de 34 Estados sobre un total de 44 Estados miembros del Consejo. En añadidura, la Federación de Serbia y Montenegro, aún sin ser miembro del Consejo, ha ratificado igualmente el Convenio, entrando en vigor para dicho

[12] 601 Reunión ministerial.

país en septiembre de 2001. Otros 7 Estados miembros (Bélgica, Georgia, Grecia, Islandia, Letonia, Luxemburgo y Países Bajos) han firmado el Convenio sin proceder posteriormente a su ratificación, por lo que no es aún aplicable a los mismos. En este grupo de países, los casos más necesitados de protección internacional en materia de minorías nacionales se producen fundamentalmente en Grecia, Letonia y Georgia. Finalmente, existen tres Estados que no han siquiera firmado la Convención, a saber, Andorra, Francia y Turquía. Si bien el caso andorrano no es especialmente significativo en términos geopolíticos, sí resultan preocupantes las posiciones de Francia y Turquía en la materia. En el caso francés, una mentalidad política equivocada y cada vez más aislada internacionalmente se empeña en considerar que la igualdad formal ante la ley elimina de raíz la existencia de minorías nacionales en su territorio y entre sus ciudadanos. Ello deriva en una política no declarada de asimilación, contraria a los estándares internacionales actuales en materia de derechos humanos, como bien ha advertido el Comité de Derechos Humanos a la propia República francesa[13]. En el caso de Turquía, la realidad es aún más sangrante, puesto que a la citada mentalidad se añade una política represora de la diferencia lingüística, cultural y nacional contraria a una consideración elemental de los derechos humanos. En consecuencia, existen hoy en día pocas posibilidades de que ambos países, que disponen de numerosas e importantes minorías nacionales en su seno, puedan incorporarse al CMPMN, al que ya se opusieron en su momento.

Si bien el hecho de que los restantes Estados hayan ratificado el Convenio constituye sin duda un elemento positivo, debe señalarse que los niveles de protección ofrecidos por el mismo tampoco son interpretados ni aplicados de la misma forma por todos los países. Así, observamos en varios casos que existe una resistencia por parte del Estado en cuestión a la hora de identificar la presencia de minorías nacionales en su seno o de reconocerles determinados derechos. Por ejemplo, siguiendo básicamente la aproximación francesa, el Estado español, en su primer informe de aplicación de la CNPMN remitido al Consejo de Europa en 2001, hace una lectura extraordinariamente restrictiva del concepto de minoría nacional, que le lleva a identificar como tal exclusivamente a un grupo poblacional definido por la etnia (la minoría roma) y no a las restantes minorías nacionales existentes conforme a la definición de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y que, como mínimo, incluiría a las comunidades distinguidas

---

[13] *Vid.* nota 3.

de la mayoría por razón de lengua o religión[14]. En este sentido, se observan importantes diferencias en las interpretaciones de los distintos Estados, como puede comprobarse poniendo en relación el excluyente concepto español con el inclusivo utilizado por otro país occidental, como es el Reino Unido.

A su vez, numerosos países europeos han incorporado a su ratificación del CMPMN declaraciones, cuyo contenido es interesante en algunos puntos. Junto a declaraciones que se refieren al ámbito de aplicación territorial del Convenio o a pronunciamientos de carácter político-internacional, encontramos un número significativo de declaraciones que, o bien ofrecen una definición del concepto minoría nacional, o bien incluyen un listado de las minorías nacionales existentes en el territorio del Estado, del que se deriva asimismo una definición tácita. En este sentido, la mayor parte de las declaraciones formuladas abundan en el concepto de minoría nacional que hemos referido con anterioridad en el primer apartado de este trabajo.

Los informes presentados hasta la fecha por los diferentes Estados varían considerablemente en extensión y rigor. El trabajo del Comité Consultivo ha derivado en propuestas de recomendaciones al Comité de Ministros, quien a su vez ha formulado muchas de ellas a los Estados parte. Algunos de éstos han decidido la publicación de todos estos documentos, mientras que otros acumulan cierto retraso en la difusión pública de las conclusiones y recomendaciones recibidas. En todo caso, sería necesaria una mayor difusión social del propio Convenio para facilitar un papel más activo de los movimientos sociales y de los propios grupos minoritarios que ayudara a perfeccionar el mecanismo de aplicación del CMPMN para los años venideros.

7. **Conclusión**

La trascendencia fundamental de la CMPMN radica en el hecho de ser el primer tratado multilateral que específicamente se dedica a la protección de algunos derechos de las minorías nacionales en el ámbito europeo. A diferencia de los tratados de los años veinte y treinta, se

---

[14] *Cfr*. JIMÉNEZ PIERNAS, C.: «El Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (número 157 del Consejo de Europa), de 1 de febrero de 1995, y su aplicación en España», en GARCÍA RODRÍGUEZ, I. (Ed.): *Las Ciudades de Soberanía Española: Respuestas para una Sociedad Multicultural,* Universidad de Alcalá, 1999, pp. 105-130; *Cfr*. RUIZ VIEYTEZ, E.J.: «Minorías…» *cit*.

trata de un Convenio de vocación general, extendido en su aplicación actual por gran parte del continente.

Respecto al contenido, sin embargo, la CMPMN puede considerarse globalmente como un tímido instrumento jurídico protector, que deja un elevado margen de maniobra a los Estados signatarios. Su aprobación fue hasta cierto punto el fruto del temor a que el olvido de las realidades minoritarias pudiera afectar a la estabilidad política del continente. La búsqueda de un obligado consenso entre los Estados miembros del Consejo rebajó sin duda las expectativas de quienes pretendían establecer un convenio más sólido en la materia. Los mecanismos de aplicación previstos, a su vez excesivamente débiles, no han ayudado a dar a la CMPMN la relevancia internacional necesaria como para servir de instrumento de medida en el cumplimiento de los derechos humanos en este punto. Sin olvidar la importancia simbólica del tratado en sí, cabe concluir en general que la protección que los diferentes Estados ofrecen a sus minorías nacionales deriva en mayor medida de la propia convicción política interna o de necesidades de estabilidad interna que de las exigencias jurídicas que la CMPMN haya podido incorporar a la práctica de los Estados parte.

La Carta Europea para las Lenguas Regionales o Minoritarias

Eduardo Javier Ruiz Vieytez

Sumario: 1. Introducción: Lenguas minoritarias y derechos humanos. 2. Origen de la CELRM. 3. Estructura y principios fundamentales. 4. Contenido jurídico: derechos protegidos. 5. Contenido jurídico: mecanismos de aplicación. 6. La práctica de la CELRM. 7. Conclusión.

1. **Introducción: lenguas minoritarias y derechos humanos**

En la Europa actual, la lengua es la base más habitual y definitiva de la identidad nacional. Junto a este primer dato, podemos constatar igualmente que prácticamente todos los Estados de Europa tienen en su población algún tipo de pluralidad lingüística[1]. Ello deriva en la existencia de numerosas minorías lingüísticas a lo largo y ancho del continente o comunidades cuya lengua de referencia no coincide con la o las lenguas oficiales o mayoritarias del Estado en el que viven. Dado el relevante papel que la lengua propia juega en el desarrollo de la personalidad de los seres humanos, el tratamiento que recibe de la comunidad política un grupo lingüístico minoritario es, en gran medida, una cuestión que afecta al ámbito sustantivo de los derechos humanos.

En este sentido, las minorías lingüísticas serían una categoría de minorías o, más concretamente, conforme a la definición europea, de minorías nacionales. Esto no obstante, el Derecho permite aproximarse al fenómeno de las lenguas minoritarias poniendo el acento en los hablantes de las mismas, y por tanto en una aproximación desde los derechos humanos y lingüísticos de dichas personas, o en las lenguas mismas como objeto de regulación jurídica. En una buena medida, ambos procedimientos pueden conseguir el mismo fin garantista, si bien implican mecánicas jurídicas diferenciadas. En todo caso, la cuestión lingüística se

[1] Las únicas excepciones a esta afirmación las constituirían Islandia y los microestados de Mónaco, Liechtenstein, San Marino o Andorra.

ha convertido en objeto de regulación jurídica en la mayor parte de los ordenamientos europeos[2].

Hasta un punto determinado, y de acuerdo a lo ya señalado al comentar el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, todos los Estados europeos están obligados a proteger su herencia lingüística y al reconocimiento de ciertas facultades y derechos de índole lingüística, en virtud de lo que se deriva de los tratados más elementales de protección de los derechos humanos. Como ya se ha señalado, los llamados derechos lingüísticos o derechos de las minorías lingüísticas son auténticos derechos humanos y algunos de ellos derivan directamente de los derechos civiles más básicos, sin necesidad de desarrollo jurídico ulterior.

En añadidura, la materia lingüística en cuanto tal, es objeto de regulación de una forma u otra en la mayor parte de los Derechos constitucionales europeos. Del total de 44 Estados miembros del Consejo de Europa, 29 incluyen una referencia explícita en sus Constituciones a la determinación de uno o varios idiomas como oficiales en todo o parte del Estado. Otros dos Estados incluyen dicha referencia en legislación constitucional. Los restantes 13 países son en su mayor parte monolingües o bien las lenguas minoritarias son muy débiles en comparación con la dominante, lo que convierte a ésta en oficial *de facto* sin necesidad de reconocimiento expreso. En total, 36 lenguas[3] son consideradas oficiales de uno o más Estados europeos. Algunas de estas lenguas son a su vez lenguas minoritarias en otros Estados vecinos o fronterizos. En añadidura, otras 10 lenguas son proclamadas oficiales por las Constituciones solamente en determinadas zonas del territorio del Estado[4].

Como consecuencia de este panorama, nos encontramos en Europa con una complejísima variedad de situaciones lingüísticas, no solamente en cuanto a los datos sociolingüísticos propios de cada lengua en cada territorio concreto, sino también en lo que se refiere

---

[2] SANMARTÍ ROSET, J.M.: *Las políticas lingüísticas y las lenguas minoritarias en el proceso de construcción europea*, IVAP, Oñate, 1996; DE VARENNES, F.: *Language, Minorities and Human Rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1996; FERNÁNDEZ LIESA, C.R.: *Derechos lingüísticos y Derecho internacional*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 1999: RUIZ VIEYTEZ, E.J.: «The Protection of Linguistic Minorites: A Historical Approach», en *Unesco Most Journal on Multicultural Societies: Lesser Used Languages and the Law in Europe*, vol. 3, n.º 1, 2001.

[3] Serían 37 si consideramos que rumano y moldavo son dos lenguas diferentes.

[4] Hemos excluido en este cómputo, por su complejidad, el de las lenguas oficiales de las Repúblicas Autónomas de la Federación Rusa (artículo 68.2 de su Constitución), cuyo listado se eleva aproximadamente a 30 lenguas.

al reconocimiento y protección jurídicas. En este marco, se hace más dificultoso determinar cuál es el estándar mínimo que el respeto a los derechos humanos implica respecto a las diferentes comunidades lingüísticas minoritarias. Además de los instrumentos jurídicos que en todo o en parte se refieren a los derechos de las minorías, y de las diferentes regulaciones jurídicas internas en materia de política lingüística, surge en este campo un terreno abonado para la creación de fórmulas jurídicas más imaginativas que permitan responder de modo flexible, pero eficaz al mismo tiempo, a una realidad tan heterogénea. Este esfuerzo se ha visto básicamente cristalizado en el ámbito europeo en la Carta Europa para las Lenguas Regionales o Minoritarias, auspiciada por el Consejo de Europa.

2. **Origen de la CELRM**

La idea inicial de la elaboración de una Carta europea sobre las lenguas minoritarias se remonta a 1981. En diciembre de dicho año, se produce la aprobación por la Asamblea Parlamentaria de la Recomendación 928, referente a los problemas de la educación y de la cultura planteados por las lenguas minoritarias y los dialectos de Europa. Sobre esta base, la Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales de Europa constituyó un grupo de expertos con el encargo de elaborar un borrador de Carta europea de las lenguas, que adoptaría la forma de tratado. Dicho anteproyecto de Carta fue finalmente presentado en 1987 y tras varias modificaciones del mismo, el plenario de la Conferencia Permanente de Poderes Locales y Regionales aprobó el texto en su Resolución 192 (1988). A su vez, la Asamblea Parlamentaria informó favorablemente en su sesión de 4 de octubre del mismo año[5]. Tras la aprobación por el órgano parlamentario, el texto fue enviado al Comité de Ministros, donde se rechazó inicialmente la idea de elaborar un convenio en este sentido. Sin embargo, en junio de 1989 se creó un Comité *ad hoc* de expertos en lenguas regionales o minoritarias, designado por el Comité de Ministros, que trabajaría en la preparación de un texto normativo sobre la base de los ya existentes. Tras la correspondiente finalización del trabajo por este Comité, el Comité de Ministros adoptó como convención la Carta en su reunión del 22 de junio de 1992[6], con las abstenciones de Chipre,

[5] Opinión 142, del año 1988.
[6] Reunión número 478.

Francia, Grecia, Reino Unido y Turquía[7]. La Carta se abrió a la firma de los Estados el 5 de noviembre de 1992, entrando en vigor el 1 de marzo de 1998, después de producirse las primeras cinco ratificaciones[8].

3. **Estructura y principios fundamentales de la CELRM**

El objetivo fundamental de la Carta es el de proteger en lo posible el uso de los idiomas regionales o minoritarios de los países del Consejo de Europa, asegurando así la pervivencia de la riqueza cultural que supone la diversidad lingüística de nuestro continente. Se trata, en consecuencia, de un instrumento jurídico con una clara vocación de protección cultural. Aunque la CELRM y el CMPMN son dos instrumentos complementarios, revisten naturalezas muy diferentes. La Carta focaliza su atención no tanto en las propias minorías lingüísticas, cuanto en las propias lenguas minoritarias. Todo ello nos refiere a la idea de una Europa multicultural, en la que la diversidad de culturas, lenguas y tradiciones forman una riqueza que es necesario preservar también por medios jurídicos.

En consecuencia con lo anterior, la Carta no establece derechos individuales o colectivos para los hablantes de los idiomas minoritarios o regionales, sino obligaciones que afectan a los Estados y a sus respectivos ordenamientos en relación con el uso de dichos idiomas. En efecto, la Carta persigue la promoción de las lenguas regionales o minoritarias y sólo de una forma indirecta puede considerarse como un instrumento jurídico protector de las propias minorías lingüísticas. De ello se deduce que, al menos desde un punto de vista teórico, la Carta no trata primordialmente sobre derechos humanos o sobre derechos de las minorías. Puede notarse en este sentido que la misma palabra «derecho» apenas aparece en el texto de la CELRM.

Al mismo tiempo, es también destacable como característica general de la Carta su vocación práctica. En vez de formular principios

---

[7] Tanto Francia, como Grecia y Turquía, se habían opuesto a que la Carta se aprobara como tratado y habían expresado su opinión favorable a que fuera presentada como una Recomendación.

[8] Sobre la Carta en general, *vid.:* AAVV: *International Conference on the European Charter for Regional or Minority Languages,* Council of Europe, Estrasburgo, 1998; AAVV: *Implementation of the European Charter for Regional or Minority Languages,* Council of Europe, Estrasburgo, 1999; RUIZ VIEYTEZ, E.J.: *Minority Languages of the Russian Federation. Perspectives for a ratification of the European Charter of Regional and Minority Languages* (obra publicada en inglés, español y catalán), Ciemen, Barcelona, 2002.

generales, la Carta contiene una lista de medidas en ámbitos específicos del uso de las lenguas: educación, administración de justicia, administración pública, vida social y cultural, relaciones transfronterizas y medios de comunicación social. Ello ofrece una base estructural para la intervención en política lingüística, cuyo objetivo es el de obtener resultados en el uso práctico de determinadas lenguas, que se complementa con una marcada flexibilidad en cuanto a las obligaciones establecidas, derivada de su concepción como Carta y no como convención clásica.

La Carta está dividida en cinco partes. La Parte I (artículos 1 a 6) delimita su ámbito de aplicación, excluyendo de su protección a los idiomas no europeos que han aparecido recientemente en los Estados miembros como consecuencia de flujos migratorios. Aunque la protección no se circunscribe a los idiomas con un dominio lingüístico definido en un territorio determinado, la misión de la Carta es el desarrollo del uso de las lenguas que tradicionalmente han sido habladas en el continente y que, con independencia de su carácter oficial o no, son empleadas en zonas limitadas del territorio de un Estado o bien son patrimonio de grupos minoritarios que no están concentrados en una específica parte de dicho territorio. Cada Estado, en el momento de su ratificación, debe señalar qué lenguas regionales o minoritarias existen en su interior y qué disposiciones de la Carta se aplicarán a cada una de ellas, teniendo en cuenta las distintas realidades sociolingüísticas y la estructura de la propia Carta.

La Parte II (artículo 7) de la CELRM incluye una serie de principios básicos que deberán ser aplicados a todos los idiomas protegidos, mientras que en la Parte III (artículos 8 a 14) se contienen provisiones más específicas que los Estados, dentro de los límites establecidos en el propio texto, pueden decidir aplicar con libertad. Las medidas de control de su aplicación están establecidas en la Parte IV (artículos 15 a 17). Finalmente, la Parte V (artículos 18 a 23) trata de las provisiones finales, entre las cuales figuran las relativas a la entrada en vigor y régimen de denuncias o reservas.

En relación con las obligaciones que los Estados asumen al ratificar la Carta y la estructura específica del sistema de menú que la misma incorpora, conviene resaltar el juego operativo que se establece en torno a las Partes II y III de este tratado. En este sentido, la CELRM ofrece a los Estados dos posibles niveles de compromiso:

a) La Parte II, o artículo 7, define los objetivos y principios generales perseguidos por la CELRM, en lo que constituye una suerte de mínimo común de obligaciones que deben ser aceptadas por

todos los Estados parte para todas las lenguas regionales o minoritarias que encajen en las definiciones provistas por el artículo 1 de la Carta. De acuerdo al artículo 21 de la misma, no pueden formularse reservas al artículo 7.1, que contiene la mayor parte de dichos principios y objetivos.

b) La Parte III contiene un menú de compromisos específicos para implementar los principios previstos en la Parte II. De acuerdo al tenor literal del artículo 3.1 de la Carta, los Estados parte deben especificar en su instrumento de ratificación qué idiomas regionales o minoritarios se beneficiarán de las medidas previstas en la Parte III y adoptadas por el Estado en cuestión. El artículo 2.2 establece que por cada uno de los idiomas especificados en el momento de la ratificación, deben adoptarse un mínimo de 35 párrafos o subpárrafos de la Parte III, con determinadas condiciones de distribución, que más tarde mencionaremos.

Ello implica no sólo que algunas lenguas regionales o minoritarias pueden quedar protegidas exclusivamente por la Parte II mientras otras lo serán al mismo tiempo por provisiones de la Parte III, sino también que dentro de estas últimas, pueden establecerse diferencias en cuanto a las medidas que cada Estado se compromete a adoptar. Aún más, la Carta permite que un Estado adopte niveles de protección distintos o compromisos específicos diferentes para una misma lengua regional o minoritaria en diferentes partes de su territorio. En consecuencia, la Carta exhibe una enorme flexibilidad en la forma de proteger las lenguas regionales o minoritarias de los diferentes Estados. Teniendo en cuenta la gran variedad de situaciones en las que los idiomas no oficiales pueden encontrarse a lo largo y ancho del continente europeo, incluso dentro del mismo país, este sistema de protección «a la carta» supone incorporar al convenio una gran dosis de pragmatismo. En cualquier caso, los Estados no son libres de escoger arbitrariamente los niveles de protección para las diferentes lenguas, sino que deben seleccionar las provisiones o compromisos adquiridos «de acuerdo a la situación de cada lengua». Ello significa que una medida de protección más débil sólo debe ser adoptada cuando las opciones más exigentes no podrán ser razonablemente aplicadas en función de la situación de la lengua en cuestión. En todo caso, la principal característica de la Carta es su carácter flexible en cuanto a las obligaciones que asumen los diferentes Estados que la ratifican, flexibilidad que viene justificada por la extraordinaria variedad de situaciones lingüísticas existentes en el continente y que explica el carácter relativamente complejo del contenido jurídicamente protegido de la CELRM.

4. **Contenido jurídico de la CELRM: derechos protegidos**

Como se ha señalado con anterioridad, la CELRM tiene como objetivo la protección y promoción de las lenguas regionales y minoritarias como componentes relevantes del patrimonio cultural común de Europa. Ello explica el especial énfasis de los contenidos de la Carta sobre los aspectos culturales y sobre el uso de dichas lenguas en varios ámbitos de la vida pública y social.

Aunque la Carta no reconoce directamente derechos para los individuos o para las minorías lingüísticas, podemos equiparar su contenido protector en derechos de modo indirecto al conjunto de provisiones establecidas en las Partes II y III de la misma, que sirven para obligar a los Estados en diversos ámbitos que tienen que ver con el uso de las lenguas minoritarias. Como señalamos anteriormente, de acuerdo al tenor literal del artículo 3.1, los Estados parte deben, en el momento de su ratificación, especificar a qué lenguas serán aplicables las medidas previstas en la Parte III, quedando las restantes lenguas regionales o minoritarias del mismo Estado bajo la protección genérica de la Parte II de la Carta.

La citada Parte II establece los principios y objetivos que deben respetarse en relación con todas las lenguas regionales o minoritarias, reconocidas o no por los propios Estados. Este elenco de objetivos y principios se refiere, en particular, al reconocimiento de las lenguas regionales y minoritarias como un atributo esencial de una comunidad, el respeto a las áreas geográficas en las que dichas lenguas son habladas, la cuestión del uso oral y escrito de dichas lenguas en la vida pública, social y económica y la enseñanza y estudio de las mismas en todos los niveles. Aunque la Carta se refiere primordialmente a lenguas históricamente identificadas con un territorio determinado del Estado, se consideró también necesario garantizar algún margen de protección a las lenguas no territoriales, definidas en el primer artículo de la CELRM. Esta protección está prevista precisamente a través del contenido del artículo 7 de la Carta. Finalmente, también dentro de la Parte II, se requiere a los Estados a eliminar cualquier discriminación en relación con el uso de lenguas regionales o minoritarias.

Paralelamente, la Parte III contiene un amplio número de provisiones específicas para diversos ámbitos de la vida social que pueden ser adoptadas por los Estados en relación con las diversas lenguas especificadas en el instrumento de ratificación. Como ya especificamos anteriormente, el artículo 2.2 establece que el Estado debe asumir un mínimo de 35 párrafos o subpárrafos de dicha parte para cada uno de los idiomas expresamente señalados en el momento de la ratifica-

ción. Además, los 35 mandatos asumidos deben pertenecer, al menos, uno a cada uno de los artículos que se incorporan en la citada Parte III de la Carta. Esta contiene 7 artículos, cada uno de ellos dedicado a un campo de particular interés para el uso y protección de las lenguas regionales y minoritarias. En este sentido, el artículo 8 se refiere a la educación; el artículo 9 a las autoridades judiciales; el artículo 10 a las autoridades administrativas y los servicios públicos; el artículo 11 trata de los medios de comunicación social; el artículo 12 se refiere a la vida cultural; en el artículo 13 se prevén medidas en el ámbito de la vida social y económica; finalmente, el artículo 14 cubre el ámbito de los intercambios transfronterizos. Algunos de los contenidos ofrecen una doble dimensión pública y privada, cuya adaptación a las circunstancias concretas de cada lengua regional o minoritaria se adecúa a través de la flexibilidad del sistema de opciones ofrecido por la propia Carta.

1.º) *Educación*

El ámbito educativo está regulado en el artículo 8 de la CELRM. Este precepto ofrece un total de 10 opciones posibles agrupadas en dos párrafos principales. Los Estados parte deben, como mínimo, asumir tres de las opciones para las lenguas protegidas por la Parte III de la Carta.

La mayor parte de las provisiones contenidas en el artículo 8 aluden al territorio en el que es usada la lengua regional o minoritaria. La adopción de todas o algunas de estas opciones no excluye en ningún caso la enseñanza de la lengua oficial del Estado en cuestión. Los cinco primeros subpárrafos se refieren a los diferentes niveles de educación: preescolar, primaria, secundaria, técnico-profesional y universitaria. En cada uno de ellos, los Estados que ratifican son libres de adoptar diferentes obligaciones, a saber, desde hacer posible la educación en los idiomas regionales o minoritarios hasta la integración de los mismos como objetos de estudio en los respectivos planes de estudio.

Dentro del mismo párrafo primero, existe la posibilidad para los Estados de asumir tres nuevos compromisos:

a) El subpárrafo «g» prevé la enseñanza de la historia y la cultura relacionadas con el idioma regional o minoritario también a aquellos estudiantes que, sin ser hablantes del mismo, residen en las zonas en las cuales es utilizado.

b) Otro de los subpárrafos trata de la preparación de profesores en orden a implementar las obligaciones derivadas de las cláusulas anteriores.
c) El subpárrafo «i» establece la posibilidad de crear un órgano supervisor con la finalidad de tutelar el cumplimiento de las restantes medidas adoptadas en virtud del presente artículo.

En su segunda parte o párrafo, el artículo 8 contiene la obligación de proveer educación en o de las lenguas regionales o minoritarias en otros territorios diferentes de aquéllos en los cuales son tradicionalmente usadas, siempre que exista un número de hablantes de dichas lenguas que pueda justificar la adopción de una medida de estas características.

2.º) *Autoridades judiciales*

Es el artículo 9 de la Carta el que se refiere al uso de las lenguas regionales o minoritarias ante los órganos judiciales. Este artículo contiene un total de 13 opciones o compromisos posibles para los Estados parte. En todo caso, éstos deberán asumir al menos una de dichas obligaciones para cada uno de los idiomas protegidos conforme a la Parte III de la CELRM.

El artículo 9 incluye referencias a dos ámbitos principales. Por una parte, al uso de las lenguas regionales o minoritarias en el ejercicio de la función judicial (párrafo primero). Por el otro lado, al uso de las mismas lenguas en documentos legales (párrafos segundo y tercero).

Dentro de este marco, el artículo 9.1 permite a los Estados adoptar diferentes niveles de protección para sus idiomas minoritarios, de acuerdo a la variada naturaleza de los procedimientos seguidos: penal, civil o administrativa.

En el ámbito de los procedimientos penales, los Estados pueden proveer o garantizar todas o algunas de las situaciones siguientes:

—Los procedimientos penales serán desarrollados en la lengua regional o minoritaria, cuando una de las partes así lo solicita.
—El acusado penalmente podrá usar su lengua regional o minoritaria a lo largo del procedimiento.
—Pruebas de carácter escrito u oral no podrán ser inadmitidas solamente en virtud de que hayan sido formuladas en un idioma regional o minoritario.

—Algunos documentos relacionados con procedimientos judiciales serán elaborados en la lengua regional o minoritaria sin suponer gastos adicionales para las personas afectadas o beneficiadas.

Todos los Estados que han ratificado hasta el presente la CELRM han adoptado el compromiso que da al acusado el derecho a usar su lengua regional o minoritaria en un procedimiento penal. Debe notarse en este punto que esta provisión juega incluso en el caso de que el acusado sea capaz de expresarse en el idioma oficial del Estado. Es una cuestión de su elección el utilizar una u otra lengua para desarrollar su defensa. Esta elección supondrá normalmente el uso de traducción o intérpretes en el procedimiento. En consecuencia, se trata de un ámbito protectivo mayor que el ofrecido por la aplicación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cláusulas similares se contienen en el artículo 10.3 de la CMPMN, así como en el párrafo 17 de las Recomendaciones de Oslo en relación con los derechos lingüísticos de las minorías nacionales.

En cuanto a los procedimientos judiciales que involucran materias civiles o administrativas, los Estados pueden adoptar medidas de protección en ambas jurisdicciones o sólo en una de ellas. Las situaciones que pueden garantizarse por los Estados son las siguientes:

—Que los procedimientos puedan ser desarrollados en una lengua regional o minoritaria a requerimiento de una de las partes.
—Que los documentos y pruebas puedan ser presentadas en dichas lenguas, si es preciso a través de la ayuda de traducciones.
—Que el uso de las lenguas regionales o minoritarias en la provisiones anteriores no genere gastos añadidos para las personas afectadas.
—Que los litigantes tengan la posibilidad de usar su idioma regional o minoritario sin incurrir en gastos adicionales.

El segundo conjunto de cláusulas del artículo 9 se refiere al uso de las lenguas regionales o minoritarias a la hora de redactar o publicar documentos. Pueden distinguirse, por un lado, los documentos probatorios que pueden ser utilizados ante las autoridades judiciales y, por otra parte, los textos legislativos. Para los primeros se prevén tres tipos de medidas en graduación de mayor a menor eficacia: la genérica imposibilidad de denegar la validez de dichos documentos sólo porque están redactados en un idioma regional o minoritario, la misma imposibilidad con efectos entre las partes y ante terceros, y la misma imposibilidad con solos efectos entre las partes. Por lo que se refiere a los textos normativos, los Estados pueden asumir la obligación de proveer versiones en las

lenguas regionales o minoritarias de los principales documentos del ordenamiento jurídico.

3.º) *Autoridades administrativas y servicios públicos*

El artículo 10 de la Carta contiene una amplia gama de medidas dirigidas a la promoción del uso de las lenguas regionales o minoritarias ante o por las autoridades administrativas. Este artículo está dividido en 5 párrafos, conformando un total de 15 opciones posibles. Todo Estado parte está obligado a implementar al menos una de dichas medidas por cada lengua especificada en el instrumento de ratificación. Una visión sintética del contenido de este precepto puede ser presentada dividiendo las medidas contempladas en tres grupos. En primer lugar, existe un grupo de medidas relativas a las relaciones entre individuos y órganos administrativos. En segundo lugar, se contienen medidas en relación con las relaciones internas de las Administraciones. Finalmente, otras medidas se refieren al uso de los nombres propios por las autoridades administrativas.

A) Medidas sobre las relaciones entre individuos y órganos administrativos

En este punto, el artículo 10 distingue entre Administraciones estatales, locales o regionales y entidades que prestan servicios públicos. En relación con las Administraciones estatales, se prevén hasta 5 medidas a modo de graduación, siempre en función de la situación de cada lengua protegida, hasta el punto en que resulten razonablemente posibles y para aquellos distritos administrativos en los que el número de hablantes de lenguas regionales o minoritarias justifica la adopción de dichas medidas. La graduación en la protección oscila desde el uso en general de las lenguas minoritarias por las autoridades administrativas hasta la posibilidad para los usuarios de dichas lenguas de someter documentos redactados en tales idiomas.

El segundo párrafo se refiere a las autoridades regionales o locales en cuyos territorios hay un número sustancial de hablantes de lenguas regionales o minoritarias que justifica la adopción de todas o algunas de las siguientes medidas:

- —Permitir o impulsar el uso de dichas lenguas en el marco de la Administración local o regional.
- —Ofrecer la posibilidad de presentar peticiones y demandas orales o escritas en las referidas lenguas.

—Publicar documentos oficiales en las lenguas regionales o minoritarias.
—Permitir el uso de los idiomas minoritarios en los debates celebrados en las Asambleas locales y regionales, sin excluir en ningún caso el uso de los idiomas oficiales del Estado.

En tercer lugar, el artículo 10 alude a las entidades dedicadas a la prestación de servicios públicos, fueran éstas de naturaleza administrativa o no. Con las condiciones estipuladas para las Administraciones estatales, es decir, de acuerdo a la situación existente, en la medida en que resulte razonablemente posible y dentro del territorio en el que las lenguas regionales o minoritarias son utilizadas, se prevén tres posibilidades de protección: el uso de las lenguas minoritarias en la provisión de un servicio público, la posibilidad para los usuarios de los servicios de someter peticiones y recibir respuestas en dichas lenguas o, finalmente, la posibilidad para los usuarios de someter peticiones en las lenguas protegidas.

B) Medidas sobre las relaciones administrativas internas

Con el objeto de llevar a efecto las provisiones anteriores en las relaciones entre individuos y órganos administrativos, los Estados pueden asumir las obligaciones previstas en el párrafo 4 del artículo 10. Este apartado incluye medidas tales como:

—Tener en consideración las habilidades lingüísticas en el reclutamiento y capacitación de los oficiales y funcionarios públicos.
—Responder afirmativamente, hasta donde sea posible, a las peticiones de los empleados públicos que son hablantes de lenguas regionales o minoritarias de prestar sus servicios en los territorios en los que dichas lenguas son habitualmente empleadas.
—Proveer traducción a las lenguas regionales o minoritarias cuando resulte necesario.

Por el contrario, la Carta no prevé medidas referentes a las relaciones entre Administraciones públicas.

C) Medidas sobre el uso de nombres propios por los órganos administrativos

En este campo, puede distinguirse entre nombres familiares y personales y toponimia. En relación con los nombres propios de personas, el párrafo 5 del artículo 10 establece que los Estados asumen el compromiso de permitir el uso o adopción de nombres personales en lenguas regionales o minoritarias.

Por lo que se refiere a la toponimia, otra provisión se contempla en virtud de la cual los Estados se comprometen al uso de las formas correctas y tradicionales en las lenguas minoritarias. Esta cláusula está incluida entre las medidas a adoptar por autoridades locales o regionales y es el correlato en la CELRM del artículo 11.3 del CMPMN.

4.º) *Medios de Comunicación social*

El papel desempeñado por los medios de comunicación social resulta de extraordinaria importancia en nuestras sociedades actuales para el desarrollo de las lenguas regionales o minoritarias. Hoy en día ningún idioma puede mantener su influencia si carece de acceso a las nuevas formas de comunicación de masas. Por esta razón, la Carta incluye un artículo sobre esta materia. Aunque en muchos países la creación y desarrollo de los medios de comunicación pertenecen al ámbito del sector privado, el Estado interviene normalmente en formas diferentes para crear su propio servicio público de difusión o para autorizar o fomentar la existencia de compañías privadas con el mismo objeto. En cualquier caso, la influencia de los medios en la vida de las comunidades minoritarias es manifiesta, afectando a las realidades lingüísticas tanto como el propio sistema educativo. Por ello, en este ámbito el artículo 11 incluye 9 opciones para ser asumidas por los Estados parte.

El primer párrafo del artículo se refiere a los territorios en los que las lenguas regionales o minoritarias son habladas tradicionalmente. Las medidas propuestas en este párrafo obligan a los Estados en función de la situación de cada idioma y en la medida en la que las autoridades públicas son competentes en el ámbito de los medios de comunicación. Las opciones varían desde asegurar la creación de al menos una estación de radio o televisión en las lenguas minoritarias hasta facilitar la difusión de programas de radio o televisión en las mismas lenguas.

El artículo incluye también posibles medidas para promocionar o facilitar la publicación de prensa escrita y la distribución de productos audiovisuales en las lenguas regionales o minoritarias. Otras opciones pueden ser asumidas de cara a financiar los costos adicionales de dichos medios de comunicación o para apoyar la formación de periodistas que puedan trabajar en dichas lenguas.

El párrafo segundo ofrece a los Estados parte la posibilidad de garantizar la libertad de recepción de emisiones de radio y televisión desde otros países. Esta cláusula resulta de especial interés para las minorías lingüísticas cuyo idioma es oficial o ampliamente hablado en los Estados vecinos o fronterizos.

Finalmente, en el párrafo tercero encontramos la opción de garantizar la representación de los hablantes de lenguas regionales o minoritarias en órganos cuya misión es velar por el pluralismo de los medios de comunicación social. Aunque representación no significa exactamente participación directa, de acuerdo a esta cláusula debe ser asegurado que los miembros de las minorías lingüísticas sean escuchados en dichos órganos por el procedimiento que en cada caso corresponda.

5.º) *Actividades y recursos culturales*

En este campo, como sucedía en el caso del artículo 11, la Carta requiere a los Estados compromisos en la medida en que las autoridades públicas resulten competentes para adoptar acciones efectivas. Nuevamente, podemos considerar que en el artículo 12 se incorporan medidas dirigidas tanto al ámbito público como al privado del uso de las lenguas minoritarias. Este precepto incluye 10 opciones, de las que como mínimo tres deben ser asumidas por los Estados para cada lengua especificada en el instrumento de ratificación.

Las primeras siete opciones se refieren a los territorios en los que las lenguas regionales o minoritarias son utilizadas. Incluyen diversas medidas promotoras en relación con recursos y actividades culturales, tales como teatros, museos, cines, archivos, festivales y bibliotecas. El artículo 12 prevé en su párrafo segundo la posible extensión de las medidas anteriores a los territorios en los que las lenguas protegidas no han sido habladas tradicionalmente. Algo similar ocurre con el párrafo tercero, en el que los Estados se comprometen a incorporar a su política exterior cultural provisiones relativas a las lenguas regionales o minoritarias.

6.º) *Vida económica y social*

El artículo 13 de la Carta persigue, de acuerdo al Informe Explicativo, un doble objetivo. Por una parte, eliminar medidas de prohibición u obstaculización del uso de las lenguas regionales o minoritarias en la vida social y económica. Por otro lado, proponer un número de medidas positivas para promover la presencia de dichas lenguas en los campos mencionados. En consecuencia, el mencionado precepto está dividido en dos grupos de medidas, existiendo una párrafo para contener cada uno de ellos. En total se contienen 9 subpárrafos u opciones, de las que al menos una deberá ser adoptada por cada Estado para cada una de las lenguas especificadas en el instrumento de ratificación.

El primer grupo de medidas previstas en este artículo puede ser aplicado al conjunto del Estado, puesto que su propósito es eliminar todo tipo de discriminación lingüística en los campos económico y social. El conjunto de medidas que pueden ser adoptadas por los Estados incluye:

—Eliminar cualquier provisión legal que limite el uso de las lenguas regionales o minoritarias en documentos relativos a la vida económica o social.
—Prohibir cualquier cláusula restrictiva del uso de dichas lenguas en las regulaciones internas de las empresas.
—Combatir las prácticas diseñadas para obstaculizar el uso de estas lenguas en dichos ámbitos.
—Fomentar el uso de las lenguas minoritarias en la vida económica y social.

El segundo grupo de medidas previstas en el artículo 13 está pensado para ser aplicado en los territorios en los que las lenguas regionales o minoritarias son habitualmente utilizadas. Dos condiciones modulan la aplicación de las siguientes provisiones. Por un lado, son aplicables en la medida en que las autoridades públicas resulten competentes en las materias aludidas. Por otra parte, son exigibles en la medida en que resultan razonablemente posibles. En este orden, los Estados pueden adoptar medidas tales como:

—Permitir por medio de regulaciones el uso de las lenguas regionales o minoritarias en los documentos del ámbito financiero.
—Asegurar que las instrucciones de seguridad de los productos son también expuestas en las lenguas regionales o minoritarias.
—Informar en dichas lenguas de los derechos de los consumidores.
—Organizar actividades para promover el uso de dichas lenguas en los sectores económico y social.
—Garantizar la posibilidad de recibir servicios de asistencia social en los idiomas minoritarios.

Como puede comprobarse, algunas de las provisiones referidas en este artículo 13 incluyen también obligaciones para el sector privado. En lo concerniente a las instrucciones de seguridad de los productos y a los derechos de los consumidores, debe hacerse notar que la información ofrecida en más idiomas que los oficiales es, además de una medida que tiende a la promoción de las lenguas minoritarias, un evidente refuerzo de la seguridad de los consumidores y usuarios que en ocasiones puede servir para exonerar de responsabilidad al Estado o a las propias compañías privadas.

7.º) *Intercambios transfronterizos*

En el ámbito de los intercambios transfronterizos, el artículo 14 ofrece a los Estados dos posibles compromisos. Sin embargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2, cualquier Estado puede ratificar la Carta sin adoptar ninguno de los dos compromisos previstos en el artículo 14.

Los párrafos a y b de este artículo impulsan a los Estados a facilitar o promover la cooperación transfronteriza, en particular entre grupos de hablantes o entre autoridades regionales o locales de territorios que comparten un mismo idioma. Estos esfuerzos pueden ser canalizados a través de acuerdos formales internacionales (primera opción) o a través de vías más informales de colaboración (segunda opción).

En todo caso, debe entenderse que los niveles de protección ofrecidos por la Carta conforman estándares mínimos y no pueden ser considerados como un régimen de máxima protección para las lenguas regionales o minoritarias. En varios Estados europeos el uso de dichas lenguas supera claramente lo dispuesto en la Carta. Algunos de los regímenes de protección previstos en países como Italia, Bélgica, España, Finlandia, Suiza o Irlanda rebasan todas o muchas de las provisiones de la CELRM. Como sucede habitualmente en los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, cuando un Estado ratifica la Carta, la regulación internacional no modifica a la baja en ningún caso cualquiera de los aspectos del régimen protector ya existente en el ámbito doméstico, tal y como se encarga de recordar el artículo 4 de la propia Carta.

5. **Contenido jurídico de la CELRM: mecanismos de aplicación**

Por lo que se refiere a los mecanismos de implementación, la Carta únicamente prevé un sistema de información sobre su aplicación. Los Estados parte quedan obligados a presentar ante el Secretario General del Consejo de Europa un informe sobre las medidas adoptadas de cara al cumplimiento de las provisiones adoptadas. Esta información debe ser remitida cada tres años y tiene un carácter público. Un Comité de Expertos, compuesto por individuos de reconocida competencia en las materias propias de la Carta, examina dicha información y prepara a su vez un informe que somete al Comité de Ministros del Consejo incluyendo propuestas para posteriores recomendaciones que éste pueda dirigir a las Partes. Las conclusiones y recomendaciones del Co-

mité de Ministros no son jurídicamente vinculantes y no existe ningún sistema sancionatorio, más allá de los efectos publicitarios del propio proceso.

El Comité de Expertos puede recibir información de diversas fuentes que puedan complementar o contrastar los informes enviados por los diferentes Estados. De igual forma, el Comité de Expertos puede cooperar e intercambiar información con el Comité Consultivo del CMPMN, así como con otros órganos del Consejo de Europa con relevancia en esta área. Entre ellos pueden encontrarse la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia, el Comité Permanente sobre Medios de Comunicación o el Comité de Educación.

Igualmente, el Secretario General del Consejo de Europa pone a disposición del Comité de Expertos comunicaciones recibidas de órganos o asociaciones legalmente establecidas en un Estado Parte, que contengan información relevante para el trabajo del Comité. Este puede tener en cuenta dichas informaciones tras ser consultadas con los Estados afectados. Del mismo modo, el Secretario General dispone de un archivo de las comunicaciones relevantes recibidas por los distintos miembros del Comité

Finalmente, el Comité puede decidir, por mayoría de dos tercios, realizar una visita sobre el terreno por parte de uno o varios de sus miembros, con el fin de efectuar una evaluación *in situ* de cualquier situación que pueda resultar relevante para la aplicación de la Carta. En las mismas, los miembros del Comité pueden establecer contactos con representantes de los grupos lingüísticos y de organizaciones no gubernamentales.

6. **La práctica de la CELRM**

A los diez años de la apertura a la firma de la Carta, un total de 17 Estados miembros del Consejo de Europa han ratificado este instrumento protector. La entrada en vigor del mismo se produjo el 1 de marzo de 1998, una vez alcanzadas las cinco primeras ratificaciones. Estas fueron las de Noruega, Finlandia, Hungría, Países Bajos y Croacia. En el mismo año 1998, la Carta entró en vigor también para Suiza y Liechtenstein. Alemania y Suecia se vincularon a la Carta en los años 1999 y 2000 respectivamente. En 2001, otros cinco Estados se convirtieron en parte de este tratado: Dinamarca, Eslovenia, España, Reino Unido y Austria. Finalmente, a lo largo de 2002, la Carta habrá entrado en vigor también para Eslovaquia, Armenia y Chipre. Otros 12 Estados del Consejo de Europa han firmado la Carta sin haber aún procedido a

la ratificación de la misma[9]. Los restantes 15 Estados no han procedido siquiera a la firma del tratado.

De acuerdo a las declaraciones presentadas por los Estados parte en sus instrumentos de ratificación, podemos identificar las lenguas que han ido siendo incorporadas al sistema protectivo de la Carta. Los diferentes Estados ratificantes han guardado estricto respeto al texto del artículo 2 de la Carta y han procedido a listar las lenguas específicamente protegidas en su territorio, con la salvedad de Liechtenstein, que señala la inexistencia de lenguas regionales o minoritarias en su territorio, y de España, cuyo instrumento de ratificación no señala expresamente cuáles son las lenguas protegidas por las distintas partes de la Carta, abriendo un importante problema de interpretación. En todo caso, puede señalarse que en la actualidad hay 35 lenguas regionales o minoritarias y 3 lenguas oficiales[10] expresamente protegidas por disposiciones contenidas en la Parte III de la Carta[11]. Es aún más difícil establecer el número de lenguas protegidas exclusivamente bajo la Parte II, si bien puede estimarse que se trata de 10 nuevas lenguas diferentes a las 38 anteriormente aludidas.

Los niveles de protección adoptados con respecto a las diferentes lenguas regionales o minoritarias varían extraordinariamente de un país a otro. Así, dentro de las lenguas protegidas bajo la Parte III de la Carta, nos encontramos con instrumentos de ratificación extraordinariamente profusos, como el de la República Federal de Alemania, en el que se especifican compromisos diferentes en función de cada lengua y de cada land o territorio federal. El otro extremo está representado por el instrumento de ratificación de España, que incluye las mismas provisiones para todas las lenguas protegidas bajo la Parte III con indiferencia de sus variadas situaciones sociolingüísticas y del territorio en el que aquéllas van a ser aplicadas. Lo más habitual es que los Estados especifiquen distintos compromisos para distintas lenguas y, en algunos casos, que diferencien las cláusulas asumidas para una misma lengua en función del territorio en el que van a ser aplicadas.

Los informes iniciales enviados por los diferentes Estados al Comité de Expertos también varían considerablemente en su contenido y calidad. El Comité ha podido hasta la fecha examinar atentamente los mismos,

---

[9] Se trata de Azerbayán, Chequia, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Malta, Moldavia, Rumanía, Rusia, Macedonia y Ucrania.

[10] Estas son el sueco en Finlandia y el italiano y el romanche en Suiza.

[11] Desde el punto de vista dialectológico, se trata de 12 lenguas eslavas, 7 germánicas, 6 románicas, 4 fino-ugrias, 3 célticas, 3 indo-iranias, una semítica (asirio), griego y euskera.

así como elaborar a su vez documentos muy consistentes sobre la situación de las lenguas en diferentes Estados y propuestas de recomendaciones que en lo general han sido asumidas por el propio Comité de Ministros del Consejo de Europa. Para algunos países han comenzado a llegar ya los segundos informes periódicos. Para su labor, el Comité ha realizado visitas de trabajo a países como Croacia, Países Bajos, Finlandia, Hungría, Noruega, Alemania, Suecia o Suiza. Esta práctica de las visitas *in loco* parece convertirse en algo habitual en el procedimiento de aplicación de la CELRM.

Finalmente, cabe señalar que el principio de publicidad que preside el procedimiento de aplicación hace más efectiva a la Carta. La labor del Secretariado del Consejo está resultando también muy eficaz, a pesar de los limitados medios con los que la institución cuenta. En este sentido, se están realizando esfuerzos para involucrar en la mayor medida posible a los movimientos y organizaciones sociales que pueden complementar y perfeccionar las informaciones ofrecidas por los Estados, no solamente a través de la presentación de las problemáticas existentes, sino también a través de la colaboración con las instituciones públicas. Por otro lado, ésta es la forma de la que disponen los representantes de los propios grupos lingüísticos de hacer oír su voz en cuanto al cumplimiento de los compromisos adoptados por su Estado o, incluso, de cara a la exigencia de la adopción de nuevos compromisos en el mismo sentido.

7. **Conclusión**

La CELRM constituye un instrumento jurídico protector del patrimonio lingüístico europeo que puede alcanzar importantes dosis de efectividad. Su caracterización como tratado-carta implica una flexibilidad poco conocida en el mundo de las normas jurídicas, que ayuda a adaptar las previsiones jurídicas a las realidades sociales. En este sentido, la labor desarrollada por el Comité de Expertos, por el Secretariado del Consejo de Europa y por los movimientos sociales puede resultar fundamental a la hora de explorar las numerosas posibilidades que encierra un tratado de estas características.

Aunque la CELRM no se refiere explícitamente a derechos, sino que su objeto es la protección de un patrimonio lingüístico, debe ser incluida en el elenco de tratados protectores de derechos humanos y, más específicamente, en los llamados derechos de las minorías. Al crear obligaciones para los Estados contratantes, la Carta viene a alumbrar derechos exigibles por la comunidad en su conjunto pero,

particularmente, por los miembros de las comunidades lingüísticas beneficiadas.

La flexibilidad de la Carta, que permite la adopción de diferentes niveles protectores para las distintas situaciones lingüísticas de Europa, es una característica que puede ser aprovechada en una u otra dirección, tanto para diluir el significado de la protección lingüística de las minorías como para avanzar interpretaciones positivas y progresistas que permitan una protección eficaz. De hecho, el contenido protector de la Carta oscila considerablemente entre las opciones mínimas y las más exigentes. En todo caso, su mera existencia dentro del elenco de tratados del Consejo de Europa constituye un avance en la materia y el trabajo desarrollado en relación con los primeros países en ratificar la Carta puede valorarse positivamente. Los retos fundamentales pendientes son el de extender su ratificación a una mayoría amplia de Estados y el de socializar el contenido y las posibilidades de un tratado que exige una participación directa de los grupos afectados en colaboración con las instituciones competentes para su aplicación.

Parte V

La Organización de Estados Americanos y los derechos humanos

El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002)

Antônio Augusto Cançado Trindade

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección. III. Formación del Sistema Interamericano de Protección. IV. Institucionalización Convencional del Sistema Interamericano de Protección. V. Consolidación del Sistema Interamericano de Protección. 1. La Construcción Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3. Convenciones Interamericanas Sectoriales de Protección. 4. Otras Iniciativas Relevantes. VI. Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección. 1. El Nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana. 2. El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana. VII. Relación del Mecanismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los de Otros Sistemas de Protección. VIII. El Fortalecimiento de la Capacidad Procesal Internacional de los Individiduos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. IX. Perspectivas.

I. **Introducción**

El sistema interamericano de protección de los derechos de la persona humana se enmarca en la universalidad de los derechos humanos, integrándose en el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[1]. Un examen cuidadoso de la evolución del referido sistema interamericano de protección conlleva a la identificación de cinco etapas básicas en el proceso de su desarrollo normativo e institucional. La primera, la de los antecedentes del sistema, fue marcada por la mezcla de instrumentos de efectos jurídicos variables (convenciones y

---

[1] Para una sistematización de este último, *cf.* Cançado Trindade, A.A.: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volumen I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486; Cançado Trindade, A.A.: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volumen II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 1-440; Cançado Trindade, A.A.: *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volumen III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-663.

resoluciones orientadas hacia determinadas situaciones o categorías de derechos). La segunda, la de la formación del sistema interamericano de protección, se caracterizó por el rol solitariamente protagónico de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la gradual expansión de las facultades de la misma. La tercera, la de la institucionalización convencional del sistema, evolucionó a partir de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La cuarta etapa, que se desarrolla a partir del inicio de la década de los ochenta, es la de la consolidación del sistema de protección, mediante la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la adopción de los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana, respectivamente sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) y sobre la Abolición de la Pena de Muerte (1990). A estos Protocolos se suman las Convenciones interamericanas sectoriales, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999), además de otras iniciativas relevantes.

En la actualidad tiene lugar una quinta etapa, que se podría denominar de perfeccionamiento del mecanismo de protección de la Convención Americana en este inicio del siglo XXI; se refleja en los cambios recientes y significativos introducidos en sus Reglamentos tanto por la Comisión como por la Corte Interamericanas de Derechos Humanos. El *leitmotiv* de esas reformas se resume en el fortalecimiento de la capacidad procesal internacional de los individiduos en los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otro punto a considerar es el de la relación del mecanismo de protección de la Convención Americana con los de otros sistemas de salvaguardia de los derechos humanos. Pasemos, pues, al examen de la evolución, del estado actual y de las perspectivas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

II. **Antecedentes del Sistema Interamericano de Protección**

Si tomamos como punto de partida del sistema interamericano la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, acompañada por la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales del mismo año (ambas basadas en resoluciones y no en tratados), constatamos que la Declaración Americana formó la base norma-

tiva de la materia en el período que antecede la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, y sigue siendo la base normativa *vis-à-vis* los Estados no-Partes en la Convención Americana. La Declaración de 1948 proclamó los derechos en ella consagrados como inherentes a la persona humana, avanzó —distintamente de la Convención Americana— una visión integral de los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales), y señaló la correlatividad entre derechos y deberes[2].

La Declaración Americana ha mantenido su actualidad como base normativa[3]. En los últimos años, sigue siendo frecuentemente invocada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ha sido objeto de pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en tres de sus Opiniones Consultivas (*cf. infra*): la primera, para la integración entre los sistemas regional y universal de protección; la sexta, en relación con el concepto del bien común (artículo 32(2) de la Convención Americana); y la décimosegunda, en cuanto a la interacción interpretativa entre la Declaración y la Convención Americana.

En la primera etapa de los antecedentes, en la evolución del sistema interamericano de protección, constatamos además que la Declaración y la Carta de Garantías Sociales de 1948 fueron precedidas o acompañadas de otros instrumentos de contenido y efectos jurídicos variables, generalmente orientados hacia determinadas situaciones o categorías de derechos (convenciones sobre derechos de los extranjeros

---

[2] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con ocasión de Su Cuadragésimo Aniversario», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* - número especial [mayo 1989] pp. 121-129; URIBE VARGAS, D.: *Los Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, Madrid, Ed. Cult. Hispánica, 1972, pp. 1 ss.; GARCÍA BAUER, C.: *Los Derechos Humanos en América*, Guatemala, Tip. Nacional, 1987, pp. 1 ss.

[3] Los derechos consagrados en la Declaración son los siguientes: derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona; derecho a la igualdad ante la ley; derecho de libertad religiosa y de culto; derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión; derecho a la protección de la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar; derecho a la constitución y a la protección de la familia; derecho de protección a la maternidad y a la infancia; derecho de residencia y tránsito; derecho a la inviolabilidad del domicilio; derecho a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia; derecho a la preservación de la salud y al bienestar; derecho a la educación; derecho a los beneficios de la cultura; derecho al trabajo y a una justa retribución; derecho al descanso y a su aprovechamiento; derecho a la seguridad social; derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de los derechos civiles; derecho de justicia; derecho de nacionalidad; derecho de sufragio y de participación en el gobierno; derecho de reunión; derecho de asociación; derecho a la propiedad; derecho de petición; derecho de protección contra la detención arbitraria; derecho a proceso regular; y derecho de asilo.

y de los ciudadanos naturalizados, convenciones sobre asilo, convenciones sobre derechos de la mujer, resoluciones adoptadas en las Conferencias interamericanas sobre diversos aspectos de la protección de los derechos humanos, declaraciones de conferencias que contienen alusiones al tema de los derechos humanos).

Tenemos, así, en esta etapa inicial, una mezcla de instrumentos que van desde los de carácter obligatorio hasta los puramente recomendatorios, en su mayor parte relacionados con determinados aspectos de los derechos individuales en el continente americano. Curiosamente, fue una Resolución de una Conferencia Interamericana, la de Lima de 1938, la que vino a constituir un antecedente de la Declaración Americana de diez años después, por primera vez discutiendo en una conferencia de manera directa en nuestro continente el tema de los derechos humanos y de las medidas conjuntas para su salvaguardia.

En efecto, los instrumentos internacionales de derechos humanos en general forman un *corpus* de reglas bastante complejo, distintas en cuanto a sus orígenes, a su contenido, a sus efectos jurídicos, a su ámbito de aplicación, a sus destinatarios o beneficiarios, a su ejercicio de funciones y a sus técnicas de control y supervisión. A nivel de implementación, los órganos de supervisión operan sobre bases jurídicas distintas (v.g., convenciones, instrumentos constitutivos de organizaciones internacionales, resoluciones de órganos internacionales). La constatación de las distintas bases jurídicas se da también en relación con la operación de los métodos de implementación (peticiones o reclamaciones o comunicaciones o denuncias, informes, e investigaciones o determinación de los hechos). Este fenómeno de diversidad de medios y de identidad de propósito es ilustrado pertinentemente por la propia evolución del sistema interamericano de protección, el cual, en sus orígenes, fue así incorporado en instrumentos de contenido y efectos jurídicos variables (tratados y resoluciones)[4].

III. **Formación del Sistema Interamericano de Protección**

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos se originó en una resolución y no en un tratado: la Resolución VIII de la V Reunión de Consulta de los Ministros de Relaciones Exteriores (Santiago, 1959).

---

[4] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Evolution of the OAS System of Human Rights Protection: An Appraisal», 25 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (1982), pp. 498-514.

Tenía, según su Estatuto de 1960, un mandato limitado a la promoción de los derechos humanos. Sin embargo, una vez creada, la propia Comisión pasó a luchar por la gradual expansión de sus facultades. Así, la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), por medio de la Resolución XXII, amplió los poderes de la Comisión para que también pudiera recibir peticiones o comunicaciones sobre violaciones de los derechos humanos. Además, se incluyeron entre los poderes de la Comisión el sistema de informes (de distintos tipos, como informes de sesiones, informes anuales e informes sobre determinados países), el examen de comunicaciones, las visitas de observación *in loco* a los Estados (con la anuencia de éstos) y la preparación de estudios y seminarios. Los poderes de la Comisión, originalmente limitados, se expandieron mediante un proceso de interpretación liberal.

En los primeros años de su existencia, la Comisión fue aún más allá, ya como órgano de protección[5]: en el caso de la *República Dominicana* (1965-1966), la Comisión se transformó en verdadero órgano de acción actuando continuamente en aquel país más de un año, ampliando considerablemente sus atribuciones de órgano de observación y recomendación. Cuatro años después, durante el conflicto armado entre *Honduras y El Salvador* (1969), miembros de la Comisión permanecieron en aquellos países por un período de aproximadamente cuatro meses. Ya no quedaba duda alguna de que la Comisión se había consolidado como órgano de acción efectiva en la protección de los derechos humanos.

Con el primer Protocolo de Reformas de la Carta de la OEA (Buenos Aires, 1967), que entró en vigor en 1970, la Comisión fue en fin erigida en uno de los órganos principales de la Organización regional. De esta manera se fortaleció el *status* jurídico de la misma, poniendo fin a eventuales objeciones a su competencia: la Comisión pasaba así a disponer de una base convencional, con un mandato no sólo de promoción, sino también de control y supervisión de la protección de los derechos humanos. A partir de entonces la Comisión actuó con amplio margen de acción, como queda ilustrado, por ejemplo, por el *caso chileno*, en el cual la Comisión se dedicó a la recolección de datos relevantes, realizó

---

[5] Sobre la práctica de la Comisión, *cf.,* en general, e.g., COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: *Diez Años de Actividades - 1971-1981*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1982, pp. 1 ss.; FAPPIANO, O.L. y LOAYZA C.T., : *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1971-1995)*, Buenos Aires, Ed. Abaco, 1998, pp. 1 ss.; MEDINA QUIROGA, C.: *The Battle of Human Rights - Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, pp. 1 ss.

misiones de investigación *in loco* y elaboró recomendaciones e informes al respecto a partir de 1973.

Una de las más completas investigaciones jamás realizadas por la Comisión se encuentra en el informe de 1979 sobre los *desaparecidos en Argentina*. Al final de los años setenta, la Comisión había efectuado 11 visitas *in loco*, número que duplicó al final de la década de los ochenta. Dichas observaciones *in loco* han tenido, además, una función preventiva, para evitar nuevas violaciones de derechos humanos, y han alimentado el sistema de peticiones o denuncias (que tienden a aumentar después de una visita *in loco*). En los últimos años, de entre las más importantes misiones, se pueden destacar las que han resultado en los informes sobre la situación de los derechos humanos en *Haití* (1994-1995), en *República Dominicana* (1999) y en *Perú* (2000).

Los *informes anuales* de la propia Comisión han pasado a incluir una sección con informaciones proporcionadas por los gobiernos de los Estados miembros de la OEA sobre el progreso alcanzado en la realización de los objetivos consagrados en los instrumentos básicos del sistema interamericano de protección. La Comisión no dejó de instar a los Estados miembros de la OEA a incorporar en los textos de sus Constituciones ciertas categorías de derechos (o a incorporar los derechos internacionalmente consagrados en su Derecho interno) y a armonizar sus legislaciones respectivas con los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos. Algunos Estados han procedido así hasta la fecha.

En cuanto al examen de las comunicaciones recibidas, sobre alegaciones de violaciones de los derechos humanos[6], la naturaleza de los procedimientos adoptados permitió a la Comisión actuar con flexibilidad y evitar el rechazo inmediato de ciertas comunicaciones con base en las condiciones de admisibilidad (tales como, v.g., el requisito del previo agotamiento de los recursos internos por los peticionarios). A la Comisión le fue posible utilizar presunciones en favor de las presuntas víctimas en lo que se refería a las condiciones de admisibilidad de sus comunicaciones.

En cuanto al requisito del previo agotamiento de los recursos internos, la Comisión ha adoptado una diversidad de soluciones, que

---

[6] *Cf.,* e.g., AGUILAR, A.: «Procedimiento que Debe Aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Examen de las Peticiones o Comunicaciones Individuales sobre Presuntas Violaciones de Derechos Humanos», *Derechos Humanos en las Américas - Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 199-216; PINTO, M.: *La Denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 1993, pp. 1 ss.

incluyen solicitud de informaciones adicionales y aplazamiento de la decisión (en lugar del simple rechazo de las peticiones), y reapertura subsiguiente de los casos. En efecto, uno de los aspectos sobresalientes de la experiencia de la Comisión en esta área reside en el tratamiento dispensado a las llamadas «situaciones generales», o casos en que se alegan violaciones generalizadas de derechos humanos. En virtud de una regla de interpretación fijada en la II Conferencia Interamericana Extraordinaria (Río de Janeiro, 1965), se admitió que el requisito de admisibilidad del previo agotamiento de los recursos de Derecho interno no se aplicaría en tales «situaciones generales». Dicha regla de interpretación se aplicó en algunos casos concernientes a suspensión de garantías del *due process* y otras irregularidades, e ineficacia de los recursos de amparo y de *habeas corpus,* a mediados de los años setenta. De este modo, la práctica de la Comisión en este particular, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contribuyó a facilitar gradualmente el acceso de las presuntas víctimas a la instancia internacional y a fortalecer su posición en el plano internacional.

Ha demostrado, además, que aquel requisito de admisibilidad no es sacrosanto, inmutable o absoluto, y ha sido aplicado —a la luz del criterio de la eficacia de los recursos internos— con mucha más flexibilidad en el contexto de la protección internacional de los derechos humanos. Aquí los recursos internos forman parte integrante del propio sistema de protección internacional de los derechos humanos, con énfasis en el elemento de reparación (*redress*) y no en el proceso de un agotamiento mecánico de recursos. Dicho requisito da testimonio de la interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en el presente contexto de protección, fundamentalmente orientado hacia las víctimas, y dirigido a los derechos de los seres humanos y no de los Estados. Las reglas generalmente reconocidas del Derecho internacional —a las cuales se refiere la formulación del requisito del agotamiento en los tratados e instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos—, además de seguir una evolución propia en los distintos contextos en los cuales se aplican, sufren necesariamente, cuando insertadas en tratados e instrumentos de derechos humanos, un cierto grado de ajuste o adaptación, dictado por el carácter especial del objeto y propósito de éstos y por la especificidad ampliamente reconocida de la protección internacional de los derechos humanos[7].

---

[7] CANÇADO TRINDADE, A.A.: *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1-443.

La práctica de la Comisión Interamericana en este particular constituye una clara ilustración de este entendimiento. En su vasta práctica de examen de comunicaciones individuales, la Comisión ha adoptado resoluciones de contenido variable según los casos[8]. Tales resoluciones han declarado que los actos relatados en los casos constituyen *prima facie* violaciones de derechos humanos, o han recomendado una amplia investigación de lo que parecía constituir violaciones de los derechos humanos, o han decidido archivar los casos hasta que se conocieran los resultados de investigaciones en curso, o, en fin, han declarado que no se verificaron las violaciones de los derechos humanos alegadas en las comunicaciones.

De modo general, en su vasta práctica, tanto en decisiones sobre casos individuales, como en observaciones *in loco* o en informes sobre situaciones de derechos humanos[9], la Comisión Interamericana ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestiones como la prevalencia de las garantías judiciales y el debido proceso[10], el derecho a condiciones mínimas de tratamiento en prisiones, la caracterización de la detención arbitraria, las restricciones a la pena de muerte, los requisitos de los estados de emergencia y control de suspensión de garantías, los derechos a la libertad personal y la participación política, la presunción de inocencia, la prohibición absoluta de la tortura, entre otras.

---

[8] *Cf.* AGUILAR, A.: «Procedimiento que Debe Aplicar la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Examen de las Peticiones o Comunicaciones Individuales sobre Presuntas Violaciones de Derechos Humanos», *Derechos Humanos en las Américas - Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 199-216; CERNA, C.: «The Inter-American Commission on Human Rights: Its Organisation and Examination of Petitions and Communications», *The Inter-American System of Human Rights* (Eds. D. HARRIS y S. LIVINGSTONE), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 65-114; SCHREIBER, A.P.: *The Inter-American Commission on Human Rights*, Leyden, Sijthoff, 1970, pp. 1 ss.

[9] *Cf.,* al respecto, VASAK, K.: *La Commission Interaméricaine des Droits de l'Homme*, Paris, LGDJ, 1968, pp. 1 ss.; SEPÚLVEDA, C.: «El Procedimiento de Solución Amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *Derechos Humanos en las Américas - Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 242-252; VARGAS CARREÑO, E.: «Las Observaciones *In Loco* Practicadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos», en *Derechos Humanos en las Américas - Homenaje a la Memoria de C.A. Dunshee de Abranches*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1984, pp. 290-305.

[10] *Cf.,* sobre este punto, FIX-ZAMUDIO, H.: «La Protección Judicial de los Derechos Humanos en Latinoamérica y en el Sistema Interamericano», 8 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1988) pp. 7-64.

IV. **Institucionalización Convencional del Sistema Interamericano de Protección**

Una nueva etapa se inauguró a mediados de 1978, con la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969[11], la cual estableció, como sus dos órganos de supervisión, la Comisión (que ya existía, desde 1959 - *cf. supra*) y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos[12]. La Comisión se compone de 7 miembros, elegidos a título personal, en la Asamblea General de la OEA, por los Estados miembros de la Organización, para un mandato de 4 años, sólo pudiendo ser reelegidos una vez. La Corte se compone de 7 Jueces, elegidos a título personal, en la Asamblea General de la OEA, por los Estados Partes en la Convención Americana, para un mandato de 6 años, sólo pudiendo ser reelegidos una vez. La Corte puede también contar con Jueces *ad hoc*. La Comisión tiene su sede en Washington D.C., y la Corte en San José de Costa Rica. Para coordinar sus labores, los dos órganos realizan una reunión conjunta, una vez por año.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana, la Comisión Interamericana pasó a ser dotada de una dualidad de funciones: continuó aplicando las normas que venían rigiendo su actuación incluso en relación con los Estados que no eran o no son Partes en la Convención Americana, y pasó a aplicar a los Estados Partes las disposiciones pertinentes de la Convención. Una ilustración de interacción de instrumentos de derechos humanos de bases jurídicas distintas en la práctica subsecuente de la Comisión viene dada por el tratamiento dispensado al *caso n. 9247*, concerniente a los Estados Unidos (Estado no-ratificante). Allí la Comisión llegó a afirmar que como consecuencia de las obligaciones contenidas en los artículos 3(j), 16, 51(e), 112 y 150 de la Carta de la OEA,

---

[11] La cual consagró como derechos protegidos los siguientes: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; derecho a la libertad personal; derecho a las garantías judiciales; derecho a la protección de la honra y de la dignidad; derecho a la libertad de conciencia y de religión; derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; derecho de rectificación o respuesta; derecho de reunión; derecho a la libertad de asociación; derecho a la protección de la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derecho a la propiedad privada; derecho de circulación y residencia; derechos políticos; derecho a la igualdad ante la ley; y derecho a la protección judicial.

[12] *Cf.* Faundez Ledesma, H.: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos - Aspectos Institucionales y Procesales*, 2.ª ed., San José de Costa Rica, IIDH, 1999, pp. 1 ss.; Cerna, C.M.: «The Structure and Functioning of the Inter-American Court of Human Rights (1979-1992)», *British Year Book of International Law* (1992), pp. 135-229.

las disposiciones de otros instrumentos de la OEA sobre derechos humanos —su Estatuto y Reglamento, y la Declaración Americana de 1948— adquirieron «fuerza obligatoria». Se entendieron por «derechos humanos» tanto los derechos definidos en la Convención Americana como los consagrados en la Declaración Americana de 1948. Y la Comisión, como «órgano autónomo» de la OEA, entendió que las disposiciones sobre derechos humanos de la Declaración Americana derivaban su carácter normativo o «fuerza obligatoria» de su interacción con las disposiciones relevantes de la propia Carta de la OEA[13].

Aún para los Estados que efectivamente ratificaron los tratados de derechos humanos, las resoluciones declaratorias —en interacción con las disposiciones pertinentes de las referidas cartas constitutivas de organizaciones internacionales— han mantenido su valor jurídico en la medida en que consagran uno u otro derecho que no consta en aquellos tratados. Por ejemplo, en el continente americano, la Declaración Americana de 1948 incluye en su elenco, junto a los derechos civiles y políticos clásicos, algunos derechos de contenido económico, social y cultural (artículos XIII al XVI y XXII), mientras que, en la Convención Americana de 1969, prevalecía hasta 1988 una laguna histórica en relación con esta categoría de derechos, una vez que la Convención se limita a disponer sobre su «desarrollo progresivo» (artículo 26), refiriéndose a las normas económicas, sociales y culturales de la Carta (enmendada) de la OEA. Se procuró en 1988 remediar esta laguna o insuficiencia histórica mediante la adopción del [primer] Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*infra*).

Sin embargo, los artículos de la Declaración Americana de 1948 orientados a esta categoría de derechos, en combinación con las disposiciones relevantes de la Carta de la OEA, retienen su importancia para fortalecer el grado de la protección de la persona humana en el dominio económico, social y cultural en relación con los Estados Partes así como —y especialmente— con los Estados no-Partes en la Convención Americana y en sus dos Protocolos (sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y sobre la Abolición de la Pena de Muerte).

No debe pasar desapercibido que los redactores de la Convención Americana tuvieron la prudencia de incluir una disposición (artículo 29)

---

[13] VARGAS CARREÑO, E.: «Algunos Problemas que Presentan la Aplicación y la Interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington D.C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos / Secretaría General de la OEA, 1980, pp. 149-169.

que contiene normas claras de interpretación: éstas rechazan expresamente una interpretación de las disposiciones de la Convención que venga a suprimir o limitar el goce y el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, en la legislación interna de los Estados Partes, o en otros actos internacionales sobre derechos humanos. Queda claro el carácter esencialmente objetivo de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en cuanto a la protección de los derechos humanos.

El significado y alcance de la Convención Americana pueden ser medidos por sus posibles efectos jurídicos en el Derecho interno de los Estados Partes[14]. Hoy se reconoce, v.g., que el artículo 2 de la Convención establece la obligación de armonizar la legislación interna con las disposiciones de la Convención, a la cual se suma la obligación general del artículo 1 de la Convención[15]. Además, el artículo 25 de la Convención reconoce a toda persona el derecho a un recurso simple y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales nacionales para salvaguardar sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, por la Constitución o por la ley.

Los informes anuales más recientes de la Comisión Interamericana han relacionado la cuestión de la protección de los derechos humanos con su preocupación con la propia organización política de los Estados miembros de la OEA y con el ejercicio efectivo de la democracia representativa como principio consagrado en la Carta de la OEA. Las dificultades de implementación, particularmente de los derechos económicos y sociales, inciden más directamente, como lo ha señalado la Comisión, en la propia organización político-económico-social del Estado.

Los datos estadísticos revelan que, hasta 1975, la Comisión había examinado más de 1.800 comunicaciones sobre derechos humanos; a fines de 1978 ya llegaban a 3.200 los casos examinados. Esto significa que la Comisión consideró 20 % de los casos en sus primeros 15 años de actuación, y cerca de 80 % de los casos solamente a mediados de los años setenta (entre 1973 y 1978). De 1978 hasta mediados de 1985, otras 6.666 comunicaciones fueron recibidas por la Comisión —total que al inicio de los años noventa sobrepasó las 10.000 comunicaciones—. Quizás tan importante como el sistema de comunicaciones ha

---

[14] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: «La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno», 69/71 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1987/1989) pp. 35-55.

[15] *Cf.*, en ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, *infra*.

sido el sistema de investigaciones (visitas *in loco*) y la elaboración de los informes por países y de los que ha presentado a la Asamblea General de la OEA conteniendo consideraciones inclusive de carácter doctrinario. Tales observaciones *in loco* han sido efectuadas por la Comisión ya sea en el curso del examen de comunicaciones (para comprobar los hechos denunciados), como también en la conducción de investigaciones de situaciones generales de derechos humanos en determinados Estados.

De este modo, tanto casos individuales como «situaciones generales» de derechos humanos se han constituído en objeto de investigación por parte de la Comisión. De todos los órganos de supervisión internacional en esta área, la Comisión ha sido el órgano permanente que ha hecho quizás el más amplio uso de misiones de observación *in loco*, para la elaboración de sus informes sobre países o situaciones generales de derechos humanos. A los resultados concretos en numerosos casos hay que sumarle la función preventiva ejercida por la Comisión. En virtud de sus recomendaciones de carácter general dirigidas a determinados gobiernos o formuladas en sus informes, se han modificado o derogado leyes y otras disposiciones que violaban los derechos humanos, se han armonizado legislaciones nacionales con preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos, y se han establecido o perfeccionado recursos y procedimientos de Derecho interno para la plena vigencia de los derechos protegidos.

En el plano de la operación de los dos órganos de supervisión de la Convención Americana (Comisión y Corte), el sistema interamericano de protección sólo alcanzará su plenitud mediante la «ratificación universal» (para referirnos a una expresión usada en la reciente II Conferencia Mundial de Derechos Humanos, de Viena de 1993), a nivel regional, de la Convención Americana, así como la aceptación por todos los Estados Partes de la competencia obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Actualmente, de los 35 Estados miembros de la OEA, 25 son Partes en la Convención Americana, y, de éstos, 21 han aceptado la competencia obligatoria de la Corte hasta la fecha. Urge buscar la expansión del ámbito geográfico o espacial de aplicación del sistema interamericano de protección, de modo que abarque integralmente la totalidad no sólo de América del Sur y de Centroamérica, sino también del Caribe y de América del Norte.

Es igualmente importante buscar una más amplia difusión del sistema interamericano de protección, mediante, v.g., una mayor publicidad de las decisiones de los órganos de supervisión de la Convención Americana y de los informes sobre la situación de los derechos humanos por países. Otras providencias más específicas incluirían la retirada

por los Estados Partes de reservas a los tratados de derechos humanos, y una reglamentación más precisa del control o supervisión internacional de medidas de emergencia tomadas por los gobiernos. Aún en el plano institucional, se requiere mayor acercamiento entre la Comisión y la Corte Interamericanas, el cual propiciaría una más clara delimitación de las funciones complementarias de ambas (v.g., en cuanto a decisiones sobre condiciones de admisibilidad de peticiones o denuncias, en cuanto a la investigación o determinación de los hechos y en cuanto al envío de casos por la Comisión a la Corte).

V. **Consolidación del Sistema Interamericano de Protección**

Una nueva etapa, de consolidación del sistema interamericano de protección, se configura a lo largo de los años ochenta. El año de 1982 marca el principio de dos significativos desarrollos, a saber, de la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[16], así como de los *travaux préparatoires* del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A estos desarrollos hay que agregar la adopción de un segundo Protocolo a la Convención Americana, sobre la abolición de la pena de muerte (1990), así como la adopción de las Convenciones interamericanas sectoriales contra la tortura (1985), contra la desaparición forzada de personas (1994), contra la violencia contra la mujer (1994), y contra la discriminación de personas con discapacidad (1999). Pasemos al examen de cada uno de esos desarrollos en la etapa de consolidación del sistema interamericano de protección.

---

[16] *Cf.,* sobre la materia, e.g., CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and Its Emerging Case-Law on the Eve of the New Century», en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (Eds. P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 167-191; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Operation of the Inter-American Court of Human Rights», *The Inter-American System of Human Rights* (Eds. D. HARRIS y S. LIVINGSTONE), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 133-149; VENTURA ROBLES M., *et alii*: *Sistematización de la Jurisprudencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981-1991)*, San José de Costa Rica, CtIADH, 1996, pp. 1 ss.; SALVIOLI, F.: *Postulados Emergentes de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Relación al Derecho Internacional Público*, La Plata, Univ. Nac. de La Plata, 1997, pp. 9-233; SALVIOLI, F.: «Algunas Reflexiones sobre la Indemnización en las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Estudios Básicos de Derechos Humanos* (Ed. A.A. CANÇADO TRINDADE, G. ELIZONDO y J. ORDÓÑEZ), vol. III, San José de Costa Rica, IIDH, 1995, pp. 145-164.

1. *La Construcción Jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana tiene dos tipos de competencia: la contenciosa (artículo 62 de la Convención Americana) y la consultiva (artículo 64 de la Convención). Esta última es particularmente amplia, una vez que todos los Estados miembros de la OEA (hayan o no ratificado la Convención) y todos los órganos mencionados en el capítulo X de la Carta de la OEA (Asamblea General, Consejo Permanente, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, etc.) pueden formular consultas a la Corte sobre temas distintos (i.e., interpretación de la Convención Americana o de otros tratados relativos a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, determinación de la compatibilidad entre cualesquiera de las leyes internas de los Estados Americanos y la Convención Americana u otros tratados sobre derechos humanos).

En cambio, la competencia contenciosa de la Corte, que se refiere a la resolución de casos en los que se alegue que uno de los Estados Partes ha violado la Convención, es obligatoria sólo para aquellos Estados Partes que han hecho una declaración en este sentido, siendo además facultado a otros Estados Partes aceptar la competencia contenciosa para cualquier caso específico. En los primeros años de actuación de la Corte fue su jurisdicción consultiva la que más se ejerció. Así, hasta el presente, diecisiete Opiniones Consultivas (O.C.) han sido emitidas por la Corte.

Esta última, después de destacar el amplio alcance del ejercicio de su facultad consultiva (1.ª O.C.), se ha pronunciado sobre materias como los efectos de reservas a la Convención Americana (2.ª y 3.ª Os.Cs.), el sentido de la palabra «leyes», en el artículo 30 de la Convención Americana (6.ª O.C.), la compatibilidad de normas de Derecho interno (13.ª O.C.) y proyectos de leyes (4.ª O.C.) con la Convención Americana, y la autoejecutividad de las normas de la Convención Americana en el Derecho interno de los Estados Partes (7.ª O.C.). La Corte, además, precisó las limitaciones impuestas por la Convención a la pena de muerte (3.ª O.C.): según la Corte, la «tendencia limitativa» de la aplicación de la pena de muerte requiere que se limite definivamente su ámbito, de modo que se vaya reduciendo hasta su supresión final. Ha sentado la Corte que la reciprocidad relativa a reservas no se aplicaba plenamente a los tratados de derechos humanos; teniendo en cuenta el objeto y propósito de éstos, no cabía al Estado en cuestión actuar como árbitro único del alcance de sus obligaciones convencionales a las cuales se refería su reserva.

En otra ocasión (5.ª O.C.), la Corte se concentró en la libertad de pensamiento y expresión (indepedencia de los periodistas), y advirtió que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso del cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con la Convención Americana (artículo 13). También se ha pronunciado la Corte sobre la interpretación de la Declaración Americana de 1948, en relación con la Carta de la OEA y la Convención Americana u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos (10.ª O.C.), la responsabilidad internacional del Estados (y sus agentes) por la expedición de una ley manifiestamente contraria a sus obligaciones convencionales bajo la Convención Americana (14.ª O.C.), y sobre las excepciones al requisito (condición de admisibilidad de peticiones) del previo agotamiento de los recursos de Derecho interno (11.ª O.C.).

En esta Opinión Consultiva (de 1990), la Corte sostuvo que aquel requisito no se aplica si, por razones de indigencia o por el temor generalizado de los abogados para representarlo legalmente, un reclamante ante la Comisión se ha visto impedido de agotar o utilizar los recursos internos necesarios para proteger un derecho garantizado por la Convención. Esta 11.ª Opinión Consultiva tomó en cuenta las dificultades de acceso a la justicia de las poblaciones excluidas y de la obtención de la asistencia legal necesaria a la protección de los derechos consagrados en la Convención Americana, aún más en situaciones de represión o intimidación.

En su 8.ª O.C. (de 1987), la Corte consideró que los recursos de amparo y de *habeas corpus* no podían ser suspendidos a la luz del artículo 27(2) de la Convención, porque constituían «garantías judiciales indispensables» a la protección de derechos y libertades que tampoco podían suspenderse según la misma disposición. La Corte, además, advirtió que los ordenamientos constitucionales y legales de los Estados Partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los recursos de amparo o de *habeas corpus* en situaciones de emergencia, «deben considerarse incompatibles» con obligaciones internacionales que la Convención impone a esos Estados. En la ponderación de la Corte, la cuestión de la suspensión de garantías no puede desvincularse del «ejercicio efectivo de la democracia representativa» (a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA).

En la misma línea de razonamiento, en su 9.ª O.C. (de 1987), la Corte precisó que de la obligación general de respetar los derechos reconocidos en la Convención se derivaba el derecho de toda persona a «un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante

los jueces o tribunales competentes» para la protección de sus derechos fundamentales reconocidos por la Convención, la Constitución o la ley (artículo 25(1) de la Convención). No basta con que los recursos estén previstos por el Derecho interno o sean formalmente admisibles, se requiere que sean idóneos y efectivos.

La Corte agregó, en la 9.ª O.C., que el artículo 8 de la Convención no contiene un recurso judicial propiamente dicho, si no que reconoce el *due process of law* que se aplica «en lo esencial, a todas las garantías judiciales» referidas en la Convención, «aún bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma». Finalmente, otras garantías, derivadas de la «forma democrática de gobierno» (a que se refiere el artículo 29(c) de la Convención), implican no solamente una determinada organización política sino la necesidad de que las medidas tomadas por un gobierno en situación de emergencia cuenten con garantías judiciales y estén sujetas a un control de legalidad, de manera que «se preserve el Estado de Derecho». De ese modo, en la 8.ª y la 9.ª Os.Cs. la Corte desarrolló su razonamiento a partir de un enfoque realista, tomando en cuenta la realidad de nuestro continente, e insistiendo en la intangibilidad de las garantías judiciales. Mientras tanto, sigue desarrollándose el debate doctrinario sobre la deseable ampliación *de lege ferenda* del núcleo de derechos inderogables, y la igualmente deseable reglamentación y control precisos de los estados de emergencia.

En su 15.ª O.C., la Corte determinó que la Comisión no está facultada para modificar las conclusiones y recomendaciones enviadas en su informe al Estado en cuestión, excepto en circunstancias excepcionales, y en circunstancia alguna puede emitir un tercer informe (además de los dos previstos en los artículos 50 y 51 de la Convención). Pero ha sido la 16.ª O.C. (de 1999) la que ha logrado la mayor movilización en el procedimiento consultivo (con 8 Estados intervenientes, además de diversas ONGs e individuos) en toda la historia de la Corte hasta la fecha.

Sostuvo la Corte que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 reconoce al extranjero bajo detención derechos individuales, tal como el derecho a la información sobre asistencia consular, vinculado a las garantías (en evolución) del debido proceso legal; la Corte agregó que la no-observancia de ese derecho, en casos de imposición y ejecución de la pena de muerte, acarrea una privación arbitraria del propio derecho a la vida (en los términos del artículo 4 de la Convención Americana y del artículo 6 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), con todas las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esa naturaleza. Esa 16.ª O.C. de la Corte Interameri-

cana, pionera, está sirviendo de guía a la jurisprudencia internacional emergente sobre la materia[17], y ha tenido un sensible impacto sobre la práctica de los Estados de la región sobre la materia.

En fin, en su más reciente y 17.ª O.C. (de 2002), sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la Corte aclaró que el Derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea él un niño o adolescente), independientemente de su condición existencial o del alcance de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio). En efecto, el reconocimiento y la consolidación de la posición del ser humano como sujeto pleno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye, en nuestros días, una manifestación inequívoca y elocuente de los avances del proceso en curso de *humanización* del propio Derecho Internacional (*jus gentium*).

En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha emitido, hasta la fecha (inicio del año 2002), cerca de 98 sentencias (sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones, competencia e interpretación de sentencia). Algunas pueden ser aquí recordadas, por el aporte dado a la jurisprudencia de la Corte. En las dos sentencias sobre el fondo en los casos *Velásquez Rodríguez* (1988) y *Godínez Cruz* (1989), atinentes a Honduras, el aporte de la Corte consistió en haber señalado el triple deber de los Estados Partes de prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos protegidos, así como reparar los daños,

---

[17] Esta histórica Opinión Consultiva del 01.10.1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos revela el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la evolución del propio Derecho Internacional Público, específicamente por haber sido la Corte Interamericana el primer tribunal internacional en advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 ocurre en detrimento no sólo de un Estado Parte sino también de los seres humanos afectados (como, con posterioridad, la Corte Internacional de Justicia también lo admitió, en el caso *LaGrand*). Esta contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido prontamente reconocida por la doctrina jurídica contemporánea. *Cf.,* e.g., COHEN-JONATHAN, G.: «Cour Européenne des Droits de l'Homme et droit international général (2000)», 46 *Annuaire Français de Droit international* (2000) p. 642; MENNECKE, M.: «Towards the Humanization of the Vienna Convention of Consular Rights - The *LaGrand* Case before the International Court of Justice», 44 *German Yearbook of International Law/Jahrbuch für internationales Recht* (2001) pp. 430-432, 453-455, 459-460 y 467-468; WECKEL, Ph.; HELALI, M.S.E. and SASTRE, M.: «Chronique de jurisprudence internationale», 104 *Revue Générale de Droit International Public* (2000) pp. 794 y 791; WECKEL, Ph.: «Chronique de jurisprudence internationale», 105 *Revue Générale de Droit International Public* (2001) pp. 764-765 y 770; MENNECKE, M. and TAMS, C.J.: «The *LaGrand* Case», 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002) pp. 454-455.

y en haber además vinculado las disposiciones sustantivas sobre los derechos violados con la obligación general del artículo 1(1) de respetar y garantizar (*to respect and to ensure*) el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención Americana. Esta vinculación pasó a ser desde entonces invocada sistemáticamente, en otros casos, tanto por la Corte como por la Comisión Interamericana.

En el caso *Aloeboetoe* (reparaciones, 1993), la Corte Interamericana, ante el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte de Suriname (en 1991), fijó el monto de reparación a ser pagado por el Estado a los familiares de las víctimas o a sus herederos, y ordenó el establecimiento de dos fideicomisos y la creación de una fundación, así como la reapertura de la escuela de Gujaba y la puesta en marcha de un dispensario existente en este lugar. La contribución de esta sentencia, así, consistió en haber situado las reparaciones por las violaciones de los derechos protegidos en el contexto social en el cual éstos se aplican, tomando en cuenta con sensibilidad las prácticas culturales en la comunidad de los cimarrones (*maroons*) saramacas en Suriname. Más recientemente, en una sentencia (de fondo) sin precedentes, en el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), la Corte protegió toda una comunidad indígena, y su derecho a la propiedad comunal de sus tierras (bajo el artículo 21 de la Convención); determinó la Corte que la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de la referida comunidad indígena deberían efectuarse en conformidad con su derecho consuetudinario, sus usos y costumbres.

En las sentencias de fondo en los casos *Loayza Tamayo* (1997) y *Castillo Páez* (1997), referentes a Perú, y *Suárez Rosero* (1997), relativo al Ecuador, la Corte estableció las bases de su jurisprudencia emergente sobre el derecho a las garantías judiciales, a un enjuiciamiento justo, en los términos de la Convención Americana (artículo 8)[18]. La sentencia de la Corte en el caso *Loayza Tamayo* (que determinó la incompatibilidad con la Convención Americana de los decretos-leyes peruanos de terrorismo y «traición a la patria») contribuyó al fin de la institución de los «jueces sin rostro» en el Perú (además de la liberación de una prisionera política).

---

[18] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Judicial Protection and Guarantees in the Recent Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights», en *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, The Hague, Kluwer, 2000, pp. 527-535; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Selected Aspects of the Case-Law under the Inter-American System of Human Rights Protection», en *Dimensão Internacional do Direito - Estudos em Homenagem a G.E. do Nascimento e Silva*, São Paulo, LTr, 2000, pp. 493-511.

La sentencia en el caso *Castillo Páez* por primera vez elaboró el contenido del derecho a un recurso interno eficaz (bajo el artículo 25 de la Convención), y lo relacionó con el propio Estado democrático de Derecho en los términos de la Convención. Y en el caso *Suárez Rosero*, la sentencia de la Corte fue más allá, al declarar la incompatibilidad de una disposición del Código Penal ecuatoriano con la Convención, independientemente de haber sido o no aplicada en el caso (violación del artículo 2 de la Convención por la propia existencia de una disposición legal de Derecho interno).

La sentencia de reparaciones en el caso *Loayza Tamayo* (1998) por primera vez aceptó el concepto de «proyecto de vida», ligado a la satisfacción como una de las formas de reparación. Más recientemente, la Corte desarrolló este punto en sus sentencias de fondo en el caso *Villagrán Morales y Otros* (de los «Niños de la Calle», 1999), relativo a Guatemala, y de reparaciones en el caso *Cantoral Benavides* (2001), referente al Perú. El referido caso de los «Niños de la Calle», *Villagrán Morales y Otros*, verdaderamente paradigmático, es uno de los más importantes de toda la historia de la Corte, en razón de sus importantes consideraciones sobre el derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la Convención), incluyendo también las condiciones de vida.

Las sentencias de la Corte en el caso *Blake* (fondo, 1998; y reparaciones, 1999), referente a Guatemala, abordó un punto jurídico atinente a una limitación *ratione temporis* que tocó la base de su propia competencia contenciosa (así como su 15.ª O.C., de 1997, *supra*, también tocó los fundamentos de su competencia consultiva). La sentencia de fondo de la Corte sobre la película «*La Ultima Tentación de Cristo*» (2001), relativa a Chile, se reviste de fundamental importancia para la consideración de las bases de la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana; la Corte estableció que el Estado debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la referida película.

La evolución de la noción de «víctima» bajo la Convención Americana es objeto de un importante desarrollo en las supracitadas sentencias de la Corte en los casos *Blake* y de los «Niños de la Calle» (*Villagrán Morales y Otros*): en ambos, la Corte endosa la ampliación de la noción de víctima (directa e indirecta), abarcando los familiares inmediatos de las víctimas asesinadas. A su vez, el caso *Benavides Cevallos versus Ecuador* (1998) es ilustrativo de solución amistosa lograda por las partes ante la propia Corte. También son de interés especial los casos en que hubo reconocimiento de responsabilidad internacional bajo la Convención Americana por parte del Estado demandado (*Aloeboe-*

toe, Suriname; *El Amparo*, Venezuela; *Garrido y Baigorria*, Argentina; *Caracazo*, Venezuela; *Trujillo Oroza*, Bolivia). En diversas sentencias (de fondo y de reparaciones), la Corte ha afirmado el deber del Estado de investigar los hechos lesivos de los derechos protegidos por la Convención Americana[19].

Las sentencias de la Corte, sobre competencia, en los casos del *Tribunal Constitucional* (1999) y de *Ivcher Bronstein* (1999), ambos contra Perú, sumadas a sus sentencias sobre excepciones preliminares en los casos *Hilaire*, *Constantine* y *Benjamin versus Trinidad y Tobago* (2001), salvaguardaron no sólo la competencia contenciosa de la Corte sino la integridad de la propia Convención Americana, y representan una notable contribución al propio Derecho Internacional Público en lo que concierne a las bases de la jurisdicción internacional[20]. Recientemente, la Corte determinó, en el caso de los *Barrios Altos* (2001), contra Perú, en una sentencia (de fondo) histórica, que las llamadas leyes de auto-amnistía (encubriendo violaciones graves de derechos humanos y perpetuando la impunidad) eran incompatibles con la Convención Americana, y carecían de todo y cualquier efecto jurídico[21].

La Corte Interamericana, además del ejercicio de las competencias consultiva y contenciosa (*supra*), también puede tomar las medidas provisionales que considere pertinentes (bajo el artículo 63(2) de la Convención) en casos de «extrema gravedad y urgencia», y cuando se haga necesario «evitar daños irreparables a las personas». Puede hacerlo tanto en los asuntos que esté conociendo, como en asuntos que

---

[19] *Cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Inter-American Court of Human Rights at a Crossroads: Current Challenges and Its Emerging Case-Law on the Eve of the New Century», en *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal* (Eds. P. MAHONEY, F. MATSCHER, H. PETZOLD y L. WILDHABER), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 2000, pp. 167-191.

[20] Para un testimonio histórico de las sentencias, sobre competencia, de la Corte Interamericana, en los casos del *Tribunal Constitucional* (1999) y de *Ivcher Bronstein* (1999), ambos contra el Estado peruano, en las cuales el Tribunal Interamericano rechazó como «inadmisible» el pretendido «retiro» del Estado de su competencia en materia contenciosa, *cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)», en 138 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú (junio de 2001) pp. 108-113; y CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (II)», en 139 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Perú (julio de 2001) pp. 85-88.

[21] *Cf.,* al respecto, CANÇADO TRINDADE, A.A.: «[Entrevista:] Presidente de Corte Interamericana Reafirma que Amnistía a Violadores de DD.HH. es Ilegal», en *Liberación*, Lima/Perú, 13.09.2001, p. 8.

aún no estén sometidos a su conocimiento, a solicitud de la Comisión. Dichas medidas han sido adoptadas en relación con más de 45 casos hasta la fecha.

Antes de concederlas, tiene la Corte que verificar si los Estados en cuestión han reconocido su competencia contenciosa (bajo el artículo 62(2) de la Convención). Tales medidas de protección se han aplicado en situaciones implicando una amenaza inminente sobre todo a la vida, y de grave daño físico o mental, pero también una amenaza inminente a otros derechos protegidos por la Convención. Merecen destacarse las medidas ordenadas en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (2000), referente a la República Dominicana, con incidencia directa en el libre movimiento transfronterizo de personas (bajo el artículo 22 de la Convención Americana), constituyéndose en un embrión de un verdadero *habeas corpus internacional*.

También significativas han sido las medidas ordenadas por la Corte en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (2000), relativo a Colombia, las cuales, con el agravamiento del conflicto interno en aquel país, han protegido los miembros de una comunidad como un todo. Recientemente (resolución del 18.06.2002), la Corte, al ampliar dichas medidas de protección, extendiéndolas también a personas que prestan servicios a la referida Comunidad, señaló el deber del Estado de proteger la vida e integridad personal de todas las personas bajo protección de las medidas —también *vis-à-vis terceros* (notoriamente grupos clandestinos y paramilitares)—. De ese modo, la Corte Interamericana, a nuestro juicio, reconoció la necesidad apremiante de desarrollar las obligaciones *erga omnes* de protección en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En la práctica, la Corte, en solicitud de medidas provisionales de protección, no ha exigido de la Comisión una demostración plena de la veracidad de los hechos, sino más bien una base razonable para suponer tal veracidad. En perspectiva histórica, son significativas las medidas *urgentes* de protección ordenadas por el Presidente de la Corte (mientras ésta no se encontraba en sesión) en los casos del *Tribunal Constitucional* (2000) y de *Loayza Tamayo* (2000): dichas medidas fueron ordenadas por el Presidente *ex officio*, por solicitud directa de los peticionarios (casos en conocimiento de la Corte), y ratificadas después por la Corte en pleno. La adopción de medidas provisionales de protección por la Corte (o de medidas urgentes por su Presidente) está asumiendo una importancia cada vez mayor en la práctica de la Corte, dada su función eminentemente preventiva.

2. *Los Protocolos Adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*

Como ya señalamos, en la etapa de la consolidación del sistema interamericano de protección también se enmarca la adopción de los dos Protocolos Adicionales a la Convención Americana, así como las Convenciones interamericanas sectoriales de protección. Pasemos, de inicio, al examen de los dos Protocolos a la Convención Americana adoptados hasta la fecha.

a) Protocolo sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A partir de la decisión, tomada por la Asamblea General de la OEA en 1982, de encomendar la elaboración de un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los *travaux préparatoires* del mismo estuvieron a cargo de órganos distintos. Un primer Anteproyecto de Protocolo fue preparado y sometido por el Secretariado General de la OEA, en 1983. A éste siguió un segundo Anteproyecto de Protocolo, elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; con base en éste último, y en comentarios recibidos de algunos Estados miembros de la OEA (Ecuador, Venezuela, Argentina, Colombia, Uruguay y México), de la propia Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de dos organismos internacionales (la Organización Internacional del Trabajo y la Organización Panamericana de la Salud), un Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA preparó, entre 1986 y 1988, la versión revisada y final del Proyecto de Protocolo Adicional.

El referido Grupo de Trabajo partió de la premisa de que los derechos económicos, sociales y culturales son efectivamente derechos exigibles. Había, en el sistema interamericano de protección, un vacío en relación con estos derechos: la Convención Americana sobre Derechos Humanos había consagrado solamente derechos civiles y políticos, y una única disposición (artículo 26) sobre el «desarrollo progresivo» de los derechos económicos, sociales y culturales, que recaían bajo las normas económicas, sociales y culturales de la Carta (enmendada) de la OEA. Pero estas normas no tenían como objetivo garantizar la protección efectiva de determinados derechos humanos, sino más bien fijar pautas de conducta de los Estados. Era importante, de ese modo, llenar el vacío, a la luz de la concepción de la indivisibilidad de los derechos humanos y en la búsqueda de medios más eficaces de protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

El Grupo de Trabajo tomó como punto de partida un núcleo de derechos formado por los derechos al trabajo, a la salud y a la educación (y otros derechos conexos), así como los derechos relativos a tres grupos: los niños, los ancianos y los minusválidos. Adoptó el Grupo de Trabajo una distinción entre derechos de «exigibilidad inmediata» y derechos de «realización progresiva». Las dificultades mayores durante la labor del Grupo de Trabajo surgieron en relación con las normas concernientes a los medios de implementación.

En efecto, el artículo 19 (medios de protección) del texto revisado del Proyecto de Protocolo mantuvo la distinción ya mencionada entre derechos de «exigibilidad inmediata» y otros derechos (transplantando así, curiosamente, para el presente dominio, la dicotomía clásica —que se buscaba superar— entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales yculturales): se reservó el sistema de peticiones solamente en relación con el derecho de asociación y libertad sindical (artículo 8(1)(a)) y el derecho a la educación (artículo 13), manteniendo en relación con todos los demás el sistema de informes, con la participación, como órganos de supervisión, del Consejo Interamericano Económico y Social (CIES), del Consejo Interamericano de Educación, Ciencia y Cultura (CIECC), y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

El Proyecto final empezó por consagrar, en su preámbulo, *inter alia*, la tesis de la indivisibilidad de la vigencia de los derechos humanos, así como la obligación de «adoptar medidas» de implementación de los derechos de «realización progresiva» (artículo 1). El texto finalmente adoptado en 1988 contiene, además, una disposición sobre la eventual incorporación de otros derechos y ampliación de los reconocidos (artículo 22), que tiene por objetivo, por ese medio, asegurar un «perfeccionamiento progresivo» del instrumento, con alguna flexibilidad, teniendo en consideración el «carácter progresivo y dinámico» de la protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.

En efecto, en el plano normativo, se reconoció, en fin, que el sistema interamericano de protección sólo alcanzaría su plenitud mediante la incorporación efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales en su *corpus juris*[22]. Esto ocurrió con la entrada en vigor, en noviembre de 1999, del Protocolo de San Salvador en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Antes que ésto ocurriese, la

---

[22] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «La question de la protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels: évolution et tendances actuelles», 44 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1991) pp. 13-41.

surveillance de aquellos derechos por la Comisión Interamericana se daba mediante el examen (a la luz del artículo 42 de la Convención Americana) de informes de los Estados Partes (v.g., copias remitidas a la Comisión de los informes sometidos por ellos al CIES y al CIECC).

Se tornó evidente que no había imposibilidad lógica o jurídica alguna de que determinados derechos económicos y sociales pudiesen ser implementados por aplicación del sistema de peticiones individuales; la experiencia de la OIT y de la UNESCO en este particular puede ser de utilidad. El propio Protocolo de San Salvador arriba referido prevé esta vía de acción en relación con el derecho de asociación y libertad sindical y con el derecho a la educación. Hoy se consideran, en el plano global (Naciones Unidas), otras posibilidades, como: a) la adopción de un Protocolo Adicional al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dotando a este último de un sistema de peticiones individuales; b) el perfeccionamiento del sistema de informes sobre los derechos económicos, sociales y culturales y el uso de indicadores más apropiados; y c) la designación de *rapporteurs* especiales para examinar o investigar aspectos de los derechos económicos, sociales y culturales.

Hay argumentos que militan en favor de la utilización del sistema de peticiones o denuncias para los derechos económicos, sociales y culturales, a saber: a) daría mayor visibilidad a estos derechos; b) incentivaría los individuos a presentar sus reivindicaciones en términos de reivindicaciones de derechos (justiciabilidad), y estimularía a los Estados a proveer mayores recursos para la realización de los mismos; c) presentaría cuestiones más tangibles y casos concretos que requieren investigación, desarrollando una jurisprudencia también en esta área; y d) reduciría la disparidad de procedimientos de supervisión entre, por un lado, los derechos civiles y políticos, y, por otro, los derechos económicos, sociales y culturales. En resumen, mediante todas estas posibles medidas se buscaría dar una expresión real y concreta, en la práctica, a la tesis de la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.

b) Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte

El segundo Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte, adoptado en 1990, da un paso adelante en relación con lo dispuesto en el artículo 4(2) hasta (6) de la Convención Americana. Determina el Protocolo (artículo 1) que los Estados Partes no aplicarán en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción. El Protocolo da nuevo ímpetu a la tendencia en pro de la abolición de la pena de muerte, expresamente reconocida en su preámbulo. El Protocolo no admite reservas,

y exceptúa solamente las disposiciones pertinentes de Derecho interno aplicables en tiempo de guerra, de ese modo abriendo camino para que el mayor número posible de Estados de nuestro continente lo ratifiquen.

3. *Convenciones Interamericanas Sectoriales de Protección*

El sistema interamericano contemporáneo de protección de los derechos humanos no se agota en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus dos Protocolos adoptados hasta la fecha; a éstos hay que agregar las cuatro nuevas Convenciones interamericanas, dirigidas a la protección en particular de los derechos humanos de determinadas personas o en determinadas situaciones, que por eso denominamos «sectoriales». La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, adoptada en 1985 (un año despues de la Convención de Naciones Unidas, y dos años antes de la Convención Europea sobre esta materia), establece la responsabilidad individual por el delito de tortura (artículo 3) y las obligaciones de los Estados Partes de prevenir y sancionar la tortura en el ámbito de su jurisdicción (artículos 6-8 y 11-14). A estas últimas agrega el deber de compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura (artículo 9).

El mecanismo de supervisión internacional de esta Convención (artículo 17) consiste en informaciones remitidas por los Estados Partes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (acerca de las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otro orden adoptadas en aplicación de la Convención), la cual «procurará» analizarlas en sus Informes Anuales. Es el mecanismo más débil de las tres Convenciones existentes contra la tortura.

La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en 1994, tuvo sus *travaux préparatoires* marcados por el prolongado debate sobre si la desaparición forzada de personas debía ser considerada como un crimen de lesa humanidad o si tal denominación correspondía sólo a su práctica sistemática[23]. Dentro del Grupo de Trabajo de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) de la OEA encargado de estudiar el Proyecto de Convención (propuesto

---

[23] *Cf.* Organización de los Estados Americanos/Consejo Permanente: *Informe del Presidente del Grupo de Trabajo Encargado de Analizar el Proyecto de Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, doc. OEA/Ser.G/CP/CAJP-925/93-rev.1, de 25.01.1994, pp. 1-49.

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) se formó una mayoría en favor de considerar la práctica sistemática como equiparable a un crimen de lesa humanidad.

Se consagra el principio de la responsabilidad individual en el delito de desaparición forzada (siguiendo el ejemplo de lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Tortura, en la Convención contra el Genocidio de 1948, y en la Convención contra el *Apartheid* de 1973). La nueva Convención establece, como consecuencias jurídicas de su tipificación del delito de desaparición forzada de personas como un delito internacional (artículo II), además de la responsabilidad individual de los perpetradores y la responsabilidad internacional del Estado, las siguientes: jurisdicción universal y obligación de extraditar o juzgar a los responsables del delito; la obligación de no otorgar asilo político a los responsables del delito; la imprescriptibilidad de la acción; la obligación de los Estados de investigar y castigar a los responsables del delito; la inadmisibilidad de la eximente de obediencia debida a órdenes superiores; y la improcedencia de beneficiarse de ser miembro del Poder Ejecutivo o Legislativo de los cuales pueda resultar la impunidad de los hechos constitutivos de la desaparición forzada de personas. En cuanto a su supervisión internacional, la Convención hace remisión a los procedimientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (artículos XIII-XIV).

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), adoptada también en 1994, aborda la temática tanto en el ámbito público como en el privado (artículos 1 y 3), desde una visión integral que abarca los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales (artículos 4, 5 y 6). A las obligaciones de los Estados Partes (artículos 7-8), teniendo especialmente en cuenta la «situación de vulnerabilidad a la violencia» que pueda sufrir la mujer (artículo 9), agrega los mecanismos de supervisión internacional: sistema de informes a la Comisión Interamericana de Mujeres (artículo 10), y remisión a los procedimientos de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos (artículos 11-12).

En fin, la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada en Guatemala en 1999, dispone sobre una serie de medidas a ser adoptadas por los Estados Partes para prevenir y eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y promover su integración plena en el medio social (artículos II-V). La Convención dispone, además, sobre el establecimiento de un Comité de supervisión para examinar informes periódicos que tienen que ser sometidos por los Estados Partes (artículo VI).

4. *Otras Iniciativas Relevantes*

A la par de la adopción de los dos Protocolos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de las cuatro Convenciones Interamericanas sectoriales supracitadas, otras iniciativas han sido tomadas en el ámbito de la OEA. Una que merece registro se refiere a un mecanismo *ad hoc* de monitoreo para la preservación y el fortalecimiento de la democracia representativa en el continente americano. En realidad, la propia Carta constitutiva de la OEA se refiere a la democracia como uno de sus pilares (preámbulo y artículo 3(d)), en lo que fue endosada por el Protocolo de Cartagena de Indias de 1985 (artículo 2(b)). Pero fue sobre todo a través de la resolución 1080, de la Asamblea General de la OEA de 1991, en combinación con el llamado Compromiso de Santiago (del mismo año), que se buscó instrumentalizar el sistema interamericano para promover y consolidar la democracia representativa en la región.

El procedimento de monitoreo creado ha sido desde entonces aplicado en los casos de *Haití* (1991), *Perú* (1992) y *Guatemala* (1993); la temática ha sido objeto de atención también por parte de la Declaración de Nassau, adoptada por la Asamblea General de la OEA de 1992, y del Protocolo de Washington de Reformas a la Carta de la OEA (adoptado en diciembre de 1992). Bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su decisión de 1990 en el caso de las *elecciones mexicanas de 1985-1986*, afirmó su competencia para el examen de la materia (a pesar de no haberse pronunciado sobre el fondo), y señaló que la democracia representativa presupone la «observancia de otros derechos humanos básicos». En sus *Informes Anuales* de 1985-1986 y 1990-1991 la Comisión volvió a resaltar la relación directa de la democracia representativa con la garantía de la observancia de los derechos humanos[24].

En su período de labores referente al bienio 1999-2000, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó su proyecto de Instrumento Interamericano sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[25].

---

[24] *Cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano», *Federico Mayor Amicorum Liber - Solidarité, Égalité, Liberté - Livre d'Hommage offert au Directeur Général de l'UNESCO à l'occasion de son 60e. Anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 371-390; SHELTON, D.: «Representative Democracy and Human Rights in the Western Hemisphere», 12 *Human Rights Law Journal* (1991) pp. 356-358.

[25] *Cf.,* al respecto, v.g., STAVENHAGEN, R.: «El Sistema Internacional de los Derechos Indígenas», en *Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Ed. J.E.R. ORDÓÑEZ CIFUENTES), México, UNAM, 2001, pp. 121-147.

En los seis últimos años y hasta la fecha, la Comisión Interamericana ha designado relatores sobre otros temas, como, v.g., los derechos de la mujer, y la libertad de expresión.

VI. **Perfeccionamiento del Sistema Interamericano de Protección**

Llegamos, por fin, a nuestros días: en este inicio del siglo XXI se inaugura una nueva fase del sistema interamericano de protección, que es la del perfeccionamiento que al mismo se impone[26]. Tan pronto la Asamblea General de la OEA del año 2000 (realizada en Windsor, Canadá) adoptó la resolución AG/RES.1701 abriendo el camino para que los dos órganos de supervisión de la Convención Americana procediesen a alteraciones en sus Reglamentos, tanto la Comisión como la Corte Interamericanas procedieron a las modificaciones correspondientes.

1. *El Nuevo Reglamento de la Comisión Interamericana*

La referida resolución de la Asamblea General de la OEA de 2000 no se produjo en el vacío, sino más bien en el contexto de un amplio y prolongado proceso de reflexión sobre los rumbos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Las principales preocupaciones se centraron en tres puntos, a saber: a) la necesidad de asegurar mayor participación directa de los peticionarios en los procedimientos bajo la Convención Americana; b) la redefinición del papel de la Comisión en dichos procedimientos; y c) la necesidad de evitar la duplicación de procedimientos, en particular en lo concerniente a la producción de la prueba, teniendo en cuenta las diferencias de naturaleza entre la Corte y la Comisión.

La Comisión, que había tenido una serie de Reglamentos a lo largo de su experiencia histórica, en su nuevo y actual Reglamento, del año 2000, finalmente revirtió la presunción que había adoptado hasta entonces, al decidir que, a partir del Reglamento vigente, la mayoría de

---

[26] *Cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A.: «El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (1948-1995): Evolución, Estado Actual y Perspectivas», en *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (Ed. D. BARDONNET y A.A. CANÇADO TRINDADE), San José de Costa Rica/La Haye, Académie de Droit International de La Haye/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 47-95; GROSSMAN, C.: «Proposals to Strengthen the Inter-American System of Protection of Human Rights», 32 *German Yearbook of International Law* (1989) pp. 264-275.

los casos (no resueltos) deben ser sometidos al conocimiento de la Corte (artículo 44(2)(a)). Además, establece la Comisión un procedimiento de consulta al peticionario, acerca de si desea éste que su caso vaya a la Corte y en qué condiciones. Con esto, asume un rol cada vez más importante la Corte, y se fortalece el mecanismo de protección bajo la Convención Americana como un todo.

2. *El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana*

La Corte Interamericana se ha ocupado siempre, a la par del ejercicio de las funciones que le atribuye la Convención Americana, del perfeccionamiento de los procedimientos que conforman el mecanismo de protección de la Convención. Es lo que demuestra claramente la evolución de su propio Reglamento y de su trabajo como fruto de la utilización de la facultad reglamentaria que le otorga el artículo 60 de la Convención y el artículo 25(1) de su Estatuto. Hasta la fecha, la Corte ha dictado cuatro Reglamentos. El Reglamento vigente fue adoptado en el año 2000, y entró en vigor el 1 de junio de 2001; el nuevo Reglamento de la Corte, *inter alia*, realiza el viejo ideal de la plena participación (*locus standi*) de los individuos peticionarios en *todas* las etapas del procedimiento ante la Corte, al cual me referiré más adelante[27] (*cf. infra*).

El primer Reglamento de la Corte Interamericana (1980) se inspiró en el Reglamento entonces vigente de la Corte Europea de Derechos Humanos, el cual, a su vez, tomó como modelo el Reglamento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). En razón de la influencia del Reglamento de la CIJ, el procedimiento, sobre todo para los casos contenciosos, era particularmente lento. Así, se consideró necesario reformarlo para ajustarlo a la naturaleza distinta de los casos contenciosos de derechos humanos. Los procedimientos fueron agilizados, en cuanto a los plazos, en el segundo Reglamento de la Corte (1991). El tercer Reglamento (1996) dió más precisión tanto a la terminología como a la propia

---

[27] Para un estudio del nuevo Reglamento de la Corte, *cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A.: «El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional», en *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2001) pp. 33-92.

estructura del procedimiento ante el Tribunal; además, amplió la facultad del Tribunal para solicitar a las partes, o procurar *motu propio*, cualquier medio probatorio en cualquier estadio del procedimiento, para mejor resolver los casos bajo su consideración.

El principal avance introducido por el tercer Reglamento de la Corte fue dado por su artículo 23, mediante el cual se otorgó a los representantes de las víctimas o de sus familiares la facultad de presentar, en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones. Al discutir el proyecto del Reglamento de 1996, se consideró que había llegado el tiempo de intentar superar tales ambigüedades, dado que los roles de la Comisión (como guardián de la Convención asistiendo a la Corte) y de los individuos (como verdadera parte demandante) son claramente distintos. La propia práctica pasó a demostrar que evolución en el sentido de la consagración final de estos roles distintos debía darse *pari passu* con la gradual *jurisdiccionalización* del mecanismo de protección bajo la Convención Americana.

El cambio de siglo ha sido testigo de un salto cualitativo fundamental, en la adopción del nuevo Reglamento de la Corte, el cuarto de su historia, adoptado el 24 de noviembre de 2000, y en vigor desde el 1 de junio de 2001. La Corte introdujo en su nuevo Reglamento, *inter alia*, una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa (*locus standi in judicio*) en todas las etapas ante el Tribunal. En perspectiva histórica, es ésta la modificación más trascendental del cuarto Reglamento de la Corte, además de un verdadero marco en la evolución del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en particular, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general.

Como ya he señalado, el anterior Reglamento de 1996 había dado el primer paso en esa dirección, al otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, la facultad de presentar sus propios argumentos y pruebas en forma autónoma, específicamente en la etapa de reparaciones. Si las presuntas víctimas se encuentran al *inicio* del proceso (al ser supuestamente lesionadas en sus derechos), así como al *final* del mismo (como eventuales beneficiarios de las reparaciones), por qué razón negar su presencia *durante* el proceso, como verdadera parte demandante? El Reglamento de 2000 vino a remediar esta incongruencia que perduró por más de dos décadas (desde la entrada en vigor de la Convención Americana) en el sistema interamericano de protección.

En efecto, con el Reglamento de 2000 de la Corte Interamericana, las presuntas víctimas, sus familiares o representantes podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el

proceso ante el Tribunal (artículo 23). Así, una vez que la Corte notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o representantes, les otorga a éstos un plazo de 30 días para la presentación, en forma autónoma, de los escritos conteniendo sus solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 35(4)). Asimismo, durante las audiencias públicas, podrán ellos hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas, debido a su condición de verdadera parte en el proceso (artículo 40(2)). Con este relevante avance, queda por fin aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado, y, sólo procesalmente, la CIDH (artículo 2(23)).

Con el otorgamiento del *locus standi in judicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la CIDH y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte, podrán existir, o coexistir, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes), como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la CIDH, como órgano auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado.

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del proceso; asegura el principio contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la contraposición directa entre los individuos demandantes y los Estados demandados; reconoce el derecho de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso; y, *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte.

VII. **Relación del Mecanismo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los de Otros Sistemas de Protección**

Los redactores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se han beneficiado de la existencia anterior de otros tratados de derechos humanos tanto a nivel global (v.g., los dos Pactos de Derechos Humanos de Naciones Unidas) como a nivel regional (v.g., la Convención Europea de Derechos Humanos); así, tuvieron una base para

abordar la cuestión de la coexistencia y coordinación de los distintos sistemas de protección internacional de los derechos humanos. Durante los *travaux préparatoires* de la Convención Americana[28] se decidió consultar a los Estados miembros de la OEA sobre la materia, y al final se concluyó en favor de la coexistencia y armonía entre la Convención regional y los instrumentos de Naciones Unidas. La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en abril de 1968, opinó que era «perfectamente posible» la coexistencia entre los Pactos de Naciones Unidas (y Protocolo Facultativo) y la futura Convención Americana. También la OIT sometió comentarios con el objetivo de evitar cualquier conflicto entre las normas de carácter regional y las normas pertinentes de la OIT.

En el campo de la protección de los derechos humanos, la coordinación asume un sentido distinto con respecto a cada mecanismo empleado. De ese modo, en lo que concierne al sistema de peticiones o comunicaciones, la coordinación ha significado evitar el conflicto de competencias, la duplicación indebida de procedimientos y la interpretación divergente de disposiciones correspondientes de instrumentos internacionales coexistentes por los órganos de supervisión. En relación con el sistema de informes, la coordinación ha significado la consolidación de directrices uniformes (concernientes a la forma y al fondo) y la estandarización de los informes. Y con respecto al sistema de investigaciones o de determinación de los hechos (misiones de observación *in loco*), la coordinación ha significado el intercambio regular de informaciones y las consultas recíprocas entre los órganos de supervisión. En este dominio, se ha hecho uso del Derecho Internacional para ampliar y fortalecer la protección debida a las presuntas víctimas[29].

---

[28] Reunidos en el tomo: ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica), OEA doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, de 1969, pp. 1 ss.

[29] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)», 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21-435. Y *cf.* también, en general: DUNSHEE DE ABRANCHES, C.A.: «Comparative Study of the United Nations Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights and of the Draft Inter-American Convention on Human Rights», *Inter-American Yearbook on Human Rights* (1968) pp. 169-213; PIZA, R.: «Co-ordination of the Mechanisms for the Protection of Human Rights in the American Convention with Those Established by the United Nations», 30 *American University Law Review* (1980) pp. 167-187; ROBERTSON, A.H.: «The American Convention on Human Rights and the European Convention: A Comparative Study», 29 *Annuaire Européen/European Yearbook* (1981) pp. 50-76.

En lo que concierne al derecho de petición o comunicación individual en el sistema interamericano, la práctica de la Comisión Interamericana, aún con anterioridad a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha revelado considerable flexibilidad sobre la materia (relación con mecanismos de otros sistemas de protección), además de observancia del criterio de la libertad de elección de procedimiento por parte de los demandantes. La Comisión no se inhibe de conocer y examinar una petición cuando: a) el procedimiento seguido ante el otro organismo internacional se limite al examen de la situación general sobre derechos humanos en el caso aludido, y no exista una decisión sobre los hechos específicos que son objeto de la petición sometida a la Comisión o que no conduzca a un arreglo efectivo de la violación denunciada; b) el peticionario ante la Comisión o algún familiar sea la presunta víctima de la violación denunciada y el peticionario ante otros organismos sea una tercera persona o una entidad no-gubernamental, sin mandato de los primeros.

La Comisión Interamericana ha evitado de este modo la duplicidad de procedimiento. Es significativo que se trata de una orientación precisa en cuanto a la cuestión del impedimento de consideración de una comunicación *pendente lite*, o sea: *ratione materiae*, si el otro procedimiento coexistente empleado se refiere a una situación general sobre derechos humanos y no hay decisión sobre los hechos específicos alegados en la petición (individual) en cuestión, o es uno que no llevará a una solución efectiva de la violación denunciada; *ratione personae*, si el reclamante en el otro procedimiento coexistente empleado es una «tercera parte» o una entidad no-gubernamental que no tiene mandato del reclamante ante la Comisión Interamericana. En tales casos, la Comisión Interamericana no se abstendría de recibir y examinar la petición.

La primera salvaguardia arriba mencionada garantizaría la operación normal de un procedimiento como el del sistema de la resolución 1503 del ECOSOC, paralelamente al de la Comisión Interamericana. La segunda salvaguardia está de acuerdo con el entendimiento, también compartido a nivel global, de que «la misma materia» (una expresión encontrada en el artículo 5(2)(a) del [primer] Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas) debe ser considerada como significando y cubriendo también las mismas partes en el caso, y no una «tercera parte no relacionada».

Esta salvaguardia, además de hacer posible y probable un paralelismo uniforme en las prácticas, por ejemplo, del Comité de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana sobre la materia, también satisface a los intereses procesales —o al menos corresponde a las ex-

pectativas legítimas— de los demandantes, las supuestas víctimas. En cuanto a la experiencia de la Corte Interamericana sobre la cuestión, en su sentencia de 1999 en el caso *Baena Ricardo y Otros*, contra Panamá, el Tribunal desestimó una excepción preliminar de supuesta litispendencia (con un procedimiento de la OIT), y continuó con el conocimiento del caso.

En lo que concierne al sistema de observaciones *in loco* (determinación de los hechos), en el continente americano hay varios ejemplos de aplicación concomitante de dos o más sistemas de protección. Así, la situación de derechos humanos en *El Salvador* fue objeto de examen por parte tanto de un Representante Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (período 1982-1985). De igual modo, la situación de derechos humanos en *Bolivia* fue objeto de estudio por parte tanto de un Enviado Especial de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas como de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (período 1981-1983). El caso de *desapariciones forzadas o involuntarias en Argentina* fue objeto de observaciones *in loco* por parte tanto de la Comisión Interamericana como del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la materia (período 1979-1984). El *caso chileno* fue igualmente examinado a niveles global y regional por el Grupo de Trabajo *Ad Hoc* y el *Rapporteur* Especial sobre Chile de Naciones Unidas, el Comité de Libertad de Asociación de la OIT, y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (investigaciones *in loco* en el período 1974-1979).

Los sistemas de protección de los derechos humanos a niveles global y regional son esencialmente complementarios. El sistema interamericano de protección, naturalmente, no hace excepción a esto. En las últimas décadas hemos sido testigos de la gradual expansión de la protección internacional de los derechos humanos y la correspondiente consolidación de los sistemas de protección, que son claramente orientados hacia la salvaguardia de las víctimas. Se ha logrado el fortalecimiento y perfeccionamiento de los sistemas de protección en gran parte gracias al tratamiento adecuado de cuestiones de su operación, como la de la coordinación de dichos sistemas. Es importante que técnicas procesales y presunciones sigan siendo aplicadas teniendo en cuenta la posición de desventaja y gran vulnerabilidad de las presuntas víctimas, con miras a la fiel y plena realización del objeto y propósito de los instrumentos internacionales de protección del ser humano, y, en última instancia, a la realización de la justicia en el plano internacional.

VIII. El Fortalecimiento de la Capacidad Procesal Internacional de los Individuos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos

El fortalecimiento de la capacidad procesal de los individuos en los procedimientos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos (*cf. supra*) se está logrando gradualmente de distintas formas, en el ejercicio de las funciones tanto contenciosa como consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la par de las medidas provisionales de protección. En cuanto a los *casos contenciosos*, los desarrollos en este sentido pueden ser apreciados a través de un estudio, como hemos visto anteriormente, tanto de la evolución del propio *Reglamento* de la Corte Interamericana (*cf. supra*), como también de la *interpretación* de determinadas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como del Estatuto de la Corte[30].

En lo que concierne a las disposiciones convencionales relevantes, podría destacar las siguientes: a) los artículos 44 y 48(1)(f) de la Convención Americana se prestan claramente a la interpretación en favor de los individuos peticionarios como parte demandante; b) el artículo 63(1) de la Convención se refiere a «parte lesionada», la cual sólo puede significar los individuos (y jamás la Comisión); c) el artículo 57 de la Convención señala que la Comisión «comparecerá en todos los casos ante la Corte», pero no especifica en qué condición, y no dice que la Comisión es parte; d) el propio artículo 61 de la Convención, al determinar que sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso a la decisión de la Corte, no habla de «partes»; e) el artículo 28 del Estatuto de la Corte señala que la Comisión «será tenida como parte ante la Corte» (o sea, parte en un sentido puramente procesal), pero no determina que efectivamente «es parte».

En cuanto a las *Medidas Provisionales de Protección* (bajo el artículo 63(2) de la Convención), desarrollos recientes han fortalecido la posición de los individuos en búsqueda de protección. En el caso del *Tribunal Constitucional* (2000), una peticionaria (magistrada), destituída del Tribunal Constitucional del Perú, sometió directamente a la Corte Interamericana una solicitud de medidas provisionales de protección. Tratándose de un caso pendiente ante la Corte Interamericana,

---

[30] A la representación directa de las víctimas o sus representantes en el procedimiento contencioso ante la Corte, así como a la evolución del Reglamento de la Corte en general, ya se hizo referencia anteriormente (*cf. supra*).

y no estando esta última en sesión en aquel entonces, el Presidente de la Corte, por primera vez en la historia de la Corte, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 7 de abril de 2000, dadas la extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la peticionaria.

Posteriormente, la misma situación se planteó en el caso *Loayza Tamayo versus Perú* (2000), ya decidido por la Corte en cuanto al fondo y a las reparaciones: en un escrito de 30 de noviembre de 2000, la peticionaria presentó directamente a la Corte una solicitud de medidas provisionales en nombre de la víctima (solicitud ésta endosada por la hermana de la víctima). Estando el caso en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia (en cuanto a las reparaciones), y no estando la Corte en sesión, su Presidente, por segunda vez, adoptó medidas urgentes, *ex officio*, en Resolución del 13 de diciembre de 2000, dadas la extrema gravedad y urgencia, y para evitar daños irreparables a la víctima.

En ambos casos (*Tribunal Constitucional* y *Loayza Tamayo*), la Corte en pleno ratificó, al entrar en sesión, las referidas medidas urgentes adoptadas por su Presidente (Resoluciones de la Corte sobre Medidas Provisionales de Protección, del 14 de agosto de 2000, y del 3 de febrero de 2001, respectivamente). Estos dos episodios recientes, que no pueden pasar desapercibidos, demuestran no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia.

En cuanto a las *Opiniones Consultivas*, no puede pasar desapercibida la participación, en el procedimiento ante la Corte, de individuos, sea como personas físicas o como representantes de organizaciones no-gubernamentales (ONGs). Si bien en la mayoría de los procedimientos consultivos hasta la fecha no se contó con dicha participación, en algunos de ellos los individuos hicieron acto de aparición. Así, en los procedimientos atinentes a la cuarta (1984) y la quinta (1985) Opiniones Consultivas, algunos individuos presentaron sus puntos de vista en las respectivas audiencias públicas, en representación de instituciones (públicas y de prensa, respectivamente); en el procedimiento relativo a la décimo-tercera Opinión Consultiva, participaron cuatro representantes de tres ONGs; en el referente a la décimo-cuarta Opinión Consultiva, intervinieron dos miembros de dos ONGs; en el concerniente a la décimo-quinta Opinión Consultiva, participaran dos representantes de dos ONGs.

Pero fue la histórica Opinión Consultiva n.º 16, de transcendental importancia en perspectiva histórica, la que contó con un procedimien-

to consultivo extraordinariamente rico, en el cual, a la par de los ocho Estados intervenientes, hicieron uso de la palabra en las audiencias públicas siete individuos representantes de cuatro ONGs (nacionales e internacionales) de derechos humanos, dos individuos de una ONG actuante en pro de la abolición de la pena de muerte, dos representantes de una entidad (nacional) de abogados, cuatro profesores universitarios en calidad individual, y tres individuos en representación de un condenado a la pena de muerte. Estos datos, poco conocidos, también revelan el acceso del ser humano a la jurisdicción internacional en el sistema interamericano de protección, en el marco de los procedimientos consultivos bajo la Convención Americana; demuestran, además, el carácter de *ordre public* de dichos procedimientos.

El actual Reglamento de la Corte reconoce, significativamente, al individuo demandante, de modo inequívoco, y por primera vez en la historia de la Corte y del sistema interamericano de protección, como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con plena capacidad jurídico-procesal internacional. La Corte erige al ser humano, de modo incuestionable, como verdadera parte demandante en todas las etapas de los procedimientos contenciosos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este gran salto cualitativo representa un paso de los más significativos en la evolución del sistema regional de protección, en el sentido de su *jurisdiccionalización*. Ocurre, además, en un momento histórico en que gana cada vez mayor espacio el ideal de la realización de la justicia a nivel internacional.

IX. **Perspectivas**

Los nuevos Reglamentos de la Corte y de la Comisión (*cf. supra*) son parte de un *proceso* de perfeccionamiento y fortalecimiento del sistema interamericano de protección. Hoy día se considera, como próximo paso de esta evolución, la posibilidad de un Protocolo de Reformas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, precedido por amplias consultas a los Estados Partes, a las entidades de la sociedad civil y a los beneficiarios del sistema en general. Este futuro Protocolo inicialmente incorporaría los avances reglamentarios recientemente logrados (tanto por la Corte como por la Comisión). Hay que tener siempre presente que un Reglamento puede en cualquier momento sufrir alteraciones (inclusive retrógradas); ya un Protocolo, una vez que entre en vigor, constituye la vía más segura de obtener compromisos reales por parte de los Estados, sin posibilidad de retro-

cesos, en cuanto que supone un mecanismo más eficaz de protección de los derechos humanos[31].

La parte sustantiva de la Convención —atinente a los derechos protegidos— sería preservada, sin alteraciones, pues la jurisprudencia de la Corte y la práctica de la Comisión al respecto, constituyen un patrimonio jurídico de todos los Estados Partes en la Convención y todos los pueblos de la región. De todos modos, el artículo 77(1) de la Convención Americana abre la posibilidad de que se amplíe siempre el elenco de los derechos convencionalmente protegidos. Ya la parte relativa al mecanismo de protección y los procedimientos bajo la Convención Americana sería reformada para incorporar los recientes cambios introducidos en los nuevos Reglamentos de la Corte y la Comisión, de modo que se asegure el real compromiso de los Estados con los avances en cuanto al *locus standi in judicio* de los individuos demandantes en todo el procedimiento bajo la Convención Americana y en cuanto a la racionalización y perfeccionamiento de dicho procedimiento. Quizás en un futuro más distante se pueda dar otro paso adelante, en el sentido de la evolución del *locus standi* al *jus standi* de los individuos ante la Corte[32].

---

[31] En sus presentaciones recientes ante los órganos competentes de la OEA en Washington D.C., el Presidente de la Corte Interamericana ha insistido en la necesidad de este Protocolo; *cf.* OEA: *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos: «Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos»* (19.04.2002), documento OEA/Ser.G/CP/CAJP-1933/02, de 25.04.2002, pp. 7 y 13-15; OEA: *Presentación del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos: «El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos»* (16.10.2002), documento OEA/Ser.G/CP/doc.3654/02, de 17.10.2002, pp. 12-16.

[32] CANÇADO TRINDADE, A.A.: *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; CANÇADO TRINDADE, A.A.: *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, capítulo VII, pp. 317-374; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments», *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe. siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «The Inter-American Human Rights System at the Dawn of the New Century: Recommendations for Improvement of Its Mechanism of Protection», *The Inter-American System of Human Rights* (Eds. D. HARRIS y S. LIVINGSTONE), Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 395-420; CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Le système inter-américain de protection des droits de l'homme: état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIème siècle», 46 *Annuaire Français de Droit international* (2000) pp. 547-577.

A pesar de los innegables avances del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2002), aún resta un largo camino que recorrer. Hasta inicios de los años ochenta, las atenciones se volvían principalmente a violaciones graves y masivas de derechos humanos (v.g., práctica de tortura, desapariciones forzadas de personas, detenciones ilegales o arbitrarias) cometidas por regímenes opresores. En los últimos años, ha aumentado en número los casos relativos a las violaciones de las garantías judiciales y a la falta de acceso a la justicia; además, se ha verificado una diversificación en las fuentes de violaciones de los derechos humanos (v.g., las perpetradas por grupos clandestinos, o de exterminio, o las perpetradas en las relaciones interindividuales, o las resultantes de la corrupción y la impunidad).

A dicho fenómeno —que pone especial énfasis en la dimensión preventiva de la protección de los derechos humanos— hay que agregar los problemas de derechos humanos que resultan no necesariamente de la confrontación o represión política, pero que se presentan más bien como problemas endémicos o crónicos de nuestro medio social, agravados por las deficiencias del Poder Judicial, las iniquidades en la concentración de renta, las crecientes disparidades económico-sociales, y la irrupción de nuevos conflictos internos con nuevos flujos de desplazamiento poblacional[33]. Se impone equipar al sistema interamericano de protección, dentro de sus posibilidades y de los parámetros de su mandato, para hacer frente a estas situaciones nuevas o agravadas de denegación o violación de los derechos humanos.

Hay ciertos prerequisitos básicos que deben ser satisfechos para que se logre la evolución continuada y futura del sistema interamericano de protección. Dichos prerequisitos son, esencialmente, los siguientes: a) la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por todos los Estados miembros de la OEA, o adhesión a la misma; b) la aceptación, integral y sin restricciones, por todos los Estados miembros de la OEA, de la jurisdicción obligatoria —automática— de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; c) la incorporación de

---

[33] *Cf.* CANÇADO TRINDADE, A.A. y RUIZ DE SANTIAGO, J.: *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 9-421; PEYTRIGNET, G.: «Acción Humanitaria Convencional y Extraconvencional del CICR en América Latina: Evaluación y Proyecciones», en *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (Ed. J. IRIGOIN), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1991, pp. 143-150; RUIZ DE SANTIAGO, J.: «El Derecho Internacional de los Refugiados en Su Relación con los Derechos Humanos y en Su Evolución Histórica», en *Derecho Internacional de los Refugiados* (Ed. J. IRIGOIN), Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1993, pp. 31-87.

la normativa sustantiva (atinente a los derechos protegidos) de la Convención Americana al Derecho interno de los Estados Partes.

El compromiso real de un país con los derechos humanos internacionalmente reconocidos se mide por su iniciativa y determinación de convertirse en Parte en los tratados de derechos humanos, asumiendo así las obligaciones convencionales de protección en éstos consagradas. En el presente dominio de protección, los mismos criterios, principios y normas deben valer para todos los Estados, jurídicamente iguales, así como operar en beneficio de todos los seres humanos, independientemente de su nacionalidad o cualesquiera otras circunstancias. Los Estados que se han autoexcluído del regímen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tienen una deuda histórica con el sistema interamericano de protección, que hay que rescatar. Mientras todos los Estados miembros de la OEA no ratifiquen la Convención Americana, no acepten integralmente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y no incorporen las normas sustantivas de la Convención Americana en su Derecho interno, muy poco se avanzará en el fortalecimiento real del sistema interamericano de protección.

La anteriormente mencionada incorporación de la normativa sustantiva de la Convención Americana al Derecho interno de los Estados Partes en nada se ve afectada por el principio de la subsidiariedad de los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Ambos coexisten en armonía, por cuanto aquella incorporación actúa en el plano sustantivo (o sea, de los derechos protegidos), mientras que el principio de la subsidiariedad se aplica específicamente a los mecanismos y procedimientos de protección internacional, o sea, en el plano procesal.

Una cuestión que se ha convertido en recurrente en el actual debate sobre los rumbos del sistema interamericano de derechos humanos, y particularmente ahora con la adopción y entrada en vigor del actual Reglamento de la Corte Interamericana (*cf. supra*), es la del rol de la Comisión en el procedimiento contencioso, relativo a casos individuales, ante la Corte. Cabe recordar que, en la histórica Conferencia de San José de Costa Rica —la cual adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969—, hubo manifestaciones favorables al acceso directo de los individuos peticionarios a la Corte Interamericana, sin que se formulara una propuesta concreta al respecto.

Con la entrada en vigor de la Convención Americana, y el establecimiento y operación de la Corte Interamericana, se formaron dos corrientes de opinión en cuanto al rol de la Comisión en el procedimiento ante la Corte, a saber:

a) la *tesis de derecho procesal*, según la cual mientras exista la disposición de la Convención Americana que señala que sólo los Estados Partes y la Comisión pueden someter un caso a la Corte (artículo 61(1)), no se puede cambiar el rol de la Comisión, sin perjuicio de una participación procesal de la presunta víctima como «parte coadyuvante»;
b) la *tesis de derecho sustantivo*, que parece la más acertada, según la cual hay que partir de la titularidad de los derechos protegidos por la Convención, la cual es clara en que los titulares de dichos derechos son los individuos, verdadera parte sustantiva demandante, siendo la Comisión guardiana de la Convención Americana, que auxilia la Corte en el contencioso bajo la Convención como defensora del interés público[34].

La implicación inmediata de la tesis de derecho sustantivo es que, siendo los individuos los titulares de los derechos protegidos por la Convención, como indiscutiblemente lo son, les corresponde la *capacidad* de reivindicar dichos derechos ante los órganos de supervisión de la Convención. Al adoptar su nuevo Reglamento (de 2000), la Corte tuvo presentes estas reflexiones. Es por ello que, en el artículo 2 del Reglamento, que contiene las definiciones de los términos empleados, determina (en el párrafo 23) que «la expresión "partes en el caso" significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión».

La reciente entrada en vigor del nuevo Reglamento de la Corte (*cf. supra*) anuncia un fuerte incremento en los costos del trámite de los casos[35], al haber otorgado a las presuntas víctimas o sus familiares, y a sus representantes legales, el *locus standi in judicio*, como verdadera parte demandante, a la par de la participación de la Comisión y del Estado demandado. La Corte deberá, de ese modo, escuchar y tramitar los alegatos de los tres (peticionarios, Comisión y Estado), lo que implicará mayores costos[36]. Además, con el inevitable aumento de casos

---

[34] Cançado Trindade, A.A.: *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, San José de Costa Rica, CtIADH, 2001, Anexos 1-4, pp. 67-99.

[35] El incremento en el volumen y la complejidad del trabajo —a raíz de las modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento de la Corte—, requiere el aumento del personal del área legal de la Corte (que hoy día opera con un mínimo esencial), con los consecuentes ajustes en los niveles salariales de sus integrantes.

[36] En razón de todo ésto, surge en buena hora la oportuna propuesta de Costa Rica de incrementar, en forma escalonada, el presupuesto de la Corte y de la Comisión en al menos 1% al año, de los actuales 5,7% del Fondo Regular de la OEA hasta que alcance el 10% de dicho Fondo para el año 2006.

sometidos a la Corte bajo el nuevo Reglamento, el actual sistema de cuatro períodos ordinarios de sesiones por año se tornará manifestamente insuficiente e inadecuado para el fiel desempeño de las funciones otorgadas al Tribunal por la Convención; éste deberá, en el futuro próximo, transformarse en un Tribunal que opere en base semi-permanente.

El fortalecimiento del mecanismo de protección bajo la Convención Americana requiere el reconocimiento, por todos los Estados Partes en la Convención Americana, de la jurisdicción obligatoria de la Corte, la cual se deberá convertirse necesariamente en *automática*, no admitiendo tipo alguno de restricciones[37]. Cabe perseverar en la búsqueda de la realización del viejo ideal de la justicia internacional, que gana un espacio cada vez mayor (con la creación de nuevos tribunales internacionales[38]) en nuestros días en diferentes latitudes.

Hay un rol importante reservado a los Estados Partes en la implementación de la Convención Americana, como *garantes* de la misma. Los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las decisiones de la Corte, como lo establece el artículo 68 de la Convención, en aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse, además, de una obligación de su propio Derecho interno. Los Estados Partes igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma. La supervisión de la fiel ejecución de las sentencias de la Corte es una tarea que recae sobre el conjunto de los Estados Partes en la Convención.

El ejercicio, por dichos Estados, de la *garantía colectiva* —subyacente a la Convención Americana y a todos los tratados de derechos humanos—, es imprescindible para la fiel ejecución o cumplimiento de las sentencias y decisiones de la Corte Interamericana, así como para la observancia de las recomendaciones de la Comisión. Al abordar la cuestión del ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención, hay que tener presentes los dos pilares básicos del mecanismo de protección de la Convención Americana, a saber, el derecho

---

[37] *Cf.,* en este sentido, CANÇADO TRINDADE, A.A.: *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana*…, *op. cit. supra* n. (35), pp. 1-64.

[38] Así, a la par de los dos Tribunales internacionales (Cortes Interamericana y Europea) de Derechos Humanos, y la Corte Internacional de Justicia, súmanse hoy los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la ex-Yugoslavia y para Ruanda, el Estatuto de Roma de 1998 sobre el Tribunal Penal Internacional (permanente), el Tribunal Internacional sobre Derecho del Mar, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, además de otros.

de petición individual internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana: estos elementos fundamentales constituyen verdaderas *cláusulas pétreas* de la protección internacional de los derechos humanos[39].

Al considerar el ejercicio de la garantía colectiva por los Estados Partes en la Convención, hay que también tener presente la dimensión temporal —a abarcar medidas de seguimiento así como de prevención—, de la operación del mecanismo de protección de la Convención Americana. Las medidas de *seguimiento* a las decisiones de ambos órganos de supervisión de la Convención Americana son de crucial importancia, del mismo modo que las medidas de *prevención*, de que da elocuente testimonio el uso creciente y eficaz de las medidas provisionales de protección de la Corte Interamericana.

Finalmente, las perspectivas de un sistema regional de protección como el sistema interamericano deben —como señalado al inicio del presente estudio—, necesariamente ser consideradas en el marco de la universalidad de los derechos humanos. Es cierto que las violaciones de derechos humanos continúan ocurriendo en todas partes, pero la reacción y respuesta inmediatas a tales violaciones son hoy mucho más fuertes que en el pasado. Se ha alcanzado una etapa de desarrollo de la materia caracterizada por el reconocimiento de la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la promoción y protección de los derechos humanos por todos y en todas partes. Esto corresponde a un nuevo *ethos* de nuestro tiempo, afirmado universalmente, acarreando obligaciones *erga omnes* de protección. Estamos, en última instancia, en medio de un proceso de construcción de una cultura universal de observancia de los derechos humanos. En este propósito, un rol importante está reservado, en el continente americano, al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de modo general, y a sus órganos de supervisión, en particular.

---

[39] CANÇADO TRINDADE, A.A.: «Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos», *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

Parte VI

La Unión Africana y los derechos humanos

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*

Christof Heyns

Sumario: 1. Introducción. 2. Las fuentes. 3. La Carta Africana: 1) Antecedentes. 2) Derechos reconocidos. 3) El mecanismo de exigibilidad: la Comisión Africana. 4. La Corte Africana de Derechos Humanos. 5. Conclusión.

1. **Introducción**

Mientras que el término «derechos humanos» está vigente desde una época relativamente reciente, los pueblos han estado luchando durante siglos en Africa por la libertad, la igualdad, la dignidad y la justicia social. En Africa, como en otras partes, lo que ahora se llama derechos humanos encuentra su fundamento en la lucha por afirmar estos valores centrales de la existencia humana[1].

Hoy, el término derechos humanos es usado ampliamente en el contexto africano. Las constituciones escritas de cada país africano reconocen dicho concepto; la Organización intergubernamental de Estados Africanos, la Unión Africana, considera la realización de los derechos humanos como uno de sus objetivos y principios; y el nivel de ratificaciones de los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas por parte de los países africanos está a la par de la práctica mundial[2]. Existe una amplia aceptación de que el futuro de Africa

---

* La traducción del original en inglés ha sido realizada por José Milá Moreno y Felipe Gómez Isa.

[1] Para una exposición sobre la aproximación de los dos lados de la misma moneda que son los derechos humanos y la lucha legítima, ver HEYNS, C.: «A "struggle approach" to human rights», en SOETEMAN, A. (Ed.): *Pluralism and Law,* 2001, p. 171.

[2] Para una colección de material básico sobre el Derecho los derechos humanos en Africa, las Naciones Unidas, a nivel regional, subregional e interno de todos los países de Africa, ver: HEYNS, C. (Ed.): *Human Rights Law in Africa,* Kluwer. Hasta ahora han sido publicados los volúmenes para 1996, 1997, 1998 y 1999; el volumen consolidado 2000-2002 estará disponible próximamente. Las referencias a esta publicación aparecerán como *Human Rights Law in Africa.*

deberá estar basado en lo que es internacionalmente conocido como derechos humanos.

No sorprende, dada la historia de Africa, que los elementos de lucha y de reivindicación del concepto de derechos humanos estén claramente visibles en los documentos sobre derechos humanos del continente. Un significativo número de constituciones africanas reconocen explícitamente un derecho directo, ubicado en el pueblo, para proteger las normas constitucionales y de derechos humanos, incluso mediante la lucha política, si dichas normas y derechos son violados[3]. El documento fundacional de la Unión Africana solamente prevé el derecho a la intervención humanitaria en los Estados miembros por parte de la Unión en casos de graves violaciones de los derechos humanos. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos también refleja la reacción contra la experiencia continental de la esclavitud y el colonialismo, por ejemplo mediante el reconocimiento a «los pueblos» de su derecho de autodeterminación.

Sin embargo, la lucha por los derechos humanos en el continente africano está todavía lejos de terminar o completarse. El continente está plagado de violaciones masivas y generalizadas a los derechos humanos. El proceso para establecer estructuras institucionales efectivas que ayuden a consolidar y proteger los beneficios duramente obtenidos en las luchas por las libertades en el pasado, se ha transformado en la lucha por su propio derecho en el presente. Sin duda, la más importante tarea al respecto es establecer un sistema legal a nivel nacional que proteja los derechos humanos. No obstante, los intentos regionales para cambiar las prácticas continentales sobre los derechos humanos y para crear sistemas de seguridad *(safety nets)* para aquellos casos que no se aborden a nivel nacional, están asumiendo una importancia creciente.

Este artículo describe las estructuras institucionales de los derechos humanos creadas a nivel continental en Africa. El centro de atención se sitúa en el tratado general de derechos humanos de Africa —*La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*— como el fundamento legal del sistema que potencialmente podría jugar el mismo rol que en el caso de los sistemas regionales de derechos humanos de Europa y América. La cuestión es cómo se puede conseguir esto de la manera más efectiva.

---

[3] El explícito reconocimiento del derecho de resistencia para proteger las normas constitucionales y de derechos humanos está presente en las Constituciones de Benin (1990) (art. 66); Cabo Verde (1992) (art. 18); Ghana (1992) (art. 3(4) y (5)); Togo (1992) (art. 150); Chad (1996) (Preámbulo); y Burkina Faso (1997) (art. 167).

2. **Fuentes**

El sistema regional africano ha sido desarrollado bajo los auspicios de la Organización para la Unidad Africana («OUA»)[4], la cual se ha transformado en 2002 en la Unión africana («UA»)[5]. Mientras que la Carta de la OUA de 1963 hace únicamente una referencia de pasada al concepto de derechos humanos[6], ahora el documento constitutivo de la UA de 2001 ha situado firmemente los derechos humanos en la agenda del nuevo organismo regional[7].

---

[4] Ver NALDI, GL.: *The Organization of Africa Unity: An Analysis of its Role,* 1999, p. 109.

[5] Documento constitutivo de la Unión Africana CAB/LEG/23.15, entrado en vigor el 26 de Mayo de 2001.

[6] 47 UNTS 39 (1963) reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1998, p. 117. El preámbulo estableció la adhesión a los principios de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Ver además el art. II(1)(e). Sin embargo, la Carta de la OUA era un documento de derechos humanos en el sentido de que estaba dirigido a la abolición del colonialismo y el apartheid.

[7] El documento constitutivo, en su preámbulo, se refiere a las luchas por la independencia y la dignidad humana «por nuestros pueblos» y a la determinación de los Jefes de Estado y de Gobierno «para promover los derechos humanos y de los pueblos». De acuerdo al artículo 3, «los objetivos de la Unión serán … (e) reforzar la cooperación internacional tomando debida cuenta de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos;» y «… (h) promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos de acuerdo con la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos relevantes de derechos humanos». Está establecido en el artículo 4 que «la Unión funcionará de acuerdo con los siguientes principios: … (g) la no interferencia por cualquier Estado miembro en los asuntos internos de otro; (h) el derecho de la Unión para intervenir en un Estado miembro en cumplimiento de una decisión de la Asamblea al respecto de graves circunstancias, como por ejemplo crímenes de guerra, genocidio y crímenes contra la humanidad; … (i) la promoción de la igualdad de género; (m) respeto por los principios democráticos, los derechos humanos, el imperio de la ley y el buen gobierno; (n) la promoción de la justicia social para asegurar el desarrollo económico equilibrado; (o) respeto por la santidad de la vida humana, condena y rechazo de la impunidad y de los asesinatos políticos, actos de terrorismo y actividades subversivas; (p) condena y rechazo de las alteraciones inconstitucionales de gobiernos». De acuerdo al art. 23(2) «… cualquier Estado miembro que no cumpla las decisiones y políticas de la Unión puede ser sujeto a … sanciones, tales como denegación de vínculos de transporte y comunicaciones con otros Estados miembros, y otras medidas de naturaleza política y económica a ser determinadas por la Asamblea». El artículo 30 prevé: «Los gobiernos que lleguen al poder mediante medios inconstitucionales no se les permitirá participar en las actividades de la Unión». Para una discusión al respecto, ver BAIMU, E: «The African Union: Hope for better protection of human rights in Africa?», *African Human Rights Law Journal,* Vol. 1, 2001, p. 299. El documento constitutivo está reproducido en la página 315 del mismo volumen. Una nueva categoría de enmiendas por el Consejo Ejecutivo de la UA, adoptada unánimemente en febrero de 2003 por la Asamblea, concede un rol más fuerte a la UA en términos de la restauración de la paz y el orden en los Estados miembros. Véase Ex/Assembly/4(I) y Ex/Assembly/Ppt(I). Esto podría ser potencialmente usado para socavar los derechos humanos.

El instrumento central del sistema regional africano, La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos («La Carta Africana»)[8], fue abierta a la firma en 1981 y entró en vigor en 1986. Ha sido ratificado por todos los 53 Estados miembros de la OUA/UA[9]. El único órgano supervisor de la Carta Africana actualmente existente es la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos («Comisión Africana»). La Comisión Africana se constituyó y reunió por primera vez en 1987 y ha adoptado sus propias *Reglas de Procedimiento* (enmendadas en 1995)[10] y *Orientaciones para los Informes de los Estados* (enmendadas en 1998)[11].

El Protocolo a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos sobre el establecimiento de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos («Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos»)[12] fue adoptado en 1998, pero aún no ha entrado en vigor. Se exigen quince ratificaciones[13]. Por ahora tan solo han habido seis: Burkina Faso, Gambia, Mali, Senegal, Sudáfrica y Uganda.

Los informes de la actividad anual de la Comisión, que reflejan sus decisiones, resoluciones y otros actos, son cada año presentados para su publicación ante la reunión de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno («La Asamblea») de la OUA/UA que se celebra en junio o julio del año siguiente[14]. Las Decisiones de la Comisión han sido publicadas en un volumen separado[15]. Un pequeño pero creciente volumen de publicaciones secundarias sobre el trabajo de la Comisión

---

[8] OUA Doc. OAU/CAB/LEG/67/3/Rev.5. Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1996, p. 7.

[9] Véase el informe del Presidente interino de la Comisión sobre el estatus de los Tratados de la UA (a 10 de febrero de 2003) EX/CL/14(II). Además, este informe es usado en otros lugares de esta contribución al respecto de las ratificaciones. Sobre las tres reservas a la Carta Africana ver *Human Rights Law in Africa,* 1997, p. 10.

[10] ACHPR/RP/XIX. Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1997, p. 11.

[11] La primera y más elaborada guía de orientaciones fue adoptada por la Comisión en 1998. Una segunda, y aparentemente adicional, guía de orientaciones, las cuales son mucho más concisas, fue adoptada por la Comisión en 1998. OAU Doc/05/27 (XXIII). Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1998, p. 279.

[12] OAU/LEG/MIN/AFCHPR/PROT (I) Rev. 2. Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 279.

[13] Art. 34(3).

[14] Ver Murray, R. & Evans, M. (Eds.): *Documents of the African Comission on Human and Peoples' Rights,* 2001.

[15] Institute for Human Rights and Development in Africa: *Compilations of Decisions on Communications of the African Commision on Human and Peoples' Rights.* La edición más reciente abarca hasta el decimocuarto Informe de Actividades Anuales (2000-2001).

ha ido apareciendo[16], e información sobre sus actividades está disponible en numerosas páginas web[17].

Además de la Carta Africana, el sistema regional africano de derechos humanos comprende: la Convención de la OUA sobre la Regulación de los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en Africa («Convención Africana sobre Refugiados») de 1969[18], la cual entró en vigor en 1974 (44 ratificaciones); y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño («Carta Africana del Niño») de 1990, la cual entró en vigor en 1999[19] (29 ratificaciones). Se ha creado un órgano especial para supervisar la Carta Africana del Niño, el Comité Africano sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, que tuvo su primera reunión en 2002 en Addis Ababa, Etiopía[20].

La relativamente desconocida Carta Cultural para Africa de 1976 entró en vigor en 1990 (33 Estados partes)[21]. El Proyecto de Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre Derechos de la Mujer en Africa actualmente está en consideración[22]. Existen además dos tratados relativos al medio ambiente, aunque no desde la perspectiva de los derechos humanos[23].

---

[16] Entre los más prominentes están ANKUMAH, E.: *The African Commission on Human and Peoples' Rights: Practice and Procedures,* The Hague, Martinus Nijhoff, 1996; UMOZURIKE, U.O.: *The African Charter on Human and Peoples' Rights,* The Hague, Kluwer, 1997; EVANS, M. & MURRAY, R. (Eds.): *The African Charter on Human and Peoples' Rights: The System in Practice, 1986-2000,* Cambridge University Press, Cambridge, 2002. Para una visión detallada, ver la contribución regularmente actualizada de F. Viljoen en los volúmenes anuales de *Human Rights Law in Africa.* Los desarrollos en el sistema son cubiertos regularmente en *African Human Rights Journal,* desde 2001.

[17] http://www.achpr.org; http://www.africa-union.org/en/home/asp; www.up.ac.za/chr.

[18] OAU Doc CAB/LEG/24.3. Reproducido en *Human Rights Law* in Africa, 1997, p. 34.

[19] OAU Doc CAB/LEG/153/Rev 2. Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1997, p. 38.

[20] Ver LLOYD, A.: «The first meeting of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child», *African Human Rights Law Journal,* Vol. 2, 2002, p. 320.

[21] Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 55.

[22] Para la última versión, ver CAB/LEG/66.6/Rev. 1. Véase NSIBIRWA, M.: «A brief analysis of the Draft Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women», *African Human Rights Law Journal,* Vol. 1, 2001, p. 40.

[23] La Convención Africana sobre la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (1968/69), reproducida en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 47, y la Convención (de Bamako) sobre la Importación a Africa y el Control de Movimiento Transfronterizo y Dirección de Residuos Peligrosos dentro de Africa (1991/98), reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 108. Ver VAN DER LINDE, M.: «A review of the African Convention on Nature and Natural Resources», *African Human Rights Law Journal,* Vol. 2, 2002, p. 33.

El programa de desarrollo de la UA, denominado Nueva Asociación para el Desarrollo de Africa (NEPAD, *New Partnership for Africa's Development*), tiene un fuerte componente de derechos humanos[24] y prevé el desarrollo de un mecanismo de revisión (APRM, *African Peer Review Mechanism*), el cual también abordará las prácticas referidas a los derechos humanos por parte de los Estados miembros[25].

Quizás una respuesta más indirecta a las violaciones masivas de derechos humanos en Africa ha sido el intento de desarrollar mecanismos para la resolución de conflictos en Africa[26].

---

[24] Ver la NEPAD Declaración en Democracia y Gobernabilidad Política, Económica y Corporativa AHG/235 (XXXVIII) Anexo I, Sección 10 prevé lo siguiente: «A la luz de la reciente historia de Africa, el respeto por los derechos humanos debe ser acordado con toda su urgencia e importancia. Uno de los exámenes por los cuales la calidad de la democracia es juzgada es el de la protección que ella provee a cada ciudadano individual y a los grupos vulnerables y con desventajas. Minorías étnicas, mujeres y niños que han sufrido el choque de los conflictos que hoy desgarran al continente. Debemos hacer más para avanzar en la causa de los derechos humanos en Africa en general y, especialmente, para acabar con la vergüenza moral ejemplificada por la condición de las mujeres, niños, discapacitados y las minorías étnicas en las situaciones de conflicto en Africa». Bajo el encabezado «Democracia y Gobernabilidad Política», la sección 13 prevé: «En respaldo de la democracia y de los procesos democráticos, nosotros: aseguraremos que nuestras respectivas constituciones nacionales reflejen los valores democráticos y provean en favor de gobiernos democráticamente responsables; promocionaremos la representación política y por tanto promoveremos la participación de todos los ciudadanos en el proceso político en un ambiente político libre y justo; reforzaremos la estricta adhesión hacia la posición de la Unión Africana (UA) en los cambios inconstitucionales de gobierno y otras decisiones de nuestra organización continental dirigidas a la promoción de la democracia, el buen gobierno, la paz y la seguridad; reforzaremos y, donde sea necesario, se establecerá una administración electoral apropiada en nuestros respectivos países y se proveerá de los recursos necesarios y la capacidad para conducir elecciones, las cuales serán libres, justas y creíbles; designaremos y, donde sea necesario, reforzaremos la UA y los mecanismos y procesos sub-regionales de supervisión de elecciones; y se elevará el reconocimiento público de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, especialmente en nuestras instituciones educativas». Ver además la Declaración sobre la Implementación de la Nueva Asociación para el Desarrollo de Africa (NEPAD) Assembly/AU/Decl. 1 (I). Para un debate, ver Baimu, E.: «Human rights in NEPAD and its implications for the African human rights system», *African Human Rights Law Journal,* Vol. 2, 2002, p. 301.

[25] El mecanismo para la revisión del NEPAD (APRM) AHG/235 (XXXVIII), en su Anexo 2, prevé la creación de un Panel de Personas Eminentes para llevar a cabo revisiones en los Estados miembros del respeto de la democracia y la gobernabilidad política (arts. 4 y 14).

[26] Ver la Declaración sobre el Establecimiento de un Mecanismo para la Prevención, Gestión y Resolución de Conflictos, AHG/DECL. 3 (XXIX). El órgano central de este mecanismo fue incluido como un órgano de la UA en la 37.ª Asamblea de la OUA en 2001, AHG/Dec. 160 (XXXVII). De acuerdo con el art. 22 del Protocolo Relativo al Establecimiento del Consejo de Paz y Seguridad en Africa, ASS/AU/Dec. 2(I), este Consejo sustituirá al anterior mecanismo.

La Corte Africana de Derechos Humanos, una vez que entre en funcionamiento, tiene pretensiones de ser un órgano judicial de carácter independiente, pero el resultado del impacto político de sus decisiones es todavía incierto. Por otra parte, el mecanismo para la revisión del NEPAD (APRM) es de naturaleza política y, como tal, permanece el interrogante en torno hasta qué punto dicho órgano político va a tener como prioridad la defensa de los más débiles de manera independiente. La Comisión Africana, como órgano cuasijudicial, ocupa una posición intermedia, y potencialmente podría compartir tanto los aspectos positivos como negativos de los otros dos órganos, lo cual depende de cómo sea dirigida.

3. **La Carta Africana**

3.1. *Antecedentes*

Como hemos señalado al principio, la Carta de la OUA de 1963 no reconocía la realización de los derechos humanos como uno de los objetivos de dicha Organización. No fue hasta 1979 cuando se produjo la reunión de expertos que se celebró en Dakar, Senegal, por la OUA, donde se preparó un proyecto preliminar de Carta Africana de Derechos Humanos. Este proceso culminó con la elaboración del Proyecto de Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos[27], finalizado en Banjul, Gambia, en 1981 (por eso se la conoce también con el nombre de «Carta de Banjul»). La Carta Africana fue formalmente adoptada por la OUA en Kenia ese mismo año[28].

Numerosas razones se han puesto sobre la mesa para tratar de explicar el por qué la OUA cambió su visión y dio al concepto de derechos humanos la preeminencia que se merecía con la elaboración de la Carta a fines de los 70 y principios de los 80. Estas razones incluyen el incremento por aquella época del énfasis internacional sobre los derechos humanos (como en la política exterior del Presidente Carter de los Estados Unidos de América), el uso dado al concepto de derechos humanos por parte de organizaciones internacionales como las Naciones

---

[27] La reunión fue convocada por una decisión de la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno de la OUA, AHG/Dec 115 (XVI) Rev 1, 1979, reproducida en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 127.

[28] Para los documentos que condujeron a la adopción de la Carta Africana véase *Human Rights Law in Africa,* 1999, pp. 65-105.

Unidas y la OUA para condenar las prácticas del apartheid en Sudáfrica, o el absoluto rechazo a las violaciones de derechos humanos en algunos de los Estados africanos que habían conseguido recientemente la independencia, como Uganda, la República Centro Africana o Guinea Ecuatorial.

La Carta Africana reconoce una amplia gama de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero además tiene algunos aspectos específicos[29]. Se han ofrecido diversas razones para explicar por qué únicamente se previó la Comisión, y no la Corte, en la Carta Africana de 1981 como el órgano responsable para supervisar el cumplimiento por parte de los Estados partes de la Carta. Por una parte, está la explicación más idealista de que la manera tradicional de resolución de conflictos en Africa es a través de la mediación y la conciliación, y no a través del mecanismo contencioso que significa un tribunal. Por otra parte, existe la creencia de que los Estados miembros de la OUA estaban muy celosos de su recién lograda soberanía, y no querían verla limitada por un tribunal de carácter supranacional.

La idea de una Corte de Derechos Humanos para Africa fue retomada en la OUA 13 años después de la adopción de la Carta Africana cuando, en 1994, la Asamblea adoptó una resolución exigiendo al Secretario General de la OUA que convocara un encuentro de expertos a fin de considerar el establecimiento de un Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos[30]. Esto condujo, por fin, a la adopción en Addis Ababa, Etiopía, en 1998, del Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos[31].

De manera ostensible, el concepto de derechos humanos fue aceptado con suficiente amplitud en Africa a principio de los años noventa, lo que dio lugar a la decisión de dar más «dientes» al sistema africano de derechos humanos mediante la creación de un auténtico tribunal. Este proceso vino de la mano de diferentes olas de democratización a nivel nacional, que culminaron con las elecciones en Benin en 1991 y el

---

[29] En su mensaje de bienvenida de 1979 a la reunión de expertos africanos para la preparación del Proyecto de Carta Africana en Dakar, Senegal, Leopold Senghor, Presidente de Senegal, se refirió al ejemplo establecido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, y dijo: «como africanos, no necesitaremos copiar ni competir por la originalidad para obtener originalidad… Ustedes deben mantener constantemente en mente nuestros valores de civilización y las necesidades reales de Africa», reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1999, pp. 78-79.

[30] AHG/Res 230 (XXX) 1994. Reproducido en *Human Rights Law in Africa,* 1999, p. 139.

[31] Los documentos que conducen hasta la adopción del Protocolo de la Corte Africana de Derechos Humanos se pueden consultar en *Human Rights Law in Africa,* 1999, pp. 233-296.

advenimiento de la democracia en Sudáfrica en 1994. Además, a nivel internacional la idea de derechos humanos estaba adquiriendo un protagonismo creciente tras el fin de la guerra fría.

A continuación, abordaremos las normas incorporadas en la Carta Africana y la naturaleza de sus mecanismos de exigibilidad.

3.2. *Derechos reconocidos*

Los derechos civiles y políticos reconocidos en la Carta Africana son en gran parte similares a aquéllos reconocidos en otros instrumentos internacionales. En la práctica, han sido estos derechos los que han recibido la mayor parte de la atención por parte de la Comisión Africana[32].

La Carta reconoce los siguientes derechos como derechos individuales: el derecho contra la discriminación[33]; la igualdad[34]; la integridad física y el derecho a la vida[35]; la dignidad y la prohibición de la tortura y tratos inhumanos[36]; la libertad y la seguridad[37]; el derecho a un juicio justo[38]; la libertad de conciencia[39]; la libertad de expresión e información[40]; la libertad de asociación[41], reunión[42]; la libertad de movimiento[43]; la participación política[44]; y el derecho de propiedad[45].

Podemos destacar varias deficiencias en el reconocimiento que la Carta Africana efectúa de los derechos civiles y políticos. Por ejemplo, en la Carta no hay una referencia explícita al derecho a la privacidad; el derecho a la protección contra el trabajo forzoso tampoco está mencionado con carácter expreso; y a los derechos a un juicio justo[46]

---

[32] Para una completa discusión, ver HEYNS, C.: «Civil and political rights in the African Charter», en EVANS, M. and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 137.

[33] Art. 2.

[34] Art. 3.

[35] Art. 4.

[36] Art. 5.

[37] Art. 6

[38] Art. 7.

[39] Art. 8.

[40] Art. 9.

[41] Art. 10.

[42] Art. 11.

[43] Art. 12.

[44] Art. 13.

[45] Art. 14.

[46] Por ejemplo, no hay referencia explícita al derecho a la audiencia pública, al derecho a la interpretación, o al derecho a no declarar contra sí mismo. Sin embargo, la Comisión ha interpretado la protección de la Carta incorporando algunos de estos derechos.

y a la participación política[47] se les ha otorgado escasa protección en comparación con los estándares internacionales.

La manera como la Carta aborda las cuestiones de género constituye la manzana de la discordia. El artículo 18 (3) lo prevé de la siguiente manera:

> «El Estado tiene el deber de velar por la eliminación de toda discriminación contra la mujer, y de asegurar la protección de los derechos de la mujer y del niño, tal como están estipulados en las declaraciones y convenciones internacionales».

El agrupar a las mujeres y los niños en un solo artículo, que trata en primer lugar de la familia, refuerza los estereotipos sobre el lugar y el rol apropiado de las mujeres en la sociedad. Todo ello ha conducido a la adopción del Proyecto de Protocolo a la Carta Africana sobre los Derechos de la Mujer en Africa.

La forma como la Carta Africana regula las restricciones que se pueden imponer al ejercicio de todos los derechos, incluyendo los civiles y políticos, supone un obstáculo muy significativo. La Carta Africana no contiene una cláusula de limitación general (aunque, como se señala posteriormente, el artículo 27(2) está empezando a jugar este rol). Esto significa que no hay orientaciones generales sobre cómo los derechos de la Carta pueden ser limitados, ni se aclaran «los límites a las limitaciones», por decirlo de alguna forma. Un sistema bien definido de limitaciones es importante. Una sociedad en la cual los derechos no puedan ser limitados sería ingobernable, pero es esencial que se establezcan normas apropiadas para regular esas limitaciones.

Varios artículos de la Carta que establecen ciertos derechos civiles y políticos contienen disposiciones limitativas aplicables a esos derechos en particular. Algunas de estas limitaciones internas establecen claramente aspectos sustantivos y procedimentales que dichas limitaciones tiene que respetar[48], mientras que otras únicamente describen los requisitos de carácter sustantivo[49].

---

[47] Mientras que el art. 13(1) de la Carta reconoce el derecho de todo ciudadano «a participar libremente en la dirección de los asuntos públicos de su país», no estipula que esto deba ser hecho a través de elecciones libres, justas y periódicas basadas en el sufragio universal.

[48] Por ejemplo, el art. 15 reconoce el derecho a la libertad de reunión y asamblea, sujeto a las siguientes condiciones: «… el ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás».

[49] El art. 8 prevé que la libertad de conciencia y religión únicamente pueden ser limitadas por el «respeto al orden público».

La última categoría de estas cláusulas limitativas simplemente coloca el requisito aparentemente procesal de que las limitaciones tienen que ser hechas «dentro de la ley». Como ejemplo de esta categoría de limitaciones internas está el artículo 9(2), el cual prevé lo siguiente: «toda persona tiene derecho a expresar y difundir sus opiniones dentro del marco legal y reglamentario». Esta clase de limitaciones es generalmente conocida como *cláusula «claw-back».* Parecen reconocer el derecho en cuestión, pero solamente hasta el punto en que no colisione con el Derecho interno.

Si ésa es la interpretación correcta, las cláusulas «claw-back» socavarían, obviamente, la idea misma de la supervisión internacional del derecho y de las prácticas internas, y desvirtuarían el significado de la Carta respecto de los derechos involucrados. El Derecho interno, en consecuencia, se tendría que medir según los parámetros nacionales, lo que carece absolutamente de sentido. Lo que se concede por un lado, aparentemente se retira por el otro.

Sin embargo, debemos destacar que la Carta tiene una aproximación muy expansiva respecto de su interpretación. Según los artículos 60 y 61, la Comisión debe inspirarse en el Derecho Internacional de los derechos humanos para interpretar las disposiciones de la Carta. La Comisión ha usado estas disposiciones de manera bastante amplia en numerosos ámbitos con la finalidad de poner a la Carta en línea con la práctica internacional. En este sentido, tenemos que subrayar que las cláusulas «claw-back» no han sido una excepción.

En el contexto de las cláusulas «claw-back», la Comisión Africana ha sostenido que los artículos que permiten limitar los derechos «de acuerdo con la ley» deberían ser entendidos de manera tal que dichas limitaciones tienen que ser realizadas en los términos del Derecho interno pero cumpliendo con los estándares internacionales de derechos humanos[50].

A través de esta innovadora interpretación, la Comisión ha dado un gran paso dirigido a remediar una de las deficiencias inherentes más importantes de la Carta. Sin embargo, para quienes no han tenido la oportunidad de plantear su caso ante la Comisión, la Carta parece hacer caso omiso a las infracciones producidas a las normas sobre derechos

---

[50] La Comisión ha sostenido, por ejemplo, en las comunicaciones 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, *Media Rights Agenda and Another v. Nigeria,* para. 66: «Permitir que el Derecho interno tenga prioridad sobre el Derecho Internacional de la Carta destruiría el propósito de los derechos y libertades consagrados en la Carta. Los estándares internacionales de derechos humanos siempre deben prevalecer cuando entren en contradicción con el Derecho interno».

humanos siempre que dichas infracciones se lleven a cabo respetando el Derecho interno.

Un breve análisis de algunas decisiones de la Comisión referidas a los derechos civiles y políticos nos ofrece una pequeña muestra del enfoque adoptado por la Comisión:

—En varios casos la Comisión ha mantenido que existe una obligación positiva por parte de los Estados de proteger a quienes se encuentren bajo su jurisdicción contra las violaciones producidas por otros particulares. En un caso concerniente a Mauritania, la Comisión señaló que, aunque oficialmente la esclavitud había sido abolida en ese país, dicha prohibición no era aplicada efectivamente por el Gobierno[51]. En otro caso relativo a Chad, la Comisión sostuvo que el fracaso del Estado en proteger a la población bajo su jurisdicción durante la guerra civil contra los ataques de militares no identificados, y sin que se llegase a demostrar que eran agentes gubernamentales, constituyó una violación del derecho a la vida[52].

—La imposición de juicios basados en la *Shari'a* a personas no musulmanas constituye una violación de la libertad religiosa[53].

—En *Media Rights Agenda and Others v. Nigeria*[54]*,* la Comisión decidió en contra de la represión gubernamental de la libertad de expresión por parte del Gobierno de Abacha, y determinó que los políticos tienen que estar provistos de una menor protección de su libre expresión que otras personas. Como muchas de las decisiones aparentemente más valientes de la Comisión, desafortunadamente ésta fue dictada una vez que el régimen de Abacha ya había caído. Sin embargo, queda para el futuro un precedente muy positivo.

—La suspensión de las elecciones nacionales fue considerada como una violación del derecho a la participación política en el caso *Constitutional Rights Project v. Nigeria*[55].

—La Comisión ha sostenido que los decretos que privan de jurisdicción a los tribunales para examinar la validez de tales decretos

---

[51] Comunicaciones 54/91, 61/91, 98/93, 164-196/97 y 210/98, *Malawi African Association and Others v. Mauritania.*

[52] Comunicación 74/92, *Commission Nationale des Droit de l'Homme et des Libertes v. Chad*. Ver además la decisión SERAC.

[53] Comunicaciones 48/90, 50/91, 52/91 & 89/93, *Amnesty International and Others v. Sudan.*

[54] Comunicaciones 105/93, 128/94, 130/94, 152/96, para. 74.

[55] Comunicación 102/93.

viola el derecho a un juicio justo previsto en la Carta[56] y que, además, la creación de tribunales especiales, controlados por miembros del Gobierno, viola ese mismo derecho[57].

Una característica única y singular de la Carta se encuentra en la inclusión de los derechos socioeconómicos en un tratado regional de derechos humanos junto con los derechos civiles y políticos a los que nos hemos referido[58]. La inclusión de los derechos socioeconómicos es significativa porque viene a enfatizar la idea de la indivisibilidad de todos los derechos humanos y de la importancia de las cuestiones relacionadas con el desarrollo, asuntos que, evidentemente, son de una gran importancia en el contexto africano. Al mismo tiempo, tenemos que poner de relieve que tan solo un pequeño número de derechos socioeconómicos se mencionan explícitamente en la Carta. La Carta sólo reconoce el derecho al trabajo «en condiciones equitativas y satisfactorias»[59], el derecho a la salud[60] y el derecho a la educación[61]. Algunos derechos de carácter socioeconómico muy relevantes no son ni tan siquiera mencionados, tales como el derecho a la alimentación y al agua (o nutrición), a la seguridad social y a la vivienda.

Otro aspecto que resulta sorprendente es que los derechos socioeconómicos reconocidos en la Carta no se encuentren expuestos a las usuales limitaciones internas aplicables a tales derechos en la mayoría de los instrumentos internacionales, tales como que a los Estados únicamente se les exija asegurar su realización progresiva o que dicha realización esté siempre condicionada por la disponibilidad o no de recursos, etc. Esto se torna todavía más problemático debido a la ausencia de una cláusula de limitación general en la Carta, tal y como hemos discutido con anterioridad. Los pocos derechos socioeconómicos incorporados lo están en términos casi absolutos, mientras que otros que serían evidentes candidatos para ser incluidos, no están presentes.

Los derechos socioeconómicos de la Carta han recibido escasa atención por parte de la Comisión, pero en un caso reciente ha abordado el asunto y, en efecto, la Comisión ha sostenido que los derechos

---

[56] Comunicación 129/94, *Civil Liberties Organisation v. Nigeria.*

[57] Comunicación 60/91, *Constitutional Rights Project (Akamu) v. Nigeria.* La apariencia de imparcialidad es suficiente para constituir una violación (para 14).

[58] Para un debate ver ODINKALU, C.: «Implementing economic, social and cultural rights under the African Charter on Human and Peoples' Rights», en EVANS, M and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 178.

[59] Art. 15.

[60] Art. 16.

[61] Art. 17.

socioeconómicos internacionalmente reconocidos y que no se encuentren explícitamente consagrados en la Carta deberían ser considerados como implícitamente incluidos.

En este sentido, la decisión *SERAC v. Nigeria*[62] trató sobre la destrucción de parte de la tierra del los Ogoni *(Ogoniland)* por parte de una compañía petrolera, actuando en colaboración con el Gobierno de Nigeria. En una decisión extraordinaria, la Comisión sostuvo que la presencia de un derecho implícito a «la vivienda o al abrigo» en la Carta debía ser deducido de las disposiciones explícitas sobre la salud, la propiedad y la vida familiar[63]. De la misma manera, el derecho a la alimentación debe ser leído dentro del derecho a la dignidad y otros derechos[64]. En esta memorable decisión se aceptó sin discusión que los Ogoni constituyen un «pueblo».

Al igual que ocurrió con las cláusulas «claw-back», el acercamiento de la Comisión para cubrir los vacíos de la Carta en el caso SERAC podría ser visto como un movimiento creativo y valiente de su parte, pero, al mismo tiempo, deja a la Carta expuesta a ser un documento sin actualizar y que necesita de revisiones continuas para asegurarse de lo que dice, por un lado, y de lo que es interpretado por la Comisión, por el otro. La actual discrepancia entre la letra de la Carta y la interpretación por parte de la Comisión puede acabar socavando el principio del «imperio de la ley».

Existen otros aspectos llamativos de la Carta que han motivado comentarios tanto de carácter académico como político. Sin embargo, sobre estos aspectos se han producido menos pronunciamientos por parte de la Comisión. Por ejemplo, la Carta reconoce «derechos de los pueblos»[65]. Todos los pueblos, de acuerdo a la Carta, tienen el derecho a ser iguales[66]; a la existencia y a la autodeterminación[67]; a disponer libremente de su riqueza y sus recursos naturales[68]; o al desarrollo[69]. Claramente, la mayor parte de la motivación para el reconocimiento de «derechos de los pueblos» reside en el hecho de que «pueblos» enteros han sido colonizados y explotados en la historia de Africa.

---

[62] Comunicación 155/96, *The Social and Economic Rights Actions Center and Another v. Nigeria.*

[63] Para. 60.

[64] Para. 65.

[65] Ver MURRAY, R. and WHEATLEY, S.: «Groups and the African Charter on Human and Peoples' Rights», *Human Rights Quaterly,* Vol. 25, 2003, p. 213.

[66] Art. 19.

[67] Art. 20.

[68] Art. 21.

[69] Art. 22.

Este concepto ha sido mencionado en alguno de los casos ante la Comisión, de los cuales vamos a destacar tan sólo algunos:

—En el caso concerniente a los secesionistas de Katanga, en el antiguo Zaire[70], se presentó una queja sobre la base de que el pueblo katangés tenía el derecho, como pueblo, a la autodeterminación y, de esa forma, a obtener la independencia. La Comisión decidió que el caso era inadmisible sobre la base de que no había pruebas de que se hubiera violado alguna disposición de la Carta, dado que las abundantes violaciones a los derechos humanos alegadas o la carencia de participación política del pueblo katangés no habían sido probadas. Esto parece sugerir que si dichas condiciones se hubieran probado, la secesión de dicho «pueblo» podría ser una opción legítima.

—En el caso concerniente al golpe de Estado de 1994 contra el Gobierno democráticamente elegido de Gambia, la Comisión sostuvo que ello había violado el derecho a la autodeterminación del pueblo de Gambia en su integridad[71].

Además de los derechos humanos y de los pueblos, la Carta también proclama deberes. Por ejemplo, los individuos tienen *deberes*[72] hacia sus familias y hacia la sociedad[73] y, por su parte, los Estados cuentan con el deber de promover la Carta[74].

Quizás la disposición más significativa bajo el encabezado «Deberes» es el artículo 27(2), el cual establece que «los derechos y libertades de cada persona se ejercerán dentro del respeto a los derechos de los otros, a la seguridad colectiva, a la moral y al interés común». Esta disposición ha recibido de la Comisión el estatus de cláusula limitativa general. De conformidad con la Comisión, «las únicas razones legítimas para las limitaciones de los derechos y las libertades de la Carta Africana se encuentran en el artículo 27(2) …»[75].

El uso que la Comisión hace del artículo 27(2) como cláusula limitativa general parece confirmar la visión de que el concepto de «deber»

---

[70] Comunicación 75/92, *Congrés du Peuple Katangais v. Zaire.*

[71] Comunicaciones 147/95 y 149/95, *Sir Dawda K Jawara v. The Gambia.*

[72] Ver MUTUA, M.: «The Banjul Charter and the African cultural fingerprint», *Virginia Journal of International Law,* Vol. 35, 1995, p. 339.

[73] Arts. 27, 28 y 29.

[74] Art. 25. Ver además el art. 26.

[75] Ver comunicaciones 105/93, 128/94, 130/94 y 152/96, *Media Rights Agenda and Another v. Nigeria*, para. 68. Ver además comunicaciones 140/94, 141/94 y 145/95, *Constitutional Rights Project and Other v. Nigeria*, para. 41

no debe ser entendido como prevaleciendo sobre los derechos, o que el cumplimiento de ciertos deberes sea una precondición para el disfrute de los derechos humanos. Más bien, ello implica que el ejercicio de los derechos humanos, los cuales son «naturales» o válidos por sí mismos[76], puede ser limitado por deberes que también tienen los individuos. Los derechos preceden a los deberes, y el reconocimiento de los deberes es sencillamente otra vía de manifestación del tipo de limitaciones que se pueden establecer sobre los derechos.

La Carta Africana no contiene una disposición que autorice o prohíba la derogación de determinados derechos durante un estado de emergencia. Esto ha llevado a la Comisión a la desafortunada conclusión de que dicha derogación no es posible[77]. Es una conclusión desafortunada porque ello significa que en emergencias reales la Carta va a ser ignorada y que no va a ejercer como freno ante eventuales abusos.

3.3. *El Mecanismo de Exigibilidad: La Comisión Africana*

Como ya hemos mencionado, la Carta Africana adoptada en 1981 únicamente estableció la creación de la Comisión y no de una Corte de Derechos Humanos, en contraste con los otros dos sistemas regionales, el europeo y el interamericano, que prevén la existencia de ambos órganos[78].

La Comisión Africana consta de 11 miembros, quienes ejercen su función a título particular[79]. La Comisión se reúne dos veces al año en sesiones regulares que pueden durar hasta dos semanas. Los expertos de la Comisión son propuestos por los Estados partes de la Carta y son elegidos por la Asamblea[80]. La Secretaría de la Comisión está ubicada en Banjul, Gambia, y alterna sus reuniones entre Banjul y otras capitales africanas. La Comisión tiene un mandato tanto para proteger los derechos humanos como promoverlos[81].

---

[76] «Inherentes al ser humano», en palabras del art. 5 de la Carta, en respeto de la dignidad.

[77] Comunicación 74/92, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertes v. Chad,* para. 21.

[78] Tras la entrada en vigor en noviembre de 1998 del Protocolo n.º 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, desaparece la Comisión Europea de Derechos Humanos y tan solo subsiste el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

[79] Art. 31.

[80] Art. 33.

[81] Art. 45(1) y (2). Sobre el mandato promocional, ver DANKWA, V.: «The promotional role of the African Commission on Human and Peoples' Rights», en EVANS. M. and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 335.

Los principales mecanismos empleados por la Comisión para realizar su tarea de supervisión del cumplimiento de las normas de la Carta por los Estados partes son los siguientes:

El Procedimiento de quejas

Tanto los Estados como los individuos pueden presentar quejas ante la Comisión Africana alegando violaciones a la Carta Africana por los Estados partes.

El procedimiento por el cual un Estado presenta una queja contra otro Estado por presuntas violaciones de derechos humanos no es un mecanismo que se utilice con gran frecuencia[82]. Actualmente, tan solo un caso está pendiente de resolución ante la Comisión[83].

El denominado procedimiento de quejas o comunicaciones individuales no está claramente previsto en la Carta Africana. Una posible lectura de la Carta es que las comunicaciones podrían ser consideradas únicamente en casos de «violaciones masivas o serias» de los derechos humanos, lo que entonces podría poner en marcha el artículo 58 del procedimiento que veremos más adelante. Sin embargo, la Comisión Africana ha aceptado desde el principio que tiene la capacidad para tratar quejas o comunicaciones sobre cualquier violación de los derechos humanos reconocidos en la Carta con tal de que se cumplan los criterios de admisibilidad[84].

La Carta no habla sobre la cuestión de quién puede presentar tales quejas, pero la práctica de la Comisión es que tanto las quejas de los individuos como de las ONGs sean aceptadas. El procedimiento de quejas individuales se utiliza con mucha mayor frecuencia que el mecanismo inter-estatal, aunque no tanto como podría haberse esperado en un continente con el tipo de problemas de derechos humanos que Africa tiene[85]. El enorme potencial de este mecanismo no ha sido casi explotado.

Como con los otros sistemas de quejas, la Carta Africana prevé ciertos criterios de admisibilidad de las comunicaciones antes de que la

---

[82] Arts. 47-54.

[83] Comunicación 227/99, *Democratic Republic of the Congo v. Burundi, Rwanda and Uganda.*

[84] Seguidamente después de las previsiones de las comunicaciones inter-estatales, el art. 55 prevé «otras comunicaciones». La Comisión ha procedido bajo la asunción de que esto se refiere a las comunicaciones individuales.

[85] Quizás, esto podría ser ampliamente atribuido a la escasez de conocimiento sobre el sistema, pero aún donde existe tal conocimiento, con frecuencia no hay mucha fe en que el sistema pueda ser realmente operativo.

Comisión las pueda admitir a trámite[86]. Estos criterios incluyen el importante requisito del agotamiento de los recursos internos. Sólo se puede acudir a la Comisión una vez que el asunto haya sido examinado, sin éxito o sin perspectivas de éxito, por el más alto tribunal del país en cuestión[87]. Como requisito adicional, únicamente se exige que las comunicaciones no estén escritas en «términos ultrajantes o insultantes con respecto al Estado demandado, sus instituciones o las instituciones de la Organización de la Unidad Africana»[88].

Una vez que la queja es admitida, el Estado en cuestión es requerido para que responda a las alegaciones en su contra. Si el Estado no responde, la Comisión procede sobre la base de las evidencias aportadas por el demandante[89]. Si la decisión de la Comisión es que verdaderamente ha habido una violación de la Carta, la Comisión puede hacer recomendaciones para que se detengan las violaciones que están teniendo lugar (por ejemplo, liberando prisioneros); o puede especificar qué leyes tienen que ser modificadas. Sin embargo, las recomendaciones suelen ser más bien vagas, y el Estado simplemente es urgido para que «adopte las medidas adecuadas para cumplir con la decisión».

Dos de los artículos más controvertidos de la Carta se refieren a la manera en la cual la Comisión se supone que va a tratar las comunicaciones individuales. El artículo 58(1) prevé que «cuando al comienzo de una deliberación de la Comisión se estime que una o más comunicaciones describen situaciones particulares que parezcan revelar la existencia de un conjunto de violaciones graves o masivas de derechos humanos y de los pueblos, la Comisión llamará la atención de la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno sobre estas situaciones». Si lo estima conveniente, el artículo 58(2) habilita a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno a «solicitar a la Comisión que proceda a un estudio en profundidad de estas situaciones y que le rinda un informe detallado, acompañado de sus conclusiones y recomendaciones». Lo cierto es que en los casos en los que la Comisión ha seguido este procedimiento, la

---

[86] Art. 56. Para un debate, ver VILJOEN, F.: «Admissibility under the African Charter» en EVANS, M. and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 61.

[87] Está previsto que estos canales ofrezcan una razonable perspectiva de éxito. Para una completa discusión véase VILJOEN, F.: *op. cit.*

[88] Art. 56(3). Afortunadamente, esta previsión aún no ha sido utilizada por la Comisión como un argumento para limitar la libertad de expresión respecto de las figuras políticas.

[89] Ver, por ejemplo, la comunicación 74/92, *Commission Nationale des Droits de l'Homme et des Libertes v. Chad,* para. 25. Ver, además, MURRAY, R.: «Evidence and fact-finding by the African Commission» en EVANS, M. and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.*

Asamblea no ha respondido, a pesar de que la Comisión había llevado a cabo averiguaciones para cerciorarse de que dichas violaciones masivas de los derechos humanos habían tenido lugar. Es por ello que actualmente la Comisión no parece referir más casos a la Asamblea en los términos del artículo 58, dada su escasa efectividad.

El artículo 59, por su parte, establece que:

> «(1) Todas las medidas tomadas dentro del marco del presente capítulo serán confidenciales hasta el momento en que la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno decida lo contrario.
>
> (2) Sin embargo, el informe será publicado por el Presidente de la Comisión, cuando lo decida la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno».

En la práctica, la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno funciona como un sello para rubricar la publicación del informe de la Comisión que contiene sus decisiones; sin embargo, el principio de que la misma gente que está al frente de las instituciones cuyas prácticas de derechos humanos están en cuestión (los Jefes de Estado y de Gobierno) es quien toma la decisión final sobre su publicidad mina la legitimidad del sistema.

Consideración de los Informes de los Estados

A cada Estado parte se le exige presentar un informe cada dos años sobre sus esfuerzos en el cumplimiento de la Carta Africana[90]. Aunque no está previsto en la Carta Africana que los informes tienen que ser presentados ante la Comisión Africana, dicha Comisión recomendó a la Asamblea que le sea otorgado el mandato para considerar los informes. La Asamblea ha respaldado esta recomendación[91]. Las ONGs están autorizadas a presentar informes alternativos, pero el impacto de esta vía no es muy importante por la falta de un acceso oportuno de las ONGs a los informes de los Estados a los cuales ellas supuestamente tienen que responder. Los informes son considerados por la Comisión en sesiones públicas. Los informes de los Estados partes de la Carta

---

[90] Art. 62. Para un debate, ver Evans, M. *et al*: «The reporting mechanism of the African Charter on Human and Peoples' Rights en Evans, M. and Murray, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 36; Mugwanya. G.W.: «Examination of state reports by the African Commission: A critical appraisal», *African Human Rights Law Journal*, Vol. 1, 2001, p. 268.

[91] Ver AHG/Res 176 (XXIV) 1988, reproducido en *Human Rights Law in Africa*, 1999, p. 128.

Africana tienen que realizarse de acuerdo con las orientaciones que mencionamos en su momento.

El mecanismo de los informes, al igual que en otros sistemas, está dirigido a facilitar tanto la introspección como la inspección. La *introspección* se refiere al proceso por el cual el Estado, en sus informes escritos, se cuestiona a sí mismo y se mira en el espejo de las normas de la Carta. La *inspección,* por su parte, se refiere al proceso por el cual la Comisión mide la realización de la Carta por el Estado en cuestión. El objetivo es facilitar un «diálogo constructivo» entre los Estados y la Comisión.

Hasta ahora, este mecanismo de información ha sido muy lento, con aproximadamente la mitad de los Estados partes sin haber presentado ningún informe. En el año 2001, la Comisión empezó a emitir observaciones finales respecto de los informes que han sido sometidos a su consideración.

Relatores Especiales

La Comisión ha designado numerosos relatores especiales, con variable grado de éxito. No existe una base legal clara para la designación de los relatores especiales en la Carta, lo cual ha sido interpretado como otra innovación por parte de la Comisión[92]. Ha habido una gran cantidad de críticas por la falta de acción por parte de los Relatores Especiales sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias. Lo mismo ha ocurrido con el primer Relator Especial sobre la Condición de la Mujer en Africa. En cambio, el Relator Especial sobre Prisiones y Condiciones de Detención en Africa ha establecido una serie de estándares en la materia.

Además, la Comisión acaba de designar el Grupo de Trabajo sobre la Libertad de Expresión y el Grupo de Expertos sobre Pueblos y Comunidades Indígenas.

Visitas *in loco*

Desde 1995, la Comisión ha llevado a cabo numerosas visitas sobre el terreno. Este tipo de visitas incluyen toda una amplia gama de activi-

---

[92] Se ha sostenido que la justificación legal se encuentra en el artículo 46, el cual permite «cualquier método apropiado de investigación». Para un debate, ver Harrington, J.: «Special rapporteurs of the African Commission on Human and Peoples' Rights», *African Human Rights Law Journal* Vol. 1, 2001, p. 247; Evans, M. and Murray, R.: «The special rapporteurs in the African system», en Evans, M. and Murray, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 280. Sobre los mandatos de los relatores especiales ver *Human Rights Law in Africa*, 1999, p. 223.

dades que van desde la investigación de hechos *(fact finding)* hasta el ejercicio de sus buenos oficios, pasando por visitas de carácter promocional de los derechos humanos[93].

Resoluciones

La Comisión ha adoptado resoluciones sobre numerosos aspectos relativos a los derechos humanos en Africa. Además de resoluciones sobre países específicos y otras resoluciones más específicas *(ad hoc),* han aprobado resoluciones sobre temas tales como los siguientes: el derecho a un juicio justo; la libertad de asociación; el derecho humano y de los pueblos a la educación; el Derecho Internacional Humanitario; las formas contemporáneas de esclavitud; las minas antipersona; el estado de las prisiones en Africa; la independencia del poder judicial; los procesos electorales y la participación en los asuntos públicos; el Tribunal Penal Internacional; la pena de muerte; la tortura; HIV/SIDA; y la libertad de expresión[94].

Las ONGs tienen una relación especial con la Comisión[95]. Un amplio número de ellas se han registrado con el estatus de afiliado[96]. Las ONGs son, frecuentemente, un instrumento para hacer llegar casos a la Comisión; algunas de ellas presentan informes alternativos («shadow reports»); proponen temas para la agenda de las sesiones de la Comisión; y proveen de un apoyo logístico y de otro tipo a la Comisión, como por ejemplo ofreciendo respaldo a los relatores especiales y a las misiones de la Comisión. Frecuentemente las ONGs organizan talleres y seminarios justo antes de las sesiones de la Comisión, y participan activamente en las sesiones públicas de la Comisión. Las ONGs, además, colaboran con la Comisión en el desarrollo de resoluciones normativas y nuevos protocolos a la Carta Africana.

La Carta no contiene una previsión en cuyos términos la Comisión tenga el poder para adoptar medidas provisionales en las que se requiera

---

[93] Ver Murray, R.: «Evidence and fact finding by the African Commission», en Evans, M. and Murray, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 100.

[94] Ver *Human Rights Law in Africa*, 1999, p. 196.

[95] Ver Motala, A.: «Non-governmental organisations in the African system», en Evans, M. and Murray, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 246 y Welch, C.E.: *Protecting Human Rights in Africa: Strategies and Roles of Non-governmental Organisations*, University of Pennsylvania Press, Pennsylvania, 1995.

[96] Ver la resolución en *Human Rights Law in Africa*, 1999, p. 215. Instituciones nacionales de derechos humanos pueden registrarse con el estatus de observadoras. Ver la resolución en *Human Rights Law in Africa*, 1999, p. 217.

a los Estados partes el abstenerse de causar daños irreparables[97]. Sin embargo, las Reglas de Procedimiento de la Comisión conceden a la Comisión la capacidad de hacerlo. La Comisión ha usado estas medidas provisionales en numerosos casos. Uno de ellos ha sido el caso concerniente al activista Ogoni Ken Saro-Wiwa y otros, quienes habían sido sentenciados a pena de muerte por un tribunal especial establecido por el Gobierno militar de Nigeria[98]. En dicho caso, las medidas provisionales que exigían al Gobierno que no se les ejecutase fueron ignoradas. La ejecución de Saro-Wiwa y los otros activistas causó un gran clamor en todo el mundo.

Considerando una comunicación individual posterior, la Comisión sostuvo que, en términos de la obligación general que tienen los Estados partes de cumplir las normas de la Carta según su artículo 1, Nigeria estaba obligada a hacerlo. La Comisión dijo en su decisión que había tratado de asistir a Nigeria para que cumpliera sus obligaciones a través de las medidas provisionales y, en consecuencia, la ejecución de la pena de muerte constituyó una clara violación del artículo 1 de la Carta.

4. **La Corte Africana de Derechos Humanos**

Una vez que la Corte Africana de Derechos Humanos esté establecida[99], complementará el mandato protector de la Comisión bajo la Carta[100]. La Corte estará compuesta por 11 jueces que servirán a título individual[101], propuestos por los Estados partes del Protocolo[102] y elegidos por la Asamblea. Unicamente el Presidente trabajará para la Corte a tiempo completo[103].

---

[97] Regla 111. Para un debate, ver NALDI, G.J.: «Interim measures of protection in the African system for the protection of human and peoples' rights», *African Human Rights Law Journal*, Vol. 2, 2002, p. 1.

[98] Comunicaciones 137/94, 139/94, 154/96, 161/97, *International Pen and Others v. Nigeria.*

[99] Para comentar sobre el establecimiento de la Corte, ver NALDI, G.J. and MAGLIVERAS: «Reinforcing the African system of human rights: The Protocol on the Establishment of a Regional Court of Human and Peoples' Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights,* Vol. 16, 1998, p. 431; UDOMBANA, N.J.: «Towards the African Court on Human and Peoples' Rights: Better late than never», *Yale Human Rights and Development Law Journal* Vol. 3, 2000, p. 45; MUTUA, M.: «The African Human Rights Court on Human and Peoples' Rights», en EVANS, M. and MURRAY, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 305

[100] Art. 2 del Protocolo a la Corte Africana de Derechos Humanos.

[101] Art. 11.

[102] Art. 12.

[103] Art. 15(4).

El Protocolo prevé que los jueces serán designados según sus capacidades individuales[104], y su independencia debe quedar garantizada[105]. Una previsión especial hace que «la posición de juez de la Corte es incompatible con cualquier otra actividad que pueda interferir con su independencia o imparcialidad…»[106]. Los jueces no estarán autorizados a participar en aquellos casos en los que sean nacionales del Estado que sea parte en dicho caso[107]. La sede de la Corte aún está por determinar por la Asamblea[108].

En cuanto a las actuaciones de la Corte, el Protocolo determina que «si la Corte encuentra que ha habido violación de algún derecho humano o de los pueblos, entonces dictará las medidas apropiadas para remediar dicha violación, incluyendo el pago de una justa compensación o reparación»[109]. La Corte está provista del poder para adoptar medidas provisionales[110].

Mediante la ratificación del Protocolo, los Estados aceptan que la Comisión y los Estados involucrados estén en posición de llevar el caso que se les ha presentado ante la Corte Africana de Derechos Humanos para obtener una decisión jurídicamente vinculante[111]. Los individuos y aquéllos que actúan en su representación estarán facultados para llevar los casos ante la Corte únicamente de aquellos Estados que han hecho una declaración adicional que les autorice expresamente hacerlo. En tales circunstancias, el caso deberá ser llevado «directamente» ante la Corte, sin tener que pasar por la Comisión[112].

El artículo 3(1) del Protocolo señala lo siguiente:

---

[104] Art. 11.

[105] Art. 17.

[106] Art. 18. Esto es significativo porque una de las críticas contra la Comisión ha sido que algunos comisarios han estado estrechamente asociados con el poder ejecutivo de sus países.

[107] Art. 22.

[108] Art. 25.

[109] Art. 27(1).

[110] Art. 27(2).

[111] Art. 5(1).

[112] Art. 5(3), leído conjuntamente con el art. 34(6). Unicamente Burkina Faso ha hecho tal declaración, y sería sorprendente si en un futuro cercano más Estados le siguieran. En donde el Estado no haya hecho la declaración adicional, el acceso de los individuos a la Corte será como ocurre en el sistema americano: los individuos no tienen el poder de dirigirse a la Corte por ellos mismos. Donde la declaración adicional haya sido hecha, la situación de los individuos se asemeja al actual sistema europeo, donde no hay Comisión y se accede a la Corte directamente. Para críticas, ver HEYNS, C.: «The African regional human rights system: In need of reform?», *African Rights Law Journal* Vol. 1, 2001, p. 155.

> «La jurisdicción de la Corte se extenderá a todos los casos y controversias presentados ante ella y que se refieran a la interpretación y aplicación de la Carta, de este Protocolo y de cualquier otro instrumento relevante de derechos humanos ratificado por el Estado en cuestión».

La frase «cualquier otro instrumento relevante de derechos humanos ratificado por el Estado en cuestión», de acuerdo con la mayoría de los analistas, significa que incluso instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas o de carácter subregional podrán caer bajo la jurisdicción de la Corte Africana de Derechos Humanos, con tal de que tales tratados hayan sido ratificados por el Estado en cuestión[113].

Es aceptable el que la Corte Africana de Derechos Humanos interprete la Carta a la luz de los estándares internacionales[114]. Sin embargo, si los casos pudieran ser llevados ante la Corte Africana de Derechos Humanos sobre la base de que, por ejemplo, los tratados de las Naciones Unidas han sido violados, sin referencia alguna a la Carta Africana, esto conduciría a un caos jurisprudencial y socavaría la naturaleza particular de la Carta Africana. Es por ello que la referencia a «instrumentos relevantes» de derechos humanos debería entenderse como una restricción de la jurisdicción de la Corte más allá de la Carta y el Protocolo únicamente a aquellas instancias en las que el instrumento en cuestión explícitamente haya previsto la jurisdicción de la Corte —por ejemplo, como en el caso del Proyecto de Protocolo de los Derechos de las Mujeres—[115].

5. **Conclusiones**

Queda todavía mucho para conseguir que el sistema africano de derechos humanos sea un sistema efectivo. Me aventuraría a decir que faltan ciertos requisitos básicos para la efectividad de cualquier sistema regional de derechos humanos, entre los cuales se incluyen los siguientes:

—El nivel de cumplimiento con las normas de derechos humanos a nivel interno en un número significativo de Estados partes. El

---

[113] Ver NALDI, G.J. and MAGLIVERAS: *op. cit.,* p. 435; UDOMBANA, N.J.: *op. cit.,* p. 90 y MUTUA, M.: *op. cit.,* p. 354.

[114] Sin embargo, cabe destacar que técnicamente los artículos 60 y 61 de la Carta Africana únicamente prevén que esto debería ser hecho por la Comisión Africana.

[115] El artículo 23 del Proyecto de Protocolo de Derechos de las Mujeres establece que «la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos deberá seguir los aspectos interpretativos que surjan de la aplicación o interpretación de este Protocolo».

trabajar por un sistema nacional de derechos humanos constituye la base de un sistema regional efectivo. Si el nivel de respeto de las normas de derechos humanos a nivel nacional es bajo, y los tribunales nacionales no son efectivos en la implementación de dichas normas, poca esperanza se puede tener en una exigibilidad supra-nacional.

—La voluntad política necesaria deberá estar presente en la Organización regional de la que el sistema forma parte, para asegurar que el sistema realmente funcione y no sea una mera fachada. La Organización regional es la estructura primaria a través de la cual se tiene que canalizar la presión necesaria. El proceso de selección de los comisarios y jueces debe ser tomado muy en serio por el organismo regional. Además, los presupuestos adjudicados a los órganos de derechos humanos con frecuencia tienen una decisiva influencia en su efectividad. El sistema debe estar apropiadamente servido, con una Secretaría adecuada para las tareas administrativas.

—La publicidad del trabajo de los órganos supervisores del sistema es esencial. Las decisiones y resoluciones de estos órganos deben estar disponibles y deben ser diseminadas a nivel nacional y regional para que tengan un impacto. La publicidad es necesaria no sólo para que quienes quieran cumplir voluntariamente sepan qué es lo que se espera de ellos, sino que además es también necesario para asegurar que la vergüenza o la presión pública pueda ser movilizada contra los Estados recalcitrantes. La presión pública puede cambiar el comportamiento, inducido por la vergüenza o, si eso no funciona, mediante maneras más fuertes de presión contra los Estados. Todo ello es posible únicamente cuando hay suficiente publicidad. La responsabilidad para garantizar la publicidad reside en el ámbito regional al igual que en los Estados y en la sociedad civil.

—Vínculos comerciales y de todo tipo deben existir entre los Estados partes para que el sistema regional de derechos humanos pueda funcionar con eficacia. Sin el comercio, la diplomacia, la comunicación, los viajes, y otros vínculos entre los Estados partes, no se dan las condiciones para poder imponer sanciones que busquen cambiar la conducta de los Estados.

—La independencia, credibilidad y sabiduría de aquéllos que dirigen el sistema es absolutamente crucial. Esto incluye a los comisarios (y jueces) y al personal de la Comisión (y la Corte), así como a los funcionarios de la Organización regional.

—Los recursos son importantes, pero la adecuada administración de cualquier recurso disponible es todavía más importante.

El sistema regional africano de derechos humanos se encuentra ante retos casi insuperables: violaciones masivas en un continente con una diversidad inmensa, donde la tradición de cumplimiento interno de las normas de derechos humanos queda todavía muy lejos. El comercio y los vínculos comunicacionales que son necesarios para ejercer influencia sobre los Estados miembros no existe aún en muchos casos.

Actualmente, el propio sistema no está bien equipado para afrontar estos retos. La Carta Africana tiene severas deficiencias que tienen que ser subsanadas. Las deficiencias de la Carta Africana se relacionan con las normas reconocidas (la omisión de importantes derechos civiles y políticos, así como socioeconómicos; la inclusión de conceptos que no son fáciles de trasladar a términos jurídicos; y la ausencia de reglas adecuadas en relación con las restricciones de derechos), así como con el mismo mecanismo de supervisión (ninguno de los procedimientos de supervisión autorizados a la Comisión —comunicaciones individuales, informes de los Estados y relatores especiales— están explícitamente previstos en la Carta, y las disposiciones concernientes a las violaciones masivas de derechos humanos y al secreto deberían desaparecer). La Carta Africana debería ser reformada para mantenerse acorde con los nuevos tiempos.

La continua creación de nuevos mecanismos de derechos humanos en Africa no está necesariamente ayudando a la situación. En lugar de concentrarse en los mecanismos creados por la Carta Africana —la Comisión Africana— para que funcionen adecuadamente, se crean nuevos mecanismos, tales como la Corte Africana de Derechos Humanos. Todos estos mecanismos en sí mismos podrían ser un punto de inicio viable, pero la actual proliferación de mecanismos, cuando existe una escasa concentración de recursos y esfuerzos, trae como resultado que ninguno de ellos esté en disposición de funcionar con algún grado de eficacia.

Nos deberíamos preguntar cuál es el mecanismo que puede tener un impacto más significativo en los derechos humanos en Africa, y qué mecanismo en particular debería ser respaldado y desarrollado hasta que esté funcionando apropiadamente, antes de proceder a la creación de nuevos mecanismos.

Si todo el esfuerzo que se pone en desarrollar nuevos mecanismos se orientase hacia la Carta y la Comisión, y posteriormente a la Corte Africana de Derechos Humanos, seríamos capaces de identificar el mecanismo específico que sirva realmente para consolidar algunos de los beneficios que han traído las luchas de los pueblos africanos.

Parte VII

El incipiente sistema asiático de derechos humanos

Hacia un sistema de protección de los derechos humanos en Asia y Pacífico*

Vitit Muntarbhorn

Sumario: 1. Introducción. 2. Un proceso en marcha: 1) Nivel regional. 2) Nivel subregional. 3. Avances: 1) Nivel regional. 2) Nivel subregional.

1. Introducción

Es bien conocido que no existe un tratado intergubernamental para la promoción y protección de los derechos humanos que cubra la integridad de la región Asia-Pacífico[1]. Esto lo diferencia de Europa, América y Africa, que cuentan con tratados regionales y mecanismos tales como Comisiones regionales y/o Cortes sobre la materia.

Las razones de por qué la región Asia-Pacífico no dispone de dichos sistemas son diversas. En primer lugar, no ha existido genuinamente una voluntad política al respecto; se trata de una «prioridad menor» para muchos gobiernos. Segundo, la región es tan vasta y heterogénea que probablemente es irrealista aspirar a un tratado integral y/o mecanismos para promover y proteger los derechos humanos. Una tercera razón es que el nivel de respeto de los derechos humanos por diversos países deja mucho que desear y son muy suspicaces respecto de las actividades en defensa de los derechos humanos. En realidad, diversos gobiernos prefieren invocar la soberanía nacional más que los derechos humanos. Allí donde se están planteando reclamaciones de derechos humanos, la reflexión usual de dichos gobiernos es responder afirmando que «eso es una interferencia en nuestros asuntos internos». Sin embargo,

---

* Traducción del original en inglés por José Milá Moreno y Felipe Gómez Isa.

[1] Para una aproximación general, véase: MUNTARBHORN, V.: «Asia, Human Rights and the New Millennium: Time for a Regional Human Rights Center?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Vol 8, 1998, pp. 407-421; MUNTARBHORN, V.: *Human Rights in Asia: Annual Human Rights Report 2000*, Bangkok, FORUM-ASIA, 2001; MUNTARBHORN, V.: *Dimensions of Human Rights in the Asia-Pacific Region*, Bangkok, Office of the National Human Rights Commission of Thailand, 2002; HUMAN RIGHTS WATCH: *World Report 2003*, New York, 2003.

para ser justos, hay que señalar que hay muchos miembros de la sociedad civil en la región que hacen un planteamiento diferente, adoptando una aproximación más universalista hacia los derechos humanos.

En cuarto lugar, cuando los gobiernos salen en defensa de los derechos humanos, normalmente existe una tendencia a centrarse en los derechos económicos, sociales y culturales y en el derecho al desarrollo, más que en los derechos civiles y políticos. En quinto lugar, mientras que los países tienen la voluntad de cumplir, por lo menos verbalmente, con algunos de los estándares universales de los derechos humanos, invocan que existen varias «particularidades» en la región que no deben ser olvidadas. Hace pocos años, esto se expresaba como «valores asiáticos» invocados por diversos gobiernos asiáticos para reclamar la necesidad de gobiernos fuertes y sistemas comunitarios y familiares también fuertes que acaban prevaleciendo sobre consideraciones de carácter individual. Evidentemente, estas particularidades pueden acabar entrando en conflicto con los estándares universales de derechos humanos, los cuales se han basado fundamentalmente en los derechos de los individuos.

Una sexta razón es que diversos gobiernos aún insisten en que los derechos humanos son un concepto occidental. Este reclamo está con frecuencia fuertemente politizado, para apoyar la postura de dichos gobiernos tanto interna como externamente. Sin embargo, existe alguna legitimidad para denunciar que varios países occidentales han sido más favorables hacia los derechos civiles y políticos que hacia los económicos, sociales y culturales y, por consiguiente, han elevado la segmentación de los derechos humanos en lugar de mantener una aproximación holística.

En séptimo lugar, existe el rechazo general (de la región Asia-Pacífico) de la política de «condicionalidad», condiciones que nominalmente vinculan el comercio y la ayuda con el respeto a los derechos humanos. La oposición política es obvia cuando algunos países desarrollados desean aplicar tal condicionalidad en esta región. Finalmente, una última razón es que el debate sobre los derechos humanos toma un aire ambivalente cuando se enfrenta con muchos dobles estándares en la aplicación de los mismos globalmente. Por tanto, diversos gobiernos de esta región perciben un elemento de hipocresía en el discurso de los derechos humanos concerniente a su universalidad e indivisibilidad. Para remediar esto, ellos prefieren invocar la «no selectividad» en la aplicación de los derechos humanos más que el exclusivo énfasis en su universalidad e indivisibilidad.

A pesar de las obvias reticencias de los países de la región Asia-Pacífico hacia el establecimiento de un sistema de protección intergubernamental de derechos humanos debido a las razones arriba mencionadas, debería quedar claro que, como en otras regiones del mundo, esta región de vez en cuando cumple bien con los derechos humanos y, también

de vez en cuando, los incumple sistemáticamente. Este contraste es ejemplificado por el hecho de que ahora muchos países son democráticos pero, por otro lado, el autoritarismo sigue siendo común en la región. Mientras que muchos países han disfrutado de milagros económicos, otros han estado además plagados por la pobreza y el subdesarrollo. Mientras que ha habido muchos avances en la esfera de las leyes nacionales orientadas a los derechos humanos, esas mismas leyes no cuentan con los adecuados mecanismos de exigibilidad y, por otro lado, la corrupción sigue siendo una lacra en toda la región. En muchos lugares ahora se disfruta de paz y autodeterminación, mientras que otros lugares se enfrentan a la denegación básica de los derechos humanos, la democracia, la paz, el desarrollo sostenible y una adecuada gobernabilidad.

Mientras que internacionalmente la tendencia es hacia favorecer la introducción de sistemas de protección regional de derechos humanos para apoyar los sistemas internacionales y nacionales, el hecho de que la región Asia-Pacífico (aún) no tenga tal sistema no debería exagerarse. En este sentido, en la región se llevan a cabo un gran número de actividades para la promoción y protección de los derechos humanos, incluso aunque no se cuente con un sistema regional para la protección de los derechos humanos. El hecho de que en la región florezcan muchas organizaciones no gubernamentales que trabajan en materia de derechos humanos debe ser tenido en cuenta de manera muy destacada, a pesar de los muchos obstáculos impuestos por los diversos gobiernos.

Durante la pasada década, bajo el paraguas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH), se han celebrado seminarios y talleres anuales de la región Asia-Pacífico para promover actividades relacionadas con los derechos humanos. En estos encuentros todos los países han tenido la oportunidad de participar. A inicios de 2003, el encuentro anual se realizó en Islamabad, Pakistán, y proporcionó una oportunidad clave para poner en común los desarrollos recientes relativos a las iniciativas regionales y subregionales para la promoción y protección de los derechos humanos. Esto fue doblemente significativo, porque en el año 2003 se cumplen, además, diez años de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993 realizada en Viena, la cual llamaba a la conclusión de más acuerdos regionales en esta materia.

El Seminario de Islamabad llegó en un momento trascendental. El pasado año 2002 ha sido testigo de varios desarrollos muy constructivos para la región. En primer lugar, hay un mayor número de ratificaciones de países de los tratados clave de derechos humanos. Mientras que la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por todos los países de la región desde hace tiempo, un creciente número de países son

firmantes o ratificantes de otros tratados tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Además, los ingresos de nuevos países están creciendo para el Estatuto de Roma de 1998 de la Corte Penal Internacional —siendo Afganistán el último país en acceder en él—, y tres eminentes juristas de la región Asia-Pacífico fueron elegidos para formar parte de la Corte Penal Internacional en los inicios de 2003. En segundo lugar, el advenimiento de Timor Oriental como Estado ha sido muy bien recibido por la comunidad internacional, y trae democracia y paz a un territorio anteriormente muy problemático. Finalmente, los procesos de paz están evolucionando en varios países devastados por la guerra, particularmente en el sur de Asia.

Sin embargo, el lado desconcertante es que los conflictos armados persisten en la región y que millones de civiles inocentes se ven afectados. En Irak la situación sigue siendo crítica. Aún si la guerra ha sido ganada, ¿es posible ganar la paz? Los ataques terroristas en Nueva York en el 2001 y en Bali en el 2002 han tenido un impacto en la seguridad y estabilidad de toda la región. Mientras que el terrorismo es en sí mismo una violación de los derechos humanos, existe el reto paralelo de tener en cuenta los derechos humanos a la hora de aplicar las leyes nacionales de seguridad y contra el terrorismo. En otros frentes, las infracciones claves a los derechos humanos, la escasez de democracia y la persistencia de una profunda desigualdad económica siguen estando presentes. La amenaza de proliferación de armas nucleares y de otras armas de destrucción masiva es otro peligro potencial.

En este contexto, entonces, ¿cuáles han sido las iniciativas más recientes para la promoción y protección de los derechos humanos en la región?

2. Un proceso en marcha

1) *Nivel Regional*

Varios desarrollos son visibles en los últimos años en la esfera regional.

A) Procesos respaldados por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACDH)

Como ya hemos señalado, la OACDH ha estado apoyando la celebración de seminarios anuales en torno a los derechos humanos en los que han participado los representantes de los gobiernos de varios paí-

ses de la región Asia-Pacífico. En 1998, en el Seminario de Teherán, se aprobó por primera vez un marco general y un programa de acción para la región, identificando cuatro áreas clave donde los países tendrían que comprometerse a realizar algún avance:

1. Planes de Acción Nacionales de Derechos Humanos.
2. Educación en Derechos Humanos a nivel nacional.
3. Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.
4. La realización de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo.

Estas cuatro áreas han conducido a toda una variedad de actividades tales como talleres de seguimiento sobre determinados asuntos específicos como, por ejemplo, la educación y capacitación en derechos humanos. Estos esfuerzos han sido continuados por el Plan de Acción adoptado en el Seminario de Beijing en el año 2000 para un período de dos años y en el Seminario de Beirut en el año 2002 para otro período de dos años. El Plan de Acción de Beirut identificaba como objetivos varias actividades para la región, incluyendo los siguientes para el período 2002-2004[2]:

—Respecto de los Planes Nacionales de Acción en Derechos Humanos y la capacitación:

- Finalizar un manual sobre cómo desarrollar tales Planes.
- Proveer asistencia técnica a los países que deseen desarrollar tales Planes.

—Respecto de la Educación en Derechos Humanos:

- Compilar iniciativas sobre este tema habidas en la región.
- Llevar a cabo un estudio sobre metodologías de educación no formal en derechos humanos.
- Compilar los materiales de Educación en Derechos Humanos existentes, siempre que sean consistentes con los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Organizar varios talleres sobre la materia.

—Respecto de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos:

- Apoyar el encuentro anual del Foro Asia-Pacífico sobre Instituciones Nacionales de Derechos Humanos para compartir experiencias.

---

[2] Para el texto, consultar la página web de la OACDH: http://www.unhchr.ch

- Proveer asistencia técnica para ayudar al establecimiento de Instituciones Nacionales, tales como las comisiones nacionales de derechos humanos.
- Apoyar la implementación del Programa de Acción de la Conferencia Mundial de 2002 contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras formas de Intolerancia relacionadas.
- Respaldar varios talleres sobre este tipo de Instituciones.

—Respecto de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo:

- Organizar talleres de trabajo para jueces y abogados sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Establecer una base de datos en materia de jurisprudencia de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Proporcionar asistencia técnica sobre la materia.

El Seminario de Islamabad fue, por lo tanto, un momento apropiado para hacer inventario de los avances y ayudar a promover una más efectiva implementación del Plan de Acción de Beirut. Haciendo balance, en el año 2002, en el período inmediatamente anterior al Seminario de Islamabad, se organizaron los siguientes encuentros: Educación en Derechos Humanos y en la Administración de Justicia (junio de 2002 en Nadi, Fiji); Taller Regional sobre Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, Educación en Derechos Humanos, Medios de Comunicación y Racismo (julio de 2002 en Sidney, Australia); Foro Asia-Pacífico sobre Instituciones de Derechos Humanos (noviembre de 2002 en Nueva Delhi, la India); Programa de Formación para Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en Asia (octubre-noviembre de 2002 en Bangkok, Tailandia); Derechos de las Minorías: Diversidad Cultural y Desarrollo en el Sudeste asiático (diciembre de 2002 en Chiang Mai, Thailandia).

La metodología de la organización de los talleres anuales de Asia-Pacífico se ha ido perfeccionando con el paso del tiempo: ahora son precedidos por encuentros de la sociedad civil con presencia de la OACDH; asimismo, las organizaciones no gubernamentales que participan en estos encuentros tienen acceso a los seminarios gubernamentales. Además, representantes de instituciones nacionales de derechos humanos están representados en estos talleres.

El Seminario de Islamabad al que hemos hecho referencia culminó con la adopción de varias conclusiones orientadas a la implementación del Plan de Acción de Beirut, incluyendo las siguientes prioridades para el futuro:

—Respecto de los Planes de Acción Nacional en Derechos Humanos y capacitación:

- Reconocer la necesaria inclusión en tales Planes del componente de lucha en contra del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y cualquier forma de intolerancia relacionada;
- Recomendar un proceso participativo en el desarrollo de dichos Planes.
- Reforzar el compartir las experiencias en tales Planes.

—Respecto a la Educación en Derechos Humanos:

- Estimular a los gobiernos para que promuevan planes nacionales para la educación en derechos humanos;
- Reconocer que la educación en derechos humanos en las escuelas debería ser un proceso omnicomprensivo, potenciando un aprendizaje y una enseñanza respetuosos con los derechos humanos.

—Respecto de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales y del derecho al desarrollo:

- Afirmar la importancia del sistema de los tratados de derechos humanos a la hora de enfrentarse al proceso de globalización;
- Reconocer la necesidad de fortalecer la participación de los países en desarrollo y de economías en transición en los procesos de toma de decisión y de establecimiento de normas internacionales;
- Subrayar la buena gobernabilidad y el imperio de la ley a nivel nacional;
- Reconocer la importancia de la perspectiva de género como un aspecto transversal;
- Llamar a una mayor ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y a la completa realización de tales derechos y del derecho al desarrollo.

B) Foro de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos

El surgimiento de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, especialmente de comisiones nacionales de derechos humanos, es uno de los desarrollos más positivos de la región interrelacionado con el proceso de la OACDH antes mencionado. Actualmente, existen comisiones nacionales en Australia, Nueva Zelanda, Fiji, Indonesia, Filipinas, India, Nepal, Malasia, Sri Lanka, Mongolia, Tailandia y Corea del Sur. Los dos principios clave invocados por las Naciones Unidas al res-

pecto son que dichas instituciones deben ser independientes de los gobiernos y que deben tener una composición plural. Estas comisiones tienen múltiples funciones, que abarcan desde la supervisión de las situaciones de los derechos humanos, la recepción de demandas, la investigación de violaciones, la promoción de la educación en derechos humanos hasta la recomendación de acciones a los gobiernos para prevenir y remediar tales violaciones.

Otras iniciativas institucionales incluyen la presencia de una Comisión Islámica de Derechos Humanos en Irán y un Comité de Derechos Humanos en Palestina.

Durante los dos últimos años ha habido una red de trabajo de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos a nivel regional en la forma de *Foro Asia-Pacífico de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos*, cuyos actuales miembros son los doce países mencionados anteriormente[3]. El Foro celebra encuentros anuales, el más reciente de los cuales ha sido en la India. El Foro proporciona una importante oportunidad para que las comisiones nacionales se interelacionen, aprendan unas de otras y promuevan la cooperación conjunta. En su séptimo encuentro anual, celebrado en Nueva Delhi en 2002, se admitió como nuevos miembros a las comisiones nacionales de Tailandia, Malasia y Corea del Sur.

El Foro está asistido por un Consejo Consultivo de Juristas constituido por eminentes juristas de los países miembros; el Consejo ofrece sugerencias en aspectos clave e invita a los miembros a seguir e implementar sus recomendaciones a nivel nacional. El Consejo ha hecho recomendaciones en tres áreas clave: la pena de muerte, la pornografía infantil en Internet y, más recientemente, sobre el tráfico de personas. El próximo tema que va a ser abordado por el Consejo es particularmente pertinente en el actual estado de las relaciones internacionales: el Estado de Derecho en la lucha contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos. Las recomendaciones del Consejo en esta materia ayudarán a conseguir el necesario equilibrio entre la libertad, por un lado, y la seguridad, por el otro.

C) Otras Iniciativas

Desde el año 2001, una red de trabajo interparlamentaria, conocida como la Asociación de Parlamentarios Asiáticos para la Paz, ha estado elaborando una Carta de Derechos Humanos para las Naciones Asiáticas[4].

---

[3] http://www.asiapacificforum.net
[4] http://www.aapp2000.org

La principal preocupación es que tal Carta no debería suponer una rebaja de los estándares internacionales. Uno de los últimos borradores de esta Carta contiene una propuesta para el establecimiento de una Comisión Asiática de Derechos Humanos. Resulta esencial que los requisitos básicos de «independencia» sean tenidos en cuenta al diseñar el rol de dicha Comisión.

En el ámbito no gubernamental, la región Asia-Pacífico cuenta con fuertes redes entre las organizaciones no gubernamentales. Una iniciativa de este sector ha sido la defensa de una concepción propia de los derechos humanos desde la sociedad civil. Este proceso ha culminado con la adopción de una (no gubernamental) Carta de Derechos Humanos Asiáticos en 1997[5]. En esta Carta se mencionan medidas como el reforzamiento de las garantías de los derechos humanos en las constituciones nacionales, la ratificación de los principales tratados de derechos humanos, el maximizar el rol del Poder Judicial en la protección de los derechos humanos, el establecimiento de comisiones nacionales de derechos humanos y el posibilitar que las organizaciones no gubernamentales puedan adoptar acciones en representación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Al final de 2002, un amplio número de organizaciones no gubernamentales se unieron al Foro de la Sociedad Civil Asiática, establecido en Bangkok, Tailandia, para interactuar entre ellas mismas y estrechar vínculos con las agencias de las Naciones Unidas, para poder lograr una mayor colaboración conjunta en el futuro.

2) *Nivel Sub regional*

A) Asia Occidental

Asia occidental fue testigo de la adopción en 1994 de la Carta Arabe de Derechos Humanos por algunos Estados de la subregión[6]. Por el número exigido de ratificaciones, todavía no ha entrado en vigor. Mientras la iniciativa de promover un tratado subregional de derechos humanos es bienvenida, el reto clave es asegurar que no disminuyan los estándares internacionales. Desde este ángulo, varias disposiciones de la Carta son ambivalentes en lo concerniente a la consistencia con los estándares internacionales, por ejemplo en lo relativo a la no

---

[5] http://www.tahr.yam.org.tw/ahrc/index/html;

[6] http://www.1.umn.edu/humanrts/instree/arabhrcharter.html;

discriminación. El Comité de Derechos Humanos que se propone en la Carta con la función de supervisar el estado de la implementación de los derechos humanos tendría que demostrar en la práctica su independencia en sus actuaciones y su credibilidad.

B) Asia del Sur

En el contexto de una organización subregional conocida como la Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional (SAARC), la subregión adoptó dos tratados en el año 2002 con implicaciones para los derechos humanos. El primer tratado fue la Convención de la SAARC para Prevenir y Combatir el Tráfico de Mujeres y la Prostitución Infantil, y el segundo tratado fue la Convención SAARC sobre Acuerdos Regionales para la Promoción del Bienestar del Niño en el Sur de Asia[7].

El contenido de la Convención contra el tráfico de mujeres y niños promueve la criminalización de tal tráfico, mientras que, al mismo tiempo, fomenta procedimientos de arreglo amistoso con las víctimas y medidas preventivas tales como la educación. Cabe destacar el rol de las organizaciones no gubernamentales en ayudar a las víctimas, lo que está previsto expresamente. La otra Convención abre la puerta a los «acuerdos regionales apropiados» para ayudar a los Estados respecto del bienestar de los niños, por ejemplo con programas de entrenamiento subregional y de investigaciones judiciales conjuntas.

Estos tratados están todavía a la espera de ratificación y entrada en vigor para que puedan ser operativos. Además, tienen que ser complementados con acuerdos bilaterales como, por ejemplo, el acuerdo bilateral entre India y Nepal para el control del tráfico de personas a través de sus fronteras.

C) Sudeste Asiático

En 1993 los representantes de los gobiernos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) mencionaron en un comunicado conjunto la posibilidad de un mecanismo de dicha asociación para los derechos humanos[8]. Sin embargo, hasta la fecha, nunca han propuesto qué tipo de mecanismo se debería establecer. Por ello, los miembros de la sociedad civil han conformado ellos mismos su propio grupo de trabajo para la creación de un mecanismo de derechos humanos de la ASEAN y

---

[7] http: //www.saarc.org

[8] *Towards an ASEAN Human Rights Mechanism*, Manila, Working Group for an ASEAN Human Rights Mechanism, 1999. Ver, además, http://www.aseansec.org.

han propuesto a los gobiernos su proyecto de un posible acuerdo sobre el establecimiento de la Comisión de Derechos Humanos de la ASEAN en el año 2000. La Comisión propuesta cubriría únicamente aquellos países que se hayan hecho parte del acuerdo, y la Comisión tendría un rol de carácter supervisor, así como el derecho a recibir comunicaciones de los individuos y Estados miembros concernientes a las violaciones de los derechos humanos, con poder para recomendar acciones para su solución. Los gobiernos aún no han respondido claramente a esta propuesta.

Diferentes actividades concernientes a la anterior iniciativa han sido llevadas a cabo en 2002. A principios de año, se celebró un seminario sobre el tema de dicho mecanismo, y el grupo de trabajo de la sociedad civil mencionado fue invitado a participar. En junio de 2002, el Gobierno filipino celebró en Manila el Segundo Seminario en torno al Establecimiento de un Mecanismo de Derechos Humanos de la ASEAN (el primero tuvo lugar en Yakarta, organizado por el Gobierno indonesio en 2001), reuniendo a algunas agencias gubernamentales y a representantes de la sociedad civil para discutir las posibles orientaciones de un mecanismo de naturaleza subregional. En el año 2003, Tailandia será la sede del tercer encuentro de este tipo.

Estos seminarios y grupos de trabajo respaldados por los gobiernos son bien recibidos y van generando confianza en el proceso hacia la creación de un mecanismo que suscita ciertas esperanzas. Las recomendaciones del Seminario de Manila sugieren que mientras el objetivo final es tener una Comisión de Derechos Humanos de la ASEAN, en un futuro próximo la posibilidad de una Comisión Intergubernamental de la ASEAN para la Promoción y Protección de los Derechos de los Niños y las Mujeres debería ser explorada.

D) Otras iniciativas

Se pueden identificar diferentes iniciativas tanto gubernamentales como no gubernamentales en otras áreas. Por ejemplo, los Estados de las Islas del Pacífico se han ido involucrando en numerosos grupos de trabajo sobre derechos humanos. La subregión del Mekong ha sido testigo de la concreción de algunas acciones en contra del tráfico de personas y de drogas.

La cooperación subregional puede ser en una menor escala formal (a través del bilateralismo como, por ejemplo, a través de acuerdos/tratados), y/o a escala informal, así como a través de contactos personales e institucionales. Un ejemplo de lo anterior es el proyecto de Memorandum bilateral de Entendimiento entre Tailandia y Camboya para abordar el tema del tráfico humano. Hay que destacar que, como en la mayoría de las re-

giones del globo, varios acuerdos y contactos contra el terrorismo han emergido en la subregión del ASEAN, en particular respecto del intercambio de información y de la cooperación en la aplicación de las leyes.

3. **Avances producidos**

El anterior escenario indica que ha habido algunos desarrollos constructivos en la región Asia-Pacífico, a pesar de la ausencia de un tratado general para la promoción y protección de los derechos humanos. Sin embargo, el ritmo es demasiado lento. Es por ello que es necesaria una mayor aceleración e intensificación del proceso. Algunos de los avances necesitan de un asidero más fuerte en la región y en las subregiones, para lo cual son pertinentes algunas de las siguientes recomendaciones:

A) A *Nivel Regional*

- —Asegurar la efectiva y implementación del Plan de Acción de Beirut;
- —Enfatizar el respaldo para una mayor capacitación en el ámbito nacional, por ejemplo ayudando a las reformas nacionales de las leyes y de las prácticas consistentes con los derechos humanos o reforzando las redes de trabajo entre las comisiones nacionales de derechos humanos;
- —Reforzar la educación en derechos humanos, los planes de acción nacional de derechos humanos y acción para promover el derecho al desarrollo y los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente desde el ángulo de la justicia/equidad social en el contexto de la globalización, regionalización y localización;
- —Fomentar la ampliación del diálogo con la sociedad civil en los grupos de trabajo y talleres anuales Asia-Pacífico y tratar de avanzar más allá de dichos encuentros;
- —Ampliar la presencia de la OACDH en la región, con mayor accesibilidad para los grupos locales y nacionales.
- —Movilizar mayores recursos para promover programas de derechos humanos;
- —Supervisar los retos a la seguridad planteados por el terrorismo y asegurar un equilibrio entre las medidas anti-terroristas y los derechos humanos;
- —Dedicación y seguimiento a través de las necesarias reformas correspondientes a los derechos humanos, la democracia, la paz, el desarrollo sostenible y la correcta gobernabilidad;

—Celebrar periódicamente una consulta Asia-Pacífico al más alto nivel (al menos a nivel ministerial);
—Promover la ratificación de los tratados esenciales de derechos humanos y la efectiva implementación de los mismos en los niveles nacional y local.

B) *Nivel Subregional*

—Establecer Comisiones intergubernamentales subregionales de derechos humanos y Comisiones específicas tales como sobre Derechos del Niño y de Derechos de las Mujeres con el poder de supervisar situaciones, recibir reclamaciones y hacer recomendaciones sobre posibles soluciones.
—Fomentar más tratados subregionales y la cooperación en derechos humanos; estos tratados pueden ser generales (por ejemplo, una Carta de Derechos Humanos) o más específicos (por ejemplo, un acuerdo contra el tráfico de personas);
—El establecimiento de un(os) Grupo(s) de Personas Eminentes para proporcionar ideas y análisis sobre potenciales acuerdos subregionales, y establecer institutos educativos y de investigación en derechos humanos;
—Un mayor apoyo subregional para las actividades indicadas en el Plan de Acción de Beirut; por ejemplo, con Planes de Acción nacionales en derechos humanos, educación en derechos humanos, instituciones en derechos humanos y la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho al desarrollo;
—Integrar la preocupación concerniente a los derechos humanos en el trabajo de las organizaciones subregionales tales como la SAARC y la ASEAN, y promover el impacto de la contribución de los derechos humanos en su trabajo;
—Respaldar la ratificación de los tratados clave de derechos humanos y su efectiva implementación;
—Asegurar que las medidas contra el terrorismo toleradas por los estándares internacionales de derechos humanos no sean manipuladas para socavar esos mismos derechos humanos;
—Fomentar diálogos a múltiples bandas y acciones en favor de los derechos humanos; especialmente, impulsar una mayor colaboración y participación ciudadanas desde la base.

Parte VIII

Otras cuestiones de interés

La Corte Penal Internacional: sanción para las más graves violaciones de los derechos humanos

Joana Abrisketa

Sumario: 1. Introducción. 2. La salvaguarda de la humanidad. 3. La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un proceso intrincado. 4. Los derechos humanos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. 5. La competencia material de la Corte: el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y el crimen de guerra. 6. La competencia jurisdiccional y el principio de complementariedad. 7. Las carencias de la Corte. 8. Conclusiones

1. **Introducción**

La aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en julio de 1998 en Roma representa uno de los grandes hitos en la historia de los derechos humanos. En este apartado analizaremos sus rasgos característicos.

La Corte Penal Internacional es el órgano judicial, permanente e internacional, encargado de juzgar la responsabilidad penal individual por la comisión de los más graves crímenes. Goza de competencia para investigar y procesar a las personas responsables de haber perpetrado a) crímenes de genocidio, b) crímenes contra la humanidad y c) crímenes de guerra. Por el momento, no podrá conocer del crimen de agresión puesto que todavía no se ha alcanzado un consenso sobre la definición de tal crimen.

La función básica del Derecho internacional tradicional era regular las relaciones entre los Estados soberanos. La responsabilidad internacional, si existía, era estatal. El control se dirigía al aparato del Estado entendido de forma abstracta y no se tenía en cuenta el comportamiento de los individuos, puesto que no eran sujetos de Derecho internacional.

Las reglas del Derecho internacional humanitario que se redactaron a finales del siglo XIX y durante el siglo XX fueron rotundamente originales desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual. Desde entonces se contemplan por primera vez nuevas categorías de sujetos del Derecho internacional: las fuerzas armadas disidentes, los

movimientos de liberación y los grupos armados organizados, los organismos humanitarios y los individuos. De modo que a través del Derecho internacional humanitario se regulan las relaciones entre los Estados y las personas privadas. Más aún, los Convenios de Ginebra de 1949, que constituyen el núcleo sustancial del Derecho internacional humanitario, recogían la figura de las «infracciones graves» que pudieran cometer los individuos y que debían ser conocidas por los tribunales nacionales[1]. Entonces, en el plano de los tratados internacionales nace la idea de sancionar los daños causados.

Al Derecho internacional humanitario, aplicable únicamente en las situaciones de conflictos armados, hemos de sumar los avances del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Durante los últimos cincuenta años este cuerpo de normas ha concentrado sus esfuerzos en enunciar los derechos humanos que han de ser respetados. Aunque apenas alude a la responsabilidad individual por la violación de los derechos humanos, sin la fuerza de los principios enumerados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos nunca se hubiera alcanzado un texto jurídico como el del Estatuto de la Corte, cuya conexión, como veremos, es evidente.

Posteriormente, gracias a la constitución de los Tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (1993) y para Ruanda (1994) y especialmente del Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), la responsabilidad internacional del individuo se integró definitivamente en el orden jurídico internacional, lo que constituyó un salto definitivo. A la enunciación de los derechos humanos a proteger se añadieron las normas relativas a la *responsabilidad* del individuo en el caso de la comisión de los más graves crímenes de interés internacional.

Desde la perspectiva del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante «la Corte»), en este apartado abordaremos la conexión entre la responsabilidad penal individual y el principio general de respeto de los derechos humanos, la evolución histórica del Estatuto de la Corte, el modo en que los derechos humanos se recogen en el Estatuto y los principios que refuerzan la obligación interna de los Estados de

---

[1] Cassese afirma que las provisiones relativas a la jurisdicción *nacional* respecto a las infracciones graves del Derecho internacional humanitario han sido siempre «letra muerta». Durante los conflictos armados, los Estados son reticentes a procesar a su personal, especialmente si resultan vencedores. Las motivaciones políticas llevan a los Estados a preferir la amnistía frente a la persecución, por lo que la jurisdicción *internacional* será la más efectiva, en CASSESE, A.: «On the Current Trends towards Criminal Prosecution and punishment of Breaches of International Humanitarian Law», *European Journal of International Law* 9, 1998, p. 5.

juzgar a los responsables de las más graves vulneraciones de los derechos humanos.

2. **La salvaguarda de la humanidad**

La razón que justifica la inclusión de la responsabilidad penal individual en el Estatuto de la Corte va más allá de la protección de los derechos humanos en sí misma. En lugar de aludir a los derechos humanos, el Preámbulo del Estatuto se refiere expresamente a la humanidad y a la comunidad internacional:

> «Teniendo presente que, en este siglo, millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad,
>
> Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,
>
> Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional no deben quedar sin castigo […]».

Por lo tanto, el bien jurídico protegido es la humanidad, la comunidad internacional en su conjunto. El Estatuto parte de la distinción entre la violación de los derechos humanos de manera aislada e individualizada y la violación grave y masiva de los derechos humanos. A la Corte le interesa justamente la segunda, la violación grave y masiva de los derechos humanos, esto es, los crímenes de mayor transcendencia para la comunidad internacional, puesto que su protección es la más esencial para la salvaguarda de la humanidad.

Sin embargo, el Estatuto no reconoce a la humanidad, en sí misma considerada, la personalidad jurídica necesaria para hacer valer sus derechos. A pesar del referido alegato a la población mundial en el preámbulo, se concede legitimación activa a los Estados partes, al Fiscal y al Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, pero no a la humanidad. Tampoco las víctimas, citadas expresamente en la primera línea del preámbulo —«millones de niños, mujeres y hombres han sido víctimas de atrocidades…»—, gozan de legitimación activa. De todas formas, como expresa Carrillo Salcedo, en el contexto del Estatuto de la Corte la noción de humanidad abandona el campo de la discusión ética y comienza a buscar su sitio en el campo del Derecho[2].

---

[2] Carrillo Salcedo, J.A.: «La Cour pénale internationale: l'humanité trouve une place dans le Droit international», *Révue Générale de Droit International Public,* 1999-1 (vol. 103), pp. 23-28.

3. **La adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional: un proceso intrincado**

A diferencia del proceso de reconocimiento de los derechos humanos en los tratados internacionales, que es en gran medida dinámico, la integración de la responsabilidad penal individual en el Derecho internacional se caracteriza por ser un camino teñido por la pasividad y el recelo de los Estados. La razón es sencilla, la cuestión relativa a la responsabilidad penal individual conlleva la negociación y la cesión del intocable *ius puniendi* —el poder de los Estados de sancionar penalmente—, cuidadosamente protegido a través del principio de soberanía. Como afirma Cassese, el establecimiento de una Corte Penal Internacional constituye la mayor intromisión en la tradicional omnipotencia de los Estados soberanos[3].

En el Tratado de Paz de Versalles de 1919 posterior a la I Guerra Mundial se formularon por primera vez los elementos que configuran la responsabilidad penal individual (artículos 227, 228 y 229 del Tratado). En la práctica no se reconocieron estas disposiciones[4]. El temor al comunismo, en palabras de Bassiouni, hizo que las preocupaciones políticas prevalecieran sobre las exigencias de la justicia y así se justifica que los Aliados solicitaran a Alemania que fuera ella quien procesara a un número limitado de criminales de guerra ante la Corte Suprema Alemana en lugar de establecer el Tribunal aliado previsto por el Tratado de Versalles[5].

De modo que una formulación más precisa sobre la responsabilidad internacional del individuo se consolidó tras la II Guerra Mundial a través del Acuerdo de Londres de 1945 y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg para enjuiciar a los criminales de guerra. A éste le siguió el Tribunal Militar Internacional para el Extremo Oriente con sede en Tokyo y constituido en 1946. En suma, antes de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ya había emergido la necesidad de sancionar a los responsables de los más graves crímenes.

Estos primeros Tribunales *ad hoc*, aunque supusieron la incorporación de una serie de valores, no respetaron dos principios básicos de un

---

[3] Cassese, A.: «On the Current Trends…», *op. cit.*, p. 11.

[4] Abellán Honrubia, V.: «La responsabilité internationale de l'individu», *Recueil des Cours,* T. 280, 1999, p. 173.

[5] Bassiouni, Ch.: «From Nuremberg to Rwanda in 75 years», en *Harvard Human Rights Journal,* vol. 10, 1997, pp. 19-20.

Derecho eminentemente garantista como es el Derecho Penal: el principio de legalidad y el principio de irretroactividad de las leyes penales. Se castigaron comportamientos no previamente definidos como delitos por las normas vigentes y las penas impuestas no estaban determinadas por la ley.

En 1946, año en que se constituyó el Tribunal de Tokyo, y pocos meses después de finalizar el juicio de Nüremberg, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas planteó la necesidad de iniciar tres proyectos relacionados con los derechos humanos: la aprobación de una Declaración Universal de Derechos Humanos, la elaboración de una Convención para la represión y sanción del delito de genocidio y la creación de una Corte Penal Internacional. Como vimos, los dos primeros proyectos fueron concluidos en 1948. Sin embargo, la propuesta para el establecimiento de una Corte penal resultó ser la más controvertida, necesitando cincuenta años para que finalmente fuera aprobada en 1998[6].

En el marco del proyecto de establecer una Corte penal, el 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la primera Resolución relativa a la responsabilidad internacional del individuo titulada: «Confirmación de los Principios del Derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Nüremberg» (Resolución 95 (I)). Además de ratificar los principios jurídicos contenidos en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, dicha Resolución confió a la Comisión de Derecho Internacional la tarea de estudiar el proyecto de constitución de una Corte Penal Internacional.

Sin embargo, la guerra fría provocó la paralización del proceso tendente a la constitución de la Corte y no fue hasta 1992 cuando la Asamblea General manifestó a la Comisión de Derecho Internacional la necesidad prioritaria de elaborar un proyecto de Estatuto para su establecimiento (Resolución 47/33, de 25 de noviembre de 1992). Un año después, en 1993, se constituyó el Tribunal para la Antigua Yugoslavia, el primer tribunal *ad hoc* basado en una Resolución del Consejo de Seguridad y al año siguiente el Tribunal para Ruanda. Impulsada e inspirada por estos Tribunales *ad hoc*, en 1996 la Asamblea General decidió que debía celebrarse una Conferencia internacional para el establecimiento de la Corte. La Conferencia tuvo lugar en Roma los meses de junio y julio de 1998 (del 15 de junio al 17 de julio) culminando con

---

[6] Sobre el proceso de constitución de la Corte, véase, entre otros, Lee, R.S.: *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute,* Kluwer Law International, La Haya, 1999.

la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional por 120 votos a favor frente a 7 en contra y 21 abstenciones. El Estatuto entró en vigor el 1 de julio de 2002 tras haber sido ratificado por más de sesenta Estados.

Autores como Sur llevan cierta razón al afirmar que ni los Tribunales de Nuremberg y de Tokyo ni los Tribunales para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda constituyen exactamente los precedentes de la Corte. Su diferencia radical de origen es que éstos conservan un carácter puntual, su constitución se vincula al restablecimiento de la paz tras un conflicto armado. Se trata de jurisdicciones de excepción que desaparecerán una vez agotadas sus tareas. La Corte Penal Internacional es diferente: una jurisdicción permanente que debe asegurar el castigo por la comunidad internacional de los más graves crímenes[7]. Además, la competencia de la Corte es más amplia que la de cualquier otro tribunal *ad hoc* establecido hasta el momento.

Ahora bien, siendo el origen distinto, lo cierto es que con la constitución de dichos Tribunales se plasma la tendencia a reconocer la responsabilidad penal individual que culmina precisamente con el Estatuto de la Corte.

A esto hemos de añadir que el Estatuto nunca hubiera llegado a ser lo que es sin ese mar de fondo compuesto por los sucesivos tratados internacionales de derechos humanos que, paralelamente a la constitución de la Corte, se han ido adoptando. Gracias a dichos tratados internacionales se ha identificado y completado el contenido de los crímenes competencia de la Corte.

4. **Los derechos humanos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional**

El análisis de los derechos humanos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional no puede ceñirse únicamente a las alusiones expresas a los mismos en dicho Estatuto. El proceso histórico al que hemos aludido en el apartado precedente, las condiciones de aplicación de las penas y los crímenes de competencia material de la Corte ponen de manifiesto que la convergencia entre los derechos humanos y la Corte es mucho mayor que la que se podría deducir si nos

---

[7] SUR, S.: «Vers une Cour Penale Internationale: La Convention de Rome entre les ONG et le Conseil de Sécurité», *Révue Générale de Droit International Public,* 1999-1 (vol. 193), p. 29.

atuviésemos solamente a las alusiones expresas a los derechos humanos en el Estatuto.

En primer lugar, la noción «derechos humanos» aparece formalmente citada en el Estatuto sólo en dos ocasiones. El artículo 21, que alude al Derecho aplicable, señala en su párrafo tercero que «la aplicación e interpretación del Derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos». Como expone Salado Osuna, los derechos humanos sirven de límite en la aplicación e interpretación del Derecho aplicable[8]. En el artículo 69(7) se mencionan los derechos humanos como límite para la admisibilidad de las pruebas: «No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos». La exigua referencia explícita a los derechos humanos nos reenvía a los principios generales del Derecho. Se trata en ambos casos de normas sobre interpretación del Derecho y prueba.

En segundo lugar, como defiende Salado Osuna, a dichas referencias expresas hemos de añadir las referencias implícitas a los derechos humanos que aparecen en el Estatuto: las normas relativas al Derecho aplicable (la Corte aplicará, «cuando proceda, los tratados y los principios y normas de Derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del Derecho internacional de los conflictos armados»); las normas las relativas a las garantías procesales (artículos 17.2 y 20.3.b); las normas relativas a la ejecución de la pena (artículo 103) y la facultad de la Corte de supervisar la ejecución de la pena y las condiciones de reclusión (artículo 106)[9].

En relación con las normas relativas a las garantías procesales y al cumplimiento de la pena es de destacar que en la Conferencia de Roma, el Grupo de Trabajo encargado de la aplicación de las penas tuvo que afrontar posiciones claramente divididas, en especial en lo relativo a la pena de muerte. Un número relevante de delegaciones sostuvo que si no se reconocía la posibilidad de aplicar la pena de muerte el fin persuasivo se reduciría y la Corte perdería credibilidad. Insistieron en que la prohibición absoluta de aplicar la pena de muerte no se podía derivar del Derecho internacional consuetudinario. Estados como

---

[8] Salado Osuna, A.: «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos», *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional, Premio «Rafael Martínez Emperador» 1999,* Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 278.

[9] *Ibid*., p. 280.

Ruanda, Arabia Saudí y otros Estados árabes, Sierra Leona, Singapur, Trinidad y Tobago, Jamaica y otros Estados caribeños fueron los defensores de la inclusión de dicha pena[10].

Por el contrario, otro importante número de Estados se oponía radicalmente a la inclusión de la pena de muerte. El grupo de Estados parte en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1989 dejó claro que nunca apoyarían una Corte que pudiera imponer la pena de muerte. Igualmente, se opusieron los Estados americanos parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En el marco de dicha Convención, los Estados que hayan optado por la abolición de la pena de muerte no pueden restablecerla.

Finalmente, el Estatuto no contempla la posibilidad de aplicar la pena de muerte, lo que supone implícitamente el reconocimiento del derecho a la vida por encima de toda sanción y refleja una clara conexión con el actual marco jurídico internacional de los derechos humanos tendente a suprimir totalmente tal pena.

Por último, el artículo 5 del Estatuto enumera los crímenes competencia de la Corte: el genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. La definición de los tres primeros crímenes se recoge en los artículos 6 a 8. Dado que las delegaciones presentes en la Conferencia de Roma no alcanzaron un acuerdo sobre la definición de la agresión, el artículo 5(2) dispone que la Corte no ejercerá su jurisdicción sobre este crimen hasta que el mismo sea definido.

Por otra parte, como veremos a continuación, los tres crímenes que en la actualidad podrá conocer la Corte no son más que la expresión de la violación masiva de los derechos humanos matizada en cada caso por una serie de características que los singularizan.

5. **La competencia material de la Corte: el crimen de genocidio, los crímenes contra la humanidad y el crimen de guerra**

El crimen de genocidio

En 1995, durante las discusiones de la Comisión *Ad hoc*, la mayoría de los Estados sugirieron que se debía incluir el crimen de genocidio en el Estatuto y que la definición del crimen se debía recoger de lo

---

[10] Lee, R.S.: *The International Criminal Court, op. cit.,* p. 331.

dispuesto en el artículo 2 del Convenio para la Represión y Sanción del delito de Genocidio de 1948:

> «se entiende por genocidio 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; d) medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo».

En la Conferencia de Roma pronto se acordó que la definición de genocidio debía ajustarse a lo dispuesto en el Convenio para la Represión y Sanción del delito de Genocidio. Las negociaciones sobre los elementos del crimen de genocidio fueron las menos controvertidas, si las comparamos con las relativas a los crímenes contra la humanidad y el crimen de guerra. Ello se debe a que el Convenio sobre Genocidio proveía una sólida referencia y sus elementos no debían sustraerse del mismo.

La definición convencional sobre el crimen de genocidio viene reflejado también en el Derecho internacional consuetudinario, tal y como fue reconocido por la Corte Internacional de Justicia en la Opinión Consultiva sobre las Reservas al Convenio sobre la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio, de 1951.

En la Conferencia de Roma, algunos Estados sugirieron que se ampliara la lista de los grupos identificados en el umbral del crimen, añadiendo las razones «sociales y políticas». La sugerencia fue rechazada por los Estados, que argumentaron que la ampliación de la lista de los grupos iría más allá del Derecho consuetudinario. De modo que la lista de los actos prohibidos es limitativa. El genocidio se restringe a los actos intencionales dirigidos contra un grupo nacional, étnico, racial o religioso y se excluyen los atentados a los grupos sociales y políticos. Los crímenes cometidos contra los grupos sociales y políticos podrán ser considerados crímenes contra la humanidad, pero no genocidio.

Uno de los elementos más críticos de la definición de genocidio es la «intención de destruir» a los grupos —que puede ser total o parcial—, por su nacionalidad, etnia, raza o religión. En este ámbito, podemos concluir que la imposición de obstáculos reproductivos a través de la esterilización forzada durante las décadas de los años sesenta y setenta en India o las continuas restricciones en China no constituyen actos genocidas. En dichos ejemplos, la intención es reducir el número de los grupos, no destruir a los grupos en todo o en parte. Por el contrario, la

política llevada a cabo por los turcos contra los armenios en 1915, por el Tercer Reich contra los grupos judíos y gitanos o por los tutsis contra los hutus en 1994 en Ruanda sí que fue claramente genocida, puesto que existía la intención de destruir sobre la base de planes coordinados. Los miembros de tales grupos eran enviados a campos de exterminio, eran sometidos a condiciones que conllevaban su destrucción física y se aplicaron medidas para impedir el nacimiento de los miembros de dichos grupos.

Dicho esto, hemos de concluir que el crimen de genocidio guarda unas proporciones diferentes y mayores a las que puedan guardar el crimen contra la humanidad y el crimen de guerra. Los grupos son perseguidos y destruidos no solamente por su calidad de enemigos, sino también por pertenecer a uno de los grupos que componen la humanidad. Sin más razón que esa. Representa por tanto un peligro para la supervivencia y diversidad de la humanidad. Es un ataque al derecho a la vida y un ataque al derecho a la existencia de un grupo. De ahí que se haya afirmado que el genocidio es un «tipo agravado» de crimen contra la humanidad.

Los crímenes contra la humanidad

El concepto de crímenes contra la humanidad surgió por primera vez en el Derecho internacional a raíz de la aprobación del Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg en 1945. Conforme al artículo 6(c) de dicho Estatuto, constituían crímenes contra la humanidad: «el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la guerra, y las persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos». El Tribunal de Nüremberg, para salvar el problema de la aplicación *ex post facto* del Derecho, sólo entraría a conocer aquellos crímenes «cometidos como consecuencia de o en relación con un crimen respecto del que el Tribunal Militar Internacional fuese competente». De forma que no conoció los hechos cometidos en tiempo de paz. Una formulación similar fue establecida en el artículo 5(c) de la Carta del Tribunal Militar Internacional de Tokio.

Dicha definición fue tomada posteriormente por la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1970, en la que se añadió otro tipo al crimen contra la humanidad: «la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una

violación del Derecho interno del país donde fueron cometidos». El *apartheid* y el genocidio se incluyeron en los tipos del crimen contra la humanidad.

Los Estatutos de los Tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda fueron los primeros en establecer la distinción entre los crímenes contra la humanidad y el genocidio. En dichos Estatutos la definición de los crímenes contra la humanidad no es exhaustiva sino que comprende una lista que reenvía en último término a «los otros actos inhumanos»[11]. La definición de genocidio sí que es exhaustiva, dado que retoma la Convención de 1948.

Definitivamente, el Estatuto de Roma de 1998 reconoce su competencia respecto de los crímenes contra la humanidad, el crimen de genocidio y los crímenes de guerra de forma separada. Además, a diferencia de las definiciones recogidas anteriormente en los Tribunales Militares (elaboradas por los vencedores) y en los Tribunales *ad hoc*, (elaboradas por los Estados miembros del Consejo de Seguridad), la definición del Estatuto de Roma fue consensuada gracias a las negociaciones multilaterales entre ciento sesenta Estados. Por esta razón, las disposiciones relativas al contenido de los crímenes son más detalladas que las establecidas hasta entonces, dado el interés de los Estados participantes en conocer con precisión las obligaciones que se disponían a asumir[12]. Pero por esta misma razón, se podría entender que las definiciones sean más restrictivas que las anteriores. Sin embargo, afortunadamente, aunque se trata de definiciones más detalladas, reflejan un desarrollo positivo[13].

El Estatuto de la Corte aprobado en 1998 es el primer texto internacional que recoge una tipificación sistematizada de los crímenes contra la humanidad. El artículo 7 del Estatuto define el crimen contra la humanidad:

> «se entenderá por "crimen contra la humanidad" cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) asesinato; b) exterminio; c) esclavitud; d) deportación o traslado forzoso de población; e) encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) tortura; g) violación, esclavitud sexual,

---

[11] Artículo 5 del Estatuto del Tribunal para la Antigua Yugoslavia y artículo 3 del Estatuto del Tribunal para Ruanda.

[12] ROBINSON, D.: «Defining "crimes against humanity" at the Rome Conference», *The American Journal of International Law,* vol. 93, 1999, p. 43.

[13] *Ibid*.

> prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; h) persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, […], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia del Tribunal; i) desaparición forzada de personas; j) el crimen de apartheid; k) otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física».

El «umbral» del crimen está recogido en el párrafo primero del artículo 7 al referirse a los actos que constituyen crímenes contra la humanidad siempre que se cometan «como parte de un ataque generalizado o sistemático dirigido a la población civil con conocimiento de dicho ataque». Los rasgos determinantes de este umbral son: a) la ausencia del nexo con un conflicto armado y b) la ausencia del requisito de un motivo discriminatorio.

a) *La ausencia del nexo con un conflicto armado.* Frente a la minoría de las delegaciones participantes en la Conferencia de Roma, que defendieron que los crímenes contra la humanidad se cometen sólo en el contexto de los conflictos armados, la mayoría de las delegaciones creyeron que tal exigencia convertiría a los crímenes contra la humanidad en un crimen redundante, puesto que se subsumirían en la mayoría de los casos con los crímenes de guerra. Finalmente, uno de los rasgos característicos de la definición del Estatuto es que no hace referencia alguna al nexo con los conflictos armados. De manera que los crímenes contra la humanidad se pueden cometer no sólo durante los conflictos armados sino también en tiempo de paz o de tensiones internas.
b) *La ausencia del requisito de un motivo discriminatorio.* Durante la Conferencia de Roma se planteó si la definición de crimen contra la humanidad exige un motivo discriminatorio, esto es, que el crimen se cometa con el fin de discriminar a un grupo nacional, político, étnico, racial o religioso. Mientras que el Estatuto de Nuremberg incluyó la exigencia del motivo discriminatorio en la definición del crimen contra la humanidad, en Roma dicha interpretación fue generalmente rechazada. En el Estatuto, el motivo discriminatorio solamente se exige para el acto de «persecución» (letra h) contenido en dicho crimen, pero no para todos los actos constitutivos de crimen contra la humanidad.

El artículo 7 del Estatuto incorpora un listado de actos inhumanos tales como el asesinato, la tortura[14]; la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable[15] y el *apartheid*[16]. El extenso listado muestra el carácter evolutivo de este crimen cuyo contenido, si lo comparamos con el recogido en el Estatuto del Tribunal de Nuremberg, se ha ido ampliando. La ampliación de los tipos del crimen contra la humanidad obedece al propio desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este ha servido de guía a la hora de concretar el contenido del crimen contra la humanidad.

La expresión «crimen contra la humanidad», afirma Carrillo Salcedo, constituye una calificación que puede aplicarse a «importantes violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos»[17]. En efecto, con esta afirmación, el profesor recalca la idea de la identificación de las violaciones graves de los derechos humanos con la noción de crimen contra la humanidad. La protección de los derechos humanos y la función de la Corte convergen gracias a la integración del crimen contra la humanidad —y también los crímenes de genocidio y de guerra— entre los crímenes susceptibles de ser conocidos por la Corte.

El crimen de guerra

Por lo que se refiere al crimen de guerra, la protección de los derechos humanos está condicionada por la existencia de un conflicto armado entre Estados o en el interior de un Estado. No cubre la protección de todas las víctimas, sino que la protección se establece en función de su posición en el conflicto armado.

---

[14] Que supone la concreción de la responsabilidad penal por la violación de la Convención contra la tortura de 1984, salvo que la definición del Estatuto de la Corte no se limita a los actos cometidos por funcionarios públicos. Serán crímenes contra la humanidad tanto los actos cometidos por las autoridades estatales como por los actores no estatales.

[15] Que implica la concreción de la responsabilidad penal por la violación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 y cuya incorporación se debe en gran medida a la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y Ruanda.

[16] Que supone la concreción de la responsabilidad penal por la violación de la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965.

[17] Carrillo Salcedo, J.A.: «La Cour Pénale Internationale: l'humanité trouve une place dans le Droit International», *op. cit.*, p. 24.

Los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales de 1977 recogieron la primera definición convencional de los crímenes de guerra. En los mismos se previó un sistema de sanciones estableciendo que determinadas categorías de delitos restrictivamente enumeradas en los artículos 50, 51, 130 y 147 de los Convenios I, II, III y IV respectivamente y 11.4 y 85.3 y 4 del Protocolo I constituirían «infracciones graves». Tales infracciones se considerarían crímenes de guerra y quedarían sujetas a la jurisdicción universal. La definición de los crímenes de guerra se completa por una segunda definición internacional de carácter consuetudinario: «constituyen crímenes de guerra las violaciones de las leyes y costumbres de la guerra».

La expresión «leyes y costumbres de la guerra» ha sido considerada durante largo tiempo como una referencia al Reglamento anexo a la Cuarta Convención de La Haya de 1907 sobre las leyes y usos de la guerra terrestre. Dicho Reglamento contiene un conjunto de reglas que regulan la conducción de las hostilidades y el tratamiento de los beligerantes cuyo valor consuetudinario ha sido reconocido por la Corte Internacional de Justicia en el *Caso de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*, de 26 de junio de 1986, y en la *Opinión consultiva sobre la licitud de la amenaza o del uso de las armas nucleares*, de 8 de julio de 1996. Ahora bien, el Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia ha recogido una definición de «leyes y costumbres de la guerra» aún más amplia, al extender también la noción a la violación de ciertas reglas del Derecho de los conflictos armados no internacionales[18].

Definitivamente, la definición más amplia de los crímenes de guerra recogida hasta el momento es la contenida en el Estatuto de la Corte, en la medida en que incluye, entre otros, los actos de dirigir intencionalmente ataques contra los componentes de las misiones de mantenimiento de la paz, la comisión de actos de violación sexual o el hecho de obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro. Aún mas, el crimen de guerra conforme al Estatuto alcanza una amplitud inusitada puesto que reúne el denominado Derecho de Ginebra —tendente a proteger a las víctimas de los conflictos armados— y el Derecho de La Haya —que limita los medios de combate— en un solo crimen. Finalmente,

---

[18] El Tribunal ha declarado que es apropiado identificar la expresión «violaciones de las leyes y costumbres de la guerra» con las violaciones graves (*serious violations*) del Derecho Internacional Humanitario, de modo que comprende el Derecho que rige durante los conflictos armados no internacionales. Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, Sala de Apelación, *Caso Tadic,* Decision de 2 de octubre de 1995, IT-94-1-AR72, p. 76.

siguiendo la tendencia marcada por el Estatuto del Tribunal para Ruanda, la segunda novedad de este crimen es la incorporación de los conflictos armados internos como ámbitos en los que el Estatuto es aplicable.

En conclusión, la lectura conjunta de los tres crímenes que caen dentro de la competencia material de la Corte nos lleva a constatar la convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. La unidad de los dos primeros campos del Derecho internacional ya ha sido reiterada claramente.

El Derecho Penal Internacional es el tercer invitado en esta convergencia. Hasta épocas muy recientes ni los tribunales internos ni los tribunales internacionales se han visto obligados a someterse a las intrincadas técnicas de extradición u otras formas de cooperación penal para hacer efectivas las leyes. Las complicaciones políticas y diplomáticas de perseguir a los criminales requieren de técnicas legales que se van integrando en el ordenamiento internacional a través del desarrollo del Derecho Penal Internacional.

5. **La competencia jurisdiccional y el principio de complementariedad**

Pueden presentar denuncias ante la Corte: los Estados parte en el Estatuto, el Consejo de Seguridad actuando con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y el Fiscal (artículo 13 del Estatuto). Se pretende que sean los Estados y el Consejo de Seguridad quienes principalmente garanticen la legalidad internacional.

Ahora bien, siempre han de concurrir las condiciones previas para el ejercicio de la jurisdicción: la Corte sólo podrá actuar cuando el Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen o, alternativamente, el Estado de la nacionalidad del acusado haya ratificado el Estatuto o aceptado la competencia de la Corte sobre el crimen[19]. Por lo tanto, los nacionales de un Estado que no ha ratificado el Estatuto pueden ser internacionalmente perseguidos por los crímenes cometidos en territorio

[19] Un Estado que no es parte en el Estatuto puede aceptar la jurisdicción de la Corte para un crimen determinado cometido en su territorio o del cual es acusado un nacional de ese Estado (artículo 12, párrafos 2 y 3). Sin embargo, los nacionales de los Estados que no sean parte en el Estatuto y que tampoco acepten la jurisdicción de la Corte no podrán ser sometidos a juicio ante ésta salvo que la denuncia ante el Fiscal de la Corte la haga el Consejo de Seguridad.

extranjero. Dentro de este supuesto entrarían los soldados que sirven en el extranjero y cuyo Estado no ha ratificado el Estatuto. Este aspecto preocupa a Estados Unidos, ya que los ciudadanos estadounidenses, por hechos ejecutados en el extranjero, podrían ser juzgados por la Corte sin su consentimiento[20].

A dichas condiciones previas hemos de añadir que el Consejo de Seguridad no haya ejercido su facultad de suspender una investigación o un enjuiciamiento por doce meses. Paradójicamente, los Estados miembros del Consejo de Seguridad gozan de esta facultad aún sin ser partes en el Estatuto.

Aún tratándose de un modelo jurisdiccional amplio, la Corte Penal Internacional no excluye las jurisdicciones penales nacionales[21]. Al contrario, la competencia de la Corte no será prioritaria sino complementaria respecto de los tribunales internos. La Corte solamente actuará si los Estados no pueden o no quieren investigar o juzgar los crímenes. Si el autor de un crimen es juzgado por un tribunal interno la Corte no intervendrá. Tanto el párrafo décimo del preámbulo del Estatuto como los artículos 1, 17, 18 y 19 reconocen el carácter complementario de la Corte. El principio de complementariedad implica que la responsabilidad y el deber principal en la defensa de los derechos humanos recae sobre las jurisdicciones internas de los Estados, siendo la Corte sólo «la última parada»[22].

Entonces, ¿qué temen los Estados reticentes a ratificar el Estatuto de la Corte si siempre será su jurisdicción nacional la que en primer lugar pueda conocer del caso? Basta que los tribunales internos juzguen a sus nacionales para que la Corte no entre a conocer del caso. Incluso la decisión de un tribunal interno de no procesar a un presunto culpable deberá ser respetada si su argumentación se considera justificada y hecha de buena fe. El problema surge cuando los crímenes son cometidos por las personas pertenecientes al aparato del Estado. En tal caso, los tribunales internos evitarán el juicio o juzgarán benévolamente a los

---

[20] CASSESE, A.: «The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections», *European Journal of International Law,* 10, 1999, pp. 144-171, p. 160. Por este motivo, Estados Unidos ha procedido a la firma de acuerdos con diferentes Estados con el fin de que esos Estados no entreguen a ciudadanos estadounidenses a la Corte. Más de 30 Acuerdos de esta naturaleza han sido firmados, entre otros, con Israel, Rumanía, Tayikistán o Timor Oriental.

[21] Sobre la cuestión véase ESCOBAR, C.: «La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional: La Corte Penal Internacional», *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 234.

[22] ROTH, K.: «The Court the US doesn't want», *New York Review Books,* 19 de noviembre de 1998, p. 45.

responsables, quedando la Corte sin competencia para conocer de dichos casos.

6. **Las carencias de la Corte**

Una parte significativa de los Estados del mundo han ratificado el Estatuto. Sin embargo, este aparente respaldo masivo del número de Estados ratificantes choca con su verdadera importancia en términos cuantitativos y cualitativos. Cuantitativamente, puesto que los Estados no ratificantes —Estados Unidos, Rusia, China, India e Israel, entre otros— representan a la mitad de la población mundial. Y en términos cualitativos, la mayoría de los Estados referidos gozan del derecho de veto en el Consejo de Seguridad. Así, podemos decir que se ha abierto una brecha entre los Estados que han ratificado el Estatuto y los Estados que no lo han ratificado. Una justicia no universal hará que subsistan las discriminaciones. No se tratarán idénticamente situaciones idénticas. De igual modo, los Estados que hayan aceptado la competencia de la Corte pueden verse tentados a no cooperar si tal cooperación comporta para ellos perjuicios que otros Estados no han asumido.

Otra de las grandes carencias del Estatuto es que se refiere a los individuos más como objetos que como sujetos de las normas contenidas en el mismo. Como vimos, gozan de legitimación activa los Estados partes, el Consejo de Seguridad y el Fiscal —en palabras de Sur, se trata de un mecanismo de culpabilización latente revelador del espíritu del Estatuto[23]—. No cabe la acusación particular, ni siquiera de las víctimas. La única vía indirecta de legitimación activa de las víctimas es a través del envío de pruebas al Fiscal. ¿Por qué no se reconoció el derecho de las víctimas a recurrir a la Corte Penal? De haber sido reconocido, hubiera supuesto la culminación del proceso de reconocimiento de los individuos como sujetos activos para reclamar en el plano universal por las violaciones masivas de los derechos humanos. La negativa a reconocer legitimación a las víctimas supone una quiebra en la senda de los derechos humanos en un momento histórico en el que el acceso directo a los tribunales internacionales parecía que se iba consolidando[24].

Finalmente, la Corte no podrá conocer ni de los actos de terrorismo, ni de narcotráfico, ni del crimen de agresión. Pero no sólo tales

---

[23] Sur, S.: «Vers une Cour…», *op. cit.*, p. 31.

[24] Véase Cançado Trindade, A.: *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.

crímenes no podrán ser enjuiciados por la Corte, ya que salvo los crímenes de genocidio, de guerra y contra la humanidad, la Corte no será competente para investigar las restantes violaciones de los derechos humanos. El final de la impunidad llegará cuando se constituya un Tribunal Internacional de Protección de los Derechos Humanos con amplias competencias, ya que todas las violaciones de los derechos humanos son lo suficientemente graves.

7. **Conclusiones**

El establecimiento de la Corte Penal Internacional supone el avance más coherente en el discurrir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional. La Corte pretende ser la solución a la tradicional debilidad que ha mostrado el Derecho Internacional a la hora de sancionar a los responsables de los más graves crímenes. He aquí el eslabón perdido de la justicia penal internacional.

Hasta hoy, tanto la falta de voluntad política internacional como las insuficiencias de los sistemas legales internos han provocado la impunidad de los mayores criminales. En el futuro, la Corte, al actuar de forma complementaria a los tribunales nacionales, será el mejor instrumento para terminar con ambas deficiencias. En el ámbito internacional obliga a los Estados a colaborar con la Corte y en el ámbito interno obliga a los Estados a desarrollar la legislación necesaria al efecto.

A esto se añade la función disuasoria de la Corte. La existencia de la Corte no representará precisamente un acicate para los perpetradores de los crímenes, más bien al contrario. En este sentido, será incluso un medio para la prevención de los conflictos armados que a menudo van acompañados de la comisión de los más graves crímenes.

Los mayores impulsos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han producido gracias a la aplicación de los tratados internacionales por los órganos competentes. El revestimiento judicial de tales órganos —Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos— contribuye con el mayor rigor a la eficacia y al cumplimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos[25].

---

[25] MÉNDEZ, J.: «International Human Rights Law, International Humanitarian Law, and International Criminal Law and Procedure: new relationships», en SHELTON, D. (Ed.): *International Crimes, Peace, and Human Rights: The Role of the International Criminal Court,* Transnational Publishers, Nueva York, p. 73.

Algo similar ocurre con el Derecho Internacional Humanitario, cuyas interpretaciones más progresistas se deben al trabajo de los Tribunales *ad hoc*. Nuevamente la Corte, a través de su jurisprudencia, será el órgano «responsable» de consolidar las normas sobre la responsabilidad penal internacional. En este sentido, la Corte representa otro de los símbolos de esperanza para la humanidad.

La protección internacional de las minorías

Santiago José Castellá Surribas

Sumario: 1. Presentación. 2. Antecedentes al sistema de protección de las minorías de las Naciones Unidas. 3. El enfoque inicial de la protección de las minorías en las Naciones Unidas. 4. El artículo 27 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos. 5. La Declaración 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

1. **Presentación**

Con el fin de la Guerra Fría, paradigmáticamente simbolizado con la apertura del Muro de Berlín el 9 de noviembre de 1989, las viejas heridas mal cerradas en Europa por las dos Guerras Mundiales, afloran de nuevo a la superficie, tras permanecer invisibilizadas durante casi 45 años bajo la gruesa y paralizante capa de hielo de la tensión Este-Oeste. Entre ellas, se abren las cicatrices del mapa político europeo, en el que numerosos grupos con una identidad minoritaria y diferenciada —nacional, étnica, religiosa o lingüística— conviven sin protección alguna en el interior de Estados donde se sienten amenazados por una identidad mayoritaria, a menudo dispuesta a negarles el ejercicio de los derechos inherentes a su identidad colectiva, en ocasiones discriminándoles con un trato desigual de hecho o de derecho, y en algunos casos pretendiendo su asimilación forzosa, e incluso su exterminio físico con prácticas de genocidio y/o limpieza étnica.

La explosión del fenómeno identitario coge por sorpresa al mundo entero, que ordenado disciplinadamente bajo los westfalianos principios de la soberanía estatal construida sobre la unidad e indivisibilidad del territorio —confirmados al inicio de la distensión que acabaría con la Guerra Fría, en el Acta Final de Helsinki en 1974— se siente incapaz de improvisar respuestas satisfactorias a las diversas reivindicaciones de los distintos grupos minoritarios europeos. El Derecho internacional se encuentra sin el instrumental preciso para abordar una de las cuestiones que han demostrado mayor capacidad para desestabilizar la convivencia pacífica entre los pueblos, y poner en peligro la paz y la seguridad internacionales. Asistiremos a una década donde se improvisarán respuestas variadas con instrumentales diferentes, que finalmente encontrarán su asiento en la protección del derecho a la identidad de los grupos minori-

tarios por medio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acompañado de un amplio dispositivo preventivo, de seguimiento y control, capaz de evitar que la necesaria e inevitable emergencia del principio de identidad en la sociedad internacional contemporánea tenga que pagar como peaje los sanguinarios conflictos inter-étnicos como los que la disolución de la República de Yugoslavia puso de manifiesto.

Así, las respuestas desde múltiples instancias del sistema de las Naciones Unidas no se harán esperar, y paralela aunque no coordinadamente con ellas surgirán diversas respuestas regionales europeas. Desde las Naciones Unidas, a las respuestas que desde el sistema de seguridad colectiva intentará articular el Consejo de Seguridad ante conflictos internacionales en los que intervienen minorías —kurdos y chiítas en la invasión de Kuwait por Iraq, el conflicto en Yugoslavia entre comunidades serbias, bosnias y croatas, la guerra entre Hutus y Tutsis en la región africana de los Grandes Lagos, o el conflicto de Kosovo—, deben sumarse los trabajos de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las Minorías —que creará el Grupo de Trabajo sobre Minorías—, la utilización de los mecanismos extraconvencionales, la acción de las instancias convencionales con competencia en el tema —como el Comité de Derechos Humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial o el Comité de Derechos del Niño—, y la actividad del Alto Comisionado para los Derechos Humanos —en especial de sus Oficinas *in situ*—, entre otras.

En el ámbito regional europeo —cuyo estudio no será objeto del presente trabajo— las respuestas del Consejo de Europa se concretarán en el fracasado intento de elaborar un Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos[1], la realización del Convenio-marco

---

[1] *Vid.* COMITÉ DE EXPERTOS GUBERNAMENTALES: Doc. DH/Exp. (73)42 (*Annuaire de la Convention Europeenne des droits de l'homme. Commission et Cour Europeennes des droits de l'homme*, Martinus Nijhoff, La Haya, Vol. 16 (1973), p. 73); ASAMBLEA PARLAMENTARIA: Resolución 1134 (1990), *relativa a los derechos de las minorías*, de 1 de octubre de 1990; (*Ibidem* Vol. 33, 1990, pp. 295 a 298); ASAMBLEA PARLAMENTARIA: *Recomendación 1201 (1993) relativa a un protocolo adicional al Convenio europeo*, (Anexo a la misma se encuentra la propuesta de Protocolo adicional relativo a las personas pertenecientes a minorías), de 1 de febrero de 1993, Ibídem, Vol. 36 (1993), pp. 388 a 393; ASAMBLEA PARLAMENTARIA: Recomendación 1255 (1995), *relativa a la protección de los derechos de las minorías*, de 31 de enero de 1995; (Ibídem, Vol. 38, 1995, p. 966). Entre la doctrina, puede verse, GONZÁLEZ VEGA, JAVIER A.: «La decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa de suspender los trabajos sobre un protocolo adicional al Convenio europeo en materia de derechos culturales: ¿Réquiem por los derechos de las minorías», *R.E.D.I.*, Vol. XLVIII, 1996/1, pp. 400 a 404; y KEBLES, H.: *Projet de protocole additionnel à la CEDH sur les droits des minorités*, *R.U.D.H.*, Vol.5, Núm 5-6, 1993, pp. 184 a 192.

para la protección de las minorías nacionales[2] y de la Carta Europea de las lenguas regionales y minoritarias[3], acciones normativas que irán acompañadas del desarrollo de actividades políticas promocionales y preventivas destinadas al establecimiento de medidas de confianza entre comunidades de identidad diferenciada[4]. En el marco de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa, la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Helsinki (II), en Julio de 1992, creará la figura del Alto Comisionado para las Minorías Nacionales con la misión de «pronta alerta» y «pronta acción» ante situaciones de tensión en las que se encuentra un componente de identidad minoritaria[5]. Y desde la

---

[2] COMITÉ DE MINISTROS: Doc. H (95) 10, *Convención-marco para la protección de las minorías nacionales*; (*Annuaire de la Convention*, Vol. 38 (1995), pp. 4 a 12. CONSEJO DE EUROPA: *Convenión-marco para la protección de las minorías nacionales e informe explicativo*, febrero de 1995, S.T.E. Núm. 177; BAUTISTA JIMÉNEZ, Juan Manuel: «El Convenio marco para la protección de las minorías nacionales: construyendo un sistema europeo de protección de las minorías», *R.I.E.*, Vol. 22, Núm. 3, 1995; DÍAZ BARRADO, Cástor M.: *La protección de las minorías nacionales por el Consejo de Europa*, Edisofer S.L., Madrid, 1999; FERNÀNDEZ SOLÀ, Natividad: «A la búsqueda de una satisfactoria protección internacional de los derechos de las minorías. La experiencia europea», *Revista Aragonesa de Administración Pública* - II monográfico, 1998.KEBLES, Heinrich: «La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, deux ans après son ouverture à la signature des Etats», *R.T.D.H.*, Núm. 30, 1997; y TAVERNIER, Paul: «A propos de la Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales». *R.G.D.I.P.*, 1995/2, pp. 385 et ss.

[3] CARTA EUROPEA DE LAS LENGUAS REGIONALES Y MINORITARIAS: S.T.E., Núm. 148. Vid., KOVACS, Peter: «La protection des langues des minorites ou la nouvelle approche de la protection des minorités? (Quelques considérations sur la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires)», *R.G.D.I.P.*, Vol. 97, 1993/2, pp. 414 y 415; PETSCHEN, S.: «Entre la política y el derecho: la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias», *Revista de Estudios Políticos,* Núm. 66, 1989, pp. 127 a 144; y WOEHRLING, J.-M.: «Institutions Européennes et droit linguistiques des minorités», en GIORDAN, H. (Dir): *Les minorités en Europe - Droits linguistiques, droits de l'homme*, Ed. Kime, París, 1992, pp. 517 a 521.

[4] Vid. HARTING, Hanno: «Les travaux du Conseil de l'Europe dans le domaine des minorités», en GRIGORIOU, P. (Ed.): *Questions de minorités en Europe*, Presses interuniveritaires européennes, Bruselas, 1994; y THORNBERRY, Patrick y MARTÍN ESTÉBANEZ, M.A.: *The Council of Europe and Minorities*, COEMIN, 1994, 104 pág.

[5] C.S.C.E.: *El desafío del cambio*, Documento de la Conferencia de Helsinki, de 1992, en *CSCE - Textos fundamentales*, Ministerio de Asuntos Exteriores, S.G. Técnica, Madrid, 1992, pp. 293 a 330; también en, ONU, Doc. A/47/361 - S/24370, de 3 de agosto de 1992. Vid., BLOED, Arie (Ed.): *The CSCE: analysis and basic documents, 1972 1993*, Kluver Academic Publishers, University of Utrecht, 1993; DAES, Erica-Irene A.: «The question of minorities within the framework of the CSCE», en ALFREDSSON, G. & MACALINSTER-SMITH, P.: *The Living Law of Nations (Essays on refugees, minorities, Indigenous peoples and the human rights of other vulnerable groups, in memory of Atle Grahl-Madsen)*, N.P. Engle Publisher, Kehl, 1996, pp. 243 a 248. DECAUX, Emmanuel: «Le Haute Commissaire de la CSCE pour les minorités nationales», en SICILIANOS, Z.A. (Ed.) / Foundation Marangopoulos pour les droits de l'homme: *Núm 2. Nouvelles formes de discri-*

Unión Europea, hay que resaltar la actividad de la conocida como *Comisión Badinter* en la exigencia del respeto y protección a las minorías para el reconocimiento de nuevos Estados surgidos de la disolución de los países socialistas[6], los diversos acuerdos bilaterales nacidos bajo el impulso del Pacto de Estabilidad adoptado por los Jefes de Estado y de Gobierno en el Consejo Europeo de Copenhague en 1993[7], y la proclamación del respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística en el artículo 22 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea[8].

---

mination, Organisé par l'UNESCO et la FMDH, pp. 269 a 279; GHEBALI, Victor-Yves: *L'OSCE dans l'Europe postcomuniste. Vers une identité paneuropéenne de sécurité*, Bruylant, Bruselas, 1996; PASTOR RIDRUEJO, José Antonio: «La dimensión humana en la OSCE» en *El mundo a los 50 años de la Segunda Guerra Mundial - Helsinki 20 años después*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Núm. 11, 1995, pp. 156 y 157

[6] Textos reproducidos en *R.G.D.I.P.*, Vol. 96, 1992/1, pp. 261 a 270. Sobre la misma Vid., CHARPENTIER, Jean: «Les Declarations des douze sur la reconnaissance des nouveaux États», *R.G.D.I.P.*, Vol. 96, 1992/2, pág.344 y ss.; FENET, Alain: «L'Europe et les minorités» en FENET, Alain (Dir.) *et alt.: Le droit des minorités, Analyses et textes*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 125 a 129; PELLET, Alain: «Note sur la Commission d'arbitrage de la Conférence européenne pour la paix en Yougoslavie», *A.F.D.I.*, 1991, pp. 329-348; PELLET, A.: «The Opinions of the Badinter Arbitration Committe - A second Breath for the Self Determination», *E.J.I.L.*, Vol. 3, 1992/1, pp. 178 a 181; PELLET, A.: «L'activité de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour l'ancienne yougoslavie», *A.F.D.I*, Vol. XXXVIII, 1992, pp. 220 a 238; PELLET, A.: «L'activité de la commission d'arbitrage de la conférence internationale pour l'ancienne yougoslavie», *A.F.D.I,* Vol. XXXIX, 1993, pp. 286 a 303; y WITTE, Bruno de: «The European Communities and its minorities», en BRÖLMANN, Catherine; LEFEBER, René; ZIECK, Marjoleine: *Peoples and Minorities in International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 173 y ss.

[7] Reproducido en, ONU, Doc. A/49/211, de 11 de julio de 1994. Sobre el mismo *vid.* GHEBALI, V.-Y.: «La question des minorités nationales à la lumière du Pacte de stabilité en Europe», *Trimestre du Monde*, Núm. 28, 1994/4, pp. 118 y 119; y FENET, A.: «L'Europe et…», *op. cit.,* pág.129 y 130; *Vid.* también el Tratado entre Alemania y Polonia, relativo a la confirmación de la frontera existente entre los dos países, de 14 de noviembre de 1990; y Tratado de buena vecindad y cooperación amistosa de 17 de junio de 1991; sobre los mismos puede verse, BOTHE, Michael: «Les Traités entre l'Allemagne et la Pologne du 14 novembre 1990 et du 18 juin 1990», *R.G.D.I.P.,* Volumen 96, 1992/2, pp. 357 a 367. *Hongrie - Slovaquie, Traité sur les rapports de bon voisinage et la coopération amicale*; firmado en París, el 19 de marzo de 1995. Reproducido en, *R.G.D.I.P.*, Vol. 99, 1995/3 (Traducción no oficial de la Embajada de Hungría en París), pp. 525 a 534. Y el Tratado entre Hungría y Rumanía de 16 de septiembre de 1996; sobre el mismo puede verse DUNAY, Paul: «Relations Hongrie-Roumanie: un nouveau paradigme?» en WOHLFELD, M. (Dir.): *Relations bilaterales en Europe centrale et orientale: impact de l'elargissement*, U.E.O. - Institut d'Etudes de Securité, *Cahiers de Chaillot*, París, 1997, Núm. 26, pp. 6 a 26.

[8] UE, Doc. Charte 4487/00, Convent 50*, Proyecto de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Bruselas, 28 de septiembre de 2000. Un estudio sobre el contenido y los efectos de la misma puede verse en PI LLORENS, Montserrat: *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Centre de Estudis Internacionals, Colec. Tribuna Internacional Núm. 2, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

En el presente trabajo vamos a exponer la arquitectura contemporánea de la protección internacional a las minorías, en el ámbito universal, o sea, la referida al sistema de protección de los derechos humanos articulado en torno a la Organización de las Naciones Unidas. Para ello seguiremos una aproximación histórica que se iniciará atendiendo a los antecedentes de esta protección, principalmente en el sistema que se articuló en torno a la Sociedad de Naciones; para a continuación fijarnos en el enfoque inicialmente reticente con que las Naciones Unidas abordan la cuestión de las minorías y que determinarán la exclusión de su protección en la Declaración Universal de Derechos Humanos. La inclusión del artículo 27 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos marcará un punto de inflexión, que se verá acompañado por una protección indirecta desarrollada por medio de disposiciones dispersas en el conjunto de instrumentos convencionales destinados a la protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas. El Fin de la Guerra Fría como veíamos determinará las condiciones políticas en las que nacerá la largamente trabajada Declaración 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 18 de diciembre de 1992. Finalmente, y a modo de conclusiones, analizaremos los estándares contemporáneos de esta protección atendiendo a elementos propios de un análisis dogmático o conceptual, como son el concepto de minoría, las condiciones de pertenencia y de reconocimiento de los grupos minoritarios, los derechos y deberes propios de las personas pertenecientes a minorías, y los principales mecanismos para garantizar el ejercicio de los mismos y corregir sus incumplimientos.

2. **Antecedentes al sistema de protección de las minorías de las Naciones Unidas**

Si bien podemos remontarnos a períodos históricos muy lejanos para encontrar modelos de protección a grupos minoritarios por razón de su identidad diferenciada, ya que la existencia de éstos es consustancial a cualquier sociedad humana[9], no será hasta la aparición del sistema de

[9] Como señala KYMLICKA, «la mayor parte de las comunidades políticas organizadas de la historia han sido multiétnicas, un testamento de la ubicuidad de las conquistas y del comercio a larga distancia en los asuntos humanos. Sin embargo, la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de "polis" en la que los conciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura comunes», KYMLICKA, Will: *Ciudadanía multicultural —Una teoría liberal de los derechos de las minorías—*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 14.

Estados en Europa, que los internacionalistas datamos tras la Paz de Westfalia en 1648, cuando podremos hablar con propiedad de minorías, en tanto que éstas conviven en un Estado donde la identidad mayoritaria puede tener la tentación de absorberlas, eliminarlas u oprimirlas. Son propios de esta primera época los tratados bilaterales destinados a confirmar la cesión de territorios, que incluirán como contrapartida cláusulas exigiendo el respeto a los derechos a la libertad de culto de los habitantes de estos territorios que por medio de la cesión pasarán a una situación de minoría religiosa[10]. El principio de tolerancia religiosa irá así abriendo paso a la constitucionalización de los derechos y libertades fundamentales, que ofrecerán con la libertad de conciencia y de culto un importante desahogo para la precaria situación de las minorías religiosas[11]. Pero no será hasta el siglo XIX cuando encontremos cláusulas destinadas a la protección de las minorías en instrumentos internacionales multilaterales[12], claro antecedente del sistema que después de

---

[10] Como, por ejemplo, los Tratados resultantes de la Paz de Westfalia de 1648, firmada tras la conocida como Guerra de los treinta años, en la que no es nada desdeñable la presencia del elemento religioso como uno de sus detonantes y de los motores de esta contienda que asoló gran parte de Europa. También en el artículo 4 del Tratado de la Oliva de 1660 entre Polonia y Suecia, en el que se establecía el derecho al ejercicio del culto católico en los territorios cedidos por Polonia de Pomerania y Livonia; los artículos VIII y IX del Tratado de Nimega de 1678, que establecía la garantía de libertad de religión para la población católica de Maastricht; la conocida como la *Cláusula Ryswjk* en el artículo 4 del Tratado de Ryswjk de 1697 entre Francia y Holanda, garantizando libertad de culto en los territorios cedidos; y el artículo IV y XX del Tratado de París de 1763, por el que Gran Bretaña garantiza libertad de culto católico en los territorios cedidos por Francia.

[11] Ver en este sentido, PECES BARBA, Gregorio y otros: *Derecho positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, pp. 11 y 12.

[12] Así, el Acta del Congreso de Viena, en el que Austria y los Países Bajos adoptan el tratado de 31 de mayo de 1815 por el que establecen la unificación de Bélgica y Holanda, y en el que determinadas estipulaciones están destinadas a proteger a la minoría católica belga; el Acta de 8 de junio de 1815 para la constitución federativa de Alemania establece en su artículo 16 el principio de libertad religiosa y la igualdad de trato a las minorías religiosas, señalando a continuación normas relativas a la minoría judía; el Acta Final del Congreso de Viena de 9 de Junio de 1815, del que son partes Austria, Francia, Gran Bretaña, Portugal, Rusia, Prusia y Suecia que dará entrada por vez primera a la protección a minorías propiamente nacionales como la polaca; la Convención de Londres de 3 de febrero de 1830 que, suscrita por Gran Bretaña, Francia y Rusia, impuso a Grecia, en su artículo VIII, como condición para su reconocimiento, el respeto a la libertad de culto para la minoría musulmana; el artículo IX del Tratado de París de 30 de marzo de 1856 en el que Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Cerdeña y Turquía, hacían constar la comunicación recibida del Sultán turco relativa a las normas sobre igualdad de trato en relación con la minoría cristiana; el Reglamento del Líbano de 6 de Septiembre de 1864 firmado por los re-

la Primera Guerra Mundial se articulará en torno a la Sociedad de Naciones[13].

Con el fin de la Primera Guerra Mundial la Sociedad Internacional tomará conciencia de la necesidad de organizar el mapa político europeo de acuerdo con el principio de las nacionalidades, como había propuesto el Presidente WILSON de los Estados Unidos[14], puesto que en el descontento de éstas, oprimidas bajo artificiosas formas imperiales, estaban algunas de las causas profundas que desencadenaron las Guerras Balcánicas y la Guerra Mundial. Pero una vez establecido, el orden mundial impuesto por las potencias vencedoras del conflicto mundial estaba llamado más a responder a los intereses nacionalidades de éstas

---

presentantes de Francia, Austria, Gran Bretaña, Rusia y Prusia en Constantinopla, y posteriormente en vigor por la firma del Sultán; y como texto más importante, por su alcance y extensión, el Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878, que establece la prohibición de la discriminación por religión en los nuevos Estados balcánicos de Serbia (artículo 34 y ss.) y Montenegro (artículo 27), al tiempo que proclamaba que para el reconocimiento de nuevos Estados éstos deberían ser respetuosos con este principio de no discriminación por pertenencia a minorías religiosas: así se estableció, en concreto para Rumanía (artículo 43 y ss.) y para el principado vasallo de Bulgaria (artículo 5), haciéndose en este último caso una referencia a las minorías étnicas «turcas, rumanas, griegas y otras…» (artículo 4); por último, el artículo III del Convenio internacional de Constantinopla de 2 de julio de 1881 garantizaba la libertad de culto y la igualdad de trato para la minoría musulmana en los territorios cedidos a Grecia.

[13] Como acertadamente señaló Clémenceau, Presidente de la Conferencia de Paz de París en 1919, en la carta enviada al Presidente de la República Polaca, Paderewski, el 24 de junio de 1919, relativa al tratado con Polonia, donde indica «… hago hincapié en que este Tratado no introduce un procedimiento nuevo. Durante mucho tiempo, ha sido usual, con arreglo al derecho público europeo, que cuando se crea un nuevo Estado o un antiguo Estado incorpora territorios importantes, el reconocimiento formal de esta nueva situación por las grandes potencias entraña al mismo tiempo la solicitud por estos Estados al gobierno así reconocido de que se comprometa a poner en práctica algunos principios determinados de gobierno, y esto bajo la forma de un acuerdo que revista carácter internacional»; reproducida en SOCIÉTÉ DES NATIONS: *Protection des minorités de langue, de race ou de religion par la Société des Nations*, série de publications de la Société des Nations, Doc. I.B.Minorités, 1931.I.b.1. (C.8.M.5.1931.1), pp. 156 y 157.

[14] *Vid.* la alocución del Presidente Woodrow Wilson ante el Senado de los EE.UU. el 8 de enero de 1918, conocida como los Catorce Puntos. Interesantes apuntes sobre la originalidad y el sentido wilsoniano de libre determinación de los pueblos los encontramos en, SCHULTE-TENCKHOFF, Isabelle et ANSBACH, Tatjana: «Les minorités en droit international», en FENET A. (Dir.) y otros: *Le droit et les minorités —Analyses et textes—*, Bruylant, Bruselas, 1995, pp. 24 a 26. Pablo de Azcárate describe la influencia de las grandes organizaciones judías sobre Wilson, en DE AZCÁRATE, P.: *La Société des Nations et la protection des minorités*, Centre Européen de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, Ginebra, 1969, p. 15.

que a razones de justicia internacional[15]. La protección de las minorías, articulada en un complejo sistema, es así una respuesta improvisada como sucedáneo ante el desencanto que en tantos pueblos de Europa produjo el abandono del principio de la libre determinación de los pueblos.

El denominado sistema de Versalles se acuerda en la Conferencia de Paz de París, y responde en su arquitectura básica a cinco grandes ejes: 1. La inclusión en los tratados de paz firmados entre las principales potencias aliadas y asociadas y los países vencidos de un conjunto de cláusulas o capítulos especiales destinadas a la protección de las minorías; 2. La realización de tratados entre las principales potencias aliadas y asociadas y los Estados de nueva creación o que han visto ampliado su territorio, que tendrán por objeto específico la protección de las minorías; 3. La exigencia a los Estados, en el momento de ingresar en la Sociedad de Naciones, de una declaración unilateral, de la que el Consejo tomará nota, en la que conste el compromiso de protección de las minorías; 4. Todas estas obligaciones, en cualquiera de las tres formas descritas, asumidas convencional o unilateralmente, tendrán un contenido casi idéntico en todos los instrumentos; y 5. La articulación por medio de estos instrumentos de un sistema especial de garantía que, depositado en la Sociedad de Naciones, permitiese a ésta intervenir en caso de infracción o de controversias relativas a la aplicación de estas obligaciones.

Así, la decisión de excluir el tratamiento general de la cuestión de las minorías del Pacto de la Sociedad de Naciones en favor de un tratamiento particularizado determinará la creación de un sistema de protección disperso en una pluralidad de instrumentos, habitualmente simplificado bajo la imprecisa denominación de «tratados de minorías», enunciado bajo el que se ocultan instrumentos internacionales de naturaleza política y jurídica muy diversa[16]. Estas disposiciones pensadas

---

[15] Como señaló acertadamente Salvador de Madariaga, quien durante algunos años fue representante de España ante la Sociedad de Naciones, «los hombres de Estado que llevan ante la Historia la responsabilidad de la Conferencia de Paz fueron los solemnes ujieres que introdujeron los nuevos tiempos. Terminaron la guerra por la libertad, apoderándose de las colonias de los vencidos; *la guerra por la autodeterminación, disecando a Europa en territorios sobre la base libresca de informes de especialistas;* la guerra por la democracia, adoptando ucases en un triunvirato de autócratas», en MADARIAGA, S. de: *Anarquía o jerarquía —Ideario para la Constitución de la III República—,* Ed. Aguilar, Madrid, 1935, pp. 27 y 28 (la cursiva es nuestra).

[16] Que podemos clasificar en cuatro grandes grupos: 1.º) Los tratados de paz, celebrados entre las potencias aliadas y los países vencidos en la I Guerra Mundial, por las que éstas imponen a los vencidos, en capítulos especiales, un conjunto de obligaciones en relación con las minorías que permanecen bajo su soberanía; son los cuatro siguientes —Con Austria (Tratado de paz de St-Germain en Laye de 10 de septiembre de 1919,

para la protección a las minorías sirvieron como puerta de entrada de derechos para todos los habitantes del territorio, que sin distinción alguna disfrutarán de «*plena y entera protección de su vida y libertad*» así como del «*derecho al libre ejercicio, tanto público como privado, de toda fe, religión o creencia, cuya práctica no sea incompatible con el orden público y las buenas maneras*»[17]; siendo el primer antecedente, en demasiadas ocasiones olvidado, de la protección internacional de los derechos humanos. Y específicamente para las personas pertenecientes a minorías se estipulaban los derechos a la nacionalidad, la no discriminación, derechos lingüísticos, la participación en los fondos públicos para el desarrollo de su identidad y, excepcionalmente, derecho a la autonomía local o cultural.

Pero la importancia del sistema se encontraba en el establecimiento de un doble sistema de garantía, interno e internacional. La garantía interna se basaba en el reconocimiento de las disposiciones de protección de las minorías como leyes fundamentales, en el ordenamiento interno, con un rango jerárquico superior a la totalidad de la legislación nacional. Las garantías internacionales, depositadas en la Sociedad de Naciones consistían, en primer lugar, en el establecimiento del Consejo

---

artículos 62 a 69); con Bulgaria (Tratado de paz de Neuilly-sur-Seine de 27 de noviembre de 1919, artículos 49 a 57); con Hungría (Tratado de Trianón de 4 de junio de 1920, artículos 54 a 60); y con Turquía (Tratado de Lausanne de 24 de julio de 1923, artículos 37 a 45)—; 2.º) Los tratados celebrados entre las Potencias aliadas y Estados de nueva creación o que habían visto incrementados sus territorios como consecuencia de la I Guerra Mundial. Son los que tienen como objeto y fin primordial la protección de las minorías y por lo tanto los que con mayor propiedad se acogen a la denominación genérica de tratados de minorías. Se trata de cinco instrumentos —con Polonia (Tratado de Versalles de 28 de junio de 1919); con Checoslovaquia (Tratado de Saint-Germain-en Laye de 10 de septiembre de 1919); con el Estado Serbo-Croata-Esloveno (Tratado de Saint-Germain-en Laye de 10 de septiembre de 1919); con Rumanía (Tratado de París de 9 de diciembre de 1919) y con Grecia (Tratado de Sèvres de 10 de agosto de 1920)—; 3.º) Los tres tratados concluidos posteriormente a los acuerdos de paz para regular territorios concretos —para la Ciudad Libre de Dantzing (Tratado polaco-danzigués de 9 de noviembre de 1920); para el Territorio de Klaïpeda (Memel) (Tratado con Lituania de 8 de mayo de 1924); y para la Alta Silesia (Tratado germano-polaco de 15 de mayo de 1922)—; y 4.º) Las declaraciones unilaterales en las que los Estados se obligan a la protección de las minorías, efectuadas en el momento de su ingreso en la Sociedad de Naciones, de las cuales tomó nota el Consejo por medio de resoluciones especiales —sobre las Islas Aland (Acuerdo entre Suecia y Finlandia sobre la población de la isla, que sirve de base para la resolución del Consejo de 27 de junio de 1921); de Albania (Resolución del Consejo de 20 de octubre de 1921); de Lituania (Resolución del Consejo de 12 de mayo de 1922); de Letonia (Resolución del Consejo de 7 de julio de 1923); de Estonia (Resolución del Consejo de 17 de septiembre de 1923); y de Irak (Declaración del Reino de Irak de 30 de mayo de 1932)—.

[17] *Vid.* por ejemplo artículo 2 del Tratado con Polonia.

de la Sociedad de Naciones como instancia única y exclusiva para la revisión de los tratados de minorías[18]; en segundo lugar, el poder del Consejo de intervenir en caso de violación o peligro de violación de las normas establecidas en los tratados de minorías, a instancia de uno de sus miembros; y, en tercer lugar, la intervención de la Corte Permanente de Justicia Internacional, por medio de la obligación del Estado que esté obligado por las normas de protección de minorías a aceptar el sometimiento a la Corte a petición de otra parte, siendo la decisión de la Corte obligatoria e inapelable[19].

Sin embargo, este sistema fue radicalmente pervertido en su aplicación práctica, forzando su extrema politización y arrinconando el recurso a la solución judicial, por medio de la implementación del llamado «derecho de petición», y la creación de los «Comités de Minorías». Será el conocido como Informe Tittoni, un informe presentado al Consejo por el delegado italiano Sr. TITTONI bajo el título «Informe regulando el procedimiento ante el Consejo de los asuntos relativos a las minorías», aprobado por el Consejo en su Resolución de 22 de Octubre de 1920[20], el que configurará el derecho de petición, que abre la posibilidad de llamar la atención del Consejo sobre asuntos relacionados con la protección a las minorías, aparentemente reducida a los miembros del Consejo, a todos los Estados miembros de la Sociedad de Naciones y a las propias minorías. Factor que desencadena que la recepción de informaciones, en lugar de ser tratada directamente por el Consejo, se aborde por un Comité de Minorías, *ad hoc,* de tres miembros, que analizará la cuestión y buscará una solución política a la misma evitando

---

[18] Según Balogh no es propiamente una garantía, sino una derogación de la regla general del acuerdo de las partes para modificar una obligación hecha en favor del Consejo de la Sociedad de Naciones. BALOGH, T.H.: *L'Action de la Société des Nations en matière de protection des minorités*, Les editions internationales, París, 1937, p. 10.

[19] Sobre la arqitectura jurídica del sistema, como obras generales, puede verse, DE AZCÁRATE, P.: «La Sociedad de Naciones y las minorías nacionales», en VARIOS AUTORES: *Minorías Nacionales y derechos humanos*, Congreso de los Diputados - Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, 2.ª parte, pp. 115 a 329; BARTSCH, Sebastian: «Le Système de protection des minorités dans la Société des Nations», en LIEBICH, André et RESZLER, André (Dirs.): *L'Europe centrale et ses minorités: vers une solution europeénne?*, P.U.F., París, 1993, pp. 37 a 50; BUWALDA, Petrus: «Protection of the rights of minorities -Back to the League of Nations?», en MOORE, John H. (Ed.): *Legacies of the collapse of marxism*, George Mason University Press, Fairfax, Virginia, 1984, pp. 133 a 148; FEINBERG, Nathan: «La jurisdiction et la jurisprudence de la CPJI en matière de mandats et de minorités», *R.C.A.D.I.,* Tomo 59, 1937/I, pp. 587 a 708; y MANDELSTAM, André: «La protection des minorités», *R.C.A.D.I.,* Tomo 1, 1923/I, pp. 363 a 515.

[20] Informe presentado por el Sr. Tittoni y adoptado por el Consejo el 22 de Octubre de 1920; SOCIEDAD DE NACIONES, Doc. C.24.M.18.1929.I, *op. cit.,* pp. 4 y 6.

la intervención del Consejo o de la Corte. En la práctica, tan sólo cinco de estas cuestiones se llegaron a inscribir en el Orden del día del Consejo, que ante la ausencia de capacidad coercitiva para imponer el cumplimiento de las normas sobre minorías, se vio obligado —igual que le ocurría a los Comités de Minorías— a aceptar las presiones de los Estados buscando soluciones políticas que no subsanaban la violación de los tratados, y dejaban descontentas a todas las partes en el conflicto.

La debilidad política de la Sociedad de Naciones, cuyas causas sobrepasan los objetivos de este trabajo, pero que tan bien se ejemplifica en la cuestión de la protección de las minorías, determinó la práctica desaparición de la Sociedad de Naciones desbordada por el auge de los totalitarismos en Europa, que en su expansión territorial utilizarán a las minorías como detonante de conflictos, y que nos llevarán a la Segunda Guerra Mundial.

3. **El enfoque inicial de la protección de las minorías en las Naciones Unidas**

A la luz de lo explicado se comprenden mejor las iniciales reticencias de la recién creada Organización de las Naciones Unidas con relación a la cuestión de la protección de las minorías. En primer lugar, se considera que un cambio radical en las circunstancias que produjeron el nacimiento de las obligaciones internacionales destinadas a la protección de las minorías impedía que las Naciones Unidas sustituyeran a la Sociedad de Naciones como depositaria de las garantías internacionales de esta protección[21]. En segundo lugar, la Organización se queda al margen de la solución de los problemas territoriales del continente europeo tras la contienda mundial[22], optando las potencias vencedoras por soluciones radicales que incluirán los traslados forzosos de poblaciones como castigo contra aquellas minorías alemanas utilizadas por Hitler en su política expansionista y como solución para evitar tener al enemigo (a pesar de estar vencido) en casa[23]: Hungría, Polonia y

---

[21] *Vid.* ONU, Doc. E/CN.4/367 y Add. 1, *Étude sur la valeur juridique des engagements en matière de minorités*, de 7 de abril de 1950; y Add. 1, de 27 de Marzo de 1951.

[22] CAPOTORTI, Francesco: *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, Naciones Unidas, Nueva York, 1991 (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/384/rev. 1, Anexo 1), p. 28, párrafo 135.

[23] Sobre este tema *Vid.,* CLAUDE JR., INIS L.: *National Minorities, An international problem*, Cambridge, Harvard University Press, 1955., pp. 51 y ss; y DEMICHEL, André: «L'évolution de la protection des minorités depuis 1945», *R.G.D.I.P.,* 1960/I, pp. 25 y ss.

Checoslovaquia se apresuraron a realizar masivas expulsiones hacia Alemania, que serían legitimadas a posteriori por la Conferencia de Postdam, abriendo las puertas a nuevas expulsiones de minorías alemanas de Austria, Bulgaria, Yugoslavia y Rumanía; y a minorías no alemanas que, revestidas de formas más suaves, con el eufemismo de intercambio de poblaciones o de transferencia de minorías, fueron aplicadas por los países socialistas[24].

Pero, principalmente, una nueva filosofía marcará la percepción de las Naciones Unidas ante la cuestión de las minorías, basada en la objetivación y humanitarización de la protección de las minorías, desde la lógica del universalismo, en la que la protección de las minorías pierde su componente político-territorial para integrarse en la idea de la dignidad intrínseca de todo ser humano: así, se piensa que el respeto universal de los derechos humanos individuales es una garantía suficiente para la protección de las personas pertenecientes a minorías. La opinión que se impondrá en la Conferencia de San Francisco, especialmente abanderada por los Estados Unidos[25], será que con el logro de la proclamación del respeto de los derechos humanos individuales, deviene innecesaria una protección específica grupal o colectiva para las minorías[26].

Así, no es extraño explicarse la ausencia de toda mención a los derechos de las minorías en la Declaración Universal de Derechos Humanos, a pesar de las propuestas danesa, yugoslava y soviética en

---

[24] Así, por ejemplo, el intercambio de poblaciones pactado entre la URSS y Polonia (Acuerdo de 9 de Septiembre de 1944 entre el Comité Polaco de Liberación Nacional y el Gobierno de la República Socialista Soviética de Ucrania; de la misma fecha, con la R.S.S. de Bielorrusia; del 22 de Septiembre de 1944, con la R.S.S. de Lituania; y el de 6 de Julio de 1945, relativo al derecho de las personas de origen nacional polaco y judío residentes en la URSS a renunciar a la ciudadanía soviética y ser evacuados a Polonia, y el derecho de las personas de origen nacional ruso, ucraniano, bielorruso, ruteno, o lituano, residentes en el territorio de Polonia, a renunciar a su ciudadanía polaca y ser evacuados a la URSS), y el intento que resultó frustrado de intercambio entre los eslovacos de Hungría y los húngaros de Checoslovaquia (Acuerdo y protocolo adicional entre Hungría y Checoslovaquia de 27 de Febrero de 1946); o el Protocolo de 2 de enero de 1946 entre la República Popular Federativa de Yugoslavia y la República Polaca, referente a la emigración de polacos de Yugoslavia.

[25] Ver sobre esta cuestión, DEMICHEL, A.: «L'evolution de…», *op. cit.,* pp. 27 y 28.

[26] «Se pensaba en ese momento que ya no era necesario proteger de manera especial los intereses de las minorías y se consideraba que alcanzaba con suprimir la opresión individual para lograr eliminar la opresión colectiva», BOKATOLA, I.O.: «Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas», *La Revista - Comisión Internacional de Juristas*, Núm. 46, 1991, pp. 36 y 37.

este sentido[27]. Sin embargo, esta exclusión no determinará el cierre definitivo del tema, pues se vio matizada por la Resolución de la Asamblea General 217 C (II) de 10 de Diciembre de 1948, titulada «La suerte de las minorías», en la que la Asamblea General decide: 1.º Excluir del texto de la Declaración Universal las cuestiones de minorías; y 2.º Remitir al ECOSOC las propuestas de la U.R.S.S., Yugoslavia y Dinamarca, para que desde las Comisión de Derechos Humanos y su Subcomisión se realice «un estudio a fondo del problema de las minorías, a fin de que las Naciones Unidas puedan adoptar medidas eficaces para la protección de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas», puesto que «las Naciones Unidas no pueden permanecer indiferentes a la suerte de las minorías», a pesar de que actualmente es «difícil adoptar una solución uniforme a esta compleja y delicada cuestión que presenta aspectos especiales en cada Estado donde se plantea»[28].

Refuerza esta idea la creación —tal y como preveía expresamente el artículo 68 de la Carta para la «promoción de los derechos humanos»—, por el Consejo Económico y Social, en 1946 una comisión específica, la Comisión de Derechos Humanos[29], cuyo mandato se concretaba en «presentar al Consejo proposiciones, recomendaciones e informes referentes a: …c) la protección a las minorías» así como «d) la prevención de discriminaciones por motivos de raza, sexo, idioma o religión». Además, la Comisión, ya en su primer período de sesiones, decidió —contra la inicial tendencia de establecer dos subcomisiones[30]—

---

[27] ONU Doc. A/784, *Projet de Déclaration internationale des droits de l'homme, U.R.S.S.: Amendements au projet de Déclaration universelle des droits de l'homme (doc. A/777)*, de 8 de diciembre de 1948.

[28] ONU, AGNU, Resolución 217 C (III), *Suerte de las minorías*, de 10 de diciembre de 1948.

[29] ECOSOC, Resolución 5 (I) de 16 de Febrero de 1946, modificada por la Resolución 9 (II) de 21 de Junio de 1946. La profesora ESCOBAR se refiere a éstas señalando que marcan «una creación de la Comisión en dos fases», la primera de ellas calificada por sus funciones *cuasi constituyentes* (que presenta sus conclusiones en el conocido como el informe de la Comisión *nuclear*: ONU, Doc. E/38, *Rapport de la Commission des droits de l'homme, Première anné, deuxième sesion*, Anexo 4, 1946), y la segunda Resolución que modifica parcialmente el mandato inicial de la Comisión de Derechos Humanos al añadirle una claúsula residual formulada en términos muy amplios; ESCOBAR HERNÁNDEZ, Concepción: *La Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y la violación de derechos humanos y libertades fundamentales: estudio de los procedimientos públicos especiales*, Universidad Complutense de Madrid, Colección Tesis Doctorales Núm. 211/88, Madrid, 1987, Tomo I, pp. 49 a 50 y 140 a 154.

[30] ECOSOC, Resolución 9 (II), *op. cit.,* en la que se autorizaba la creación de una Subcomisión de protección a las minorías y otra de prevención de la discriminación (párrafos 9 y 10 de la Resolución), además de la Subcomisión de libertad de información y prensa (párrafo 8).

crear una única Subcomisión, en la que se concentraran las tareas de protección de las minorías conjuntamente con las de prevención de las discriminaciones[31]. Esta Subcomisión de carácter técnico, conformada inicialmente por 12 y actualmente por 26 expertos designados a título individual[32], tendrá como funciones las de «examinar qué disposiciones deben adoptarse en la definición de los principios a aplicar en el terreno de la prevención de las discriminación por razón de raza, sexo, idioma o religión, y en el terreno de la protección de las minorías, y hacer recomendaciones a la Comisión sobre problemas urgentes en estos terrenos»[33], concretándose y ampliándose su mandato, en 1949, en los términos siguientes: «a) Emprender estudios, especialmente a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y formular recomendaciones a la Comisión de Derechos Humanos respecto a la prevención de cualquier tipo de discriminación relativa a los derechos humanos y libertades fundamentales y a la protección de las minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas; b) Desarrollar cualquier otra función que le sea encomendada por el Consejo Económico y Social o por la Comisión de Derechos Humanos»[34].

Paralelamente, la Convención para la prevención y sanción del crimen de Genocidio, en 1948[35], supone un marco de protección del

---

[31] Sobre esta cuestión ver ONU, *Yearbook on Human Rights*, 1947, pp. 420 y 426; y HUMPREY, John P.: «The United Nations Sub-Commission on the prevention of discrimination and the protection of minorities», *A.J.I.L.*, 1968, Vol. 62/1, pp. 869 a 871.

[32] Sobre su composición y funcionamiento puede verse ESCOBAR, C.: *La Comisión de Derechos…*, *op. cit.,* pp. 107 a 117; y SCHWELB, Egon y ALSTON, Philip: «Las instituciones principales y otros organismos fundados según la Carta», en VASAK, K.: *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos,* Sebal/UNESCO, Barcelona, 1984, Tomo I, pp. 358 a 361.

[33] ONU, Doc. E/259, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos al Comité Económico y Social sobre su Primer Período de sesiones (del 27 de enero al 16 de febrero de 1947)*, de 11 de febrero de 1947, párrafo 19, pp. 5 y 6.

[34] ECOSOC, *Documentos Oficiales, IX.º período de sesiones*, Suplemento 10, párrafo 13. También reproducida en el informe de la Comisión de Derechos Humanos sobre su quinto período de sesiones, Doc. ONU, E/1371, p. 6.

[35] AGNU, Resolución 260 A (III), de 9 de Diciembre de 1948. En adelante será citada como *Convención contra el Genocidio,* y se utilizará el texto publicado en, NACIONES UNIDAS: *Derechos Humanos - Recopilación de Instrumentos internacionales*, Nueva York, 1988, Doc. ONU ST/HR/1/Rev.3, con núm. de venta S.88.XIV.1, pp. 143 a 147. Un excelente estudio sobre la cuestión del crimen de genocidio es el que realiza el relator Especial Sr. Nicodème RUHASHYANKIKO en, ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/416, *Estudio sobre la cuestión de la prevención y sanción del delito de genocidio*, de 4 de Julio de 1978; en especial de la p. 8 —párrafo 29— a la p. 96 —párrafo 376—, donde aborda el contenido de esta Convención.

derecho a la existencia física de las minorías, aunque se excluyó del ámbito de la misma el denominado genocidio cultural. De la misma manera, un conjunto de instrumentos convencionales de derechos humanos ofrecerán una protección indirecta para las personas pertenecientes a minorías. Así, el Convenio Núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación[36], precursor de normas contra la no discriminación en otras áreas del sistema de las Naciones Unidas[37]; la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza[38], cuyo artículo 5.1.c) establece que «debe reconocerse a los miembros de las minorías nacionales el derecho a ejercer las actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de establecer y mantener escuelas y, según la política de cada Estado en materia de educación, emplear y enseñar su propio idioma…»; la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial[39], que da entrada a la discriminación inversa o positiva en forma de «medidas especiales» en su artículo 1.4 y 2.2, que autoriza a los Estados parte a tomar «… cuando las circunstancias lo aconsejen, medidas especiales y concretas (…) para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos…», destinadas a garantizar un disfrute por igual de los derechos y libertades, y excluyendo por tanto las medidas que tiendan a la desigualdad o

---

[36] OIT, Convenio Núm. 111, *relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*, adoptado el 25 de junio de 1958, en vigor el 15 de junio de 1960.

[37] En este sentido, ver VALTICOS, Nicolas: «La Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)» en VASAK, K. (Ed.): *Las dimensiones internacionales…*, *op. cit.,* p. 508; y MCKEAN, Warwick: *Equality and discrimination under International law*, Clarendon Press, Oxford, 1983, pp. 127-28.

[38] UNESCO, *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 10 de diciembre de 1960, entró en vigor el 25 de mayo de 1962; adoptándose el 10 de Diciembre de 1962 por dicha Conferencia General de la UNESCO un Protocolo anexo a ésta *para instituir una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias a que pueda dar lugar la Convención*, protocolo que entró en vigor el 24 de Octubre de 1968.

[39] ONU, *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución 2106 A (XX) de 21 de Diciembre de 1965; y en vigor desde el 4 de enero de 1969. En general sobre la misma puede verse, LERNER, N.: *The United Nations Convention on the Elimination of all forms of racial discrimination*, Sijthoff & Noordhooff, Amsterdam, 1989, 259 págs.; y DAS, Kamleshwar: «Instituciones y procedimientos de las Naciones Unidas basados en convenios sobre derechos civiles y libertades fundamentales», en VASAK, K.: *Las dimensiones internacionales…*, *op. cit,* pp. 434 a 465.

exclusión de un grupo[40]; la Convención sobre la represión y castigo del crimen de apartheid[41], que plantea el tema de la equiparación a las minorías con las mayorías oprimidas; y, por último, el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales[42], que proclama el derecho a la educación, en su artículo 13, con la finalidad de «favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos…», así como el derecho de los padres o de los tutores legales a escoger, para la educación de sus hijos o pupilos, centros educativos distintos a los creados por las autoridades públicas, entre otros, con el fin de «que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»[43], y en su artículo 15 el derecho de toda persona a «participar en la vida cultural» y el deber estatal de adoptar medidas «para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia y la cultura», que también ofrece un marco de garantía indirecto para el disfrute y la conservación de aquellos elementos configuradores de la identidad minoritaria susceptibles de ser subsumidos bajo la denominación de «cultura». Posteriormente, el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño[44] y en la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias[45], ampliarán el campo de esta protección convencional indirecta.

---

[40] Sobre este artículo ver CAPOTORTI, F.: «Minorities», en WOLFRUM, R. & PHILIPP, CH. (Eds.): *United Nations: Law, Policies and Practice*», Verlog C.H. Beck, München and Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1995, Vol. II, pp. 897 y 898.; y también, LERNER, N.: *The United Nations …, op. cit.,* pp. 39 y 40.

[41] ONU, *Convención internacional sobre la represión y castigo del crimen de apartheid*, adoptada por la Asamblea General el 30 de noviembre de 1973 por medio de su Resolución 3068 (XXVIII); en vigor desde el 18 de julio de 1976.

[42] PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 3 de enero de 1976.

[43] Este precepto, conjuntamente con una tímida referencia a la libertad para crear centros educativos recogida en el artículo 13.4 («Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado»), sirve de base para que las minorías, especialmente las religiosas, pero también el resto de minorías, puedan conservar, trasmitir y desarrollar los rasgos configuradores de su identidad por medio de la educación.

[44] CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por medio de su Resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990.

4. **El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**

Pero la piedra angular de todo el edificio onusiano destinado a la protección a las minorías la encontramos en el artículo 27 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos[46], que establece que

> «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

Se trata de un texto complejo y de difícil interpretación, pero también de la primera disposición obligatoria con ámbito universal, impulsada desde las Naciones Unidas, que está destinada directamente a proteger la identidad diferenciada de las personas pertenecientes a minorías.

Las características básicas de esta disposición se resumen en las siguientes ideas: en primer lugar, la ausencia de definición del término «minorías», por la falta de consenso que puso de manifiesto la imposibilidad de lograr una definición suficientemente omnicomprensiva del fenómeno minoritario. Pero esta ausencia no puede en ningún caso interpretarse como una puerta abierta a la discrecionalidad estatal para decidir qué grupos gozarán de la protección establecida en el artículo 27; puesto que los diversos intentos —parcialmente malogrados— por encontrar una definición satisfactoria han consolidado las bases mínimas sobre las que debe asentarse todo concepto de minoría, y que CAPOTORTI concretó en las siguientes ideas: «*un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma*»[47]; una propuesta de concepto que no está exenta de problemas como los que plantean el elemento numérico o la

---

[45] CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES Y DE SUS FAMILIAS, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

[46] PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio de su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, en vigor desde el 23 de marzo de 1976.

[47] CAPOTORTI, F.: *Estudio sobre los…, op. cit.,* p. 101, párrafo 564.

exigencia de una posición no dominante —cuestiones como los límites a la inferioridad del grupo, la existencia de identidades mayoritarias oprimidas o de minorías simétricas, …—, la exigencia del vínculo de nacionalidad con el Estado de residencia —que no puede decidirse automáticamente de la lectura del artículo 27 del Pacto—, pero sobre todo, por la exigencia de un elemento espiritual o subjetivo —como lo es el sentimiento de mutua solidaridad en la voluntad de conservar su identidad—, que ya había exigido años antes la Corte Permanente de Justicia Internacional en su definición de minoría en el sistema de la Sociedad de Naciones, expresado entonces como el «*genio de su raza*»[48].

La segunda característica de este artículo 27 la encontramos en la acotación que hace de su ámbito de protección a las minorías «étnicas, religiosas y lingüísticas», descantándose definitivamente el término «racial» a favor de «étnico»[49], y no atreviéndose a dar entrada a la denominación de «nacional», presente en la mencionada Resolución de la Asamblea General 217 C (III) «*Suerte de las Minorías*», a pesar de la defensa soviética y yugoslava del adjetivo, por entenderse que el término étnicas ya englobaba a las minorías nacionales[50].

---

[48] «*La comunidad aparece como una comunidad de personas que viven en un país o en una localidad determinados, tienen una raza, una religión, una lengua y unas tradiciones que les son propias, y están unidos por la identidad de esta raza, de esta religión, de esta lengua y de estas tradiciones en un sentimiento de solidaridad, con objeto de conservar sus tradiciones, de mantener su culto, de asegurar la instrucción y la educación de sus hijos conforme al genio de su raza y de ayudarse mutuamente*». *Vid.* C.P.J.I., Publications de la Cour, sérieA/B, núm 64, *Escuelas minoritarias en Albania*, de 6 de abril de 1935, p. 11.

[49] Al hilo del estudio sobre definición y clasificación de las minorías presentado por el Secretario General en el tercer período de sesiones de la Subcomisión (ONU, Doc.E/CN.4/Sub.2/85, *Definition et classement des minorités (Mémorandum présenté par le Secrétaire général)*, de 27 de diciembre de 1949) *Cit.,* la Subcomisión abordó la cuestión de sustituir un término por el otro, en base a la idea de Monroe, representante del Reino Unido, de que «… la palabra *étnicas* parece más apropiada, puesto que se refiere a todas las características hereditarias: biológicas, culturales e históricas de un individuo o un grupo, en cambio la palabra *raciales* no se refiere más que a características hereditarias físicas» (ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/Sr.48, Actas de la Tercera Sesión de la Subcomisión, de 18 de enero de 1950, pp. 5 y 6.).

[50] La explicación dada por el Comité de Expertos Gubernamentales del Consejo de Europa, al comparar el artículo 14 del Convenio Europeo para la protección y salvaguardia de Derechos Humanos (CONVENIO EUROPEO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES, Roma, 4 de noviembre de 1950, Artículo 14: «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, *pertenencia a una minoría nacional,* fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».) que habla de minorías nacionales, con el artículo 27 del Pacto, ofrece también algunos argumentos interesantes, al señalar: «En la mayoría de los casos una *minoría nacional* sería también una minoría étnica, lin-

En tercer lugar, merece la pena que nos detengamos en el análisis de la expresión inicial con la que se abre el artículo 27: «En los Estados en que existan minorías», expresión fruto de la compleja negociación del redactado del artículo en la Comisión de Derechos Humanos, consensuada para salvar las reticencias al texto del artículo 27 del Pacto por parte de los países latinoamericanos y de Australia, que querían con ello excluir de esta protección a las minorías a los grupos de trabajadores inmigrados y a los aborígenes, respectivamente[51]. Sin embargo, el resultado al que se llegó plantea graves problemas: en primer lugar, sobre la existencia o no de una obligación estatal de reconocer a las minorías existentes bajo su soberanía, y ver si este reconocimiento de las minorías —ya sea obligatorio o discrecional— es un requisito necesario para la aplicación del artículo 27; y, en segundo lugar, la cuestión de si las nuevas minorías aparecidas tras la adopción del Pacto también podrán beneficiarse de los derechos que a sus miembros otorga este artículo, o, por el contrario, éstos quedan reservados exclusivamente para las minorías preexistentes. A ambas cuestiones debemos responder en sentido negativo, en ningún momento se ha pensado en la figura del reconocimiento explícito —internacional o interno— de los grupos minoritarios para que éstos puedan beneficiarse de los derechos proclamados por el artículo 27 del Pacto; y limitar esta protección a las minorías existentes en el momento de la ratificación del Pacto —como pretendía la iniciativa chilena[52]—

---

güística o religiosa. Por otra parte, hay indudablemente minoría étnicas, lingüísticas o religiosas que no constituyen minorías nacionales» (CONSEJO DE EUROPA, Doc. DH/Exo (73) 47, *Informe del Comité de Expertos en Derechos Humanos del Comité de Ministros*, adoptado el 9 de Noviembre de 1973).

[51] Una completa relación de los documentos de las Naciones Unidas que resultan de este proceso de elaboración del artículo 27 del Pacto la encontramos en BOSSUYT, Marc J.: *Guide to the «travaux préparatoires» of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, pp. 493 a 499. Y una detallada reseña de todo el proceso de elaboración de la *Carta internacional de derechos humanos* la encontramos en, ONU. Doc. A/2929: *Proyectos de Pactos internacionales de derechos humanos*, de 1 de Julio de 1955, 399 pág., anotación preparada por la Secretaría General a petición de la Asamblea, en su Capítulo I: «Reseña de los antecedentes de los Pactos», pp. 5 a 21.

[52] Las diversas intervenciones de los Estados miembros de la Comisión de Derechos Humanos están recogidas en, ONU, Doc. E/CN.4/SR. 368 a 371, *Propositions de l'URSS et de la Yougoslavie et de la Sous-Commision au sujet d'un nouvel article sur les droits des minorités*, de octubre de 1953; y las conclusiones de los debates en, ONU, Doc. E/2247, *Informe de la Comisión de Derechos Humanos al ECOSOC sobre su noveno período de sesiones*, de 6 de junio de 1953, pp. 26 y 27, párrafos 51 a 56 —en las pp. 237 a 242 de este documento se reproducen los proyectos de Resolución que la Comisión de Derechos Humanos sobre estas cuestiones envió al ECOSOC (*Vid.* ONU, Doc. E/CN.4/641, Annexe I, projets de résolution II y III)—.

atentaría contra la necesaria generalidad de las normas humanitarias y contra el objeto y fin del Pacto.

Una cuarta característica del artículo 27 viene determinada por el carácter aparentemente abstencionista de su redacción, cuando afirma que «no se negará (…) el derecho que les corresponde…». Una interpretación literal del texto del artículo 27, así como de los debates sobre su nacimiento, no permite ser excesivamente optimista en cuanto a que facilite una interpretación progresiva del mismo a favor de una acción positiva del Estado a favor de las identidades minoritarias. Tan sólo desde una interpretación sistemática del mismo, en el conjunto del Pacto, y en relación con otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, podemos dar respuestas a la naturaleza lógica de la protección de las minorías, que se encuentra en la actividad promocional de los Estados. En efecto, el artículo 27 del Pacto otorga a las personas pertenecientes a minorías derechos específicos y especiales, diferentes a los del resto de la población, puesto que su objetivo no es la mera no discriminación de las minorías —ya garantizada por otros artículos del Pacto—, ni tan siquiera garantizar la libertad de culto y de creencias —que también se ve establecida en otros artículos del Pacto—, sino que con este artículo se busca proteger el derecho que las personas pertenecientes a minorías tienen a conservar y desarrollar su identidad diferenciada, étnica-cultural, religiosa o lingüística[53]. Así, podemos afirmar que no estamos ante una simple obligación de comportamiento del Estado con lo que bastaría su simple abstención en la vida de las minorías, sino que, por el contrario, el artículo 27 del Pacto enuncia verdaderas obligaciones de resultado, en las que la consecución del resultado es necesario para ver efectivamente cumplidas estas obligaciones. Si bien, los medios para el cumplimiento de estas obligaciones no vienen impuestos por el Pacto, y el Estado tendrá libertad para utilizar cualquier método conducente a ese resultado. La posición no dominante de las minorías, sin embargo, hará que en muchos casos el Estado tenga que intervenir con su actividad y con la aportación de recursos públicos para hacer efectivo el derecho al disfrute de la propia identidad por las minorías. Sin embargo,

---

[53] Sobre esta cuestión ver, NOWAK, M.: *U.N. Covenant on civil and political rights —CCPR Commentary—,* N.P.Engel Publishers, Kehl, 1993, pp. 500 y 501; SOHN, L.B.: «The rights of minorities», en HENKIN (Ed.): *International Bill of Rights*, Columbia University Press, Nueva York, 1981, pp. 282 a 287; y TOMUSCHAT, C.: «Protection of minorities under article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights», en BERNHARDT, R.; GECK, W.; JAENICKE, G.; STEINBERG, H. (Dirs.): *Internationale Gerichtsbarkeit*, Menschenrechte, Festschrift für Herman Mosler, 1983, pp. 969 y 970.

esta interpretación más dinámica y activa de las obligaciones del Estado no debe ocultar que el artículo 27 se establece como una norma mínima, como reitera la doctrina[54].

La quinta característica que define el artículo 27 del Pacto es su aproximación individual a los derechos de las minorías, siempre como «derechos de las personas pertenecientes a minorías», evitando su tratamiento colectivo, aunque atendiendo a la naturaleza lógica de los mismos como derechos que se ejercitan «en común con los demás miembros de su grupo». La consecuencia más inmediata de ello es que que el mecanismo de garantía recogido en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[55] consistente en la posibilidad de presentar comunicaciones sobre presuntas violaciones del Pacto por un Estado que haya aceptado esta competencia del Comité de Derechos Humanos, queda limitado a los individuos, sin que puedan las minorías, como tales, hacer uso del mismo[56], idea que tendrá una clara evolución en la práctica del Comité de Derechos Humanos[57].

Como sabemos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece tres mecanismos de garantía internacional de los derechos que proclama —y, por lo tanto, de garantía del artículo 27 del mismo—, pero tan sólo uno de ellos —la presentación de informes periódicos—, tiene carácter obligatorio para los Estados parte de este

---

[54] Así, son habituales expresiones como «*carattere molto succinto di questa norma*», en CAPOTORTI, F.: «Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici», *R.I.D.U.*, Vol. 5, Núm. 1, 1992, p. 105; o en Sigler al señalar que «the Covenant represents a minimalist version of minority rights», SIGLER, J.A.: *Minority Rights —A comparative analysis—,* Greenwood Press, Londres, 1990, p. 79. Así, podemos afirmar que el artículo 27 del Pacto es una norma declarativa de una costumbre general preexistente, de respeto de la propia identidad de las minorías; en palabras de Dinstein, «this important provision is declaratory in nature and reflects a minimum of rights recognised by customary international law», concretando su contenido en las ideas de prevención de la asimilización forzosa y la preservación de la identidad propia y diferenciada de la minoría, DINSTEIN, Y.: «Collective human rights of peoples and minorities», *I.C.L.Q.*, núm. 25, 1976, p. 118.

[55] ONU, *Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2200 A (XXI) de 16 de diciembre de 1966.

[56] Sobre esta cuestión ver, SOHN, L.B.: «The rights of …», *op. cit.,* pp. 274 y 275.

[57] Ver por ejemplo, ONU, Doc. A/45/40, *Asamblea General - Documentos oficiales - Comité de Derechos Humanos*, Comunicación núm. 167/1984 *Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. Canadá*, Volumen II, pp. 1 a 33. (ONU, Doc. CCPR/C/38/167/1990, Opiniones aprobadas el 26 de marzo de 1990).

convenio, siendo los otros dos mecanismos —las comunicaciones interestatales y las comunicaciones individuales—, de carácter opcional. La pieza institucional clave para el ejercicio de estas garantías la constituye el Comité de Derechos Humanos, órgano intergubernamental, creado por el artículo 28 del Pacto. Las dificultades político diplomáticas hacen difícil que algún Estado presente una comunicación contra otro Estado, por lo que la vía que se nos presenta más interesante para conocer el alcance del artículo 27 del Pacto es la de las comunicaciones individuales.

Cuatro asuntos clave abrieron la actividad del Comité de Derechos Humanos en este terreno, la comunicación presentada por Sandra Lovelace contra Canada[58], la Sociedad Tribal Mikmaq contra Canada[59], la del Jefe de la Agrupación del Lago Lubicón contra Canada[60] y la de

---

[58] Donde Sandra Lovelace planteaba contra Canadá la pérdida de la condición de india y de los beneficios que ello conllevaba en la legislación sobre indígenas, provocada por su matrimonio con un ciudadano canadiense que no pertenecía a la minoría indígena india. Además, tras su divorcio, Sandra Lovelace se encuentra imposibilitada para recuperar su condición y beneficios de india así como el derecho de retornar a vivir en su reserva. *Vid.* ONU, Doc. CCPR, Comunicación núm. 24/1977, *Sandra Lovelace c. Canadá*.

[59] Donde el «Jigap'ten of Santeoi Mawa'iomi» o Gran Capitán de la Sociedad Tribal Mikmaq presenta en nombre de su pueblo una comunicación en la que basándose en el derecho a la libre determinación de los pueblos reclamaba sus derechos sobre el territorio histórico Mikmaq, el reconocimiento de su gobierno tradicional y la consideración de la sociedad Mikmaq como Estado. El autor alega el artículo 1 del Pacto como fundamento único para sus alegaciones, y expresamente rechaza la aplicación del artículo 27 del Pacto; pero al no poder demostrar el autor que estaba «autorizado para actuar como representante en nombre de la sociedad tribal Mikmaq» y al no haber «aducido hechos pertinentes en apoyo de su reclamación de que personalmente es víctima de una violación…», la comunicación es declarada inadmisible. Una nueva comunicación individual, presentada años más tarde, basada en la violación del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, contenido en el artículo 25 del Pacto, en tanto que el Gobierno canadiense no invitaba a los representantes de la Sociedad Mikmaq a participar en las conferencias constitucionales sobre los derechos de las comunidades indias canadienses, llevará la atención del Comité hacia el artículo 27 del Pacto. ONU, Docs. CCPR, comunicaciones núms. 78/1980 y 205/1986, *Sociedad Tribal Mikmaq c. Canadà*.

[60] Donde Bernard Ominayak —Jefe de la Agrupación del Lago Lubicón—, alegará que «… el Gobierno de Canadá ha permitido que el Gobierno provincial de Alberta expropie el territorio de la Agrupación del Lago Lubicón en beneficio de los intereses de las empresas privadas (autorizando, por ejemplo, la prospección de petróleo y de gas)». Cuestión en la que el Comité reorienta el tema sobre la libre determinación de los pueblos hacia el artículo 27 del Pacto. ONU, Doc. CCPR, Comunicación Núm. 167/1984, *Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá* (opiniones aprobadas el 26 de marzo de 1990 en el 38.º período de sesiones).

Ivan Kitok contra Suecia[61]. Con el fin de la Guerra Fría, se constata un aumento cuantitativo de las comunicaciones individuales, su diversificación al conjunto de minorías, y la voluntad de seguimiento de las actuaciones estatales por parte del Comité. Los principales asuntos abordados serán *Ballantyne, Davidson, McIntyre c. Canadá*[62], las diversas comunicaciones presentadas en relación con los derechos de las personas pertenecientes a la etnia Sami en Finlandia[63], la comunicación presentada por A. R. Coriel y M. A. R. Aurik contra Holanda[64], y el caso de Ilari Länsman y otros 47 miembros del Comité de Pastores Muotkatunturi del municipio de Angeli[65].

---

[61] Donde Ivan Kitok, ciudadano perteneciente al pueblo Sami alega contra Suecia una violación de los artículos 1 y 27 del Pacto, en tanto que se ha visto arbitrariamente excluido del estatuto legal de sami y del derecho de crianza de renos, actividad tradicional de todos sus antepasados, lo que suponía un impedimento para disfrutar de su propia vida cultural. Rechazada una vez más la alegación individual al derecho a la libre determinación de los pueblos, el Comité centra su análisis en la presunta violación del artículo 27 del Pacto, aportando la idea de que las actividades económicas tradicionales que configuran un modo de vida propio entran en el ámbito de protección del artículo 27 del Pacto. ONU, Doc. A/43/40, *Asamblea General - Documentos oficiales: cuadragésimo tercero período de sesiones - Comité de derechos humanos*, Anexo VII, Comunicación núm. 197/1985, *Ivan Kikot contra Suecia*, Opiniones aprobadas el 27 de julio de 1988 (ONU, Doc. CCPR/C/33/D/197/1985, de 10 de agosto de 1988).

[62] Donde estos ciudadanos canadienses residentes en la Provincia de Quebec y con lengua materna inglesa ven prohibido por el Gobierno de Canadá y el de la Provincia de Quebec la utilización del inglés en la publicidad y en los signos comerciales exteriores de su negocio, a pesar de que muchos de sus clientes son de lengua materna inglesa. El Comité considera, en una criticable conclusión, que la mayoría lingüística inglesa en Canadá no puede ser tratada como minoría de acuerdo con el Pacto, aunque lo sea en una provincia o territorio del Estado (como ocurre en Quebec); sin embargo, constata una violación del artículo 19.2 del Pacto referido a la libertad de expresión. ONU, Doc. CCPR/C/47/D/359/1989 y 385/1989/rev.1 (1993), Comité de Derechos Humanos, *Ballantyne, Davidson, McIntyre c. Canadá,* Comunicación Núm. 359/1989 y 385/1989, de 5 de mayo de 1993.

[63] ONU, Doc. CCPR/C/50/D/431/1990 (1994), *Sara y otros c. Finlandia,* Comunicación Núm. 431/1990 de 24 de mayo de 1994; ONU, Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994), *Länsman y otros c. Finlandia,* Comunicación Núm. 511/1992 de 8 de noviembre de 1994; y ONU, Doc. CCPR/C/58/D/671/1995 (1996), *Jouni E. Länsman y otros c. Finlandia,* Comunicación Núm. 671/1995 de 30 de octubre de 1996.

[64] Por una supuesta violación de los artículos 17 y 18 del Pacto —que hacen referencia a la protección de la vida privada y familiar y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión respectivamente—. ONU, Doc. CCPR/C/52/D/543/1991 (1994), *Coriel y otros c. Holanda,* Comunicación Núm. 453/1991, de 9 de diciembre de 1994.

[65] Estos consideran violados su derecho a la identidad étnica, en tanto que la extracción de piedra del monte Etelä-Riutusvaara, así como el transporte de la misma, impide la continuidad de la cría de renos, actividad tradicional de los Samis; pretensión que es rechazada por el Comité tras analizar los efectos y las cantidades de piedra extraída.

5. La Declaración 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas

La idea de desarrollar el artículo 27 del Pacto por medio de una Declaración de la Asamblea General estaba presente en los trabajos de la Organización de las Naciones, por lo menos desde que en junio de 1977 CAPOTORTI la propusiera en su informe final, asumiéndola la Comisión de Derechos Humanos, que en 1978 creará un primer Grupo de Trabajo destinado a redactarla, grupo que iniciará sus trabajos en base a una iniciativa yugoslava[66]. Hasta que se aprueba la Declaración en 1992[67] cada año se creará un grupo de trabajo abierto para el estudio de esta cuestión.

El texto definitivo de la Declaración carecerá finalmente de una definición de «*minoría*», existiendo el convencimiento generalizado de que la Declaración puede desarrollar plena y eficazmente sus efectos sin necesidad de una definición[68]; y, lejos de verse como una deficiencia, esta ausencia ha sido valorada como la superación de un problema abstracto, abriendo la vía a un enfoque más práctico, basado en el análisis del problema particular de cada minoría[69].

Por otro lado, la incorporación del adjetivo «*nacionales*»[70], supone una clara superación del miedo de Naciones Unidas a dar un tratamiento político del problema de las minorías, señalándose por algún autor

---

[66] El texto esta recogido en el documento, clasificado como de distribución limitada, ONU, Doc. E/CN.4/L.1367/Rev. 1, de 2 de marzo de 1978. En el artículo de Budislav Vukas, Profesor de la Facultad de Derecho de Zagreb, aparece recogido y comentado el texto de la propuesta yugoslava. VUKAS, B.: «Le projet de Déclaration sur les droits des pèrsonnes appartenant a des minortités nationales, ethniques, religieuses et linguistiques», *A.F.D.I.*, 1979, pp. 281-294. Ver también FENET, Alain: «Le projet de Déclaration des Nations-Unies sur les droits des minorités» en CAO-HUY-THUAN (Ed.): *Actualité de la question nationale*, PUF, París, 1980, pp. 189 a 201.

[67] AGNU, Resolución 47/135, *Declaración de los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 18 de diciembre de 1992.

[68] La Subcomisión encargó la elaboración de un estudio sobre el concepto de minoría a los efectos de la Declaración a Jules Deschênes, cuyas conclusiones fueron finalmente adoptadas. ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31, Propuesta relativa a una definición del término «minoría» presentada por el Sr. J. Deschênes, de 14 de mayo de 1985.

[69] En este sentido se ha manifestado la reunión técnica de expertos sobre minorías convocada por la Subcomisión en Ginebra los días 2 a 4 de febrero de 1993. ONU, Doc. E/CN.4/1993/85, *Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas —Nota del Secretario General—*, de 10 de febrero de 1993, p. 4, párrafo 17 y 18.

[70] En contra de la opinión manifestada por DESCHÊNES en su estudio sobre la definición de minoría, ONU, Doc. E/CN.4/Sub.2/1985/31, *op. cit.,* pp. 14 y 15.

la contradicción existente entre el empleo de la expresión «*minorías nacionales*» y el alcance del artículo 27 del Pacto[71].

La Declaración es el mayor intento llevado a cabo por las Naciones Unidas de concreción de los derechos de las personas pertenecientes a minorías y con ello precisar las obligaciones de los Estados con respecto a éstas. Nace claramente enmarcada en el desarrollo del artículo 27 del Pacto, aceptando su filosofía global pero desde una aproximación más grupal, identificando la identidad del grupo minoritario como el objeto de protección. La limitación inicial que imponía el artículo 27 del Pacto al señalar «en los Estados en que existan minorías…» es superada[72] en la Declaración por la expresión «los Estados…», evitándose así toda interpretación conducente a limitar las obligaciones con respecto a las minorías a aquellos Estados que reconocen la existencia de minorías en su territorio[73]. La Declaración, formada por un preámbulo y 9 artículos, recoge obligaciones de los Estados para con las minorías, derechos de las personas pertenecientes a minorías y sus formas de ejercicio, los límites y excepciones a los derechos y obligaciones de la Declaración, y el papel de las Naciones Unidas en la realización plena de estos principios que se enuncian[74].

La piedra angular de toda la Declaración es su artículo 1 que al establecer que «los Estados protegerán la existencia y la identidad (…) de las minorías (…), y fomentarán las condiciones para la promoción

---

[71] LERNER, Natan: «Las Naciones Unidas y las minorías: a propósito de la Declaración de la Asamblea General de 18 de diciembre de 1992», *R.E.D.I.*, Vol. XLV, 1993/2, p. 273.

[72] Ver KARAGIANNIS, Simenon: «La protection des langues minoritaries au titre de l'article 27 de Pacte International relativ aux Droits Civils et Politiques», *R.T.D.H.*, Núm. 18, abril 1994, págs. 216 y 217.

[73] Aunque desde el principio se vio que esta limitación al reconocimiento de las minorías era imposible de congeniar tanto con el carácter obligatorio de las disposiciones del Pacto, como con su generalidad y universalidad. Motivo por el cual, Francia, para evitar que el artículo 27 le fuera oponible, realizó una reserva excluyendo la aplicación del mismo; de lo contrario, no habría podido escaparse de la actividad que ejerce el Comité de Derechos Humanos en virtud del Protocolo Facultativo al Pacto, en los asuntos referidos a las demandas individuales por violación del artículo 27 del Pacto con respecto, por ejemplo, a los derechos de la minoría lingüística bretona, que han sido repetidamente declaradas inadmisibles por el Comité.

[74] Un amplio comentario del texto articulado se encuentra en THORNBERRY, P.: «The UN Declaration: background, analysis and observations», en PHILLIPS, A. y ROSAS, A. (Eds.): *The UN Minority Rigths Declaration*, Abo Akademi University - Turku-Abo, M.R.G - Londres, 1993, pp. 38 a 53; ver también, HORN, Frank: «Recent attempts to elaborate standards on minority rights», EN BRING, O. & MAHMOUDI, S. (Eds.): *Current International Law Issues - Nordic perspectives, Essays in honour of Jerzy Sztucki*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 81 a 108.

de esa identidad» incorpora un elemento novedoso, como es la idea de protección de la identidad, elemento éste claramente colectivo o grupal, reconociendo de hecho la existencia del grupo minoritario cuya identidad propia es el objeto de protección[75]. Por otro lado, es el primer texto de las Naciones Unidas donde se reconoce expresamente para las minorías su derecho a la existencia[76]. En el conjunto de la Declaración, la obligación pasiva y abstencionista del Estado proclamada en el artículo 27 con la fórmula «no se negará…» se ve reconvertida en obligaciones positivas concretadas principalmente en el artículo 1 al establecer el fomento de «las condiciones para la promoción de esa identidad», y la adopción de «medidas apropiadas, legislativas y de otro tipo para lograr esos objetivos», entrando a lo largo del texto articulado en lo que pueden reconocerse como auténticas medidas de discriminación positiva o de acción afirmativa, principalmente recogidas en el artículo 8.3 al establecer *que «las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán ser consideradas prima facie contrarias al principio de igualdad…»*[77]. Aparecen como límites al ejercicio de estos derechos los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y en especial «la igualdad soberana, la integridad territorial y la independencia política», tal y como señala el artículo 8.4, con voluntad de evitar dar una base jurídica a las pretensiones secesionistas o desintegradoras de Estados. También se exceptúan interpretaciones de la Declaración contrarias a «los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos universalmente, así como el hecho de querer utilizar la Declaración como excusa para evitar el cumplimiento de obligaciones convencionales asumidas por los Estados en relación con las minorías. Resalta, sin embargo, la débil formulación de las obligaciones de los Estados, principalmente planteadas en el artículo 4 de la Declaración, cargadas de expresiones del estilo «siempre que sea posible», «cuando sea apropiado», «examinar la posibilidad de adoptar medidas». Constituidas como obligaciones de comportamiento, y no de resultado, hay una clara ausencia de correlación lógica entre los derechos

---

[75] Ver en este sentido, HERMAN, P. et REMACLE, E.: «Vers un nouveau droit des minorités?», en ASSOTIATION DROIT DES GENS: *A la recherche du nouvel ordre mondial, Tome 1: Le Droit international à l'épreuve*, Edition Complexe, 1993, pp. 133 y 134.

[76] Si bien con carácter general, los grupos nacionales, étnicos, raciales o religiosos —fueran minoritarios o no— estaban ya protegidos por la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*.

[77] *Vid.* BOKATOLA, I.O.: «Le statut des minorités au sein de l'ONU», en SICILIANOS, Z.A. (Ed.): *Nouvelles formes, op. cit.,* p. 252.

de las personas pertenecientes a minorías y las obligaciones que asumen los Estados respecto a éstas.

Desde 1995 viene funcionando en el seno de la Subcomisión de Prevención de las Discriminaciones y Protección a las minorías un Grupo de Trabajo sobre Minorías, que se reúne anualmente, con el mandato de promover los derechos enunciados en la Declaración, y en concreto «a) examinar la promoción y aplicación práctica de la Declaración; b) examinar posibles soluciones a los problemas de las minorías, en particular promoviendo la comprensión mutua entre las minorías y entre éstas y los gobiernos; c) recomendar nuevas medidas, según procediese, para promover y proteger los derechos de las personas pertenecientes a minorías»[78].

[78] Subcomisión de prevención de las discriminaciones y protección a las minorías, Resolución 1994/4, de 19 de agosto de 1994. CDH, Resolución 1995/24, *Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 3 de marzo de 1995. ECOSOC, Resolución 1995/31, de 25 de julio de 1995.

Los derechos de los pueblos indígenas*

S. James Anaya

Sumario: 1. Introducción. 2. Instrumentos internacionales sobre los Pueblos Indígenas. 3. Interpretaciones autorizadas de los tratados y Declaraciones de derechos humanos de aplicación general. 4. Emergencia de Derecho Internacional consuetudinario. 5. Conclusiones.

1. **Introducción**

Los pueblos o poblaciones indígenas, en gran medida como resultado de su propio trabajo activo en el ámbito internacional, se han trasformado, ahora, en sujetos distintos de interés en el marco de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de otras instituciones internacionales[1]. Mientras que la cuestión terminológica entre pueblos indígenas o poblaciones indígenas no parece superada todavía, se han convertido, aun así y con todo, en unos términos ampliamente usados en asociación con un conjunto de cuestiones y de gente a los que se les está prestando una creciente atención dentro del régimen internacional de los derechos humanos.

La designación de grupos diferenciados como indígenas tiene sus orígenes en los patrones de la construcción del imperio europeo y de su asentamiento colonial, que se produjo desde el siglo XVI en adelante. Aquéllos que ya habitaban las tierras invadidas y que fueron sometidos a las fuerzas de opresión son conocidos como nativos, aborígenes o indígenas. Tal designación se ha continuado aplicando para hacer referencia a aquella gente que, en virtud del lugar y de las condiciones, comenzaron a encontrar alteraciones en sus vidas con el colonialismo. En nuestros días, el término indígenas se refiere generalmente a los descendientes vivos de aquellas personas que habitaban las tierras antes de las invasiones, y que ahora se encuentran dominados por otros.

---

* Traducción del original en inglés por Mikel Berraondo.

[1] Para una discusión detallada de las medidas adoptadas por instituciones internacionales y regionales concernientes a los pueblos indígenas, véase Russel Lawrence BARSH: «Indigenous Peoples in the 1990's: From object to subject of International Law?», *Harvard Human Rights Journal,* Vol. 7, 1994, p. 33.

Los pueblos, naciones o comunidades indígenas son grupos culturalmente diferenciados que se encuentran sumergidos en sociedades colonizadoras que nacieron de las fuerzas del imperio y de la conquista. Las diversas comunidades indias supervivientes de América, los Inuit y Aleut del Artico, los pueblos aborígenes de Australia, los Maori de Nueva Zelanda, los pueblos tribales de Asia y Africa y otros grupos similares, son considerados generalmente como indígenas. Ellos son indígenas porque sus raíces ancestrales se encuentran ancladas en las tierras sobre las que viven, o sobre las que les gustaría vivir, mucho más profundamente que las raíces de sectores más fuertes de la sociedad que viven en las mismas tierras o muy próximos. Son pueblos que comprenden comunidades distintas con una continuidad en cuanto a su existencia e identidad que les une a las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral[2].

En el mundo contemporáneo, los pueblos indígenas existen, característicamente, bajo condiciones de desventajas severas en relación a otros pueblos, alrededor de los cuales se han construido los Estados. Han sido privados de grandes parcelas de tierras, del acceso a los recursos necesarios para sostener sus vidas, y han sufrido históricamente la supresión de sus instituciones políticas y culturales por la fuerza. Como resultado, los pueblos indígenas han sido mutilados económica y socialmente; la cohesión, como comunidades diferentes, ha sido dañada o amenazada; y la integridad de sus culturas ha sido socavada. Tanto en países industrializados como menos desarrollados donde viven pueblos indígenas, los sectores indígenas se encuentran casi de manera invariable en el escalafón más bajo de los indicadores socioeconómicos y existen al margen del poder.

En contra de tremendas adversidades, los pueblos indígenas han procurado prosperar como comunidades diferenciadas en sus tierras tradicionales y han intentado trasformar los patrones históricos de la colonización. En conjunto, con esfuerzos en el ámbito doméstico, los pueblos indígenas han apelado a la comunidad internacional y al Derecho internacional, principalmente a través de su régimen de derechos humanos, para avanzar en su causa. Difícilmente puede discutirse que a través de sus esfuerzos, durante las últimas tres décadas especialmente, los pueblos indígenas han sido capaces de generar una simpatía sustancial hacia sus demandas entre los actores internacionales.

---

[2] *Cfr.* Nota de la Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, Sra. Erica-Irene Daes, sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3 (1995).

Esto se puede comprobar a través del desarrollo de varias cuestiones concretas que se basan sobre principios de aplicación general de derechos humanos, previamente articulados, y sobre la matriz de instituciones internacionales de derechos humanos existentes.

Un momento clave en la actividad internacional fue la Resolución del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, de 1971, que autorizó a la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías de Naciones Unidas (llamada actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos) la realización de un estudio sobre «El Problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas». El voluminoso resultado del trabajo del Relator Especial José Martínez Cobo compiló extensamente información sobre los pueblos indígenas de todo el mundo y realizó una serie de conclusiones y recomendaciones que apoyaban, de manera general, las demandas de los pueblos indígenas[3]. El estudio de Martínez Cobo promovió la realización de múltiples actividades acerca de los pueblos indígenas entre las Naciones Unidas y sus instituciones regionales y afiliadas. Como consecuencia de la atención que se les ha prestado, a través de todo el sistema internacional de derechos humanos, los pueblos indígenas son, ahora, sujetos de instituciones y programas especialmente creados para ellos, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas[4],

---

[3] *Vid.* Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, *Estudio del Problema de la Discriminación contra las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/1986/7 & Adds. 1-4 (1986) (José Martínez Cobo, relator especial). El estudio contiene la siguiente definición:

> «Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales, y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales».

Ibid., Add.4, párrafo 379 (1986).

[4] Véase Comisión de Derechos Humanos, Res. 1982/19 (10 de marzo 1982); E.S.R. Res. 1982/3 (7 de mayo de 1982). Estas resoluciones establecen el Grupo de Trabajo como un órgano dependiente de la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y Protección de Minorías de Naciones Unidas —actualmente Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos— con el mandato de revisar los desarrollos que se produzcan respecto a los pueblos indígenas y de desarrollar normas internacionales relevantes. El Grupo de Trabajo, que permite una amplia participación de los pueblos indígenas en sus reuniones anuales de una semana de duración, se ha convertido en un importante punto de encuentro para los pueblos indígenas para expresar sus preocupaciones y en un punto focal importante de las actividades de la ONU en la materia.

el Relator Especial de la ONU sobre «La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas»[5] y el recientemente creado Foro Permanente de la ONU sobre Cuestiones Indígenas[6].

Las energías institucionales que se han dedicado a las preocupaciones de los pueblos indígenas, durante el trascurso de varios años, han dado forma —y continúan dándole— a un cuerpo innovador de normas y prácticas internacionales sobre la materia[7]. El resto de este capítulo habla sobre los documentos escritos, decisiones y otros desarrollos de mayor interés que abarcan estas normas y que reflejan el consenso internacional creciente respecto a los derechos de los pueblos indígenas. Consenso que puede ser entendido como el origen de principios de Derecho internacional consuetudinario, el cual establece obligaciones para los Estados en función de sus obligaciones de carácter convencional.

---

[5] Establecido por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU en su Resolución 2001/57 (24 de abril de 2001).

[6] El Foro Permanente fue creado con un mandato de asesorar y hacer recomendaciones al Consejo Económico y Social específicamente sobre «asuntos indígenas», y de promover el conocimiento y la integración de las actividades relativas a estos asuntos dentro del sistema de las Naciones Unidas. Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social (28 de julio de 2000). Además, ocho de los dieciséis miembros que integran el Foro Permanente en calidad de expertos indígenas son nombrados por el Presidente del Consejo en consulta con organizaciones indígenas, *ibid*. párr. 1, y de hecho los ocho actualmente nombrados son personas que han ocupado puestos de liderazgo en organizaciones o pueblos indígenas. La definición de las funciones particulares del Foro Permanente dentro de su mandato general todavía está en sus etapas iniciales de desarrollo. No obstante, es evidente que el Foro Permanente conducirá a la creación de procedimientos especializados que permitirán cada vez mayor acceso de los pueblos indígenas al sistema internacional, implicando mayores niveles de conocimiento técnico y de recursos oficiales para garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo de sus derechos. Más de 900 personas representando pueblos indígenas de todo el mundo asistieron a la primera sesión del Foro Permanente en 2002, y se les dio la oportunidad de discutir sus preocupaciones y planteamientos públicamente en la sede de las Naciones Unidas con una amplia gama de representantes de agencias internacionales y de gobiernos. Nota de prensa de ONU: *El Foro Permanente sobre cuestiones indígenas concluye su histórica primera sesión; el Secretario General afirma que los pueblos indígenas del mundo tienen un hogar en la ONU,* HR/4602 (24 de mayo, 2002).

[7] Véase de manera general S. James ANAYA: *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996; Patrick THORNBERRY: *Indigenous Peoples and Human Rights*, Juris Publishing, 2002; Siegfried WIESSNER: «The Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Perspective and International Legal Analysis», *Harvard Human Rights Journal*, vol. 12, 1999, p. 57.

2. **Instrumentos internacionales sobre los Pueblos Indígenas**

2.1. *Convenio N.º 169 de la OIT*

En términos del Derecho Internacional ya establecido, el desarrollo más concreto que se ha producido acerca de los pueblos indígenas es el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo[8]. Este tratado internacional, adoptado y abierto para las ratificaciones por la OIT en 1989, es el sucesor del Convenio anterior de la OIT sobre las Poblaciones Indígenas y Tribales de 1957[9], que fue desarrollado por la OIT como resultado de una serie de estudios y de reuniones de expertos que señalaron la particular vulnerabilidad de los trabajadores indígenas[10]. El nuevo Convenio N.º 169 de la OIT representa un marcado despegue en las políticas comunitarias mundiales, sobre la filosofía reflejada en el convenio anterior, que promovía la asimilación de los pueblos indígenas en las sociedades mayoritarias. Este paradigmático cambio de dirección, incorporado por el Convenio N.º 169, se indica en el preámbulo, el cual reconoce «las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en donde viven». Sobre esta premisa, el Convenio incluye disposiciones avanzando en la integridad cultural indígena, en los derechos sobre la tierra y los recursos y en la no discriminación en la esfera del bienestar social; y, en general, exige a los Estados que respeten las aspiraciones indígenas en todas las decisiones que les afecten.

Lo más importante es que el Convenio N.º 169 reconoce los derechos colectivos de los «pueblos» indígenas, como tales, y no como derechos de personas individuales que son indígenas. Estos derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen derechos a la propiedad sobre las tierras tradicionales[11], el derecho a ser consultados como

---

[8] *Convenio (n.º 169) Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, 27 de junio de 1989, XXVI Conferencia Internacional del Trabajo (fecha de entrada en vigor: el 5 de septiembre de 1991).

[9] Convenio (núm. 107) relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, 26 de junio de 1957, XL Conferencia Internacional del Trabajo, 328 U.N.T.S. 247 (fecha de entrada en vigor: 2 de junio de 1959)

[10] Para analizar una historia de la actividad de la OIT en relación con la adopción de la Convención N.º 107, véase Hurst Hannum: «New Developments in Indigenous Rights», *Virginia Law Review,* Vol. 28, 1988, pp. 649, 652-53.

[11] Convención de la OIT N.º 169, *supra*, art. 14.

grupos sociales, a través de sus propias instituciones representativas[12], y el derecho como grupos a mantener sus propias instituciones y costumbres[13]. Con estas afirmaciones de derechos colectivos, el Convenio realiza una substancial innovación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual ha sido articulado de otra manera en los instrumentos internacionales escritos, en términos de derechos individuales, de manera casi exclusiva. En el Convenio se incluyó una cláusula de salvaguardia, en relación al uso del término «pueblos», para eliminar cualquier implicación con el derecho a la autodeterminación, ya que, según otros instrumentos internacionales, «todos los pueblos» tienen capacidad para ejercer tal derecho[14]. En el momento en que se adoptó el Convenio, en 1989, la cuestión de si los pueblos indígenas tenían o no el derecho a la autodeterminación —un derecho universalmente reclamado por los pueblos indígenas en sus discursos internacionales— seguía siendo una cuestión especialmente controvertida.

La Oficina Internacional del Trabajo (la Secretaría de la OIT) ha adoptado la posición según la cual el lenguaje matizado del Convenio en torno al uso del término «pueblos… no limita el significado del término, en ningún caso y de ninguna manera» sino que, por el contrario, constituye simplemente un medio para dejar en manos de los procedimientos de Naciones Unidas la decisión sobre las implicaciones derivadas del empleo de este término[15]. En cualquier caso, el lenguaje matizado de ninguna manera socava la naturaleza colectiva de los derechos que se afirman en la Convención.

Aun así, en parte por el uso matizado del término *pueblos*, y porque algunos partidarios de los grupos indígenas vieron que el Convenio no iba suficientemente lejos en la afirmación de los derechos indígenas, algunos representantes de los pueblos indígenas expresaron, conjuntamente, a la OIT su insatisfacción con el nuevo Convenio antes de su adopción. Pero desde que se adoptó el Convenio N.º 169 de la OIT, en 1989, las organizaciones de los pueblos indígenas y sus representantes han adoptado paulatinamente una visión pragmática y han expresado su apoyo para que sea ratificado. Las organizaciones de pueblos indígenas de América Latina han sido especialmente activas en

---

[12] *Ibid.* Art 6(1)(a).

[13] *Ibid.* Art 8 (2).

[14] E.g., artículo común 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

[15] Afirmación realizada por Lee Swepston, de la Organización Internacional del Trabajo, al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, el 31 de julio de 1989.

presionar para que sea ratificado, de tal manera que ahora la mayoría de los países en aquella región son partes del Convenio, conjuntamente con los países nórdicos, en donde existen poblaciones indígenas Saami e Inuit[16].

En algunos países que han ratificado el Convenio N.º 169, los grupos indígenas están invocando las normas del Convenio en los procedimientos internos o en los del sistema de la OIT con algunos éxitos en sus esfuerzos por aumentar las reparaciones de sus situaciones problemáticas. En Colombia, por ejemplo, los esfuerzos del pueblo U'wa para resistir a la explotación petrolífera en sus tierras tradicionales les llevó hasta la Corte Constitucional Colombiana, cuya decisión, subrayando substancialmente la Convención de la OIT N.º 169, encontró que la licencia que había otorgado el Gobierno a la empresa Occidental Petroleum para explotar el petróleo en la zona U'wa era inválida porque no se había producido una consulta adecuada con el pueblo U'wa[17]. En consecuencia, el Gobierno otorgó a la Occidental una licencia diferente para explotar el petróleo fuera de la zona U'wa, pero dentro de tierras ancestrales que todavía usaban los U'wa. Después de que la Occidental procediese a la explotación del petróleo respetando la segunda licencia, una organización de trabajadores de Colombia, representando al pueblo U'wa, presentó la cuestión a la OIT, amparándose en el procedimiento autorizado del artículo 24 de la Constitución de la OIT para examinar «reclamaciones» que aleguen violaciones de las Convenciones de la OIT[18]. El Comité de expertos de la OIT, que se convocó para examinar la queja, encontró una falta de cumplimiento del mandato del Convenio en relación con la realización de consultas en las dos licencias de explotación y recomendó la adopción de medidas para remediarlo[19].

---

[16] En el momento de este escrito, los miembros del Convenio son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú y Venezuela.

[17] Corte Constitucional Colombiana, decisión SU-039 de 3 de febrero de 1997.

[18] Para una descripción del procedimiento del artículo 24 y de otros procedimientos de la OIT para aumentar el cumplimiento de las Convenciones de la OIT, véase Lee SWEPSTON: «Human Rights Complaint Procedures of the International Labour Organization,» en Hurst HANNUM (Ed.): *Guide to International Human Rights Practice,* University of Pennsylvania Press, 1992, p. 99.

[19] Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989 (núm. 169) presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores de Colombia (CUT) y la Asociación Médica Sindical Colombiana (ASMEDAS), GB. 282/14/4 (noviembre de 2001).

2.2. *Hacia las Declaraciones de la ONU y la OEA sobre derechos de los pueblos indígenas*

Como ya se ha sugerido anteriormente, el Convenio N.º 169 de la OIT forma parte de un extenso cuerpo de desarrollos normativos internacionales sobre los pueblos indígenas. Del resto de este cuerpo de desarrollos, los más prominentes son los esfuerzos que se están llevando a cabo en el marco de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos para desarrollar Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas que sean adoptadas por los órganos principales de estas instituciones.

Un borrador de una Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[20] ha sido elaborado y adoptado por los cinco miembros del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas, que forma parte de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Representantes de los pueblos indígenas de todo el mundo participaron activamente durante los años de deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo, que comenzaron en los primeros años de la década de los 80, y dieron como resultado el borrador de la Declaración sobre los derechos indígenas. El proyecto de Declaración se encuentra actualmente en discusión en el órgano inter-gubernamental del que depende la Subcomisión, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, la cual estableció en 1995 su propio grupo de trabajo para analizar el proyecto.

La atención de las Naciones Unidas sobre cuestiones indígenas durante las décadas de los 80 y 90 produjo iniciativas en otras instituciones internacionales, entre las que se incluyen el Convenio N.º 169 de la OIT y la iniciativa de la OEA para desarrollar su propia Declaración sobre la cuestión. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, siendo autorizada en 1989 por la Asamblea General de la OEA para desarrollar un «instrumento jurídico» sobre los grupos indígenas, adoptó en 1996 un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[21]. Este proyecto de Declaración se encuentra siendo

---

[20] El Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como se acordó por los miembros del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas en su duodécima sesión, en Ginebra en julio de 1993; fue adoptada por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías en su resolución 1994/45 del 26 de agosto de 1994, U.N. Doc. E/CN.4/1995/2/, E/CN.4/Sub.2/1994/56, 105 (1994).

[21] *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, febrero de 1997, en: CIDH, Informe Anual de 1997, OEA/Ser.L/V/III.95.doc.7, rev. 1997. (propuesto por la Co-

considerado por un grupo de trabajo creado especialmente para ello desde el Comité Jurídico y Político del Consejo Permanente de la OEA, y representantes de los pueblos indígenas han participado activamente, al lado de los representantes de los Estados, en este grupo de trabajo.

Los proyectos de la ONU y de la OEA que están siendo considerados son similares en términos del ámbito y de la difusión y en la naturaleza de los derechos afirmados. Como el Convenio N.º 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT, los dos borradores abarcan una filosofía, que en contraste con el pensamiento dominante de épocas anteriores, valora la integridad de las comunidades indígenas y sus culturas. En ambos textos se identifican, dentro de los sujetos especiales de atención para los Estados en donde habitan y para la comunidad internacional, tanto grupos indígenas como individuos. Además, como el Convenio de la OIT, el borrador de la ONU y el texto de la OEA presuponen que los pueblos indígenas existirán como partes de los Estados que se han construido alrededor de ellos, pero con unos derechos de grupo fuertes, entre los cuales se incluyen derechos referentes a la tierra y los recursos naturales, la cultura y la autonomía de las autoridades en la toma de decisiones. El proyecto de la ONU y el texto de la OEA son más extensos que el Convenio N.º 169 de la OIT en su articulación de estos derechos. El texto de la ONU es el que más lejos apunta, llegando hasta el reconocimiento de «un derecho de autodeterminación» para todos los pueblos indígenas[22].

La prolongada atención internacional a la articulación de los derechos de los pueblos indígenas ha reforzado el núcleo de la opinión internacional común sobre el contenido de esos derechos que fueron la base para el Convenio N.º 169 de la OIT. Un núcleo de opinión común, sustancialmente determinado por las demandas contemporáneas de los pueblos indígenas, mantenidas durante años de interrogantes oficiales sobre la materia. Desde que el Convenio N.º 169 fue adoptado en 1989, los comentarios de los gobiernos, dirigidos hacia el desarrollo de las Declaraciones de la ONU y de la OEA sobre derechos indígenas, han afirmado generalmente los preceptos básicos establecidos en el Convenio; y, efectivamente, a pesar de los continuos contenciosos entre los pueblos indígenas y los Estados sobre el lenguaje de las Declaraciones

---

misión Interamericana de Derechos Humanos). Este proyecto fue una revisión de un proyecto anterior, que la Comisión Interamericana publicó en septiembre de 1995. Véase OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (1995).

[22] Véase *Proyecto de Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, *supra*, art.3.

y sobre una mayor extensión de ciertas disposiciones de las Declaraciones, los comentarios de los gobiernos indican un movimiento hacia un consenso, más cercano que nunca, en torno a las demandas de los pueblos indígenas.

Se puede apreciar este movimiento en las discusiones sobre la disposición que articula el derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas del texto del proyecto de la ONU. Como se ha indicado anteriormente, los Estados se han resistido a reconocer a los grupos indígenas como «pueblos» titulares del derecho a la autodeterminación. Esta resistencia se debe, fundamentalmente, al resultado de una inclinación a igualar la autodeterminación con el derecho de secesión o a formar un Estado independiente, aun cuando los pueblos indígenas en la articulación de sus demandas sobre la autodeterminación han rechazado, casi de manera universal, las aspiraciones a un Estado independiente, contemplando la autodeterminación, en su lugar, como la base para asegurar una existencia digna como grupos diferenciados en el contexto de las fronteras estatales existentes. Cada vez son más los gobiernos que están abandonando la percepción de que la autodeterminación lleva aparejada la posibilidad del establecimiento de un Estado independiente, y están expresando un deseo de incluir en la Declaración de la ONU algún tipo de reconocimiento para la autodeterminación indígena. El Gobierno australiano marcó esta tendencia en su intervención en la novena sesión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la ONU, en 1991, donde expresó su «esperanza» de que fuera posible encontrar una forma aceptable de referirse a la autodeterminación en la Declaración:

> «Los acontecimientos en todas partes del mundo muestran que el concepto de autodeterminación debe considerarse en términos amplios, es decir, no sólo como la consecución de la independencia nacional. Los pueblos buscan afirmar sus identidades, mantener sus lenguas, culturas y tradiciones y lograr una mayor autogestión y autonomía, libre de interferencias indebidas del Gobierno central»[23].

Esta opinión sobre la autodeterminación está dominando, cada vez más, la discusión del Grupo de Trabajo *ad hoc* de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, que se estableció para analizar la Declaración sobre los derechos indígenas. Resumiendo la discusión sobre la autodeterminación que se produjo entre los numerosos Estados participantes

---

[23] Australian Government Delegation, *Speaking Notes on Self-Determination,* p. 2 (24 de julio de 1991).

en la sesión del Grupo de Trabajo de la Comisión de 1999, el delegado de Guatemala observó que ningún Estado ha rechazado expresamente la inclusión de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas en la Declaración[24]. El Presidente del Grupo de Trabajo concluyó en la misma sesión sobre la discusión que «… en general los participantes están de acuerdo en que el derecho a la autodeterminación fue la piedra angular del proyecto de Declaración»[25]. Además, fue más allá al identificar «… un amplio acuerdo» sobre el hecho de que «… el derecho a la autodeterminación no podría ser ejercitado en detrimento de la independencia e integridad territorial de los Estados», y observó que el apoyo que muestran los Estados para el reconocimiento de un derecho a la autodeterminación para los pueblos indígenas se hace asumiendo que este derecho no implica en ningún caso el derecho a la secesión[26]. Este movimiento hacia el consenso sobre la autodeterminación indígena resulta emblemático desde los efectos que las discusiones sobre las Declaraciones de la ONU y de la OEA están provocando en la construcción de normas internacionales concernientes a los pueblos indígenas, incluso antes de que se hayan adoptado dichas Declaraciones.

2.3. *Disposiciones sobre pueblos indígenas en otros instrumentos internacionales*

Instrumentos internacionales ya adoptados, además del Convenio N.º 169, reflejan y contribuyen al desarrollo de un consenso internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas. La Convención sobre los Derechos del Niño, un tratado internacional ratificado por casi la totalidad de los Estados del mundo, dice en su artículo 30:

> «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará, a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma»[27].

---

[24] *Informe sobre la sesión del Grupo de Trabajo sobre el proyecto de Declaración sobre pueblos indígenas de 1999*, E/CN.4/2000/84. párr. 73.

[25] *Id.* párr.82.

[26] *Id.* párr. 83.

[27] *Convención sobre los Derechos del Niño*, A.G. res. 44/25, annex, 44 U.N.GAOR Supp. (No. 49) en U.N. Doc. A/44/49, 1989, p. 167, que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Los instrumentos adoptados en la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente en 1992 también incluyen provisiones sobre los pueblos indígenas y sus comunidades. La Declaración de Río[28], y el, más detallado, Programa y Declaración política sobre el medio ambiente, conocido como Agenda 21[29], reiteran preceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas e intentan incorporarlos dentro de agendas más amplias sobre el ambientalismo global y el desarrollo sostenible[30]. En la misma línea, el artículo 8 (j) del Convenio sobre Biodiversidad afirma el valor del conocimiento tradicional indígena en relación con la conservación, el desarrollo sostenible y los regímenes de propiedad intelectual[31]; las resoluciones de Conferencias posteriores convocadas por las Naciones Unidas —la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de 1993, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres de 1995, y la Conferencia Mundial en Contra del Racismo de 2001— incluyen de modo similar partes sobre pueblos indígenas que, de alguna manera, reafirman asunciones normativas dominantes a este respecto[32].

---

[28] *Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, principio 22, A/CONF.151/26 (Vol.I) Anexo I (1992).

[29] *Programa 21*, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 13 de junio de 1992, A/CONF.151/26 (vols.1, 2 y 3), Anexo II (1992).

[30] Especialmente pertinente es el Capítulo 26 del Programa 21, *id*., vol. 3, p. 16. El Capítulo 26 está redactado en términos no vinculantes; sin embargo, incorpora los preceptos normativos concernientes a los pueblos indígenas y por ello contribuye a la cristalización del consenso sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Capítulo 26 enfatiza la «relación histórica con sus tierras» de los pueblos indígenas y aboga por esfuerzos internacionales y nacionales para «reconocer, promover, y fortalecer» el papel de los pueblos indígenas en actividades de desarrollo. *Id*., art. 26.1.

[31] Convenio Sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio 1992. UNCED.1992. UNEP.Bio.Div./CONF. L2.1992, art. 8(j).

[32] *Ver Declaración y Programa de Acción de Viena*, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF.157/23 (1993); Programa de Acción, cap. VI.D, párrafos 6.21-6.27, adoptado por la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, (El Cairo 5 a 13 de septiembre de 1994, ST/ESA/SER.A/149, O.N.U. *N.º de venta* E.95.XIII.7 (1995); *Declaración de Copenhague sobre el Desarrollo Social*, compromiso 6(g), programa de acción párrs. 31(f), 35(e), 38(g), adoptado en la Conferencia Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6-12 Marzo, 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 34-37; *Declaración de Beijing*, párrs. 32, 230, adoptada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Bejing, 4-5 Septiembre. 1995), E/CN.4/Sub. 2/AC.4/1996/5/Add.1, pp. 41, 43; *Declaración de Durban*, párrs. 22-24, 39-45, y programa de acción, párrs. 15-23, 203-09, adoptada por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia (Durban, Africa del Sur, 31 de agosto-8 de septiembre, 2002).

En su resolución de 1989 sobre «la Situación de los Indios», el Parlamento Europeo expresó su preocupación sobre las condiciones a las que se enfrentaban los pueblos indígenas y reclamó a los gobiernos que aseguraran los derechos sobre las tierras indígenas y la necesidad de consultar con los grupos indígenas para desarrollar medidas específicas en protección de sus derechos[33]. Procediendo sobre éstas y otras cuestiones, el Parlamento Europeo adoptó otra resolución en 1994 sobre las «Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar efectiva protección a los pueblos indígenas»[34]. La resolución de 1994 mantiene que los pueblos indígenas tienen el «derecho a determinar su propio destino eligiendo sus instituciones, su status político y el de su territorio»[35]. La Comisión de la Unión Europea, el órgano ejecutivo de la Unión, emitió en 1998 un «Documento de Trabajo de apoyo a los pueblos indígenas en el desarrollo de la cooperación de la Comunidad y sus Estados miembros», vinculando explícitamente los programas de cooperación externa de la Unión Europea con tales conceptos sobre los derechos de los pueblos indígenas[36].

Se debe notar que, desde el punto de vista de los representantes de pueblos indígenas que participaron en estas Conferencias, las disposiciones de estas resoluciones no han dado un reconocimiento suficiente a los derechos de los pueblos indígenas. La falta de satisfacción de los representantes indígenas fue particularmente notable en la Conferencia de Durban. Ver *Press Release: Protest of Indigenous Peoples must be taken seriously: World Conference must withdraw discriminating articles from final resolution,* issued by the Society for Threatened Peoples on Sept. 4, 2001 (disponible en www.gfbv-e/ media/indigenous.htm). Sin embargo, no se debe perder de vista que la Declaración de Durban, cualquiera que sean sus debilidades, incluye, de manera similar a las resoluciones de las otras conferencias, disposiciones que refuerzan las tendencias normativas reflejadas en el Convenio N.º 169 y los proyectos de Declaración de las Naciones Unidas y de la OEA.

[33] Resolución sobre la Situación de los Indios, Parlamento Europeo, 1989, reimpresa en *Examen de los Acontecimientos Relativos a la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de las Poblaciones Indígenas*, E/CN.4/Sub.2/AC.4/1989/3, p. 8 (1989).

[34] Resolución sobre las Medidas exigibles internacionalmente para proporcionar protección efectiva a los pueblos indígenas, 9 de febrero de 1994, Parlamento Europeo, Eur. Par. Doc. PV 58(II)(1994).

[35] *Id*., párrafo 2. (Texto citado traducido del inglés.)

[36] Documento de trabajo de la Comisión, de mayo de 1998, sobre el apoyo a los pueblos indígenas en la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros, SEC (98) 773 final.; Resolución del Consejo de 30 de noviembre de 1998 sobre los pueblos indígenas en el marco de la cooperación al desarrollo de la Comunidad y los Estados miembros (el Consejo ya había solicitado a la Comisión el 11 de junio la elaboración de un documento político que ésta presentó 11 meses después y en el que se desarrollan los procedimientos para implementar el documento de la Comisión); Letra d) del apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) n.º 975/1999 del Consejo y letra d) del apartado 1 del artículo 3 del Reglamento (CE) n.º 976/1999 del Consejo.

Subrayando de manera más general la necesidad subyacente de una atención y cooperación internacional para asegurar a los pueblos indígenas el completo ejercicio de sus derechos, podemos hacer referencia a los documentos siguientes: la resolución de 1972 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que identifica pautas de discriminación de los pueblos indígenas y declara que «la protección especial de las poblaciones indígenas constituye (…) un sagrado compromiso de los Estados»[37]; el Documento de Helsinki de 1992 —*El Desafío del Cambio*—, adoptado por la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), que incluye la siguiente disposición «[o]bservando que las personas pertenecientes a poblaciones indígenas pueden tener especiales dificultades en el ejercicio de sus derechos»[38]; partes de la Declaración y el Programa de Acción de Viena adoptado en 1993 por la Conferencia de Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos urgen a una mayor atención sobre los asuntos de los pueblos indígenas dentro del sistema de Naciones Unidas[39]; la Carta de la Sociedad Civil para la Comunidad del Caribe, en la cual los Estados caribeños reconocen la contribución de los pueblos indígenas al desarrollo y se comprometen a proteger sus derechos históricos (…), cultura y modo de vida[40], y la Carta Democrática Interamericana de la OEA, de 2001, que vincula la promoción de los derechos de los pueblos indígenas con el fortalecimiento de la democracia[41].

Siguiendo en el mismo hilo normativo, en 1991 el Banco Mundial adoptó un cambio de política en atención al papel omnipresente que el Banco desempeña en la financiación de los proyectos de desarrollo en los países menos desarrollados, donde viven la mayor parte de los pueblos indígenas del mundo[42]. La mayor parte de la discusión, dentro de las instituciones internacionales sobre los pueblos indígenas, se ha con-

---

[37] Resolución sobre la Protección Especial de las Poblaciones Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 28 de diciembre de 1972, OEA/Ser.P,AG/doc.305/73, rev. 1, pp. 90-91 (1973).

[38] Documento de Helsinki de 1992, *El Desafío de Cambio*, 10 de julio de 1992, párrafo 6(29), reimpreso en *Documentos Oficiales de la Asamblea General de las Naciones Unidas,* 47.º período de sesiones, p. 65, A/47/361 (1992).

[39] *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, parte 1, párrafo 20; parte 2, párrafos 28-32, A/CONF.157/23 (1993).

[40] *Charter of Civil Society for the Caribbean Community*, firmada el 9 de febrero de 1997 en St. John's, Antigua y Barbados.

[41] *Carta Democrática Interamericana*, AG/doc.8 (XXVIII-E/01), 11 de septiembre de 2001, Lima, Perú.

[42] Véase, en general, Shelton DAVIS & William PARTRIDGE: «Promoting the Development of Indigenous Peoples in Latin America,» *Finance and Development*, 1994, pp. 38-39.

centrado, no sólo en los potenciales beneficios de los programas de desarrollo dirigidos específicamente a los pueblos indígenas, sino también en los efectos perjudiciales de muchos proyectos de desarrollo industrial que han tenido lugar en áreas tradicionalmente ocupadas por los pueblos indígenas[43]. El Banco Mundial adoptó la Directiva Operacional 4.20 tras un periodo de estudio por parte de expertos, que contribuyó a reconfigurar las actitudes dentro del propio Banco hacia mayores acciones programáticas relativas a pueblos indígenas afectados por programas financiados por el Banco, acciones que fueran en sintonía con las tendencias contemporáneas sobre la concepción de sus derechos[44].

3. **Interpretaciones autorizadas de los tratados y Declaraciones de derechos humanos de aplicación general**

Aparte de los desarrollos mencionados anteriormente, los derechos de los pueblos indígenas pueden verse como parte del Derecho internacional, sobre la base de disposiciones relevantes de tratados sobre derechos

---

[43] *Véase* Julian BURGER: *Report from the Frontier: The State of the World's Indigenous Peoples*, Zed Books, London, 1987, pp. 1-5 (discusión del impacto de proyectos de desarrollo sobre tierras indígenas, especialmente en partes del mundo en vías de desarrollo).

[44] Una discusión de las dinámicas que condujeron a la adopción de la Directiva Operacional 4.20 del Banco Mundial se encuentra en Michael CERNEA: *Sociologist in a Development Agency: Experiences from the World Bank,* pp. 19-21 (Departamento de Medio Ambiente del Banco Mundial, mayo de 1993, Washington, D.C.). Las siguientes disposiciones de la Directiva Operacional 4.20 indican su impulso esencial:

> 6. El objetivo general del Banco en relación con los pueblos indígenas, y al igual que con todos los pueblos de los países miembros, es asegurarse que el proceso de desarrollo promueva el respeto hacia su dignidad, derechos humanos y singularidad cultural…
>
> 8. La política del Banco es que la estrategia para tratar los asuntos referidos a pueblos indígenas debe estar basada en la *participación informada* de los propios pueblos indígenas. De esta manera la identificación de las preferencias locales a través de la consulta directa, la incorporación del conocimiento indígena en los enfoques de los proyectos y la utilización de especialistas desde una etapa inicial son actividades centrales para cualquier proyecto que involucre a los pueblos indígenas y sus derechos sobre recursos naturales y económicos (la cursiva es nuestra).

En el momento de escribir estas lineas, el Banco tenía bajo consideración una revisión de su Directiva Operacional 4.20. Es evidente que las discusiones sobre esta revisión están siendo influidas por las tendencias normativas aquí identificadas. Ver *Summary of Consultations with External Stakeholders Regarding the World Bank Indigenous Peoples Policy (Draft PO/BP 4.10), Internal Report,* April 18, 2002 (available at www.bicusa.org/policy/indigenouspeoples). Para una perspectiva crítica sobre este proceso de revision, ver Fergus MCKAY: «Universal Rights or a Universe into Itself? Indigenous Peoples' Human Rights and the World Bank's Draft Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples», *American University Law Review,* Vol. 17, 2003, p. 527.

humanos, ampliamente ratificados, y otros instrumentos de aplicación general. Aun cuando estos instrumentos no hacen referencia expresa a los pueblos indígenas, instituciones internacionales relevantes, dotadas de autoridad competente, han interpretado estos instrumentos de acuerdo a la aceptación que prevalece actualmente sobre los pueblos indígenas y sus derechos.

3.1. *Tratados de las Naciones Unidas*

El derecho a la autodeterminación se afirma como un derecho de todos los pueblos en el artículo primero común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ampliamente ratificados ambos. En reiteradas ocasiones los pueblos indígenas han invocado ese artículo 1 como la base de sus reclamaciones. Aun cuando el significado y el alcance de este artículo ha sido fuertemente debatido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, que se encarga de las labores de supervisión del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha juzgado a favor de su aplicación en beneficio de los pueblos indígenas. El Comité ha interpretado que el artículo 1 del Pacto se aplica a los pueblos indígenas de la manera en que ha prevalecido la cuestión en las discusiones sobre la disposición correspondiente a la autodeterminación del proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas de la ONU. Comentando el informe relativo al Pacto de Canadá de 1999, el Comité afirmó que el derecho a la autodeterminación, establecido en el artículo 1, protege a los pueblos indígenas, *inter alia,* en el disfrute de sus derechos sobre las tierras tradicionales, y recomendó que, en relación con los pueblos aborígenes de Canadá, «la práctica de extinguir derechos aborígenes inherentes sea abandonada, al ser incompatible con el artículo 1 del Pacto»[45]. El Comité ha invocado, también, el artículo 1 al examinar informes de Australia y Noruega en sus referencias a los pueblos indígenas. Además, regularmente examina las situaciones de los pueblos indígenas en las revisiones periódicas de los informes emitidos por los Estados partes del Pacto, aplicando sus criterios sobre las implicaciones del derecho general a la autodeterminación pero, a menudo, sin hacer referencias específicas al artículo 1[46].

---

[45] Conclusiones y Recomendaciones del Comité de Derechos Humanos: Canadá, 07/04/99, CCPR./C/79/Add.105, párr. 8.

[46] Ver, e.g., Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Estados Unidos de América. 03/10/95. CCPR/C/79/Add. 50 (criticando las leyes estadounidenses que permiten la extinción de derechos aborígenes y recomendando una revisión judicial del reconocimiento del Congreso relacionado con los pueblos indígenas y sus derechos).

El Comité de Derechos Humanos se ha apoyado, con más frecuencia, en el artículo 27 del Pacto para pronunciarse sobre los derechos de los pueblos indígenas[47]. El artículo 27 del Pacto afirma que «en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se denegará 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». En su Comentario General sobre el artículo 27, el Comité utilizó esta disposición para establecer obligaciones positivas para los Estados en relación a los pueblos indígenas en particular, e interpretó el artículo 27 de tal forma que incluía en él todos los aspectos de la supervivencia de los grupos indígenas como culturas diferenciadas, entendiendo que dentro de la cultura se incluyen tanto las instituciones políticas y económicas como las normas de uso de la tierra o las prácticas lingüísticas y religiosas[48]. Esta interpretación del artículo 27 se ha visto confirmada mediante la aceptación de quejas enviadas por los representantes de los grupos indígenas ante el Comité conforme al Primer Protocolo Facultativo del Pacto.

En el caso de *Ominayak, Jefe de la Banda de los Cree, del Lago Lubicon c. Canadá,* el Comité de Derechos Humanos determinó que Canadá había violado el artículo 27 por haber permitido al Gobierno provincial de Alberta que concediese contratos para explotaciones de petróleo, de gas y de madera en el territorio ancestral de la Banda del Lago Lubicon[49]. El Comité encontró que las actividades de desarrollo de los recursos naturales suponen injusticias históricas para las formas de vida y la cultura de la Banda del Lago Lubicon, y constituyen

---

[47] Esto ha sido especialmente así en relación con las consideraciones de las quejas individuales establecido bajo el procedimiento del Protocolo Adicional al Convenio. Protocolo Adicional al Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos. El Comité ha determinado que, debido a que su jurisdicción bajo el Protocolo Adicional es la de considerar quejas de «individuos», no es competente para admitir quejas que aleguen violaciones del artículo 1 sobre la autodeterminación, el cual es un derecho de los «pueblos». Ver *Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada*, Communication No. 167/1984, U.N. GAOR, 45th Sess. Supp. N.º 40, vol. 2, at 1, U.N. Doc. A/45/40; *Ivan Kitok v. Suecia*, Comunicación N.º 197/1985 (2 Diciembre 1985), CCPR/C/33/D/197/1985; *R.L. et al. v. Canada*, Comunicación No. 358/1989, U.N. Doc. CCPR/C/43/D/358/1989 (1991); *Länsman et al. v. Finlandia*, Comunicación N.º 511/1992, U.N. Doc. CCPR/C/52/D/511/1992 (1994).

[48] ICCPR Comentario General 23 (Cincuentava sesión, 1994): *Artículo 27: Los derechos de las minorías*, A/49/40 vol. I (1994) 107 en párr. 7.

[49] Comunicación N.º 167/1984, Hum. Rts. Comm. A/45/40, Vol. II, annex IV.A, párr. 32.2.

una violación del artículo 27 mientras se continúe con el desarrollo de tales actividades[50]. El Comité ha encontrado también que las religiones indígenas y las tradiciones culturales están protegidas por los artículos 17 y 23 del Pacto, que afirman los derechos a la vida privada y a la integridad de la familia. En un caso sobre comunidades indígenas en Tahití, el Comité determinó que estos artículos fueron violados por Francia cuando su autoridad territorial permitió la construcción de un complejo hotelero sobre el territorio de un cementerio ancestral indígena[51]. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA ha invocado, de manera similar, disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, particularmente su artículo 27, al examinar situaciones relacionas con los derechos humanos de grupos indígenas[52].

Otro tratado internacional relevante es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Al

---

[50] *Id*. en párr. 33. Ver también *Länsmann y otros v. Finlandia*, Comunicación N.º 511/1992, Hum. Rts. Comm., CCPR/C/52/D/511/1992 (1994) (*Länsmann I*) (La ganadería de renos como parte de la cultura Sami, fue protegida por el artículo 27); *J.E. Länsmann v. Finlandia*, Comunicación N.º 671/1995, CCPR/C/58/D/671/1995, párrs. 2.1-2.4, 10.1-10.5 (*Länsmann II*) (La ganadería de renos de los Sami, en ciertas tierras se protegió bajo el artículo 27, a pesar de las disputas sobre la propiedad de las tierras; no obstante el artículo 27 no es violado en este caso); *Kitok v. Suecia*, Comunicación N.º 197/1985, Hum. Rts. Comm., A/43/40, annex VII.G (1988) (afirmando que el artículo 27 se extiende a actividades económicas, allí donde la actividad resulta un elemento esencial en la cultura de una comunidad étnica; *Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda*, Comunicación N.º 547/1993 (10 de diciembre de 1992), U.N. Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, párr. 9.9 (para que el Estado cumpla con el artículo 27 debe adoptar medidas que tengan que ver con las actividades económicas de los Maori, en la medida que les permitan continuar disfrutando de sus culturas, sus profesiones y las práctica de sus religiones en comunidad con otros miembros de su grupo). *Anni Äärelä and Jouni Näkkäläjärvi v. Finlandia*, Comunicación N.º 779/1997 (4 de febrero de 1997), CCPR/C/73/D/779/1997 (la cría de renos es un elemento esencial de la cultura sami, reconocida por el artículo 27). *J.G.A. Diergaardt (Ultimo Capitán de la comunidad Rehoboth Baster) y otros (representados por Dr. Y. J. D. Peeters, su consejero legal internacional) v. Namibia*, Comunicación N.º 760/1997, U.N. Doc. CCPR/C/69/D/760/1997 (6 de septiembre de 2000), párr. 10.6 y la opinión individual de Elizabeth Evatt y Cecilia Medina Quiroga (concurrentes) (zonas de pastoreo de ganado de una comunidad Africaaner no son reconocidas como una de las situaciones protegidas por el artículo 27 porque no se establece una clara relación entre las zonas de pastoreo de ganado y los distintivos de la cultura de la comunidad).

[51] *Francis Hopu y Tepoaitu Bessert*, Comunicación No 549/1993 (29 de diciembre de 1997) U.N. Doc. CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

[52] Ver, *e.g.*, *El Caso Miskito*, Caso 794 (Nicaragua), Inter-Am.C.H.R., *Informe sobre la situación de un segmento de la población nicaragüense de origen Miskito*, OEA/Ser.L/V/II.62, doc. 10 rev. 3, at 76-78, 81 (1983); *El caso Yanomami*, Caso 7615 (Brasil), Inter-Am C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1 at 24, 31 (1985); Inter-Am. C.H.R., *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador*, OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev., at 03-04 (1997).

igual que otros tratados sobre derechos humanos, el Convenio contra la Discriminación no menciona específicamente los grupos o individuos indígenas. Sin embargo, el principio de no discriminación que se establece en el Convenio, y que prevalece en todos los otros instrumentos internacionales de derechos humanos, presenta implicaciones particulares a favor de los pueblos indígenas. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que promueve la implementación del Convenio, ha adoptado una Recomendación General que identifica tales implicaciones. En su Recomendación General sobre Pueblos Indígenas, el CERD identifica a los pueblos indígenas como vulnerables a los patrones de la discriminación que les ha privado, como grupos, del disfrute de sus propiedades y sus formas de vida distintas y, por lo tanto, hace una llamada a los Estados para que adopten medidas especiales que protejan los patrones culturales indígenas y las formas tradicionales de tenencia de tierras[53].

El CERD aplicó el principio de no discriminación en el examen de enmiendas a la legislación australiana que regula el reconocimiento de los derechos a las tierras tradicionales. Invocando su «procedimiento de urgencia»[54], el Comité concluyó que las enmiendas resultaban discriminatorias en contra de los poseedores indígenas de «títulos nativos»(títulos de propiedad basados en la tenencia de la tierra tradicional o la ocupación ancestral) y que traerían como resultado la pérdida de los derechos relativos a «títulos nativos» para los pueblos indígenas del país[55]. En este caso se solicitó a Australia la suspensión de la implementación de las enmiendas, y el compromiso de establecer consultas con los pueblos indígenas del país para encontrar alternativas aceptables[56]. El CERD ha examinado, de manera similar, la situación del pueblo Western Shoshone y de otros pueblos indígenas sometidos a la jurisdicción de los Estados Unidos en la revisión del primer informe periódico de este país bajo la Convención. El Comité expresó su preocupación sobre aspectos de las leyes de los Estados Unidos, según los cuales el Gobierno pretende «derogar unilateralmente» tratados realizados con las tribus indias y tratar a las tribus como «naciones domésticas dependientes»,

---

[53] CERD, Recomendación General XXIII (51) relativa a los Pueblos Indígenas, adoptada por el Comité en su sesión 1235, de 18 de agosto de 1997.

[54] Para una explicación sobre el funcionamiento del procedimiento de urgencia y alerta temprana del CERD ver Atsuko TANAKA con Yoshinobu NAGAMINE: *The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: A Guide for NGO's*, Minority Rights Group, 2001, pp. 364-366

[55] CERD, Decision 2 (54) sobre Australia. 18/03/99. A/54/18. párr. 21(2).

[56] *Id.* en párrs. 11-12.

sujetas a su pleno poder y custodia, e indicó que tales aspectos resultan incompatibles con el Convenio[57]. Además, expresó una preocupación especial en la aplicación de esas doctrinas jurídicas al pueblo Western Shoshone, cuyas tierras tradicionales son ahora consideradas por los Estados Unidos como propias y han sido dedicadas para actividades militares y de extracción de recursos[58]. Señalando la coherencia de su aproximación con relación al amplio régimen internacional de los derechos indígenas, el CERD incluyó en su recomendación a los Estados Unidos que debería considerar la Convención N.º 169 de la OIT como guía en su tratamiento a los pueblos indígenas[59].

3.2. *Instrumentos interamericanos de derechos humanos*

En el marco de las Américas, los derechos de los pueblos indígenas han sido afirmados por las instituciones del sistema interamericano para la protección de los derechos humanos, sobre la base de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos[60] y de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre[61]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado el artículo 4 de la Convención Americana, que afirma ampliamente el derecho a la vida, como un requisito para que los Estados adopten medidas para asegurar el medio ambiente natural de aquellos pueblos indígenas que mantienen una especial unión con sus tierras tradicionales y una dependencia muy fuerte con los recursos naturales que éstas les proporcionan[62]. En su examen de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de la región amazónica ecuatoriana, la Comisión interpretó el derecho a la vida con una sensibilidad hacia las dimensiones materiales y culturales de la relación de los pueblos indígenas con la tierra, y concluyó que este derecho se encontraba en peligro debido a los efectos ambientales de la explotación petrolífera en la región[63].

---

[57] CERD, Concluding Observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: United States of America. 14/08/2001. CERD/C/59/Misc.17/Rev.3., párr. 21

[58] *Id.*

[59] *Id.*

[60] Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, *O.A.S. Treaty Series* No. 36, 1144 U.N.T.S. 123 (entró en vigor el 18 de julio de 1978).

[61] Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por la novena Conferencia Internacional de los Estados Americanos (30 de marzo-2 de mayo de 1948), O.A.S. Res. 30, O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/1.4, rev. (1965).

[62] Inter-Am. Comm. H.R., *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador,* O.A.S. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, rev. 1 (24 de abril de 1997), párr. 106.

[63] *Ibidem*, capítulo IX.

Un apoyo más directo a los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras y sus recursos naturales se encuentra en el derecho a la propiedad, establecido en el artículo 21 de la Convención y en el artículo XXIII de la Declaración Americana, un derecho que también se reconoce en otros instrumentos sobre derechos humanos, incluyendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos[64]. En el *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni c. Nicaragua*[65], la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó que Nicaragua había violado los derechos de propiedad de la comunidad indígena Mayagna de Awas Tingni al otorgar a una compañía extranjera una concesión para explotar la madera de las tierras tradicionales de la comunidad y al no conceder un reconocimiento y protección adecuada en la tenencia de sus tierras tradicionales. La Corte opina que el concepto de propiedad establecido en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos «incluye la propiedad comunal de los pueblos indígenas, incluso si esa propiedad no se encuentra específicamente titulada o reconocida de cualquier forma por el Estado. Awas Tingni, como la mayoría de comunidades indígenas de la Costa Atlántica, no gozaba de un reconocimiento específico del Gobierno sobre sus tierras tradicionales, en forma de título de propiedad o de cualquier otro documento oficial, a pesar de las disposiciones existentes en la Constitución de Nicaragua y de otras leyes que afirman, en términos generales, la existencia de derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente. Ante la ausencia de tal reconocimiento específico del Gobierno, las autoridades de Nicaragua han considerado las tierras tradicionales indígenas no tituladas, o partes substanciales de ellas, como tierras del Estado, tal y como han hecho otorgando las concesiones para adentrarse en el área de Awas Tingni»[66]. La Corte concluyó que, especialmente en la línea de los artículos 1 y 2

---

[64] *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, G.A. Res. 217 A(III), 10 de diciembre de 1948, art. 17.

[65] *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H. (Ser. C) No. 79 (2001) (en adelante, «Caso Awas Tingni»).

[66] Para adquirir unos conocimientos sobre el caso Awas Tingni, ver S. James ANAYA y Claudio GROSSMAN: «El caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los pueblos indígenas», en GÓMEZ ISA, F. (Ed.): *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, pp. 11-28. S. James ANAYA & S. Todd CRIDER: «Indigenous Peoples, The Environment, and Commerical Foresty in Developing Countries: The Case of Awas Tingni, Nicaragua», *Human Rights Quarterly*, Vol. 18, 1996, p. 345; S. James ANAYA: «Inter-American Commission on Human Rights: Indigenous Lands, Loggers, and Government Neglect in Nicaragua,» *St. Thomas Law. Rev.* Vol. 9, 1996, p. 157; Jorge Jenkins MOLIERI: *El Desafío indígena en Nicaragua: El Caso de los Miskitos*, 1986, pp. 33-114.

de la Convención, que requieren que los Estados adopten medidas positivas para proteger los derechos reconocidos en la Convención y en las leyes domésticas, tal negligencia del Estado viola el derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención Americana[67].

Aunque la Corte acentuó que las mismas leyes domésticas de Nicaragua afirman la propiedad comunal indígena, en términos generales la Corte hizo especial énfasis en que los derechos articulados en los instrumentos internacionales sobre los derechos humanos tienen «sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el Derecho interno»[68]. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presionó especialmente sobre este punto, al llevar adelante el caso ante la Corte, invocando para ello, en sus alegaciones escritas, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto a las disposiciones sobre el derecho de propiedad análogas de la Convención Europea de Derechos Humanos, y haciendo referencia a otros desarrollos relacionados en otras partes del Derecho Internacional y de instituciones preocupadas especialmente con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y sus recursos naturales[69]. La Corte aceptó la visión de la Comisión según la cual el derecho humano internacional de propiedad, en su significado autónomo de las leyes domésticas, abarca los regímenes comunales de propiedad de los pueblos indígenas tal y como están definidos por sus propias costumbres y tradiciones, según los cuales «la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro»[70]. De acuerdo con esto, la Corte determinó que los pueblos indígenas no sólo tienen derechos de propiedad sobre sus tierras tradicionales protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que también tienen derecho, bajo la Convención, a que el Estado demarque y titule aquellas tierras en su favor en aquellas circunstancias en las que estos derechos no sean asegurados de otra forma. La Corte encontró que Awas Tingni, en particular, tiene el «derecho a que el Estado… delimite, demarque y titule el territorio propiedad de la comunidad»[71].

---

[67] *Caso Awas Tingni*, *supra*, párrs. 142-55.

[68] *Ibidem*, párr. 146.

[69] *Vid. Final Written Arguments of the Inter-American Commission on Human Rights before the Inter-American Court of Human Rights in the Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awas Tingni Against the Republic of Nicaragua,* July 2001, párrs. 62-66, reproducido en *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol 19, 2002, p. 325.

[70] *Caso Awas Tingni*, *supra*, párr. 151

[71] *Ibid*. párr. 153.

Este derecho está en relación con el artículo 14(2) del Convenio N.º 169 de la OIT, el cual afirma que: «Los Gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión».

Para llegar a estas conclusiones en el caso Awas Tingni, la Corte recurrió a un método de interpretación que se adecúa «a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida», lo que le llevó a subrayar desarrollos modernos de conceptos sobre la propiedad en relación a los pueblos indígenas y sus tierras[72]. En su opinión concurrente, el Juez García Ramírez se centra en esta metodología interpretativa, haciendo referencias específicas a las normas relevantes del Convenio N.º 169 de la OIT, aun cuando Nicaragua no es parte del Convenio, así como a diferentes partes de los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos de los pueblos indígenas[73].

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos siguió el precedente y la metodología interpretativa del caso Awas Tingni al tratar una disputa relacionada con los derechos sobre la tierra del pueblo Western Shoshone. En el caso de *Mary y Carrie Dann c. Estados Unidos*[74], la Comisión extendió la interpretación del derecho a la propiedad de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos que se avanzó en el caso Awas Tingni a las normas similares sobre el derecho de propiedad de la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre[75], poniendo énfasis en el debido proceso y en las medidas de protección igualitarias que se tienen que añadir a los intereses indígenas sobre la propiedad de tierras y recursos naturales[76]. El caso surgió con

---

[72] *Caso Awas Tingni*, *supra*, párr. 146-49.

[73] *Ibidem*, Sergio García Ramírez, opinión concurrente, párrs. 7-9.

[74] *Mary y Carrie Dann v. Estados Unidos*, Caso 11.140, Informe de fondo N.º 75/02 (27 de diciembre de 2002)[en adelante «Caso Dann»].

[75] Ver Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, art. XXII: «Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales a una vida decorosa, que contribuye a mantener la dignidad de la persona y del hogar.»

[76] Como señaló la Comisión, su examen de la conducta de los Estados en relación a la Declaración es la de promover la observancia de la obligaciones generales de derechos humanos de los Estados miembros de la OEA, que se derivan de la Carta de la OEA. *Vid. Ibidem*, párr. 95. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las provisiones de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre son obligaciones expresas de derechos humanos de los Estados bajo la Carta de la OEA. Ver I/A Court H.R., Opinión Consultiva OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana sobre los Derechos y Obligaciones del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14 de julio de 1989, Ser. A N.º 10 (1989), párrs. 42-45.

el rechazo de las hermanas Mary y Carrie Dann a suscribir el sistema de permisos impuesto por los Estados Unidos para convertir en pastos gran parte de las tierras tradicionales de los Western Shoshone[77]. Teniendo que afrontar los esfuerzos reiterados del Gobierno de los Estados Unidos para obligarles por la fuerza a abandonar el pastoreo de ganado sin permiso y para imponerles multas substanciosas por hacerlo, las hermanas Dann argumentaron que el sistema de permisos contravenía los derechos sobre la tierra de los Western Shoshone. Los Estados Unidos reconocieron que la tierra en cuestión formaba parte de las tierras ancestrales de los Western Shoshone, pero sostenía que los derechos de los Western Shoshone sobre la tierra habían sido «extinguidos» a través de una serie de medidas administrativas y judiciales. La Comisión examinó los procedimientos según los cuales Estados Unidos argumentaba que los Western Shoshone habían perdido sus derechos sobre las tierras y determinó que esos procedimientos no proporcionaron a las hermanas Dann y a otros grupos de los Western Shoshone una oportunidad adecuada para ser escuchados, y que esos procedimientos negaban a estos grupos los mismos procedimientos y las protecciones substantivas que generalmente están a disposición de los propietarios en el Derecho de los Estados Unidos[78]. La Comisión señaló lo inadecuado del fundamento histórico para la presunta expropiación de las tierras de los Western Shoshone —la supuesta necesidad de animar al asentamiento y desarrollo agrícola en el oeste de los Estados Unidos— y también citó el fallo de Estados Unidos en la aplicación a los Western Shoshone de las mismas medidas de compensación que ordinariamente se aplican para las expropiaciones ordinarias de propiedad bajo las leyes de Estados Unidos[79]. Además, la Comisión encontró que los Estados Unidos han «fallado en su obligación de asegurar a las hermanas Dann el derecho a la propiedad en las condiciones de igualdad que establecen los artículos II (derecho a la igualdad de protección), XVIII (derecho a un juicio justo) y XXIII (derecho a la propiedad) de la Declaración Americana en relación con sus reclamaciones sobre los derechos de propiedad en las tierras ancestrales de los Western Shoshone»[80].

---

[77] Para adquirir conocimiento sobre este caso y los litigios que precedieron a la decisión de la Comisión en los Tribunales de los Estados Unidos, ver S. James ANAYA: *Native Claims in the United States, op. cit.*, pp. 28-32.

[78] *Vid*. Caso Dann, *supra*, párrs. 133-44.

[79] *Vid. Ibidem*, párrs. 144-45.

[80] *Ibidem*, párr. 147. La Comisión, además, condenó efectivamente, por ser contrarias al Derecho Internacional de los derechos humanos, las compresiones tan amplias de la doctrina legal de los Estados Unidos relacionada con los pueblos indígenas, incluyendo

En la aplicación e interpretación de las disposiciones citadas de la Declaración Americana en el caso Dann, la Comisión fue explícita en su dependencia de los desarrollos y tendencias en el sistema jurídico internacional relacionado con los derechos de los pueblos indígenas[81]. De manera significativa, la Comisión declaró que los «principios básicos reflejados en muchas de las disposiciones» del proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, «incluyendo aspectos de (su) artículo XVIII, reflejan principios generales de Derecho Internacional que se están desarrollando en el ámbito del sistema interamericano y que se aplican dentro y fuera de éste y que, por ello, deben ser tenidos en cuenta cuando se interpreten y apliquen las disposiciones de la Declaración Americana en el contexto de los pueblos indígenas»[82].

---

la doctrina según la cual los Estados Unidos pueden de manera unilateral «extinguir» los derechos a la tierra y otros derechos de los pueblos indígenas, entre los que se incluyen derechos protegidos por los tratados. Ver *Lonewolf v.Hitchcock*, 187 US 553 (1903); y que la extinción de derechos de los pueblos indígenas a la tierra basados en una ocupación anterior (títulos indígenas) pueden ser extinguidos sin que el Gobierno provea una compensación justa como requieren las expropiaciones ordinarias de propiedad, Ver *Tee-Hit-Ton*, 348 US 272 (1955). Para un análisis crítico de esto y de las doctrinas jurídicas de los Estados Unidos con relación a los pueblos indígenas, ver Robert Williams Jr.: «The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence», *Wisconsin Law Review,* 1986.

[81] *Vid*. Caso Dann *supra*, párrs. 124-28. La Comisión notó que «una revisión de los tratados, de la legislación y de la jurisprudencia pertinentes, revela el desarrollo que se ha producido, durante más de 80 años, de las normas y principios particulares de derechos humanos aplicables a las circunstancias y al tratamiento que han recibido los pueblos indígenas», *Ibidem*, párr. 125.

[82] *Ibidem*, párr. 129. De acuerdo con la Comisión, estos nuevos «principios generales del sistema internacional» existentes, incluyen en relación con las reclamaciones indígenas sobre las tierras:

—El derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de sus variadas y específicas formas y modalidades de su control, propiedad, uso y disfrute de los territorios y propiedades;

—El reconocimiento de sus propiedades y derechos de propiedad con respecto a sus tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente; y

—Donde los derechos de propiedad y uso de los pueblos indígenas son consecuencia de derechos existentes previamente a la creación de un Estado, el reconocimiento de ese Estado de los títulos permanentes e inalienables de los pueblos indígenas relativos a las tierras y a modificar tal título solo como consecuencia de un consenso mutuo entre el Estado y los pueblos indígenas respectivos donde tengan un conocimiento total y apreciación de la naturaleza o atributos de tales derechos de propiedad y uso de tal propiedad[173]. Esto también implica el derecho a una compensación justa en el caso que tales derechos de propiedad y uso se pierdan irrevocablemente.

Ibidem, párr. 130.

El Artículo XVIII del citado proyecto de Declaración[83] proporciona a las formas tradicionales de posesión de la tierra una protección en términos similares a la establecida por el Convenio N.º 169 de la OIT, que la Comisión también menciona en sus análisis[84]. De esta manera, la Comisión señaló el desarrollo de un régimen *sui generis* de normas internacionales y jurisprudencia relacionada con los pueblos indígenas y la cima que representa el Convenio N.º 169 de la OIT en ese desarrollo, incluso con respecto a Estados, como los Estados Unidos, que no son partes del Convenio.

4. **Emergencia de Derecho Internacional consuetudinario**

Como ya se ha indicado, resulta evidente que los pueblos indígenas han alcanzado un nivel sustancial de atención en la comunidad internacional, y con esta atención se ha impulsado un movimiento orientado hacia la opinión convergente sobre la existencia y contenidos de normas internacionales relevantes. La interpretación y aplicación de los tratados de derechos humanos a favor de los pueblos indígenas contribuye al conjunto de desarrollos hacia un consenso uniforme y generalizado sobre el contenido de esas normas, más allá de expresar las obligaciones derivadas de esos tratados. Los múltiples desarrollos relevantes de las dos últimas décadas incluyen las discusiones sobre los proyectos de Declaración de la ONU y de la OEA sobre los derechos indígenas. A pesar de la persistencia de vacíos en diversos aspectos de los proyectos, las discusiones multilaterales que se han producido en relación a estas cuestiones durante los últimos años han ayudado a generar un cierto consenso sobre principios comunes de derechos de los pueblos indígenas, los cuales son evidentes en algunas de las disposiciones de diversos instrumentos ya adoptados.

Esto no quiere decir que se haya conseguido un consenso totalmente satisfactorio sobre derechos de los pueblos indígenas o que exista un compromiso suficiente en las autoridades estatales o internacionales

---

[83] El artículo XVIII del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece, *inter alia*, que «los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio, y disfrute de territorios y propiedad [y] tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquéllos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento».

[84] *Vid.* Caso Dann, *supra*, párr. 129-130.

para implementar este consenso. Pero sí es importante evaluar la situación de este consenso y añadir que, mientras que se desarrolle un entendimiento común sobre los contenidos de los derechos indígenas, también se consolidan las expectativas de que estos derechos se mantendrán, sin reparar en cualquier acto formal de consentimiento de las normas articuladas. De esta manera, este consenso desarrollado no es sólo un fenómeno político con consecuencias legales potenciales futuras, sino que más bien representa Derecho Internacional consuetudinario emergente con implicaciones legales en el presente. Esta es, efectivamente, la conclusión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al declarar la existencia de «principios generales en el sistema internacional» que se han desarrollado en los años recientes para confirmar los derechos indígenas[85].

La discusión sobre los pueblos indígenas y sus derechos promovida a través de las instituciones y Conferencias internacionales durante las últimas décadas se ha producido en respuesta a las demandas realizadas por los grupos indígenas durante varios años. La suposición dominante ha sido que la articulación de normas relacionadas con los pueblos indígenas es un ejercicio en la identificación de pautas de conducta que se requieren para confirmar valores ampliamente compartidos de dignidad humana. Los derechos de los pueblos indígenas no se sitúan aisladamente, sino que, como se demostró con la aplicación de los instrumentos de derechos humanos de aplicación general, derivan de principios de derechos humanos previamente aceptados, tales como la no discriminación, la autodeterminación, la integridad cultural y la propiedad. Los procesos multilaterales que construyen una concepción común del contenido de los derechos de los pueblos indígenas también construyen expectativas de comportamientos en conformidad con estos derechos.

Bajo las modernas teorías jurídicas, estos procesos que generan consenso y expectativas internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas son procesos que construyen Derecho Internacional consuetudinario. La existencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario es significativa, porque los Estados, por lo general, se encuentran sujetos a esas normas, incluso aquellos Estados que no han ratificado los tratados de que se trate. Las normas del Derecho consuetudinario surgen cuando un grupo preponderante de Estados y de otros actores con autoridad convergen en una misma manera de entender el contenido de las normas y, por lo tanto, esperan que los comportamientos

---

[85] *Caso Dann*, *supra*, párr. 129-130.

futuros se den en conformidad con esas normas[86]. Los puntos tradicionales de referencia para determinar la existencia y los contenidos de las normas consuetudinarias son las pautas relevantes de la conducta actual de parte de las agencias estatales. Hoy, sin embargo, la práctica actual de los Estados no es el único indicio determinante necesario de las normas consuetudinarias. Con la llegada de las modernas instituciones intergubernamentales de carácter internacional y la mejora de los medios de comunicación, los Estados y otros actores han entablado un diálogo prescriptivo que va en aumento. Especialmente en escenarios multilaterales, una comunicación explícita puede desembocar en una convergencia de formas de entender y de tener expectativas sobre las normas, estableciendo en dichas normas un empuje hacia la conformidad, incluso de antemano a la generalización de la pauta correspondiente de actuación práctica[87]. De esta manera, se considera cada vez más asumido que la comunicación explícita, del tipo que se realiza en Naciones Unidas y en otros foros internacionales en relación con los derechos de los pueblos indígenas, es en sí misma una forma de práctica que sirve para construir normas consuetudinarias[88].

---

[86] Ver, de manera general, Myres McDOUGAL *et al.: Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, 1980, p. 269; artículo 38(1)(a) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, en el que se describe «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho».

[87] Ver Thomas M. FRANK: «Legitimacy in the International System», *American Journal of International Law,* Vol. 82, 1988, p. 705 (un estudio jurisprudencial en relación con la identificación de los elementos que establecen en las normas internacionales el «empuje hacia la conformidad»); McDOUGAL *et al., supra*, p. 272 («Es fácilmente observable que tales organizaciones, especialmente las Naciones Unidas y sus agencias especializadas, juegan un rol importante que va en aumento como foros para el flujo de comunicaciones explícitas y actos de colaboración los cuales crean expectación en los pueblos sobre las políticas comunitarias autorizadas»).

[88] Ver *id.* 272-73; Bin CHENG: «United Nations Resolutions on Outer Space: Instant International Customary Law?» 5 *Indian Journal of International Law,* Vol.23, 1965, p. 45 (declara que la creencia común de los Estados de que están obligados por una norma es el «único elemento constitutivo» de que la conducta actual que se viene conformando simplemente provee evidencias de la existencia de una norma); el profesor Bownlie define las fuentes «materiales» de la «costumbre» incluyendo la correspondencia diplomática, las declaraciones políticas, las notas de prensa… comentarios de los Gobiernos sobre proyectos producidos por la Comisión de Derecho Internacional…, práctica de órganos internacionales y resoluciones sobre cuestiones legales en la Asamblea General de las Naciones Unidas.

El profesor Sohn observa que la práctica del Gobierno en la negociación del texto de un instrumento internacional puede en sí misma generar Derecho consuetudinario, incluso de antemano a la adopción formal o a la ratificación del instrumento, en Louis B. SOHN: «"Generally Accepted" International Rules,» *Washington Law Review,* Vol. 61, 1986, pp. 1073-1077.

La reivindicación aquí no es que cada uno de los documentos autorizados y decisiones referidas en el párrafo anterior pueden ser cogidas en su totalidad como normas consuetudinarias articuladas, sino que colectivamente representan un núcleo normativo de preceptos que son, o se han vuelto, ampliamente aceptados entre los actores autorizados y que, por lo tanto, son indicadores de Derecho consuetudinario emergente. De nuevo, esto es significativo, porque el Derecho Internacional consuetudinario, una vez cristalizado, impone obligaciones en las unidades constitutivas de la comunidad mundial independientemente de las obligaciones asumidas formalmente por actos de ratificación o accesión a un tratado.

Las normas concernientes a los pueblos indígenas que son abarcadas por los preceptos de derechos humanos y aceptadas generalmente por la comunidad internacional proporcionan motivos para que los Estados adopten iniciativas para producir condiciones que estén en conformidad con las normas. Durante los últimos años, muchos Estados han promulgado disposiciones constitucionales o leyes que, más o menos, reflejan el consenso internacional desarrollado sobre los derechos de los pueblos indígenas. Mientras que los desarrollos internacionales y las interpretaciones de los instrumentos internacionales existentes descritos más arriba son impulsos para las reformas legales domésticas, a su vez las reformas domésticas refuerzan los desarrollos internacionales y la emergencia de normas de Derecho Internacional consuetudinario, en la medida en que las reformas están llevando a una pauta bien definida y consistente de prácticas legales internas que favorecen la supervivencia de las comunidades y las culturas indígenas. Por ejemplo, Brasil reformó su constitución en 1988 para conceder una mayor protección a los indios y a sus tierras. El artículo 231 de la Constitución reformada reconoce la organización social, las costumbres, lenguas, creencias y tradiciones de los pueblos indígenas y sus derechos a las tierras que han ocupado tradicionalmente. La Constitución de Colombia, de 1991, ofrece a los pueblos indígenas una consideración constitucional especial. Los pueblos indígenas forman una circunscripción especial de cara a las elecciones de los representantes gubernamentales. Tienen algunos derechos al autogobierno, de acuerdo a sus costumbres y tradiciones en sus tierras, incluyendo la administración de justicia. La integridad cultural, social y económica es protegida de manera general por el artículo 330 de la Constitución. La Constitución ecuatoriana de 1998 contiene diversas disposiciones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas. En el título III, el artículo 84 de la Constitución de Ecuador reconoce y garantiza a los pueblos indígenas derechos colectivos para mantener y desarrollar sus tradiciones culturales y económicas, conservar sus tierras

comunitarias y mantener la posesión de sus tierras comunitarias ancestrales. El artículo 84 de la Constitución compromete al Estado para promover las prácticas de los pueblos indígenas en el manejo de la biodiversidad, formas tradicionales de organización social y propiedad intelectual colectiva. También existe legislación para proteger a los pueblos indígenas de los desalojos de sus tierras y para garantizarles el derecho a participar en los procesos oficiales, con financiación adecuada del Estado, destinados a la formulación de prioridades en planes y proyectos para el desarrollo y mejora de sus condiciones económicas y sociales. Canadá también incluye en su sistema constitucional afirmaciones de los derechos de los pueblos indígenas. La Constitución de Canadá, de 1982, mantiene que «los derechos aborígenes basados en tratados existentes de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y afirmados por ese medio.» Esta garantía legal abarca títulos originales como refuerzo a los derechos sustantivos y por ese medio limita los actos legislativos que pudieran restringir o extinguir los derechos de propiedad aborígenes de los pueblos indígenas.

En muchos países, como Australia, la protección legal para los pueblos indígenas ha resultado de decisiones judiciales. En la decisión del Alto Tribunal de Australia en el caso de *Mabo v. Queensland,*[89] se invocó específicamente el Derecho Internacional contemporáneo de los derechos humanos para mantener los derechos indígenas a las tierras y a los recursos sobre la base de las pautas históricas de uso y de ocupación. En respuesta al *caso Mabo,* el Gobierno Federal de Australia adoptó en 1993 *The Native Title Act*. Los propósitos principales de la ley son reconocer y proteger los títulos nativos y crear un tribunal nacional donde los reclamantes puedan exponer sus quejas sobre las tierras. A pesar de recientes enmiendas a la *Native Title Act*, que fueron objeto de críticas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU[90] y que, de alguna manera, limitan la protección para los títulos nativos, la ley mantiene una protección legal substancial para la tenencia de la tierra indígena.

La interrelación entre los desarrollos internacionales y domésticos concernientes a los pueblos indígenas se pueden apreciar especialmente en la práctica actual de los Estados de informar a los órganos internacionales sobre sus respectivas leyes domésticas e iniciativas. Mucha de esta información, si no toda, surge fuera del alcance de alguna obligación específica nacida de un tratado. La práctica gubernamental de

---

[89] *Mabo v. Queensland* N.º 2 (1992) 175 C.L.R. 1, 69 (Austl.).

[90] Ver *supra*.

informar sobre los desarrollos domésticos ha sido una característica regular de las reuniones anuales del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas y de las reuniones de los órganos que están por encima de dicho Grupo, incluyendo la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y su Subcomisión sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Los compromisos, orales y escritos, de los informes que hacen los Gobiernos a los órganos internacionales de sus leyes domésticas y sus iniciativas son indicativos de normas internacionales consuetudinarias en dos aspectos. En primer lugar, el registro de la conducta de los Estados da muestra de pautas de comportamiento que pueden servir para identificar o confirmar el contenido de los estándares subyacentes, a pesar de las dificultades que pueden existir a la hora de llegar a un acuerdo sobre un lenguaje normativo que pueda ser incluido en textos escritos. En segundo lugar, debido a que los informes están dirigidos a audiencias internacionales sensibilizadas con los derechos de los pueblos indígenas, éstos proporcionan una sólida indicación de las apreciaciones subjetivas sobre obligaciones y expectativas. En los discursos de los Gobiernos es evidente la aceptación implícita y el empuje hacia la conformidad de ciertos preceptos normativos establecidos en principios generales de derechos humanos.

Por supuesto, todavía falta mucho para que las normas constitucionales y las leyes domésticas sean implementadas adecuadamente; del mismo modo, para muchos pueblos indígenas las normas consuetudinarias internacionales emergentes parecen más un ideal que una realidad. Sin embargo, las normas internacionales consuetudinarias son instrumentos según los cuales los pueblos indígenas pueden apelar a los actores autorizados en ambos marcos, doméstico e internacional, y responsabilizar a los Estados por actos u omisiones que sean contrarios a sus intereses.

El contenido específico de una nueva generación de normas internacionales consuetudinarias concernientes a los pueblos indígenas está todavía en desarrollo y sigue siendo un tanto ambiguo. Aun así, los elementos esenciales de las normas están, de manera creciente, siendo confirmados y reflejados en el diálogo extensivo multilateral y en los procesos de decisión centrados en los pueblos indígenas y sus derechos. Estos elementos esenciales se pueden resumir en los siguientes:

1. *Autodeterminación*. A pesar de que diversos Estados se han resistido de manera expresa a la utilización del termino autodeterminación en relación con los pueblos indígenas, es posible mirar más allá de sensibilidades retóricas para percibir un consenso amplio al respecto. Ese consenso sostiene la opinión de que los

pueblos indígenas tienen derecho a continuar siendo considerados como grupos diferenciados y, como tal, a tener el control de su propio destino en condiciones de igualdad. Este principio tiene implicaciones para cada decisión que pueda afectar los intereses de un grupo indígena.

2. *Integridad cultural.* Hoy existen pocas controversias sobre el planteamiento que reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar libremente sus identidades culturales diferenciadas, dentro del marco de principios de derechos humanos generalmente aceptados y, por lo tanto, aplicables. La cultura es entendida generalmente de manera que incluye pautas afines, lengua, religión, rituales, arte y filosofía: de manera adicional, se entiende cada vez más que abarca pautas sobre el uso de las tierras y otras instituciones que pueden extenderse hacia esferas económicas y políticas. Además, los gobiernos están llamados a mantener y, de hecho, mantienen por sí mismos obligaciones positivas en este ámbito.
3. *Tierra y recursos.* En general, se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a la propiedad de, o a un control sustancial sobre y acceso a, las tierras y recursos naturales que tradicionalmente han sustentado sus respectivas economías y prácticas culturales. Donde los pueblos indígenas han sido desposeídos de sus tierras tradicionales o han perdido el acceso a los recursos naturales a través de la coacción o el fraude, la norma para los gobiernos es la de establecer procedimientos que permitan a los grupos indígenas afectados recuperar las tierras o el acceso a los recursos que necesiten para su subsistencia y prácticas culturales y, en circunstancias apropiadas, a recibir una compensación.
4. *Bienestar social y Desarrollo.* En relación con el fenómeno histórico que ha dejado a los pueblos indígenas entre los más pobres de los pobres, se acepta con carácter general que se debe prestar a los pueblos indígenas una especial atención en relación con su salud, vivienda, educación y empleo. Como mínimo, los Gobiernos tienen que adoptar medidas para eliminar los tratos discriminatorios y otros impedimentos que han privado a miembros de grupos indígenas de los servicios sociales de que han venido disfrutando los sectores dominantes de la población.
5. *Autogobierno.* El autogobierno es la dimensión política de la autodeterminación, tal y como la conocemos. Los elementos esenciales de una norma en desarrollo sobre un autogobierno *sui generis* en el contexto de los pueblos indígenas se basa en la coyuntura de preceptos ampliamente aceptados sobre la integri-

dad cultural y la democracia, en los que se incluyen preceptos sobre el gobierno local. La norma mantiene la autonomía local gubernamental o administrativa para las comunidades indígenas de acuerdo con sus modelos históricos, políticos o culturales, mientras que, a su vez, defienden su participación efectiva en todas las decisiones que les afecten y que son tomadas por las instituciones estatales del Gobierno. La participación, en este sentido, incluye consultas previas con los pueblos indígenas en relación con cualquier decisión que pueda afectar a sus intereses.

6. *Especial obligación de cuidado.* La total implementación de las normas precedentes, y la activa protección del disfrute de los pueblos indígenas de todos los derechos humanos y libertades fundamentales generalmente aceptados, son el objetivo básico de una obligación especial de velar por los intereses de los pueblos indígenas. Con creciente intensidad durante los últimos años, la comunidad internacional ha mantenido a los pueblos indígenas como sujetos especiales de preocupación y de búsqueda de soluciones consensuadas para asegurar sus derechos y bienestar. De manera adicional, resulta cada vez más evidente que los principales actores internacionales esperan que los Estados actúen en su ámbitos domésticos a través de medidas positivas para salvaguardar los derechos e intereses de los grupos indígenas que existan dentro de sus fronteras. Cualquier Estado que no consiga mantener una obligación de cuidado hacia los pueblos indígenas y permita la flagrante o sistemática ruptura de las pautas que hemos mencionado más arriba, tanto si se admite como si no se admite su carácter de Derecho consuetudinario, se arriesga a una condena internacional. El término «tutela» o «relación de tutela» no se usa comúnmente en los discursos internacionales contemporáneos en relación a los pueblos indígenas. Hoy, el principio de una especial obligación de cuidado ha quedado, en gran parte, desprovisto de paternalismo y de una connotación negativa para las culturas no europeas, previamente unidas a una retórica de relación de tutela. En su lugar, el principio descansa sobre un conocimiento amplio, en la línea de los valores contemporáneos, de las condiciones relativamente desventajosas de los pueblos indígenas como resultado de siglos de opresión. Además, en relación con el principio de autodeterminación, la obligación de velar por los intereses de los pueblos indígenas tiene que ser ejercitada de acuerdo con sus aspiraciones formuladas colectivamente.

5. **Conclusiones**

Los pueblos indígenas se han insertado de una manera muy relevante en la agenda de los derechos humanos a nivel internacional. Para realizar esto, han creado un movimiento que ha retado a las estructuras estatales de poder, bien asentadas, y también a preceptos aceptados durante mucho tiempo que no otorgaban el suficiente valor a las culturas indígenas, a sus instituciones y a sus identidades como grupo. Este movimiento, aunque con tensiones, ha conseguido lograr una preocupación internacional creciente sobre los pueblos indígenas y una constelación, todavía en pleno desarrollo, de normas internacionales aceptadas que están generalmente en línea con las demandas y aspiraciones propias de los pueblos indígenas. Estas normas encuentran su expresión básica en el Convenio N.º 169 de la OIT, en otros instrumentos internacionales y en decisiones de órganos internacionales, y son también discernibles en las discusiones que se producen a nivel multilateral sobre los pueblos indígenas y sus derechos. En los aspectos esenciales, las pautas articuladas concernientes a los pueblos indígenas pueden ser vistas como un desarrollo del Derecho Internacional consuetudinario. El alcance final de la afirmación internacional de los derechos de los pueblos indígenas se está desarrollando todavía mientras los pueblos indígenas continúan presionando a favor de su causa. Sin embargo, en proporción al grado de aceptación por los actores relevantes en la esfera internacional, nuevas y emergentes normas relacionadas con los pueblos indígenas están surgiendo, y las conductas disconformes con ellas pueden ser objeto de escrutinio en el floreciente sistema internacional de protección de los derechos humanos. Para muchos pueblos indígenas, tal escrutinio puede ser un factor crítico, si no determinante, para su propia supervivencia. El movimiento hacia un nuevo orden normativo relacionado con los pueblos indígenas es una manifestación dramática de las capacidades de progreso social y cambio que existen en el marco de los derechos humanos en el sistema internacional contemporáneo.

Las instituciones financieras internacionales y los derechos humanos: Derecho y práctica*

Koen De Feyter

Sumario: Introducción. A) El Derecho: 1. Obligaciones de derechos humanos que resultan de normas generales de Derecho Internacional. 2. Obligaciones de derechos humanos en los instrumentos constitutivos de las IFIs y en otros instrumentos internos. 3. Las políticas operativas del Banco Mundial y las Directrices relacionadas con las estrategias de reducción de la pobreza. 4. Obligaciones en materia de derechos humanos en los acuerdos internacionales en los que las IFIs son partes. 5. Inmunidad jurisdiccional. B) La práctica: 1. El Panel de Inspección del Banco Mundial. 2. La India: Ecodesarrollo. 3. Nigeria: el drenaje y los servicios sanitarios de Lagos. 4. Chad - Camerún: petróleo y oleoducto. Conclusiones.

Introducción

Las obligaciones de las instituciones financieras internacionales (IFIs) en materia de derechos humanos pueden provenir de diferentes fuentes. Se pueden originar en normas externas a las organizaciones. También pueden derivar de los tratados internacionales celebrados por esas organizaciones o de normas internas que vinculen al personal de esas instituciones.

Incluso si podemos afirmar la existencia de obligaciones en el campo de los derechos humanos para las instituciones financieras internacionales, todavía queda por esclarecer si pueden ser declaradas responsables en caso de incumplimiento. El Tribunal Internacional de Justicia no tiene jurisdicción para conocer casos planteados contra las IFIs. Los Tribunales internos se enfrentan a la inmunidad jurisdiccional. El Banco Mundial, por su parte, ha establecido su propio mecanismo de solicitud de responsabilidad: el Panel de Inspección (*Inspection Panel*) del Banco Mundial. Las peticiones ante este Panel de Inspección ofrecen una información muy valiosa acerca del impacto del Banco Mundial en el disfrute de los derechos humanos.

---

* Traducido del original en inglés por Felipe Gómez Isa.

A) **El Derecho**

Las instituciones financieras internacionales[1] son organizaciones de carácter intergubernamental. Son sujetos de Derecho Internacional, lo que significa que son capaces de ser titulares de derechos y obligaciones ante dicho ordenamiento jurídico. El alcance de estos derechos y obligaciones depende de los propósitos y las funciones establecidos expresa o implícitamente en los documentos constitutivos de las organizaciones y desarrollados en la práctica[2].

En su opinión consultiva sobre la Interpretación del Acuerdo de 25 de marzo de 1951 entre la OMS y Egipto, el Tribunal Internacional de Justicia contribuyó a clarificar que como sujetos de Derecho Internacional, las organizaciones internacionales están obligadas por:

> «cualquier obligación que resulte de normas generales de Derecho internacional, de sus constituciones o de acuerdos internacionales en los que sean partes»[3].

La cuestión jurídica que se plantea es si alguna de estas fuentes incluye obligaciones de derechos humanos que vinculen a las instituciones financieras internacionales.

1. *Obligaciones de derechos humanos que resultan de normas generales de Derecho internacional*

Las instituciones financieras internacionales son organizaciones intergubernamentales que disfrutan de personalidad jurídica internacional[4].

---

[1] Las instituciones financieras internacionales incluyen el FIDA, el Fondo Internacional para el Desarrollo Agrícola, que moviliza recursos financieros para elevar la producción alimentaria y los niveles de nutrición de los pobres en los países en vías de desarrollo; el FMI, el Fondo Monetario Internacional, y el grupo del Banco Mundial que consiste en el BIRD, el Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, la CFI, la Corporación Financiera Internacional, que ayuda a los países en desarrollo mediante la inversión en proyectos del sector privado, la ADI, la Agencia para el Desarrollo Internacional, que proporciona créditos en términos concesionales a los países más pobres que no pueden ser elegidos como acreedores de los préstamos del BIRD, el ICSID, Centro Internacional para la solución de Controversias de Inversión y la AGIM, la Agencia para la Garantía de las Inversiones Multilaterales.

[2] International Court of Justice, Reparation for Injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1949* (…), 179-180.

[3] International Court of Justice, Interpretation of the Agreement of 25 march 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1980*…., 89-90.

[4] Los documentos constitutivos de las IFIs disponen que las instituciones tienen «plena personalidad jurídica», incluyendo, por ejemplo la capacidad de contratar y

Las organizaciones intergubernamentales están sujetas a las normas generales de Derecho internacional, por ejemplo, la costumbre y los principios generales del derecho[5]. Aunque la determinación de la existencia tanto de normas de derecho consuetudinario como de principios generales del derecho descansa en la práctica y en la legislación estatal, se acepta con carácter general que su alcance no se limita a los Estados. Si no fuera así, los Estados podrían evadir sus obligaciones internacionales simplemente creando organizaciones internacionales, actuando con total impunidad. Además, las organizaciones intergubernamentales creadas mediante tratados internacionales, como ocurre con las IFIs, tienen su origen en el Derecho internacional, por lo que, en consecuencia, son de aplicación las normas generales de ese sistema.

Por lo tanto, las instituciones financieras internacionales están sometidas al Derecho internacional de los derechos humanos, en la medida en que ese Derecho se haya convertido en costumbre internacional o en principios generales de derecho[6]. No cabe duda de que ciertos

---

de llevar a cabo acciones judiciales (artículo VII, sección 2, de los Estatutos del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo, de 27 de diciembre de 1944, y artículo IX, sección 2, de los Estatutos del Fondo Monetario Internacional, de 22 de julio de 1944). Estas disposiciones no establecen explícitamente que las IFIs disfrutan de *personalidad jurídica internacional*, pero no cabe duda de que estas organizaciones cumplen los requisitos exigidos por el Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Reparation for Injuries*. Ver al respecto SKOGLY, S.: *The human rights obligations of the World Bank and the International Monetary Fund*, Cavendish, London, 2001, pp. 64-71.

[5] Ver AMERASINGHE, C.F.: *Principles of the institutional law of international organizations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 240: «… no cabe duda de que según el Derecho internacional consuetudinario (…) las organizaciones internacionales también pueden tener obligaciones internacionales hacia otros sujetos internacionales que derivan de las particulares circunstancias en las que están situadas o de determinadas relaciones». Ver asimismo SKOGLY, S.: *op. cit*., p. 113: «… las obligaciones que resultan del derecho consuetudinario y de principios generales de Derecho internacional afectan a todos los actores de la comunidad internacional».

[6] Consultar el Comité sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales de la International Law Association (ILA): «como parte del proceso de humanización del Derecho internacional, las garantías de los derechos humanos se están convirtiendo cada vez más en expresión de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados y se pueden convertir en vinculantes para las organizaciones internacionales como principios generales del derecho. La práctica constante de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas apuntan hacia la emergencia de una norma consuetudinaria en este sentido», *ILA Committee on accountability of international organisations*, Third Report presented to the New Delhi Conference (2002), part two, section three (disponible en la página web de la ILA).

elementos del Derecho de los derechos humanos han adquirido el status de costumbre o de principios generales de derecho[7].

En orden a determinar con exactitud la naturaleza y el alcance de las obligaciones que resultan del Derecho general de los derechos humanos para las instituciones financieras internacionales, debemos tener en cuenta la capacidad jurídica de estas organizaciones. Esta capacidad viene definida por los poderes y las funciones que tienen encomendadas. Las organizaciones intergubernamentales tienen prohibido el llevar a cabo actos *ultra vires*: es decir, no pueden actuar más allá de lo establecido en sus funciones.

En consecuencia, el grado en que las instituciones financieras internacionales están obligadas por deberes positivos de actuación[8] para el cumplimiento de las normas generales de derechos humanos necesita ser determinado a la luz de los documentos constitutivos y la práctica subsiguiente de dichas organizaciones. Al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional solamente se les puede exigir involucrarse en actividades para la realización de los derechos humanos en la medida en que esté establecido en sus respectivos objetivos y funciones. Como veremos con posterioridad, la aplicación de este test conduce a diferentes resultados en lo que concierne al BM y en lo que concierne al FMI.

Por otro lado, las IFIs tienen el deber de respetar las normas prohibitivas generales del Derecho de los derechos humanos. Están por lo tanto sujetas a una obligación de no violar o de no ser cómplices en la violación de normas generales del Derecho de los derechos humanos por medio de acciones u omisiones que les sean atribuibles[9]. Esta obligación deriva de un punto de partida básico: los poderes y funciones

---

[7] Un estudio detallado al respecto se encuentra en MERON, T.: *Human Rights and humanitarian norms in customary law*, Clarendon Press, Oxford, 1989.

[8] Expresión tomada de HANDL, G.: «The legal mandate of multilateral development banks as agents for change toward sustainable development», *American Journal of International Law*, Vol. 92, 1998, p. 662.

[9] Como señala Tomuschat, «nadie duda, por ejemplo, que las organizaciones internacionales han asumido el compromiso de respetar los standards universales o regionales en materia de derechos humanos», en TOMUSCHAT, C.: «International Law: ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. General Course on Public International Law», *Recueil des Cours*, Vol. 281, 2001, p. 138; de manera más específica, se ha sugerido, por ejemplo, que «el BM no está sujeto a las normas generales de Derecho internacional relativas a la protección de los derechos humanos». En nuestra opinión, esa conclusión carece de fundamento tanto en el terreno jurídico como en el terreno político. Ver SANDS, P. and KLEIN, P.: *Bowett's Law of international institutions*, Sweet&Maxwell, London, 2001, p. 459.

de las organizaciones intergubernamentales no se deben interpretar de tal forma que se permitan acciones que sean contrarias a normas generales prohibitivas de Derecho internacional.

Es difícil, sin embargo, determinar el contenido exacto de las normas generales del Derecho de los derechos humanos. El Tribunal Internacional de Justicia no ha dictaminado acerca de si la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye Derecho internacional de carácter consuetudinario[10]. Se han propuesto diferentes listas de derechos que habrían adquirido ese status, tanto en la legislación como por parte de la doctrina, normalmente con una cautela en torno a que esa lista tiene que ser necesariamente una lista abierta para permitir tener en cuenta los nuevos desarrollos en este campo. Skogly defiende una postura que resulta atractiva en torno a que *ciertos aspectos* de la mayoría de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales han adquirido el status de normas generales[11].

Una clara desventaja de tener que basarnos en la costumbre y en principios generales de derecho es que se abre la puerta a posibles controversias en torno al status de la norma, sobre todo teniendo en cuenta que no contamos con un mecanismo con autoridad para analizar y establecer si una determinada obligación de derechos humanos ha adquirido el status requerido o no. En consecuencia, la importancia del reconocimiento por parte de las propias IFIs de que tienen una responsabilidad jurídica en el campo de los derechos humanos, ya sea sobre la base de la auto-regulación o sobre la base de tratados en los que sean parte, no se debería subestimar.

---

[10] En el caso *United States diplomatic and consular staff in Teheran*, el Tribunal sostuvo que «wrongfully to deprive human beings of their freedom and subject them to physical constraint in conditions of hardship is manifestly incompatible with the principles of the Charter of United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights», y constituye una violación del Derecho internacional, *ICJ Reports 1980*, párr. 43. En el caso *Barcelona Traction, Light and Power Company*, el Tribunal mantuvo que todos los Estados tienen un interés jurídico en la protección de ciertos derechos: el Tribunal menciona explícitamente el genocidio y «the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination», *ICJ Reports* 1970, párr. 33-34. En el caso *East Timor*, el Tribunal confirmó que el derecho de los pueblos a la autodeterminación tiene un carácter *erga omnes*, *ICJ Reports* 1995, párr. 102. Hay que observar que este derecho incluye la prohibición de privar al pueblo de sus propios medios de subsistencia. Esta prohibición se ha invocado en ocasiones por aquéllos que se consideran afectados de una manera adversa por las intervenciones de las IFIs.

[11] Ver Skogly, S.: *op. cit.*, pp. 120-123. Sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos como Derecho consuetudinario ver también De Feyter, K.: *World Development Law*, Intersentia, Antwerp, 2001, pp. 246-248.

2. *Obligaciones de derechos humanos en los instrumentos constitutivos de las IFIs y en otros instrumentos internos*

ESTATUTOS

No encontramos ninguna referencia a los derechos humanos en los documentos constitutivos de las instituciones financieras internacionales.

El artículo 1 del Estatuto del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo establece los propósitos del Banco Mundial. Estos incluyen la ayuda a la reconstrucción y el desarrollo de los territorios de sus miembros, como, por ejemplo, «… promoviendo la transformación de los medios de producción a fin de satisfacer las necesidades de paz y estimulando el desarrollo de los medios y fuentes de producción en los países de escaso desarrollo»[12].

El grupo del Banco Mundial proporciona ayuda financiera para las necesidades de desarrollo de los países a los que se presta. De una manera muy clara, el desarrollo va más allá de la esfera macroeconómica, incluyendo aspectos medioambientales, sociales y humanos. El actual enfoque del desarrollo del BM, tal y como se evidencia en su *comprehensive development framework*[13], tiende a conseguir la interdependencia de todos los elementos del desarrollo, «sociales, estructurales, humanos, de gobernabilidad, medioambientales, macroeconómicos y financieros»[14].

Este enfoque multidimensional del desarrollo incluye igualmente la protección y promoción de los derechos humanos, tal y como ha sido puesto de manifiesto por las Agendas de las Naciones Unidas para el Desarrollo[15],

---

[12] Artículo I, párr. i, Estatutos del BIRD.

[13] Ver al respecto WOLFENSOHN, J.: *A proposal for a comprehensive development framework*, 1999, disponible en la página web del grupo del Banco Mundial (www.worldbank.org/cdf).

[14] La Directiva Operacional del Banco sobre la Pobreza, que discutiremos *infra,* explica que el enfoque del BM en relación con la reducción de la pobreza ha evolucionado con el paso del tiempo: «De manera acumulativa, esta evolución ha hecho más evidente el reconocimiento de que el crecimiento económico por sí solo no puede ser un objetivo suficiente del desarrollo —o una medida adecuada para calibrar su éxito— y que la inversión en recursos humanos contribuye a incrementar los ingresos y a reducir la pobreza» (ver OD 4.15 sobre Reducción de la Pobreza, párr. 2, diciembre de 1991). Consultar asimismo BOISSON DE CHAZOURNES, L.: «Issues of social development: Integrating human rights into the activities of the World Bank», en INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME (Ed.): *Commerce mondial et protection des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 54-64.

[15] *An Agenda for development*. Report by the Secretary-General. UN doc. A/48/935, de 6 de mayo de 1994, y el subsiguiente informe adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, UN doc. A/51/45, de 16 de junio de 1997. Este último informe considera el respeto por los derechos humanos como uno de los fundamentos indispensables del desarrollo (párr. 27).

por los sucesivos Informes sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo[16] (PNUD) y por la Declaración sobre el derecho al desarrollo[17] aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Banco Mundial camina por los mismos derroteros. En un documento publicado con ocasión del 50 aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Banco reconoció que «la creación de condiciones para la realización de los derechos humanos es un objetivo central e ineludible del desarrollo»; que «el mundo actualmente acepta que el desarrollo sostenible es imposible sin derechos humanos» y que «el Banco contribuye directamente a la satisfacción de muchos de los derechos reconocidos en la Declaración Universal…»[18].

Si se acepta que los Estatutos del Banco Mundial tienen que ser interpretados a la luz del concepto actual de desarrollo, entonces el mandato del Banco se extiende claramente a la financiación de la promoción y la protección de los derechos humanos. No hay nada en la definición de los propósitos del Banco que excluya la aplicación de deberes positivos de actuación en el campo de la realización de normas generales en materia de derechos humanos. Tanto desde una perspectiva jurídica como política, el enfoque multidimensional del desarrollo (tal y como ha sido refrendado por el Banco) exige que se tenga en cuenta la dimensión de derechos humanos en campos de actuación del

---

[16] Los Informes sobre Desarrollo Humano del PNUD han contribuido de una manera significativa a la integración de los derechos humanos en el desarrollo. Ver en particular el *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Mundiprensa, Madrid, 2001, donde los derechos humanos aparecen como tema central.

[17] *Declaración sobre el derecho al desarrollo*, resolución 41/128 de la Asamblea General, de 4 de diciembre de 1986. De acuerdo con la Declaración, los Estados «deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos al desarrollo resultantes de la inobservancia de los derechos civiles y políticos, así como de los derechos económicos, sociales y culturales» (artículo 6.3). Debemos observar que el artículo 1 del Acuerdo constitutivo del Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo (BERD), de 29 de mayo de 1990, define el propósito del Banco en términos de «fomentar la transición hacia economías de libre mercado y promover la iniciativa privada y empresarial en los países de Europa central y del este que estén comprometidos con la aplicación de los principios de la democracia multipartidista, el pluralismo y la economía de mercado».

[18] GAETA, A. and VASILARA, M.: *Development and Human Rights: the role of the World Bank*, The World Bank, Washington, 1998. Consultar también SFEIR-YOUNIS, A.: *Economic, social and cultural Rights and development strategies: human rights economics in international relations*, UN doc. E/C.12/2001/8, de 15 de marzo de 2001, párr. 4, donde el Representante Especial del Banco Mundial ante las Naciones Unidas asegura que el BM cuenta en su haber con una larga historia de ayuda a países en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

Banco tales como la reducción de la pobreza, los servicios de salud o la educación[19].

Aquéllos que se resisten a *cualquier* tipo de consideración de los derechos humanos en las actividades del Banco Mundial buscan su refugio en el artículo IV, 10 de sus Estatutos:

> «El Banco y sus funcionarios no podrán intervenir en asuntos políticos de ningún miembro: ni tampoco permitirán que la clase de gobierno de un miembro o de miembros interesados sea factor que influya en sus decisiones. Todas sus decisiones se inspirarán únicamente en consideraciones económicas, y estas consideraciones deberán aquilatarse en forma imparcial…».

El anterior Asesor Jurídico General del Banco, Ibrahim Shihata[20], ha clarificado, sin embargo, que el alcance del artículo IV, 10 es limitado. Esa disposición no cierra el paso a la financiación por parte del Banco de proyectos relacionados con los derechos humanos, ni sugiere que el Banco disfrute de impunidad cuando se vea envuelto en alguna violación de derechos humanos. La cuestión a la que se dirige este artículo IV, 10 es la condicionalidad en virtud de la situación de los derechos humanos *strictu sensu*: el Banco no debería negar la ayuda a causa de violaciones de derechos humanos[21] en el país prestatario. En opinión de Shihata, incluso esta prohibición no es una prohibición de carácter absoluto:

> «(…) Situaciones políticas que tengan efectos en la economía del país o en la viabilidad del proyecto y de su seguimiento (…) deberían ser tomadas en cuenta. Los derechos humanos pueden, de acuerdo con esta opinión, convertirse en un elemento relevante si su violación llega a ser tan generalizada que puede poner en peligro los aspectos mencionados más arriba»[22].

---

[19] Handl argumenta de manera convincente en relación con el desarrollo sostenible que, a medida que los bancos de desarrollo expanden sus funciones para incluir una amplia variedad de actividades, en esa misma medida tienen que ser considerados sometidos al Derecho internacional general o de carácter consuetudinario, en HANDL, G.: *op. cit.*, p. 657. Por otro lado, este autor reconoce que los bancos de desarrollo están sometidos tan solo a obligaciones funcionalmente limitadas en relación con la promoción de los derechos humanos, en HANDL, G.: *op. cit.*, p. 663.

[20] SHIHATA, I.: *The World Bank in a changing world*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, pp. 97-134.

[21] Sobre los desacuerdos en los años 60 y 70 entre la Asamblea General de las Naciones Unidas y el Banco Mundial en relación con el apoyo a Sudáfrica y Portugal, ver MARMORSTEIN, V.: «World Bank power to consider human rights factor in loan decisions», *Journal of international law and economics*, 1978, pp. 113-136.

[22] SHIHATA, I.: *op. cit.*, p. 107.

La postura actual del Banco acerca de la condicionalidad es que tiene prohibido aplicar la condicionalidad por la situación de derechos humanos, salvo como consecuencia de una actuación por parte del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas[23], o a menos que las consecuencias económicas de las violaciones de derechos humanos sean de tal grado que el propio proyecto sujeto a consideración no sea factible. Esta es una postura respetable, dada la gran variedad de opiniones acerca de la condicionalidad. Las sanciones económicas son a menudo contraproducentes desde el punto de vista de los derechos humanos. La tendencia apunta hacia dirigir esas sanciones a los individuos que han cometido alguna falta más que a las sociedades[24]. En aquellos casos excepcionales en los que las sanciones puedan ser útiles, la política actual del Banco permite la suficiente libertad.

Los Estatutos del Fondo Monetario Internacional no se refieren a los derechos humanos. Los propósitos del Fondo, tal y como vienen definidos[25], ni siquiera mencionan el desarrollo. No diferencian entre países sobre la base del nivel de desarrollo alcanzado. El FMI tradicionalmente se define a sí mismo como una agencia monetaria, no como una agencia de desarrollo[26].

El artículo I de los Estatutos del FMI se refiere a la promoción y el mantenimiento de altos niveles de empleo y de ingresos reales así como al desarrollo de los recursos productivos de los Estados miembros; asimismo, señala que la corrección de los desequilibrios en la balanza de pagos de los miembros no debería incluir «medidas destructoras

---

[23] Según el Acuerdo Especial entre las Naciones Unidas y el BIRD, en virtud del cual el BM se convertía en *organismo especializado* del sistema de las Naciones Unidas, el Banco tiene que tener en cuenta las obligaciones de sus miembros «de cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas» y se compromete a «tomar en consideración las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco de los artículos 41 y 42 de la Carta de las Naciones Unidas (ver el artículo VI, párr. 1, Agreement between the UN and the IBRD, 1947). El Banco, por lo tanto, incurre en la obligación, a través de la obligación que recae en cada uno de sus miembros, de respetar un embargo económico impuesto por el Consejo de Seguridad en el marco del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. A partir de 1990, el Consejo de Seguridad ha dado cada vez mayor importancia a las violaciones masivas y sistemáticas de derechos civiles y políticos a la hora de determinar la existencia de una amenaza para la paz y la seguridad internacionales, lo que constituye base suficiente para la imposición de sanciones económicas y militares.

[24] GARFIELD, R.: *The impact of economic sanctions on health and well being*, Relief and Rehabilitation Network, London, 1999.

[25] Estatutos del Fondo Monetario Internacional, de 22 de julio de 1944.

[26] WILLIAMS, M.: *International economic organisations and the third world,* Harvester Wheatsheaf, Hertfordshire, 1994, p. 55.

de la prosperidad nacional e internacional»[27]. En 1978, una referencia al efecto de las medidas del FMI en las políticas sociales fue incluida en los Estatutos, en una sección que abordaba la supervisión por parte del Fondo del cumplimiento de los miembros de los propósitos establecidos en el artículo I. Al efectuar el seguimiento de las políticas de sus miembros en materia de tipos de cambio, el Fondo tenía que respetar «el ordenamiento sociopolítico de los países miembros» y «prestar la debida atención a las circunstancias de los países miembros»[28].

Hoy es discutible si el FMI sigue siendo una mera agencia monetaria[29]. En los años 80, el FMI se involucró en programas de asistencia a largo plazo, es decir, en programas de desarrollo, como consecuencia de su papel en la programación del pago de la deuda externa. Más recientemente, en respuesta a las crecientes críticas a las IFIs, los Consejos de Administración del Banco Mundial y del Fondo han apoyado conjuntamente el *comprehensive development framework* (CDF) y las estrategias para la reducción de la pobreza como los mecanismos centrales para los préstamos a los países en vías de desarrollo de bajos ingresos. Este enfoque no cambia la división de responsabilidades entre las instituciones financieras internacionales, pero refuerza el impacto que tiene su colaboración en el campo del desarrollo. El texto sobre el CDF confirma una vez más la importancia del marco macroeconómico, cuando señala que

> «no podemos adoptar un sistema en el que lo macroeconómico y lo financiero se consideren aparte de los elementos estructurales, sociales y humanos, y viceversa. La integración de cada uno de estos aspectos es un imperativo tanto a nivel nacional como entre los actores globales».

En suma, la responsabilidad primordial del FMI sigue siendo la estabilización y el seguimiento macroeconómicos, pero es una consecuencia inevitable del CDF el que el FMI tenga en cuenta de manera creciente su impacto en los objetivos en materia de desarrollo, de los cuales es responsable esencial el Banco Mundial.

---

[27] Artículo I, párr. 2 y 5 respectivamente. El Consejero General del FMI, François Gianviti, señala que según esta última disposición, el FMI «ha optado por la postura de que su condicionalidad podría incluir el levantamiento de restricciones a los intercambios y al comercio, pero también el no tomar medidas que puedan dañar el medio ambiente o el bienestar de la población», en GIANVITI, F.: *Economic, social and cultural rights and the International Monetary Fund,* UN doc. E/C.12/2001/WP.5, de 7 de mayo de 2001, párr. 50.

[28] Artículo IV, sección 3, b.

[29] Gianviti sigue manteniendo esa postura, en GIANVITI, F.: *op. cit.*, párr. 56.

Por otro lado, no está todavía claro si la reorientación de las IFIs en la dirección de la reducción de la pobreza sobrevivirá al test del tiempo. Algunos han defendido una vuelta al enfoque inicial, que significaría dejar al FMI fuera de proyectos a largo plazo en los diferentes países y alejaría sus operaciones del campo de los derechos humanos[30].

Los Estatutos del FMI no incluyen una disposición comparable al artículo IV, 10 de los Estatutos del Banco Mundial, pero «la práctica de la organización ha sido, sin embargo, excluir cualquier cuestión que no tuviera un carácter económico o financiero de sus procesos de toma de decisiones»[31]. En agosto de 1997, en cambio, el Consejo de Administración del Fondo adoptó sus *Guidelines regarding governance issues*[32], que permitían a los ejecutivos del Fondo el «recabar información acerca de la situación política en los países miembros como un elemento esencial a la hora de determinar las perspectivas para llevar a cabo una determinada actuación». Estas Directrices identifican una serie de problemas relacionados con la gobernabilidad, entre los que incluyen la corrupción y la calidad de las funciones administrativas clave de los gobiernos como parte integral de las actividades normales del FMI. Ciertamente, todas esas preocupaciones son muy relevantes desde la óptica de los derechos humanos.

Sin embargo, todo ello queda todavía muy lejos de la posibilidad de establecer deberes positivos para el Fondo de actuar en el ámbito de la aplicación de reglas generales de derechos humanos sobre la base de sus

---

[30] Para un análisis de las diferentes propuestas de reforma del FMI ver BIRD, G.: «A suitable case for treatment? Understanding the ongoing debate about the IMF», *Third World Quarterly*, Vol. 22, n.º 5, 2001, pp. 823-848. Ver también distintas contribuciones en NAYYAR, D. (Ed.): *Governing globalization*, Oxford University Press, Oxford, 2002, y EINHORN, J.: «The World Bank's mission creep», *Foreign Affairs*, Vol. 80, n.º 5, 2001, pp. 22-35.

[31] BOISSON DE CHAZOURNES, L.: *op. cit.*, p. 51.

[32] Guidelines regarding governance issues (4 august 1997), publicadas en *IMF Survey*, Vol. 26, 1997, pp. 234-238. Las Guidelines on conditionality, Decision n.º 6056 (79/38), Executive Board IMF (2 march 1979), adoptadas por el Consejo de Administración del Fondo en 1979, limitan los criterios de actuación que el FMI puede utilizar «normalmente» a variables de carácter macroeconómico. En 1991, el entonces Relator Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los planes de ajuste estructural, Danilo Türk, propuso la adopción por el Fondo de unas Directrices de actuación básicas sobre el ajuste estructural y los derechos económicos, sociales y culturales, que podrían servir como base para el diálogo entre la institución financiera y los órganos de derechos humanos. La sugerencia fue bien recibida por los órganos de derechos humanos, pero no por el Fondo. El informe final de Danilo Túrk se encuentra en UN doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16.

propósitos y funciones. La obligación clave que deriva de las normas generales de derechos humanos y que resulta aplicable al FMI es una de carácter prohibitivo: la prohibición de violar derechos humanos o de convertirse en cómplice de dichas violaciones.

El Director General del FMI, François Gianviti, niega que el FMI tenga la obligación de asegurar que sus acciones no afectan negativamente a los derechos humanos o de no minar las posibilidades del país prestatario de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos. En opinión de Gianviti[33], depende del prestatario, y no del Fondo, el tener en cuenta los aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos humanos. El FMI no cuenta con un mandato general para asegurar que sus miembros cumplen con sus obligaciones internacionales; solamente aquellas obligaciones que sean relevantes para los propósitos del Fondo pueden ser tenidas en cuenta por éste, como por ejemplo las obligaciones financieras del prestatario hacia el Fondo o hacia otros prestamistas[34]. La referencia en los Estatutos del FMI a la necesidad de respetar las políticas sociales y las políticas públicas de los miembros contribuye aún más a constreñir la capacidad del Fondo de plantear cuestiones relativas al desarrollo social.

Sin ninguna duda, la responsabilidad primordial de plantear las obligaciones de derechos humanos en el marco de discusiones de carácter financiero recae en el prestatario. La responsabilidad de este último en materia de derechos humanos no disminuye cuando se encuentra en negociaciones con el FMI. Tan pronto como el Gobierno plantee objeciones motivadas por sus obligaciones en el campo de los derechos humanos en esa negociación, esas objeciones entrarán en el ámbito del artículo IV, 3, b) de los Estatutos del FMI. Las políticas sociales del prestatario pueden incluir compromisos internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y, en tales circunstancias, el artículo citado funciona más como un *requisito* de tomar en cuenta los

---

[33] GIANVITI, F.: *op. cit*., párr. 28-36.

[34] En torno al principio de especialización, y la tirante relación entre este principio y el actual enfoque holístico sobre el desarrollo, ver DE FEYTER, K.: *op. cit*., pp. 71-72 y 80-81. La especialización puede coexistir con un enfoque global del desarrollo, con la condición de que se tenga cuidado y se trate de evitar el dañar otros aspectos igualmente importantes del desarrollo, de los cuales la organización no es responsable primordial. Esta opinión es compartida por Norton cuando afirma que «una efectiva política social puede facilitar la tarea del ajuste en tiempos de crisis, ayudando a crear el apoyo necesario para un cambio de enfoque y asegurando que los efectos del ajuste no recaigan de una manera desproporcionada en los grupos más pobres y más vulnerables de la sociedad», en NORTON, J.: «A New International Financial Architecture?- Reflections on the possible law-based dimension», *The International lawyer*, Vol. 33, 1999, pp. 920-921.

efectos sobre los derechos humanos que como un impedimento, como sostiene Gianviti. Una vez que el prestatario señala que sus obligaciones en materia de derechos humanos tienen un impacto en lo que el Gobierno está dispuesto a aceptar para poder obtener la ayuda del FMI, el Fondo no puede mantener de una manera razonable que esas obligaciones son irrelevantes para su trabajo, tal y como viene definido en sus Estatutos.

Por otro lado, incluso si el prestatario no pone de manifiesto sus obligaciones en relación con los derechos humanos, sigue existiendo una obligación autónoma para el FMI derivada de las normas generales de derechos humanos que prohíben que la organización como persona jurídica con subjetividad internacional se vea involucrada en violaciones de derechos humanos. En consecuencia, el FMI debería sopesar seriamente la posibilidad de llevar a cabo a nivel interno declaraciones de impacto sobre los derechos humanos de las medidas que propone. Sin embargo, tenemos que reconocer que esas declaraciones de impacto no son una práctica corriente del FMI.

Además, es interesante observar que Gianviti reconoce que la participación del Fondo depende de un análisis respecto de si el programa es viable y de si tiene probabilidades de llevarse a cabo:

> «Esto significa que si un programa es tan estricto que puede dar lugar a una fuerte oposición popular, es probable que no se lleve a cabo, con lo que el Fondo no debería apoyarlo»[35].

Este pronunciamiento está abriendo la puerta a la sociedad civil. Bajo las actuales condiciones, el FMI bien podría tomar en consideración el impacto sobre los derechos humanos si los actores de la sociedad civil consiguen movilizar la suficiente «fuerte oposición popular» sobre la base de una plataforma que demuestre que las medidas propuestas son «tan estrictas» que afectan negativamente a los derechos humanos.

3. *Las políticas operativas del Banco Mundial y las Directrices relacionadas con las estrategias de reducción de la pobreza*

El Banco Mundial ha emitido todo un conjunto de instrucciones a sus trabajadores en las que se establecen ciertos standards a la hora de

---

[35] GIANVITI, F.: *op. cit.*, párr. 51.

llevar a cabo las operaciones[36]. Las Políticas Operativas, los Procedimientos del Banco y las antiguas Directivas Operativas son vinculantes para el personal del Banco, a menos que los mismos instrumentos establezcan otra cosa. Potencialmente, estas directrices se pueden utilizar como mecanismos para asegurar que los proyectos financiados por el Banco Mundial estén de acuerdo con el Derecho internacional[37]. Este capítulo trata de analizar en qué medida las actuales directrices son un reflejo de la preocupación por los derechos humanos.

No existe ni una sola Política Operativa del BM sobre los derechos humanos, aunque no hay ningún obstáculo legal a la adopción de una Política en ese sentido. La cuestión de si el Banco debería tener una Política Operativa en relación con todo el conjunto de derechos humanos es una cuestión que hay que debatir. Un instrumento de esta naturaleza elevaría el perfil de derechos humanos de la práctica del Banco, y permitiría abordar de una manera sistemática la importancia de los derechos humanos en las actividades que desarrolla. Por otro lado, los standards del Banco Mundial en materia de derechos humanos serían inevitablemente definidos por él mismo. Es la esencia de la autoregulación el que las normas sean un reflejo de los standards del propio grupo profesional. Cualquier propuesta de Política Operativa del BM sobre

---

[36] El Manual Operativo del Banco Mundial contiene la siguiente tipología de los diferentes instrumentos a través de los cuales la Dirección del Banco (tras la aprobación del Consejo) adopta instrucciones para los funcionarios responsables de determinar la posición del Banco a la hora de otorgar préstamos para proyectos específicos:

Las *Políticas Operativas* (Operational Policies) son declaraciones cortas y muy específicas que derivan de los Estatutos del Banco, las condiciones generales y las políticas aprobadas por el Consejo. Las Políticas Operativas establecen los parámetros para llevar a cabo las operaciones; también señalan las circunstancias bajo las cuales se admiten ciertas excepciones y determinan quién autoriza las excepciones.

Los *Procedimientos del Banco* (Bank Procedures) explican cómo los funcionarios del Banco ejecutan las políticas establecidas en las Políticas Operativas. Establecen los procedimientos y la documentación requerida para asegurar la consistencia y la calidad del Banco.

Las *Buenas Prácticas* (Good Practices) contienen avisos y directrices sobre la ejecución de políticas, por ejemplo, la historia del asunto, el contexto sectorial, el marco analítico, ejemplos de las mejores prácticas.

Las *Directivas Operativas* (Operational Directives) contienen una mezcla de políticas, procedimientos y directrices. Las Directivas Operativas están siendo reemplazadas gradualmente por Políticas Operativas, Procedimientos del Banco o Buenas Prácticas, que presentan las políticas, los procedimientos y las directrices de manera separada.

[37] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha urgido al Banco y a otras agencias a que respeten plenamente dichas directrices en la medida en que reflejan las obligaciones proclamadas en el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en General Comment n.º 7: *The right to adequate housing: forced evictions*, 1997, párr. 19.

derechos humanos diferiría del Derecho internacional general de los derechos humanos, para lo bueno o para lo malo.

La alternativa sería adoptar un instrumento que comprometiese al personal del Banco a cumplir con el actual Derecho internacional de los derechos humanos, asegurándose al mismo tiempo de que se incorporan ciertos niveles de protección de los derechos humanos en las políticas específicas del Banco que sean especialmente relevantes para los derechos humanos, como es el caso de las políticas de desalojos forzosos o de ajuste estructural.

Solamente una Directiva Operativa utiliza la terminología de los derechos humanos. La Directiva Operativa 4.20 sobre Pueblos Indígenas establece que[38]

> «el objetivo del Banco en relación con los pueblos indígenas, así como en relación con toda la población de sus países miembros, es asegurar que el proceso de desarrollo fomenta el pleno respeto de su dignidad, sus derechos humanos y su especificidad cultural. De una manera más específica, el objetivo central de esta Directiva es asegurar que los pueblos indígenas no se vean afectados por los efectos adversos del proceso de desarrollo, en particular de aquellos proyectos financiados por el Banco, y que reciben beneficios sociales y económicos que son compatibles con sus culturas»[39].

La Directiva Operativa tiene un amplio alcance personal, ya que incluye a «todos los grupos sociales con una identidad social y cultural distinta de la de la sociedad dominante, lo que les convierte en vulnerables ante los eventuales efectos desventajosos del proceso de desarrollo»[40].

---

[38] OD 4.20 (september 1991), párr. 6.

[39] La OD 4.20 está siendo objeto de revisión, y será reemplazada por la Política Operativa/Procedimiento del Banco 4.10 sobre Pueblos Indígenas. Se está llevando a cabo un proceso de consultas externas. El borrador más reciente (23 de marzo de 2001), que está disponible en la página web del Banco, pasa la referencia a los derechos humanos al primer párrafo del texto, a una sección denominada «Overview». El texto que se propone señala lo siguiente: «el objetivo de esta política es asegurar que el proceso de desarrollo fomenta el pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las culturas de los pueblos indígenas, contribuyendo de ese modo a la misión del Banco en relación con la reducción de la pobreza y el desarrollo sostenible». Hay que subrayar la desaparición de la referencia a «toda la población», que sí aparece en el texto actual.

[40] OD 4.20 (september 1991), párr. 3. Ver asimismo el borrador de la OP 4.10 (23 march 2001), párr. 4. Para una aplicación que enfatiza la necesidad de interpretar el alcance de la Directiva Operativa como afectando a todos los grupos en situación vulnerable, ver Inspection Panel, *Investigation Report on Nepal: Arun III Proposed hydroelectric project* (22 june 1995), párr. 110-113. Todos los informes de los Paneles de Inspección están disponibles en su website: www.worldbank.org/ipn.

Por otro lado, en el proceso de revisión en marcha parece haber un cierto cambio, desde un lenguaje más amplio a un enfoque que se centra más en los pueblos indígenas y en grupos vulnerables similares[41]. El enfoque del Banco hacia los derechos humanos sigue siendo un enfoque *ad hoc*. Los pueblos indígenas son un tema que está en la agenda del Banco y, por lo tanto, pueden ser catalogados como sujetos de derechos humanos.

En las políticas operativas aparecen con carácter esporádico ciertas referencias a los derechos a los recursos naturales[42].

El Derecho internacional medioambiental figura de una manera más destacada en las políticas operativas[43]. La OP 4.01 sobre Evaluación medioambiental es ejemplar en este sentido. Esta política operativa señala que la evaluación tomará en cuenta, entre otras:

> «las obligaciones del país, relacionadas con actividades para proyectos, que derivan de los tratados y acuerdos medioambientales más relevantes. El Banco no financia actividades para proyectos que pudieran contravenir dichas obligaciones, si así resulta de la evaluación medioambiental»[44].

---

[41] Ver también las recomendaciones en torno a la no aplicación de la Directiva Operativa 4.20 a varios grupos étnicos afectados por diferentes proyectos en Chad, en Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon petroleum and pipeline project* (17 july 2002), párr. 202.

[42] En los tratados de derechos humanos, el derecho a explotar los recursos naturales aparece como un componente del derecho de autodeterminación. A la hora de identificar proyectos, lo que requiere la participación informada de los pueblos indígenas, la OD 4.20 se refiere a proyectos «que afectan a los pueblos indígenas y a sus derechos a los recursos naturales y económicos» (septiembre de 1991, párr. 8). La OP 4.36 sobre silvicultura exige a los países clientes que «salvaguarden los intereses de los habitantes de los bosques, en particular sus derechos de acceso y uso de las áreas forestales designadas» (OP 4.36, septiembre de 1993, párr. D, iv.). La OD 4.30 sobre Desalojos Forzosos se refiere a los derechos consuetudinarios a la tierra y otros recursos en manos de la gente que se ve afectada de manera adversa por el proyecto (OD 4.30, junio de 1990, párr. 3, e.) y a la necesidad de tratar los derechos consuetudinarios y los derechos formales de la manera más igual posible (*Ibid*., párr. 17). El proceso de conversión de la OD 4.30 en una nueva OP/BP 4.12 ya está casi acabado. El borrador de la OP 4.12 introduce distinciones en cuanto a la compensación que se debería conceder por el prestatario entre aquéllos que tienen reconocidos derechos a la tierra según el derecho interno y aquéllos que no disponen de dichos derechos. Una crítica de una coalición de ONGs se puede encontrar en una carta abierta de The Forest People Programme a los Directores Ejecutivos del Banco Mundial y del FMI titulada «Concerns about the weakening of World Bank safeguard policies» (2 de marzo de 2001), disponible en la propia ONG.

[43] Para encontrar ejemplos adicionales, ver BOISSON DE CHAZOURNES, L.: «Compliance with operational standards: the contribution of the World Bank Inspection Panel», en ALFREDSSON, G. and RING, R. (Eds.): *The Inspection Panel of the World Bank*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2001, p. 78.

[44] OP 4.01 on Environmental Assessment (january 1999), párr. 3.

La OP 4.36 sobre Silvicultura va un paso más allá, insistiendo en que el prestatario proporcione un nivel de protección similar al nivel garantizado en el plano internacional, incluso si el prestatario no ha aceptado previamente dichas obligaciones. La política operativa establece que

> «el Banco no financia proyectos que contravengan los acuerdos internacionales de carácter medioambiental que resulten aplicables»[45].

No hay ningún obstáculo jurídico que impida la adopción de un pronunciamiento similar prohibiendo que el Banco financie proyectos que contravengan el Derecho internacional de los derechos humanos que sea aplicable. La naturaleza jurídica de ambas ramas del Derecho es similar. Ambas consisten en disposiciones convencionales y consuetudinarias vinculantes relativamente sucintas, clarificadas por todo un conjunto de declaraciones, resoluciones, directrices, códigos de conducta y comentarios autorizados realizados por órganos de expertos que lo que pretenden es asegurar que se llevan a cabo las mejores prácticas ante el surgimiento de nuevas situaciones[46]. Se admite que el diferente tratamiento del Derecho internacional medioambiental y del Derecho internacional de los derechos humanos contradice la lógica de las propias normas adoptadas por el Banco y la lógica del Derecho internacional en el terreno del desarrollo sostenible[47].

Se podría defender que las políticas operativas, incluso aunque no utilicen el lenguaje de los derechos humanos, ofrecen un cierto grado de protección de los derechos humanos.

En el terreno de los derechos civiles y políticos, resultan relevantes ciertas disposiciones que establecen determinados niveles de participación de aquellos grupos que se ven afectados por proyectos de desarrollo. Las normas varían de manera considerable, desde aquéllas que fomentan con carácter general el involucrar activamente a los beneficiarios

---

[45] *Ibid*., párr. 2.

[46] Ver BIRNIE, P.: «International environmental law: its adequacy for present and future needs», en HURRELL, A. and KINGSBURY, B. (Eds.): *The international politics of the environmen*t, Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 83.

[47] El Derecho internacional en el ámbito del desarrollo sostenible ha sido descrito como «un amplio paraguas que acomoda los campos especializados del Derecho internacional que pretenden la promoción del desarrollo económico, la protección medioambiental y el respeto de los derechos civiles y políticos»; está basado en «un enfoque que exige que se traten de una manera integrada los principios ya existentes, las normas y los acuerdos institucionales», en SANDS, P.: «International Law in the field of sustainable development», *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 379.

y a las ONGs[48] hasta las que sencillamente exigen consultas regulares por parte del prestatario[49].

En el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales, las directivas operativas sobre reducción de la pobreza y sobre préstamos para el ajuste son de especial interés. La Directiva Operativa sobre Reducción de la Pobreza reconoce que la reducción sostenible de la pobreza requiere, entre otras cosas, «un mayor acceso a la educación, a la asistencia sanitaria y a otros servicios sociales»[50]. Por su parte, la consagrada al ajuste estructural[51] señala lo siguiente:

> «dentro del gasto total impuesto por el marco macroeconómico, se deberían llevar a cabo esfuerzos especiales para salvaguardar, e incrementar cuando sea necesario, dotaciones presupuestarias para salud básica, nutrición y educación, incluyendo programas que beneficien a los grupos más vulnerables. Las reformas institucionales y el desarrollo deberían ser apoyados cuando sea necesario para asegurar que los beneficios alcanzan a los pobres»[52].

La Directiva Operativa, sin embargo, no incluye un reconocimiento de la necesidad de asegurar un nivel mínimo básico de derechos económicos, sociales y culturales[53].

---

[48] OP 4.15 (december 1991) on Poverty reduction, párr. 39.

[49] OD 4.30 (june 1990) on Involuntary Resettlement, párr. 8, OD 4.20 on Indigenous Peoples, párr. 8 y 14.a. y OP 4.04 (june 2001) on Natural habitats, párr. 10.

[50] OD 4.15 on Poverty reduction, párr. 39.

[51] OD 8.60 on Adjustment lending policy (december 1992). La OD 8.60 es bastante ambivalente en cómo lograr el equilibrio entre el ajuste estructural y la procura de ciertos servicios sociales. La Directiva Operativa sólo exige un énfasis especial en la reducción de la pobreza en el curso de operaciones de ajuste cuando así lo determinen las circunstancias del país, no de una manera sistemática. Por otro lado, incluso en ausencia de dicho énfasis especial, el Banco «debería apoyar los esfuerzos del Gobierno para reducir la pobreza y mitigar los costos sociales del ajuste». Ver al respecto la recomendación del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en torno a que «el objetivo de proteger los derechos de los pobres y vulnerables se debe convertir en un objetivo básico del ajuste económico», en UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n.º 2 (1990) on international technical assistance measures, párr. 9.

[52] *Ibid*. Párr. 24. Un análisis interesante del rol del Banco Mundial en la protección social se puede encontrar en WORLD BANK: *Social Protection sector strategy. From safety net to springboard*, World Bank, Washington, 2001.

[53] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas es de la opinión de que el respeto de ciertos niveles mínimos esenciales de derechos económicos, sociales y culturales es el núcleo mínimo que tiene que ser garantizado a la luz del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales, en UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment n.º 3 (1990) on the nature of States parties' obligations, párr. 10.

Finalmente, aunque no existen dudas en torno a que las políticas operativas sean vinculantes para el personal, la práctica del Banco normalmente se sitúa por debajo de esos standards. La efectividad de la autoregulación depende de la disciplina interna de la organización y del compromiso de la dirección y del personal con los diferentes niveles de implementación[54].

Las políticas operativas regulan la concesión de préstamos por el Banco Mundial para proyectos específicos. No cubren el área de las estrategias de reducción de la pobreza[55]. Esas estrategias son parte del tratamiento de las instituciones financieras internacionales de la reducción de la deuda externa[56]. Por decirlo de una manera breve: la reducción de la deuda se condiciona, entre otras cosas, a la adopción e implementación de estrategias de reducción de la pobreza por parte de los países beneficiarios. Las estrategias de reducción de la pobreza (PRSP, *Poverty Reduction Strategy Papers*) se pretende que sean llevadas a cabo por los propios países, que sean elaboradas y desarrolladas de una manera transparente y con una amplia participación de la sociedad civil, los principales donantes y otras instituciones financieras internacionales relevantes.

En última instancia, la PRSP adquiere la forma de un acuerdo tripartito entre el Gobierno, el FMI y el Banco Mundial[57]. Esto significa que el Gobierno tiene que presentar el PRSP para su aprobación a los Consejos Ejecutivos del Banco Mundial y del FMI. Dicha aprobación se concede sobre la base de un análisis conjunto por parte de personal del Banco y del FMI (*Joint IMF/World Bank Staff Assesment*, JSA). Estos Joint Staff Assessments cuentan con sus propias directrices[58]. La terminología de los derechos humanos o referencias a las obligaciones de los Gobiernos

---

[54] Las conclusiones del Panel de Inspección sobre el cumplimiento de las políticas operativas por parte del personal son bastante discretas. Ver, en particular, Inspection Panel, *Investigation report on the China Western poverty reduction project* (28 April 2000), párr. 34.

[55] Las estrategias de reducción de la pobreza son un «vehículo operativo, que pueden ser un producto específico del *comprehensive development framework* (CDF) o de procesos basados en principios del CDF». Ver al respecto la nota conjunta de James Wolfensohn y Stanley Fischer: «The Comprehensive development framework and poverty reduction strategy papers» (5 April 2000).

[56] Los Consejos Ejecutivos del FMI y del Banco Mundial confirmaron la adopción de la estrategia de reducción de la pobreza el 21 de diciembre de 1999, en IMF Press release n.º 99/65 (22 december 1999).

[57] Acerca de los progresos alcanzados hasta la fecha, ver IMF/IDA: *Poverty reduction strategy papers. Progress in implementation*, IMF/IDA, Washington, 2001.

[58] Estas Directrices aparecen como Anexo 2 en IMF/IDA: *Poverty reduction*…, *op. cit*., pp. 22-27. El JSA «debe hacer una evaluación global para los Consejos Ejecutivos acerca de si la estrategia presentada en el PRSP constituye una base sólida para la ayuda concesional del Fondo y del Banco» (*JSA Guidelines*, párr. 2)

en materia de derechos humanos se encuentran ausentes de estas Directrices[59]. No existen exigencias por parte del personal del Banco y del Fondo de tener en cuenta las obligaciones de derechos humanos por parte del prestatario. Algunos de los criterios de evaluación son relevantes desde una perspectiva de derechos humanos[60].

Las estrategias de reducción de la pobreza son, en realidad, un plan de desarrollo de un país sobre cómo atacar la pobreza en un determinado periodo de tiempo, incluyendo también actores externos. Si los derechos humanos no se integran en estos planes, entonces tienen pocas posibilidades de convertirse en una prioridad. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha tardado en identificar este riesgo, pero, en 2001, a petición del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, estableció un equipo de expertos para redactar unas directrices sobre cómo integrar los derechos humanos en las estrategias de reducción de la pobreza. Los destinatarios de estas directrices son «aquellos actores que en la práctica están involucrados en el diseño de las estrategias», fundamentalmente los Estados, pero también otros actores comprometidos con la erradicación de la pobreza.

4. *Obligaciones en materia de derechos humanos en los acuerdos internacionales en los que las IFIs son partes*

Las obligaciones de derechos humanos para las instituciones financieras internacionales también pueden resultar de acuerdos internacionales

---

[59] Por ejemplo, en la sección sobre indicadores de avances en la reducción de la pobreza, se hace referencia a los objetivos internacionales de desarrollo y a «indicadores y objetivos que tengan en cuenta de una manera apropiada las disparidades por grupos sociales, género y región» (*JSA Guidelines*, párr. C.1), pero no a indicadores para supervisar y evaluar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales. Acerca de estos indicadores, ver INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS INTERNSHIP PROGRAM: *Circle of Rights, Asian Forum for human rights and development*, Washington, 2000, pp. 365-391. Para una crítica general de las estrategias de reducción de la pobreza desde la óptica de los derechos humanos, ver CHERU, F.: «The Highly Indebted Poor Countries (HIPC) Initiative: a human rights assessment of the poverty reduction strategy papers», UN doc. E/CN.4/2001/56 (18 january 2001), párr. 25.

[60] Incluyen la existencia de mecanismos utilizados para consultar a los pobres y a sus representantes, hasta dónde el PRSP ha estimado el posible impacto de sus propuestas sobre los pobres y medidas para mitigar los impactos negativos; la existencia de medidas para promover un trato justo y equitativo ante la ley a los hombres y mujeres pobres y garantizarles la posibilidad de recurrir, incluso en relación con derechos de propiedad; determinadas propuestas sobre los pasos a dar para impulsar la transparencia y asegurar la responsabilidad de las instituciones públicas y servicios vis-à-vis las necesidades y prioridades de los pobres (ver *JSA Guidelines*, párr. A.1, D.5, D.6 y D.7).

en los que son partes. Vamos a analizar a continuación dos tipos de acuerdos completamente distintos:

—los acuerdos especiales que las instituciones financieras internacionales han concluido con las Naciones Unidas, en virtud de los cuales las IFIs obtuvieron el status de agencias especializadas de las Naciones Unidas;
—los acuerdos de préstamo que el Banco Mundial concluye con los países prestatarios.

4.1. Los acuerdos especiales

Una organización que pretende ser reconocida como agencia especializada de las Naciones Unidas necesita ponerse en relación con los órganos principales de las Naciones Unidas[61]. Esto se consigue mediante la conclusión de un acuerdo entre las Naciones Unidas y la organización intergubernamental de que se trate.

Dichos acuerdos especiales contienen disposiciones sobre el intercambio de información pero, lo que es más importante en este contexto, es que también incluyen una obligación de la agencia especializada de colaborar en la consecución de los objetivos de la cooperación internacional económica y social tal y como viene definida en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas. El respeto y la observancia universales de los derechos humanos aparecen como uno de los objetivos más importantes de la cooperación internacional en los terrenos económico y social en el artículo 55 de la Carta. Además, la Carta identifica la promoción del respeto por los derechos humanos como uno de los propósitos principales de las Naciones Unidas[62].

Tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional han concluido acuerdos de vinculación con las Naciones Unidas[63]. En consecuencia, las IFIs tienen la obligación de contribuir al respeto y a la observancia universales de los derechos humanos. El Comité de Derechos

---

[61] En la práctica, con el Consejo Económico y Social; ver al respecto el artículo 63 de la Carta de las Naciones Unidas. Estos acuerdos especiales necesitan ser aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

[62] Artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (1945).

[63] Acuerdo entre Naciones Unidas y el BIRD (15 de abril de 1948), y Acuerdo entre Naciones Unidas y el FMI (15 de abril de 1948). El artículo 1.2 del Acuerdo entre Naciones Unidas y el Banco Mundial señala que el Banco es una agencia especializada con amplias responsabilidades en el campo económico y campos afines, en el marco del artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas. Este artículo también añade que el Banco es una organización independiente y, por lo tanto, se le exige que actúe de manera autónoma.

Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha resumido de una manera muy clara las implicaciones que se derivan en materia de derechos humanos del hecho de convertirse en una agencia especializada:

> «en términos negativos, esto significa que las agencias especializadas deberían evitar por todos los medios involucrarse en proyectos que, por ejemplo, utilicen el trabajo forzoso en contravención de los standards internacionales, o promuevan la discriminación contra individuos o grupos en contra de las disposiciones del Pacto… En términos positivos, significa que, en la medida de lo posible, las agencias deberían actuar en defensa de proyectos y enfoques que contribuyan no sólo al crecimiento económico…, sino también a un adecuado disfrute de toda la gama de derechos humanos»[64].

En otras palabras, aunque la base jurídica de la obligación sea diferente, el resultado es similar al que se consigue cuando las obligaciones derivan de normas generales de Derecho internacional.

3.2. Los acuerdos de préstamo

Las instituciones financieras internacionales tienen la capacidad, según el Derecho internacional, de llevar a cabo los acuerdos que sean necesarios para la consecución de sus objetivos. Los acuerdos de préstamo concluidos por el Banco Mundial con los países prestatarios pertenecen a este tipo de acuerdos[65].

Los acuerdos de préstamo son tratados internacionales concluidos entre un Estado y una organización internacional, sometidos al Derecho internacional[66], y que resultan igualmente vinculantes tanto para el Estado como para el Banco. Dependiendo de la actitud que adopte el ordenamiento jurídico interno hacia el Derecho internacional, estos acuerdos se pueden situar por encima del Derecho interno[67].

---

[64] General Comment n.º 2 (1990), UN Doc. E/1990/23, Anexo III, párr. 6.

[65] De acuerdo con Skogly, la práctica del FMI es no llevar a cabo tratados con Estados miembros. Los *Acuerdos Stand-by*, los instrumentos jurídicos mediante los cuales se ponen los recursos a disposición de los Estados, no son jurídicamente vinculantes sino que están bajo la órbita del *soft law*, en Skogly, S.: *The human rights obligations of the World Bank*…, *op. cit*., pp. 30-32.

[66] Amerasinghe, C.: *Principles of the institutional law of international organizations*…, *op. cit*., p. 246. Ver asimismo Skogly, S.: *op. cit*., pp. 28-30.

[67] Para un ejemplo, ver Inspection Panel, *Report and recommendation on request for inspection on India: Ecodevelopment project* (21 october 1998), párr. 63.

Desde la perspectiva del Banco, los acuerdos de préstamo son importantes instrumentos para asegurar la consistencia con los procedimientos operativos[68]. Al incluir las disposiciones de las políticas operativas en los acuerdos de préstamo, se crean obligaciones internacionales vinculantes tanto para el prestatario como para el Banco. Mediante dichos acuerdos, las políticas operativas se convierten en norma jurídica para ambas partes. En cualquier caso, los acuerdos otorgan al Banco el derecho a insistir en su cumplimiento por parte del prestatario, lo que puede ser muy útil cuando la legislación doméstica proporciona menor protección a los beneficiarios que los standards del Banco Mundial[69].

Por otro lado, los acuerdos de préstamo también son una fuente de obligaciones legales para el Banco. La falta de cumplimiento de las obligaciones que derivan de dichos acuerdos por parte del Banco compromete su responsabilidad internacional[70]. La responsabilidad surge directamente del incumplimiento de las obligaciones, en la medida en que la conducta sea atribuible a la organización[71].

Desde una perspectiva de derechos humanos, la inclusión de disposiciones ofreciendo protección de derechos humanos a las personas afectadas por proyectos sería un paso adelante. Aunque aquéllos que sufren violaciones de derechos humanos como consecuencia del no

---

[68] SHIHATA, I.: *The World Bank*…, *op. cit*., p. 183.

[69] El que el Banco en la práctica insista en dicho cumplimiento es otra cuestión. En *Argentina/Paraguay: Yacyreta hydroelectric project* los demandantes argumentaban que el Banco no había garantizado la adecuada ejecución de actividades para el realojo y para la mitigación de los daños medioambientales al no haber supervisado y aplicado las normas relevantes al respecto. Los gestores del Banco respondieron que es un principio básico de las operaciones del Banco que la puesta en marcha de los recursos legales internos no es un requisito, sino una herramienta discrecional para ser aplicada sólo cuando otras medidas razonables de persuasión han fracasado. El Panel de Inspección señaló que había cierto margen de flexibilidad al respecto, pero también subrayó que la resolución constitutiva del Panel identifica que el que el Banco no supervise el cumplimiento de las obligaciones que derivan de los acuerdos de préstamo por parte de los prestatarios en relación a las políticas operativas constituye una posible causa para una eventual demanda. El Banco tenía la obligación de asegurar una adecuada implementación del acuerdo de préstamo y, en el caso que se estaba revisando, no lo había hecho, aceptando repetidas violaciones de las principales disposiciones de los acuerdos. Ver *Inspection Panel Report and recommendation on Argentina/Paraguay: Yacyreta hydroelectric* (26 november 1996), párr. 9, pp. 28-31.

[70] AMERASINGHE, C.: *op. cit*., p. 240.

[71] Ver SCOBBIE, I.: «International organisations and international relations», en DUPUY, R-J. (Ed.): *A Handbook on international organizations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1998, p. 887. Es generalmente aceptado que las normas consuetudinarias que regulan la responsabilidad del Estado son, en principio, igualmente aplicables a las organizaciones internacionales.

cumplimiento de los acuerdos no tendrían capacidad para alegar directamente el acuerdo, podrían recurrir al Derecho de la responsabilidad civil. El argumento podría ser que el Banco ha incumplido su deber de cuidado al no tener en cuenta los efectos dañinos de dicho incumplimiento en las personas afectadas. A la hora de determinar cuáles son los standards del debido cuidado, un tribunal interno podría tomar en consideración los propios standards profesionales del Banco tal y como vienen establecidos en las políticas operativas[72]. Si ello fuera así, el Banco no dudaría en argumentar que es el prestatario, y no él mismo, quien debería ser hecho responsable por la falta de implementación. Por otro lado, también podría ser posible el establecimiento de responsabilidades compartidas[73].

4. *Inmunidad jurisdiccional*

La razón por la que se otorgan privilegios e inmunidades es «permitir a las organizaciones funcionar adecuadamente sin la indebida interferencia en sus asuntos internos por los Estados y, por lo tanto, asegurar un desempeño independiente de las tareas que le han sido asignadas»[74].

---

[72] Shihata defiende que el mero incumplimiento del Banco de sus políticas difícilmente constituiría una violación del Derecho aplicable: «estas políticas suelen exigir standards bastante altos, más allá de a lo que los prestatarios o sus financiadores externos están obligados por el Derecho interno o el Derecho internacional», en SHIHATA, I., en ALFREDSSON, G. and RING, R. (Eds.): *The Inspection Panel…*, *op. cit*., pp. 42-43.

[73] La responsabilidad compartida se podría establecer acudiendo al concepto de complicidad entre los múltiples actores intervinientes. En un artículo sobre la complicidad de las empresas en abusos en materia de derechos humanos, Clapham y Jerbi desarrollan una teoría que puede sernos de utilidad aquí. Estos autores distinguen entre complicidad directa, complicidad silenciosa y complicidad de la que se obtiene un provecho, en CLAPHAM, A. and JERBI, S.: «Categories of corporate complicity in human rights abuses», *Hastings international and comparative law journal*, Vol. 24, 2001, pp. 339-350. La complicidad directa exige una participación intencionada, pero no necesariamente la intención de causar un daño sino sólo el conocimiento de la posibilidad de causar efectos dañinos por parte de la asistencia proporcionada. En nuestro ejemplo, cabría argumentar que el Banco Mundial podría haber previsto que el acuerdo de préstamo no se hubiera implementado si el personal no asegura un seguimiento apropiado de dicho acuerdo. La responsabilidad primaria podría ser atribuida al prestatario, pero el Banco también podría incurrir en responsabilidad por ayudar o asistir al Estado en la comisión de un acto erróneo. La complicidad indirecta implica que los beneficios se derivan de un daño producido por otro. En este sentido, los autores citan el ejemplo de violaciones de derechos humanos cometidos por fuerzas de seguridad en el contexto de operaciones conjuntas. La complicidad silenciosa implica la culpabilidad por no ejercer la necesaria influencia.

[74] SCOBBIE, I.: «International organisations…», *op. cit*., p. 833.

Tales privilegios e inmunidades son funcionales, es decir, limitados a lo que es estrictamente necesario para alcanzar los propósitos de la organización[75]. Los Estatutos del Banco Mundial reconocen que sus inmunidades y privilegios deberían «permitir al Banco cumplir las funciones que tiene encomendadas»[76]. Las necesidades de las organizaciones difieren entre sí, al igual que sus inmunidades. Sobre la inmunidad jurisdiccional ante los tribunales de los Estados miembros, los Estatutos del Banco Mundial establecen que

> «sólo podrá seguirse acción contra el Banco ante el tribunal de jurisdicción competente, en los territorios de un miembro donde el Banco tuviere establecida una oficina, en que hubiere designado un apoderado con el objeto de aceptar emplazamiento o notificación de demanda judicial, o donde hubiere emitido o garantizado títulos»[77].

El objetivo básico de esta disposición es proporcionar inmunidad contra demandas interpuestas por el prestatario ante sus propios tribunales en virtud de acuerdos de préstamo en los que el Estado sea parte[78]. Uno puede comprender la preocupación del Banco y sus resistencias a verse sometido a los tribunales internos de la parte con la tiene que resolver una determinada controversia jurídica. Con todo, las consecuencias son bastante severas. Los prestatarios no cuentan con la posibilidad de emprender acciones legales contra el Banco, incluso aunque el propio Banco reconozca internamente que ha cometido algún error.

La situación es diferente, sin embargo, para aquellas partes que se han visto afectadas de manera adversa. Amerasinghe señala que existe una presunción de ausencia de inmunidad excepto en las circunstancias que hemos mencionado anteriormente[79]. La inmunidad del Banco es de carácter restrictivo, limitándose a demandas por parte de Estados miembros o personas que derivan sus demandas de Estados miembros. La inmunidad por lo tanto no cubre disputas con particulares, a menos que deriven sus reclamaciones de Estados miembros o impidiese al Banco ejercer las funciones para las que ha sido creado. Una demanda

---

[75] AMERASINGHE, C.: *op. cit.*, p. 370.

[76] IBRD Articles of Agreement (27 december 1944), art. VII, 1. De manera análoga, IMF Articles of Agreeement (22 july 1944), art. IX, 1.

[77] Art. VII, 3. En cambio, los Estatutos del FMI establecen la inmunidad respecto de cualquier tipo de procedimiento judicial, excepto en la medida en que el FMI renuncie a su inmunidad para procedimientos de naturaleza judicial o venga exigido por los términos de un determinado contrato. Ver los Estatutos del FMI, art. IX, 3.

[78] AMERASINGHE, C.: *op. cit.*, p. 375.

[79] AMERASINGHE, C.: *op. cit*.

basada en la negligencia del Banco, como hemos analizado anteriormente, no entraría en esa categoría. El Banco aún disfrutaría de inmunidad en otros aspectos, pero la inmunidad standard estaría «orientada a un determinado resultado», es decir, sólo proporciona protección contra reclamaciones que pongan en peligro la propia existencia del Banco o le impidan el desempeño de sus funciones básicas[80]. El caso se dirimiría ante el Derecho interno antes que bajo el Derecho internacional[81]. No podríamos esperar ningún éxito sin un poder judicial independiente que esté mínimamente abierto a las reclamaciones planteadas por determinados grupos vulnerables de la sociedad.

Por otra parte, el Banco se podría comprometer a una política de levantamiento de la inmunidad en casos en los que las partes aleguen que sus derechos humanos se han visto afectados como consecuencia de determinadas acciones u omisiones del Banco. Un posible foro internacional para dicho caso podría ser la Corte Permanente de Arbitraje, que ha adoptado Reglas Optativas para el arbitraje entre las organizaciones internacionales y los entes privados.

B) **La práctica**

1. *El Panel de Inspección del Banco Mundial*

El Banco Mundial creó el Panel de Inspección en 1993[82]. Los miembros del Panel adoptaron sus procedimientos operativos en agosto de 1994[83], y el Panel comenzó a funcionar en septiembre de ese mismo año.

---

[80] Ver REINISCH, A.: *International organisations before national courts*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000. Dominicé defiende que la inmunidad jurisdiccional de las organizaciones internacionales ante los tribunales domésticos no debería prevalecer sobre los derechos humanos de los individuos afectados de manera adversa, en particular si esos individuos no tienen acceso a ningún otro tribunal, en DOMINICE, C.: «Observations sur le contentieux des organisations internationales avec des personnes privés», *Annuaire Français de Droit International*, Vol. XLV, p. 625 y 638.

[81] Hay que observar que también en cuestiones de inmunidad, a los Estados se les exige en los Estatutos del Banco Mundial «que hagan efectivos en su propio Derecho los principios establecidos en este Estatuto...». Tanto los Estatutos del Banco Mundial como las disposiciones relevantes del Derecho interno se aplicarían por lo tanto en una disputa de este tipo.

[82] Resolución n.º 93-10 de los Directores Ejecutivos creando el Panel de Inspección para el Banco Mundial (22 de septiembre de 1993) y la Resolución n.º 93-6 para la Agencia Internacional de Desarrollo (22 de septiembre de 1993).

[83] Inspection Panel for the IBRD and IDA, *Operating Procedures as adopted by the Panel* (19 de agosto de 1994).

El Panel de Inspección es competente para recibir solicitudes de inspección que se le presenten por una parte afectada cuando ésta demuestre

> «que sus derechos o intereses han sido o es probable que sean directamente afectados por una acción u omisión del Banco como resultado del no seguimiento por parte del Banco de sus políticas y procedimientos operativos en relación con el diseño, valoración y/o realización de un proyecto financiado por el Banco (incluyendo situaciones en las que se alegue que el Banco no ha llevado a cabo un adecuado seguimiento de las obligaciones del prestatario bajo acuerdos de préstamo en relación con dichas políticas y procedimientos) siempre que en tales casos dicho fallo haya tenido, o amenace con tener, un efecto material adverso»[84].

El Panel de Inspección se limita a informar sobre el cumplimiento por parte del Banco de sus propias políticas. El Panel no es competente para declarar violaciones del Derecho internacional, incluyendo el Derecho internacional de los derechos humanos. Por otro lado, nada impide que los demandantes aleguen que sus derechos humanos se han visto afectados adversamente por una acción del Banco. En los tres casos que vamos a analizar a continuación así lo hicieron. Tanto la respuesta de la Dirección como el Panel de Inspección respondieron de una manera sustantiva a las reclamaciones en materia de derechos humanos. Dichas reclamaciones fueron atendidas en la medida en que estaban relacionadas con conductas del Banco bajo determinadas políticas operativas.

El procedimiento del Panel es de naturaleza administrativa más que judicial, otorgando un rol importante al Consejo en las diferentes fases del procedimiento. Los informes del Panel son solamente de carácter recomendatorio. Los Directores Ejecutivos tienen capacidad para tomar decisiones, tanto a la hora de permitir o no una investigación tras el informe del Panel sobre la admisibilidad como a la hora de decidir sobre las acciones a emprender tras la finalización de una investigación por parte del Panel. Las decisiones del Consejo son potencialmente una fuente de obligaciones legales para el personal del Banco, mientras que los fallos del Panel no lo son.

En la práctica, el Consejo nunca adopta una postura expresa sobre las conclusiones del Panel de Inspección. El Consejo nunca identifica una práctica específica del Banco como una violación de las políticas

---

[84] Resolución n.º 93-10 (22 de septiembre de 1993), párr. 12.

operativas del Banco, y mucho menos como una violación de derechos humanos. El Consejo decide sobre actuaciones, no sobre el Derecho. Las decisiones en torno a llevar a cabo una determinada actuación tras un Panel de Inspección se toman «caso por caso»[85], y siempre en respuesta a las líneas de actuación propuestas por la Dirección. En el mejor de los casos, las decisiones del Consejo constituyen una aprobación implícita de las conclusiones del Panel acerca de un incumplimiento[86]. El Consejo de Directores Ejecutivos no cumple las funciones normalmente asociadas a un órgano decisorio en un procedimiento judicial. El Consejo no clarifica el alcance de las disposiciones de las políticas operativas. No interpreta las implicaciones jurídicas de las políticas. No facilita la aplicación interna de las normas. Evita el establecimiento de precedentes. No trata con los demandantes. Como un órgano político, el Consejo está preocupado con el mantenimiento de la cohesión entre sus diversos miembros y de las buenas relaciones de trabajo del personal, animándoles a que concedan mayor importancia al pragmatismo que a los principios. Como tal, el Consejo de Directores Ejecutivos es una institución que no sirve para promover la autoregulación del Banco Mundial en materia de derechos humanos.

El procedimiento del Panel de Inspección no otorga compensación por parte del Banco a aquellas personas que se ven afectadas por actuaciones llevadas a cabo vulnerando sus políticas operativas.

2. *La India: Ecodesarrollo*

En La India, un proyecto de ecodesarrollo demuestra que en el esfuerzo llevado a cabo por diferentes actores, la responsabilidad de los «beneficiarios» del proyecto tenderá a diluirse a menos que los gestores del proyecto lleven a cabo e implementen acuerdos muy detallados sobre cómo asegurar los derechos de participación. Como hemos señalado con

---

[85] UMANA, A.: «Some lessons from the Inspection Panel's experience», en ALFREDSSON, G. and RING, R. (Eds.): *op. cit.,* p. 139. Este autor ha sido anteriormente Presidente del Panel de Inspección.

[86] En consecuencia, el impacto jurídico de los informes del Panel de Inspección es bastante limitado. En varios de sus informes, el Panel ha puesto de manifiesto que el proceso de investigación ha tenido un impacto positivo en la conducta del personal relevante encargado del proyecto como, por ejemplo, en Ecuador: el Panel observó que hubo una evolución positiva hacia las dimensiones medioambientales del proyecto, que «parece se han acelerado de una manera significativa tras recibir la Solicitud», Inspection Panel, *Investigation report on Ecuador: Mining development and environmental control technical assistance project* (23 february 2001), párr. 7.

anterioridad, el derecho de la gente a participar en decisiones que afectan a sus vidas es un elemento esencial del enfoque de derechos humanos aplicado a los proyectos de desarrollo. Los derechos de participación se construyen sobre la base tanto de derechos civiles y políticos como de derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, la necesidad de consulta también se puede justificar desde una lógica estrictamente económica: el conocimiento se percibe como una condición crítica para un adecuado equilibrio en una economía de mercado, tanto para los que toman las decisiones como para los consumidores (por ejemplo, las poblaciones afectadas)[87].

El proyecto de ecodesarrollo en La India se dirige a siete parques nacionales, incluyendo el Nagarahole National Park en el Estado de Karnataka, al sur de La India. El proyecto trata de promover la conservación del medio ambiente mediante incentivos y alternativas a las poblaciones que viven en los perímetros de los siete parques a los que se dirige el proyecto. El objetivo clave es reducir la presión sobre los parques ejercida por las comunidades que utilizan los recursos, ofreciéndoles actividades sustitutivas[88].

La *Indian Wildlife Protection Act* de 1972 prohíbe a las personas residir dentro de un parque nacional. En 1997, el Tribunal Supremo de La India, a petición del World Wildlife Fund for Nature, urgió a los gobiernos de los Estados que todavía no lo hubieran hecho a que cumplieran plenamente la ley. El Gobierno del Estado de Karnakata dejó de prestar servicios básicos a los pueblos indígenas que vivían dentro del parque, y no les incluyó en los programas que iban a ser financiados por el Banco Mundial. Las ONGs indígenas no fueron parte del proceso de consultas. De esta forma, estaban dadas las condiciones para un conflicto entre la agenda medioambiental y los derechos de los pueblos indígenas.

Aunque el concepto de ecodesarrollo en La India es previo a la intervención del Banco Mundial, éste ha jugado un papel esencial como principal contribuyente financiero al proyecto: el Banco fue el donante clave, con el 71 % del total de la financiación[89]. Sin embargo, el Banco no se percibió a sí mismo como el principal responsable del proceso de consultas, aunque sí expresó cierta preocupación por los pueblos indígenas que vivían dentro del parque, tal y como viene exigido por la Directiva

---

[87] Ver Botchway, F.: «The role of the State in the context of good governance and electricity management: comparative antecedents and current trends», *University of Pennsylvania journal of international economic law*, Vol. 21, pp. 790-793.

[88] Mahanty, S.: «Conservation and development interventions as networks: the case of India Ecodevelopment project, Karnataka», *World Development*, Vol. 30, p. 1371.

[89] Mahanty, S.: *op. cit*.

Operativa 4.20 del Banco Mundial. El acuerdo de préstamo concluido por el Gobierno indio y el Banco establecía que no se llevaría a cabo ningún desalojo involuntario de la gente que residía en el parque, y que cualquier realojo voluntario necesitaría cumplir los requisitos del Banco[90]. La abrumadora mayoría de los residentes indígenas querían permanecer en el parque. Había por lo tanto un conflicto obvio entre el acuerdo de préstamo (un tratado internacional) y el Derecho interno indio[91]. Ni el prestatario ni el Banco buscaron el conflicto, y se concentraron en otros aspectos del proyecto. En la práctica, ninguno de los que estaban a cargo del proyecto se sintieron responsables del cumplimiento de las disposiciones del acuerdo que trataban sobre los pueblos indígenas, ni se sintieron responsables ante ellos.

Los grupos en defensa de los derechos indígenas que representaban a los indígenas que vivían dentro del parque forzaron a los otros actores a abrir un espacio de negociación para los indígenas, planteando una reclamación ante el Panel de Inspección. Los demandantes defendían «una violación de nuestro derecho fundamental a determinar nuestro futuro y a oponernos a un proyecto que creemos tendrá un impacto negativo en nuestras vidas, en nuestro sustento y en la propia supervivencia de nuestro pueblo»[92]. A los *adivasi* se les había negado el poder plantear qué aspectos básicos y conceptos del proyecto afectaban de una manera evidente a sus derechos tradicionales a utilizar los recursos del parque[93].

La demanda proporcionó al Panel de Inspección una oportunidad para aplicar la cláusula de derechos humanos en la Directiva Operativa sobre Pueblos Indígenas[94]. El Panel coincidió básicamente con los demandantes, por lo que recomendó una investigación. En términos bastante claros, el Panel encontró que la Dirección, a pesar de una historia de desconfianza entre los pueblos indígenas y el Gobierno indio, había negado la participación de los *adivasi*, había sobrestimado el apoyo con

---

[90] Inspection Panel, *Report and recommendation on request for inspection on India: Ecodevelopment project* (21 october 1998), párr. 54.

[91] El Derecho indio establece que en tales casos prevalece el Derecho internacional.

[92] Inspection Panel, *Report*…, *op. cit*., párr. 37.

[93] Además, las organizaciones indígenas consiguieron que los tribunales prohibiesen la construcción de un complejo turístico dentro del parque por *Taj Hotels*, perteneciente al *Tata Group Companies*, una de las mayores empresas constructoras de La India. El *Public Interest Legal Support and Research Center*, un colectivo de abogados, planteó la demanda en su nombre. Ver al respecto CHERIA, A.: *A Search for Justice. A citizen's report on the adivasi experience in South India*, José Sebastian, Bangalore, 1997, pp. 184 y 189-190.

[94] OD 4.20 on Indigenous Peoples (september 1991), párr. 6. El inspector del Panel McNeill visitó Delhi y el lugar del proyecto del 30 de agosto al 4 de septiembre de 1998.

el que contaba el realojo y había malinterpretado la realidad de la opción que defendía quedarse allí. Los líderes indígenas no habían sido informados adecuadamente, y los documentos no habían sido traducidos a la lengua local: «la información en una lengua entendible por las personas afectadas es un prerequisito obvio para una consulta informada y que tenga sentido»[95]. Los demandantes habían propuesto un «Plan Alternativo de los Pueblos Indígenas» que había sido consultado con líderes locales a los representantes del Banco, pero no recibieron ninguna respuesta. No sin cierta ironía, el Panel de Inspección observó que el plan alternativo «podría garantizar al menos algunas de las consideraciones de la Agencia Internacional de Desarrollo cuando… trata de asegurar que el proceso de desarrollo fomente el pleno respeto de su dignidad, sus derechos humanos y su singularidad cultural», citando directamente la Directiva Operativa 4.20[96].

El Panel de Inspección se pronunció de una manera muy abierta a favor de los derechos indígenas, ayudando a las organizaciones indígenas en la consecución de reconocimiento. Sin embargo, de una forma un tanto predecible, tanto la Dirección del Banco como el Gobierno del Estado de Karnataka criticaron las conclusiones del Panel. La Dirección del Banco denegó todas las supuestas violaciones de las políticas del Banco. El Gobierno de Karnataka defendió que permitir a los grupos indígenas seguir residiendo en el parque les privaría de las medios educativos, sanitarios y de carácter socioeconómico que se encuentran disponibles fuera del parque. La relación entre ambos actores y las organizaciones indígenas continuaron siendo conflictivas[97].

El Consejo de Directores Ejecutivos aceptó que había que abordar las conclusiones del Panel, instruyendo a la Dirección para que trabajase con funcionarios del Gobierno a nivel estatal y federal sobre las medidas a llevar a cabo, e informase de ello al Consejo en un plazo de 6 meses. Se le pediría asimismo al Panel que ofreciese sus comentarios de manera separada. Sin embargo, los Directores Ejecutivos no permitieron una investigación exhaustiva, tal y como había recomendado el Panel[98].

---

[95] Inspection Panel, *Report and recommendation*…, *op. cit*., párr. 42.

[96] Inspection Panel…, *op. cit*., párr. 49-50.

[97] Mahanty defiende que el Banco Mundial debería haber intentado solucionar el conflicto en una fase anterior, dado que el principal agente, el Gobierno del Estado, estaba bastante enzarzado en el conflicto. Si se quería conseguir una auténtica participación, hubiera sido necesario un análisis más detallado de los diferentes grupos involucrados y un espacio para el diálogo desde la misma fase de planificación del proyecto, en MAHANTY, S.: *op. cit*., p. 1683.

[98] Ver *IDA/IBRD Press release on India: Ecodevelopment* (22 december 1998).

3. *Nigeria: el drenaje y los servicios sanitarios de Lagos*

La demanda interpuesta en el caso *Nigeria: Lagos drainage and sanitation* es de interés por al menos dos razones. En primer lugar, porque los demandantes se basaron ampliamente en tratados de derechos humanos para sustentar su petición y, en segundo lugar, porque la historia salió a la luz en un período de gran agitación política en Nigeria.

El objetivo del proyecto financiado por la Agencia Internacional de Desarrollo era mejorar el sistema de drenaje y aguas residuales en aquellas zonas de Lagos que sufrían inundaciones regulares debido a las fuertes lluvias. El proyecto implicaba el realojo de un cierto número de chabolistas que habían construido sus chabolas en el sistema de drenaje. Los residentes, de los cuales solamente uno tenía certificado de ocupación, iban a ser realojados y oportunamente recompensados.

Los Directores Ejecutivos de la Agencia Internacional de Desarrollo aprobaron el crédito pertinente el 17 de junio de 1993. Cinco días antes se habían celebrado las elecciones presidenciales en Nigeria. Dichas elecciones fueron organizadas por el Gobierno militar de Babangida e iban a ser el punto final de la transición de Nigeria hacia un sistema de democracia multipartidista[99]. Los observadores internacionales consideraron que las elecciones habían sido libres y justas. Los primeros resultados arrojaron la victoria del candidato presidencial Abiola. El 26 de junio de 1993, sin embargo, antes de que se hicieran públicos los resultados finales, el Presidente Babangida «paró las manillas del reloj de la nación»[100] y anunció la anulación de las elecciones. De ese modo comenzó uno de los peores períodos de la historia política de Nigeria, que ha sido caracterizado como una vuelta a la época oscura y un período en el que estuvo vigente la ley de la selva[101] y que podía haber conducido a una desintegración total del país[102]. El General Abacha

---

[99] Ver ROMITI, A. and IHONVBERE, J.: «Democratic impasse: remilitarisation in Nigeria», *Third World Quarterly*, Vol. 15, n.º 4, 1994, pp. 669-689.

[100] SOYINKA, W.: *The open sore of a continent. A personal narrative of the Nigerian crisis*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 143.

[101] Ver GORDON, K.: «Multinational enterprises in situations of violent conflict and widespread human rights abuses», *OECD working paper on international investment*, nr. 2002/1, párr. 42: «Las autoridades suizas sobre lavado de dinero indicaron que en 2000 los bancos recibieron en torno a 480 millones de dólares del anterior Presidente de Nigeria (General Abacha) y su entorno. Continuando la investigación en Suiza, la Autoridad de Servicios Financieros de Gran Bretaña señaló que 1.300 millones de dólares procedentes de Nigeria habían pasado por bancos londinenses…».

[102] ABUBAKAR, D.: «Ethnic identity, democratisation, and the future of the African State: lessons from Nigeria», *African Issues*, Vol. 29, n.º 1-2, 2001, pp. 31-36.

tomó el poder mediante un golpe de Estado en noviembre de 1993. El régimen de Abacha cometió graves y sistemáticas violaciones de los derechos humanos, violaciones que continuaron hasta su muerte el 8 de junio de 1998[103]. El 16 de junio de 1998 se presentó la demanda en el caso que estamos analizando sobre el drenaje y los servicios sanitarios en Lagos.

En el origen de la demanda se encuentra una muy relevante ONG africana de derechos humanos, el *Social and Economic Rights Action Center* (SERAC), con su oficina principal en Lagos. Los demandantes argumentaban que el Banco y el Gobierno militar de Nigeria no habían consultado a las comunidades afectadas, «en flagrante violación de la Directiva Operativa del Banco, la Constitución de la República Federal de Nigeria, el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales y otros relevantes instrumentos internacionales de derechos humanos»[104]. La demolición de casas y la destrucción de propiedades constituía una masiva violación de los derechos de las víctimas a una vivienda adecuada, a la educación, a unos adecuados standards de vida, a la seguridad personal, a un medio ambiente saludable, a la alimentación, a la salud, al trabajo, al respeto a la dignidad inherente del ser humano, a la libertad de movimiento, a la vida familiar, al agua, a la privacidad, a la información y el derecho a elegir el lugar de residencia. También se hicieron alegaciones específicas en relación a diferentes incidentes en los que tuvo lugar brutalidad policial y discriminación de género.

La respuesta de la Dirección consistió en una negación de que se hubiesen producido violaciones de derechos humanos. No había evidencias de brutalidad policial en el contexto del proyecto financiado

---

[103] El sucesor de Abacha reinició un proceso de transición democrática que condujo a las elecciones presidenciales de febrero de 1999, ganadas por el actual Presidente, Olusugun Obasanjo. Las tres visitas del inspector del Panel Ayensu tuvieron lugar durante este período de transición, en septiembre y octubre de 1993.

[104] Ver la demanda de inspección, párr. 1, en anexo al Inspection Panel, *Report and recommendation on request for inspection on Nigeria: Lagos drainage and sanitation project* (6 november 1998). La demanda también expresaba la convicción de que «las acciones y omisiones descritas en la presente reclamación son responsabilidad del Banco, dado que son resultado de un proyecto financiado por él. El Banco por lo tanto ostenta una clara obligación jurídica de asegurarse que el proyecto sea realizado de acuerdo con sus propias Directivas Operativas así como con el Derecho interno y el Derecho internacional que resulten de aplicación. Al ser una agencia especializada de las Naciones Unidas, el Banco está vinculado por la Carta de las Naciones Unidas, que reconoce los derechos humanos de cada individuo», en *op. cit.*, párr. 6. Ni la Dirección ni el Panel de Inspección respondieron a este argumento.

por el Banco; tampoco había acontecido ningún tipo de discriminación de género; los líderes comunitarios no se habían quejado de violaciones de derechos humanos; y había habido consultas regulares. En resumen: «el proyecto financiado por el Banco no vulneraba los derechos de nadie»[105]. Por otro lado, la Dirección tuvo que admitir que no contaba con los recursos necesarios para observar todas las actividades que habían tenido lugar a lo largo de todo el proyecto. La respuesta enfatizó repetidamente que muchas de las violaciones alegadas (tales como los deshaucios forzosos llevados a cabo por policías fuertemente armados) no tenían relación con las actividades financiadas por el Banco y que, por lo tanto, la responsabilidad era exclusivamente de Nigeria: «El Banco no tiene la autoridad para disciplinar a funcionarios del Gobierno de Lagos»[106].

El Panel de Inspección coincidió en gran medida con la Dirección en la ausencia de evidencias fácticas, considerando que muchas de las demandas eran o exageradas o simplemente falsas. El Panel no recomendó la realización de una investigación más amplia al Consejo.

Sin embargo, resulta de interés el que el Panel de Inspección no dudase en cuanto a revisar y llegar a una conclusión en la cuestión de las violaciones de derechos humanos en relación con el proyecto[107]. El Panel criticó a la Agencia Internacional de Desarrollo por basarse demasiado en los funcionarios del Estado para llevar a cabo las consultas con las comunidades, a la vez que estimaba que hubiera sido necesaria una supervisión mucho más cercana por parte de la Agencia, aunque reconocía las restricciones presupuestarias y la división de responsabilidades que

---

[105] Managment response to claim 23, en anexo al Inspection Panel…, *op. cit.*

[106] *Ibid.*

[107] Ver en particular Inspection Panel, *Report and Recommendation*…, *op. cit.*, párr. 31: «En la cuestión de las violaciones de derechos humanos en relación con este Proyecto, el Panel no encontró *prima facie* pruebas de que la Agencia Internacional de Desarrollo se negara, no pudiera o rechazara consultar con las comunidades locales durante el diseño y la implementación del Proyecto de desarrollo; por lo tanto, la Dirección no parece que haya vulnerado las Directivas Operativas aplicables». En el asunto de la brutalidad policial, ver párrs, 27 y 39. Sobre la discriminación, párr. 40. Es una cuestión para la especulación qué hubiera pasado si el Panel hubiera encontrado *prima facie* pruebas en torno a violaciones de derechos humanos. En cualquier caso, el Panel tendría que haber considerado que tales violaciones también constituían violaciones de las Directivas Operativas pertinentes; en este caso, por ejemplo, las Directivas Operativas y Políticas sobre Desalojos Forzosos, Reducción de la Pobreza y las dimensiones del Género en el Desarrollo. La terminología utilizada en las Políticas ofrece ciertamente oportunidades para una interpretación que permita tener en cuenta las violaciones relevantes de derechos humanos también como violaciones de las propias Políticas Operativas.

había quedado definida en el contrato de préstamo. En un *obiter dictum* el Panel reconoció «las preocupaciones y los esfuerzos de la ONG SERAC por el gran coraje demostrado en la defensa de los derechos de las personas afectadas durante el anterior régimen en Nigeria»[108]. El Panel añadió que creía que su presencia había hecho posible para los demandantes desarrollar un diálogo más efectivo con el personal de la Agencia Internacional de Desarrollo en la resolución de los problemas pendientes.

SERAC expresó su disconformidad con la decisión del Panel. La organización sintió que el Panel se había basado excesivamente en las garantías dadas por el Gobierno y por el Banco en torno a que los chabolistas desalojados serían compensados adecuadamente: de hecho, algunos de ellos fueron engatusados para que aceptasen cantidades totalmente inadecuadas. Según la organización, el proyecto exacerbaba los daños ante posibles inundaciones[109].

El manejo del proyecto de drenaje y mejora sanitaria en Lagos demuestra la inquietud del Banco a la hora de abordar los cambios en las circunstancias políticas. La decisión del Consejo de Directores Ejecutivos de aprobar el proyecto tras las elecciones pero antes de que se hicieran públicos los resultados finales se puede ver como una prueba de la posición tradicional del Banco en torno a que las circunstancias políticas resultan irrelevantes respecto de las decisiones sobre los créditos. El momento de la decisión también privó al Banco, sin embargo, de la posibilidad de considerar el impacto de la anulación de las elecciones en la capacidad para llevar a cabo y controlar la realización del proyecto.

El continuo desconocimiento del contexto político por parte del personal del Banco (tal y como pone de manifiesto su confianza en funcionarios del Estado que eran parte de un sistema político que había demostrado con la mayor arrogancia que no valoraba en absoluto la participación política) muestra una clara falta de sensibilidad hacia las partes del proyecto que implicaban la consulta y la protección de las personas desalojadas. Se podría defender que la actitud del Banco al delegar las consultas a su autoritaria contraparte puede llegar a constituir una violación de su deber de cuidado.

---

[108] *Ibid*., párr. 45. La transición política en Nigeria puede haber jugado un determinado papel en la recomendación del Panel de no seguir con la petición.

[109] Ver MORKA, K.: «When wilful blindness doesn't cut it. Making the case for World Bank accountability to the women in Lagos slums», *Access Quarterly*, Vol. 1, n.º 1, 1999, pp. 5-10. *Access Quarterly* es «la revista oficial» de SERAC.

La decisión del Panel de no proseguir con la investigación parece estar inspirada al menos en parte por el cambio en las circunstancias políticas: la caída del régimen de Abacha y un rápido y creíble proceso de transición hacia la democracia que la comunidad internacional estaba deseosa de apoyar. De manera muy clara, el Inspector mostró un gran grado de confianza en la voluntad del nuevo régimen de tratar a la gente afectada adecuadamente, es decir, de compensarles de acuerdo con las políticas de la Agencia Internacional de Desarrollo.

4. *Chad-Camerún: petróleo y oleoducto*

El proyecto *Chad-Cameroon petroleum and pipeline* incluye un gran número de actores. El proyecto es el de mayor calado en el desarrollo de las infraestructuras energéticas en todo el continente africano, con un coste total estimado de 3.700 millones de dólares. Incluye la perforación de 300 pozos de petróleo en los campos de petróleo de la región de Doba en el sur de Chad y la construcción de un largo oleoducto de 1.100 kilómetros para la exportación a través de Camerún hasta una plataforma petrolífera en el mar cerca de la costa.

Aproximadamente el 60 % del costo del proyecto viene de un Consorcio privado que está compuesto por Exxon Mobile (USA, 40 %), Petronas (Malasia, 35 %) y Chevron (USA, 25 %). A las compañías se les ha garantizado una concesión durante 30 años para desarrollar y explotar los pozos petrolíferos. El resto de fondos se obtuvo mediante créditos a intereses de mercado a través de la IFC (International Finance Corporation); los principales bancos fueron agencias crediticias de Estados Unidos y Francia y bancos comerciales como ABN-Amro (Holanda) y Credit Africole Indosuez (Francia). Los Gobiernos de Camerún y Chad también han invertido en las dos compañías que desarrollan el oleoducto (3 % del costo del proyecto), fondos provinientes del Banco Mundial (39,5 millones de dólares) y del Banco Europeo de Inversiones mediante préstamos.

En términos financieros, la contribución del Grupo del Banco Mundial no es muy grande, pero no hay duda de que su compromiso fue esencial, no sólo en la provisión de fondos a los Gobiernos involucrados sino fundamentalmente en lograr el apoyo de otros actores externos. Exxon Mobile percibía la participación del Banco Mundial como esencial para reducir los riesgos de invertir en la región, enfatizando la importancia del papel del Banco en la asesoría al Gobierno del Chad sobre cómo orientar los ingresos del petróleo hacia la reducción de la

pobreza y la gobernabilidad[110]. El Banco Europeo de Inversiones también subrayó los esfuerzos del Banco por mitigar los daños medioambientales asociados al proyecto, y anunció que «continuará trabajando codo a codo con el Banco Mundial para asegurar que esta oportunidad sea desarrollada adecuadamente y se tengan en cuenta las condiciones sociales y medioambientales que rodean al proyecto»[111].

Los otros promotores del proyecto también presentaban la participación del Banco Mundial como garantía de que se iban a manejar adecuadamente las consecuencias humanas y medioambientales de dicho proyecto. Al hacerlo, de alguna manera estaban confiriendo la responsabilidad al Banco, como si ello supusiera descargarse de su propia responsabilidad. El Banco, por su parte, solamente acepta responsabilidad por aquello que ha acordado con los dos Gobiernos, insistiendo en que son ellos los principales responsables. En cambio, los Gobiernos pueden argüir que ellos sólo tienen un control parcial del proyecto, dada su dependencia de recursos externos. Al igual que ocurrió en La India, con el ejemplo del ecodesarrollo, el resultado es una responsabilidad difuminada o diluida.

El Consejo del Banco Mundial aprobó el proyecto el 6 de junio de 2000. En marzo de 2001, Ngarlejy Yorongar y más de 100 residentes del área de Doba plantearon una demanda de inspección. El Sr. Yorongar es un parlamentario de la región que concurrió a las elecciones presidenciales en Chad que tuvieron lugar en mayo de 2001. La demanda alegaba que el proyecto de oleoducto constituía una amenaza para las comunidades locales y que no se había llevado a cabo una consulta adecuada. Tras una visita al lugar en agosto, el Panel de Inspección recomendó una investigación el 17 de septiembre de 2000[112]. El Consejo aprobó la

---

[110] Es interesante al respecto la siguiente opinión: «dada la participación financiera del Banco Mundial, la inversión debe respetar las políticas del Banco (…). Si esas políticas son cabalmente respetadas, el proyecto podría suponer un paso importante para el establecimiento de standards de derechos humanos para las compañías multinacionales», en HERNÁNDEZ URIZ, G.: «To lend or not to lend: oil, human rights and the World Bank's internal contradictions», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 14, Spring 2001, p. 198. Debemos tener en cuenta que tanto Exxon Mobile como Chevron han aprobado políticas de derechos humanos, en NORDSKAG, M. and RUUD, A.: «Transnational oil companies and human rights. What they say and how they say it», en EIDE, A.; OLE BERGESEN, H. and GOYER, P. (Eds.): *Human Rights and the oil industry,* Intersentia, Antwerp, 2000, pp. 146 y 149-151.

[111] *European Investment Bank Press release EXT 2001/018* (22 de junio de 2001): «EUR 144 million for the Chad-Cameroon oil expert system».

[112] Inspection Panel, *Report and recommendation on request for inspection on Chad: Petroleum development and pipeline project* (17 september 2000).

investigación el 1 de octubre de 2001. Tras otra visita sobre el terreno, el Panel envió su informe de investigación al Consejo el 17 de julio de 2002[113]. El 12 de septiembre de 2002 el Consejo registró su aprobación de las acciones y los siguientes pasos que se tenían que llevar a cabo por la Dirección del Banco en respuesta a las recomendaciones del Panel[114].

Aunque ciertamente la revisión del proyecto por parte del Panel de Inspección necesita un análisis más omnicomprensivo[115], sólo abordaremos aquí dos aspectos de la investigación: el impacto en la situación de los derechos humanos en Chad y el componente de reducción de la pobreza del proyecto.

Los demandantes invocaron derechos como el derecho a la vida, a un medio ambiente saludable, a una compensación justa y equitativa, al realojo no lejos de su lugar originario, al respeto de sus costumbres y sus lugares de enterramiento, a un determinado nivel de vida, o a ser consultados[116]. Argumentaban que no había habido respeto de los derechos humanos en Chad desde que el Presidente Déby había tomado el poder, y que en la zona de producción se habían cometido masivas violaciones de los derechos humanos[117]. La Dirección del Banco respondió que las violaciones de derechos humanos sólo eran relevantes para su trabajo «en la medida en que tengan un efecto económico directo significativo en el proyecto». La Dirección opinaba que en este caso eso no ocurría: «el Proyecto puede alcanzar sus objetivos de desarrollo»[118].

El Panel de Inspección cuestionó «la estrecha visión de la Dirección»[119] y citó el informe presentado por el Banco con ocasión del cincuenta aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos para enfatizar el rol del Banco en la promoción de los derechos humanos en los países en los que opera[120]. El demandante fue encerrado en

---

[113] Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon petroleum and pipeline project* (17 july 2002).

[114] Ver *IBRD/IDA Press release* (18 september 2002): «Chad-Cameroon Pipeline project: outcome of the Inspection Panel Investigation».

[115] El Panel de Inspección concluyó que la Dirección no había cumplido algunos aspectos de determinadas políticas del Banco en materia de evaluación medioambiental, evaluación económica y reducción de la pobreza.

[116] El Panel de Inspección concluyó que la Dirección había cumplido las políticas operativas sobre realojo involuntario y propiedad cultural.

[117] Ver la demanda de inspección, párrs. 3 y 4, anexo en Inspection Panel, *Report and recommendation on request for inspection on Chad*…, *op. cit*.

[118] Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon petroleum and pipeline project* (17 july 2002), párr, 212.

[119] *Ibid*., párr. 214.

[120] Ver la nota de pie de página 18.

prisión en 1998 por denunciar el proyecto, y de nuevo detenido y torturado poco después de las elecciones presidenciales de mayo de 2001, mientras la demanda estaba pendiente ante el Panel de Inspección[121]. Todo ello contribuyó a la frustración del Panel con el enfoque de la Dirección sobre los efectos económicos. Sobre la base de los informes anuales de Amnistía Internacional, el Panel llegó a la conclusión de que la situación de los derechos humanos seguía estando muy lejos de constituir una situación ideal: «ello plantea aspectos sobre el cumplimiento de las políticas operativas del Banco, en particular aquéllas relacionadas con consultas abiertas e informadas[122], y exige nuevos controles por parte del Banco»[123].

En una actuación sin precedentes, el Banco publicó las observaciones realizadas por el Presidente del Panel de Inspección al presentar el informe sobre la investigación al Consejo[124]. El Presidente Ayensu desarrolló más el tema de los derechos humanos. El Panel estaba convencido de que el enfoque adoptado en el informe, «que encuentra a los derechos humanos implícitamente incluidos en varias de las políticas del Banco», estaba dentro de las fronteras de la jurisdicción del Panel. Reiteró que la situación en Chad ejemplificaba la necesidad del Banco de ser más comunicativo a la hora de articular su rol promocional de los derechos humanos. También invitó al Consejo a analizar las distintas ramificaciones de las violaciones de derechos humanos, dado que tienen mucho que ver con el éxito o el fracaso global del cumplimiento de las políticas en los proyectos que en el futuro financie el Banco Mundial.

No consta por ahora en documentos públicos que el Consejo haya respondido al llamamiento hecho por el Presidente del Panel. Sin embargo, es evidente que el plan de acción de la Dirección, tal y como ha

---

[121] James Wolfensohn, Presidente del Banco Mundial, intervino personalmente para lograr la liberación de Mr. Yorongar llamando al Presidente Déby, en Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon…*, *op. cit*., párr. 213. Según nuestras fuentes, el Presidente del Banco fue alertado por una ONG, no por el personal del propio Banco. Ver HORTA, K.: «Rhetoric and reality: human rights and the World Bank», *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 15, Spring 2002, p. 236.

[122] El Panel de Inspección observó que en el período 1995-1997 se llevaron a cabo consultas con las comunidades locales en presencia de gendarmes, señalando que «las consultas llevadas a cabo en presencia de las fuerzas de seguridad eran incompatibles con las exigencias de las políticas del Banco», en Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon…, op. cit*., párrs. 134-135.

[123] *Ibid*., párr. 217.

[124] *IBRD/IDA Press release* (18 september 2002): «Chairman´s statement on Chad investigation».

sido aprobado por el Consejo en respuesta a la investigación del Panel, no aborda las preocupaciones del Panel en torno a los efectos en el proyecto de la situación general de los derechos humanos en Chad. En consecuencia, todavía hay que ver si las conclusiones del Panel van a tener algún impacto en la conducta del personal del Banco en el terreno.

El componente de reducción de la pobreza del proyecto es de particular importancia desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales. La Dirección del Banco insistió en que su enfoque en relación con los ingresos del petróleo era para ayudar al Gobierno de Chad a orientar dichos ingresos hacia sectores prioritarios en el alivio de la pobreza[125].

El marco jurídico para orientar los ingresos por petróleo hacia la reducción de la pobreza es la *Act concerning Oil Revenues Management*, aprobada por el Parlamento de Chad el 30 de diciembre de 1998[126]. La ley establece que la gran mayoría de los ingresos del proyecto se tienen que destinar a sectores prioritarios, que se identifican como los siguientes:

> «salud pública y servicios sociales, educación, infraestructuras, desarrollo rural (agricultura y ganadería), medio ambiente y recursos hídricos»[127].

La ley no determina la distribución de los ingresos entre los diferentes sectores, dejando un amplio margen para la discrecionalidad gubernamental. El 10 % de los derechos y dividendos del petróleo se ahorrarán «en beneficio de las futuras generaciones»[128]. El 5 % de los derechos se destinarán «a las comunidades locales del área de producción»[129].

---

[125] Ver Inspection Panel, *Investigation and report on Chad-Cameroon…*, *op. cit.*, párr. 267.

[126] Act n.º 001/PR/99 concerning Oil Revenues Management; aparece como anexo 11 a los documentos de evaluación del proyecto del Banco, Report n.º 19343 AFR. La ley fue adoptada por 108 votos, sin oposición. En ese momento Yorongar estaba en prisión. El Parlamento aprobó la ley en una sesión de tres horas. Ver HERNÁNDEZ URIZ, G.: *op. cit.*, pp. 222-223.

[127] *Oil Revenues Management Act*, art. 7.

[128] *Ibid.*, art. 9.

[129] *Ibid.*, art. 8, c). Esta cantidad, sin embargo, se puede cambiar mediante un decreto presidencial en intervalos de 5 años. Uno de los mayores problemas de la explotación del petróleo en países pobres ha sido el daño humano y medioambiental en las regiones en las que se produce, al mismo tiempo que los beneficios se dirigen hacia la capital. Las actuales políticas operativas del Banco no establecen standards sobre una distribución equitativa de los ingresos dentro de los propios países.

Además, la ley establece un Comité de control de los ingresos del petróleo para autorizar y controlar la asignación y el desembolso de los fondos[130].

El Panel de Inspección expresó varias preocupaciones sobre la distribución de ingresos para la reducción de la pobreza. En primer lugar, el Panel señaló que no había encontrado ningún análisis en los documentos del Banco que justificase la distribución de ingresos entre Chad y el Consorcio del Petróleo[131], cuestionando si los retornos financieros estimados para Chad se podían considerar como razonables, dada la magnitud del proyecto. A continuación, el Panel se preguntó si la ley aprobada no había definido los sectores prioritarios de una manera demasiado restrictiva. El Panel lamentaba, en particular, que no se hubieran incluido partidas para el poder judicial y para el funcionamiento del sistema jurídico[132]. Con carácter más general, la investigación había revelado serias preocupaciones acerca del fracaso del Gobierno de Chad para desarrollar y reforzar sus capacidades institucionales para gestionar el conjunto del proyecto, incluyendo la capacidad para trasladar los ingresos del petróleo hacia objetivos sociales[133]. En consecuencia,

---

[130] *Ibid*., arts. 15-19. Siete de los nueve miembros del Comité son funcionarios del Estado; los dos restantes representan a ONGs y sindicatos locales. En junio de 2002, el miembro de las ONGs expresó sus dudas acerca de si el Comité funcionaría adecuadamente cuando se recibieran los primeros ingresos por petróleo (en 2003). Ver ASSINGAR D.: «The Oversight Committee: a phantom institution», en HORTA, K.; NGUIFFO, S. and DJIRAIBE, D. (Eds.): *The Chad-Cameroon oil and pipeline project: A call for accountability*, Association Tchadienne pour la promotion et la défense des droits de l´homme, N'Djamena, 2002, p. 9.

[131] Inspection Panel, *Investigation report on Chad-Cameroon*…, *op. cit*., párrs. 232-236. La relación entre Chad y el Consorcio del Petróleo está gobernada por el denominado *Acuerdo de Establecimiento,* algunas de cuyas disposiciones se sitúan por encima del Derecho interno. Se ha defendido que, como consecuencia del acuerdo, las compañías involucradas no asumen prácticamente ninguna responsabilidad, si es que asumen alguna, por el impacto de sus actividades sobre las condiciones de vida. Ver BREITKOPF, S.: «The World Bank response: PR replaces analysis», en HORTA, K.; NGUIFFO, S. and DJIRAIBE, D. (Eds.): *op. cit*., pp. 22-23.

[132] *Ibid*., párr. 277. Solamente la rama ejecutiva del Gobierno se beneficia de los ingresos.

[133] La primera experiencia relacionada con el proyecto no fue muy positiva. En 2000, el Consorcio de compañías privadas pagó una cantidad de 25 millones de dólares al Gobierno de Chad fuera del marco de la Oil Revenues Management Act. En noviembre de 2000, el Presidente Déby anunció que 4,5 millones de dólares se habían gastado en la compra de armas. La compra de armas era previa a la creación del International Advisory Group (IAG), en NGUIFFO, S. and BREITKOPF, S.: *Broken promises. The Chad-Cameroon oil and pipeline project: profit at any cost?,* CED-Friends of the Earth International, Yaounde, 2001, p. 12.

el Panel insistió en que el funcionamiento de la ley fuera objeto de un continuo seguimiento, control y evaluación por parte de un órgano independiente «como el International Advisory Group»[134].

El Plan de Acción de la Dirección aprobado por el Consejo como respuesta a la investigación llevada a cabo establecía «la necesidad de una supervisión continua y reforzada de y la ayuda para» el fortalecimiento institucional del Gobierno para que tenga capacidad de dirigir los ingresos derivados del petróleo a estrategias para la reducción de la pobreza[135].

En la comunidad internacional existe acuerdo en torno a que países con importantes recursos naturales necesitan instituciones fuertes con capacidad de gestionar los asuntos públicos. También resulta claro que países con historia de enfrentamientos civiles tales como Chad no disponen de tales instituciones. Esto sitúa al Grupo del Banco Mundial en la incómoda posición de tener que «asegurar que hay sistemas que funcionan para evitar o mitigar los impactos negativos»[136], incluyendo las violaciones de derechos humanos que pueden ocurrir en el contexto del proyecto. Además, otros actores utilizan la participación del Banco para negar sus propias responsabilidades. El Panel de Inspección en este sentido es bastante limitado en su investigación, analizando exclusivamente el papel desempeñado por el Banco, sin poder discutir la responsabilidad de los gobiernos o de las compañías privadas.

La falta de capacidad por parte de los gobiernos no puede ser el único problema. La voluntad política del Gobierno de Chad para utilizar los recursos derivados del petróleo para la reducción de la pobreza

---

[134] Inspection Panel…, *op. cit.,* párr. 279. El Banco Mundial nombró al IAG el 21 de febrero de 2001. El propósito de este Grupo es asesorar al Banco Mundial y a los gobiernos sobre el desarrollo global del proyecto y sobre la consecución de sus objetivos en materia social, medioambiental y de reducción de la pobreza. Responsabilidades específicas incluyen temas como la mala distribución de los recursos públicos, la adecuada participación de la sociedad civil y el progreso en el fortalecimiento institucional. Los derechos humanos no se mencionan en los estatutos del IAG. Sus funciones son tan solo de carácter recomendatorio. Está compuesto por expertos independientes, siendo actualmente su Presidente el anterior Primer Ministro de Senegal, Mamadou Lamine Loum. El Grupo tiene que visitar Camerún y Chad al menos dos veces al año; las ONGs han estado presionando para tener una presencia permanente. Los informes críticos del Grupo se pueden encontrar en www.gic-iag.org. Para los estatutos del IAG ver *World Bank News Release* 2001/235/S (21 february 2001): «El Banco Mundial nombra un International Advisory Group para el proyecto Chad-Cameroon Petroleum development and pipeline project».

[135] Ver *IBRD/IDA Press release* (18 september 2002): «Chad-Cameroon Pipeline project: outcome of the Inspection Panel Investigation».

[136] Inspection Panel…, *op. cit.*, párr. 76.

y no reprimir a los críticos con el proyecto sigue siendo más que dudosa. Ciertamente, el Banco sigue mostrando su ambivalencia interna en cuanto a su rol en asegurar el respeto de los derechos humanos y un adecuado funcionamiento de las instituciones políticas. Como consecuencia de tal ambivalencia, el Banco no puede desempeñar de una manera efectiva el papel en la salvaguarda de los derechos humanos y la reducción de la pobreza que otros actores están deseosos de encomendarle. En su lugar, el Banco está a la defensiva, dudando constantemente sobre cómo conciliar el compromiso con sus propias políticas operativas y sus reticencias a actuar en el lugar de deficientes instituciones estatales. En el entretanto, el proyecto continúa: en la cuerda floja y con bastante oscuridad rodeando su implementación.

Conclusión

Las instituciones financieras internacionales están sujetas al Derecho internacional de los derechos humanos en la medida en que los derechos humanos se conviertan en costumbres internacionales o en principios generales de Derecho internacional. La naturaleza exacta y el alcance de las obligaciones de las IFIs en materia de derechos humanos necesita ser determinada a la luz de los poderes y funciones que les han sido asignados.

Hemos defendido aquí que tanto el Banco Mundial como el Fondo Monetario Internacional están bajo la obligación de no violar o no ser cómplices de violaciones de normas generales de Derecho internacional de los derechos humanos. Además, el Banco Mundial tiene la obligación de actuar positivamente para la realización de normas generales de derechos humanos que sean relevantes para sus propósitos y funciones. De alguna manera, esos deberes están reflejados en las actuales políticas operativas del Banco.

La adopción de un compromiso explícito por parte de las IFIs en torno a que van a evitar embarcarse en actividades que contravengan normas internacionales de derechos humanos sería útil para finalizar con el debate sobre la existencia de obligaciones para las IFIs en el campo de los derechos humanos. Con respecto al Banco, se ha defendido que debería insistir en la inclusión de cláusulas de derechos humanos en los acuerdos de préstamo y que debería aceptar ser demandado en casos en los que las partes reclamen que sus derechos han sido vulnerados como consecuencia de una actividad del Banco.

El análisis de ciertos casos investigados por el Panel de Inspección del Banco Mundial ha mostrado que se pueden desarrollar mecanismos

para exigir responsabilidades en materia de derechos humanos en el contexto de proyectos de desarrollo en los que participan diferentes actores como los que normalmente apoya el Banco. Dichos mecanismos sólo se pueden desarrollar si los promotores de los proyectos concluyen acuerdos muy detallados en los que se establece claramente cómo se reparten las diferentes cuotas de responsabilidad entre ellos.

Como institución financiera de carácter público, es apropiado que el Banco Mundial asuma el rol de insistir en que esos mecanismos de reparto de responsabilidades sean efectivos a la hora de proteger los derechos humanos, tanto los derechos civiles y políticos (mecanismos de consulta) como los derechos económicos, sociales y culturales (reducción de la pobreza). Dicha actuación estaría en línea con las obligaciones del Banco resultantes de normas generales de derechos humanos. En este ámbito queda un largo camino por recorrer. El análisis de los casos abordados por el Panel de Inspección muestra que el Banco tiene grandes dificultades a la hora de enfrentarse al impacto que tiene la situación global de los derechos humanos en un determinado país sobre los proyectos que apoya y a la hora de tratar con gobiernos que se muestran hostiles a las disposiciones inspiradas en los derechos humanos que figuran en las propias políticas operativas del Banco.

Los derechos humanos ante la epidemia del SIDA

Carlos Villán Durán

Sumario: Introducción. 1. La dimensión actual de la epidemia: 1) Características del VIH. 2) Alcance de la epidemia en el mundo. 3) El SIDA en España. 4) Tratamiento médico del SIDA. Su prevención. 2. La reglamentación internacional: 1) Directrices internacionales. 2) Derecho a la no discriminación. Protección especial de la mujer y del niño. 3) Derecho a la vida, integridad física, libertad y seguridad de las personas. 4) Derecho a un nivel de vida adecuado. 5) Derecho a la salud y la seguridad social. 6) Libertad de movimiento y otras libertades públicas. 7) Derecho a la vida privada, a contraer matrimonio y a fundar una familia. 8) Derecho al trabajo. 9) Derecho a la educación. 10) Derecho a participar en la vida pública y cultural. Conclusiones.

Introducción

Los derechos humanos están íntimamente relacionados con la extensión y el impacto del «síndrome de inmunodeficiencia adquirida» (SIDA) tanto en los individuos como en las comunidades de todo el mundo. La epidemia se extiende con más facilidad allí donde los derechos humanos fundamentales son sistemáticamente violados, cebándose entre los componentes de los grupos más vulnerables de la sociedad tales como los pobres, las mujeres y los niños. Además, el mapa mundial del SIDA es muy desigual, pues son los países del Tercer Mundo los más afectados hasta el punto de comprometer su desarrollo y, en algunos casos, su propia existencia como países independientes[1].

Los derechos humanos más afectados por la epidemia del SIDA son el derecho a la no discriminación e igual protección ante la ley; el derecho a la vida, integridad, libertad y seguridad de la persona; el derecho a un nivel de vida adecuado, incluido el derecho a la alimentación, agua potable y vivienda; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de

[1] Así lo reconoció el Consejo de Seguridad al asegurar que la propagación del VIH/SIDA «puede tener un efecto singularmente devastador en todos los sectores y niveles de la sociedad»; por lo que, de no controlarse, «puede plantear un riesgo a la estabilidad y a la seguridad» {preámbulo de la resolución 1308 (2000), de 17 de julio de 2000}.

salud física y mental; las libertades públicas (opinión, expresión, información, asociación y movimiento, incluído el derecho a solicitar asilo); los derechos a la vida privada, a contraer matrimonio y a fundar una familia; el derecho al trabajo, a la educación, a la seguridad social, servicios sociales y seguros; y el derecho a participar en la vida pública y cultural, así como en los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

La adecuada protección de los derechos arriba enumerados es esencial para prevenir la propagación de la epidemia del SIDA y mitigar su impacto económico y social. Además, el respeto a los derechos humanos contribuirá a reducir la vulnerabilidad de ciertos colectivos sociales a contraer la infección del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH); aliviar el impacto negativo de la epidemia entre los afectados; y facilitar a individuos y a comunidades los instrumentos adecuados para responder más eficazmente a la epidemia.

En la primera parte del presente trabajo recordaremos la dimensión actual de la epidemia del SIDA, las características del virus que ocasiona esa enfermedad todavía mortal, así como las medidas de tratamiento de la misma y de prevención de su infección. En la segunda parte identificaremos las normas del Derecho internacional *positivo* de los derechos humanos aplicables. Aunque todavía no tengan fuerza jurídica imperativa, también estudiaremos las *Directrices internacionales* elaboradas en el seno de la comunidad internacional con la intención de ayudar a los Estados a dar a la epidemia una respuesta positiva, de índole jurídica, que contribuya a reducir su transmisión y efectos, al tiempo que se respeten los derechos humanos y las libertades fundamentales. Concluiremos reafirmando nuestra convicción de que una respuesta efectiva a la epidemia del SIDA se debe fundamentar en el respeto a todos los derechos humanos (civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, así como el derecho al desarrollo). La epidemia del SIDA pone también de manifiesto la estrecha interdependencia existente entre los diferentes derechos humanos consagrados a nivel internacional.

I. **La dimensión actual de la epidemia**

El «síndrome de inmunodeficiencia adquirida» (SIDA) es una enfermedad infecciosa que desde hace 20 años se extiende por todo el mundo con gran rapidez, por lo que ya se considera una epidemia. Todavía no existe un tratamiento que cure definitivamente a las personas enfermas de SIDA; tampoco una vacuna que pueda protegernos contra esa infección.

A) *Características del VIH*

La enfermedad está causada por el «virus de la inmunodeficiencia humana» (VIH), que infecta y mata las células «T4 auxiliares», subpoblación de linfocitos o células de la sangre que son indispensables para que el organismo humano pueda defenderse contra las enfermedades. En definitiva, el VIH desorganiza el sistema inmunitario celular y humoral, debilitando gradualmente las defensas del organismo contra las enfermedades. Al afectar al sistema inmunológico del enfermo, el síndrome aparece asociado a una pluralidad de manifestaciones patológicas (neumonías, tuberculosis, cáncer, meningitis) que, al no poder ser tratadas eficazmente debido al fallo inmunológico, provocan la muerte del paciente.

El VIH se ha aislado en la sangre, el esperma, las secreciones vaginales, la saliva, las lágrimas, la leche materna y la orina. No se descarta que se encuentre también en otros humores y secreciones orgánicas. A pesar de su amplia distribución, se ha constatado que el virus no es contagioso, sino únicamente transmisible por tres vías: la sangre, el esperma y las secreciones vaginales/cervicales.

Por consiguiente, existe alto riesgo de transmisión del virus durante las relaciones sexuales no protegidas por un preservativo, ya sean relaciones heterosexuales u homosexuales entre varones, pues el virus se transmite con ocasión de la penetración del pene en cualquiera de sus modalidades (oral, vaginal o anal). Además, ha sido frecuente la transmisión mediante transfusión de sangre contaminada o por el uso entre varias personas de agujas y jeringuillas insuficientemente esterilizadas (caso de los toxicómanos). Por lo mismo, cabe la transmisión a través del transplante de órganos, tejidos o semen contaminados. Por último, es posible la transmisión del virus por la vía perinatal, esto es, de una madre infectada al feto o al recién nacido, lo que ocurre en un 10-20 % de casos.

Por el contrario, la Organización Mundial de la Salud (OMS) asegura que no hay pruebas de que el virus se transmita por vía respiratoria o por contactos ocasionales de tipo social, doméstico, profesional, escolar, carcelario o deportivo —salvo en el caso de deportes de combate con derramamiento de sangre—. En particular, el VIH no se transmite a través de alimentos, agua, insectos, retretes, piscinas, sudor, lágrimas, ropa de segunda mano o aparatos telefónicos[2]. Debido a su fragilidad, se combate el virus eficazmente con lejía, detergente y agua caliente.

---

[2] *Cfr.* Centro de Derechos Humanos: *Informe de una Consulta internacional sobre el SIDA y los derechos humanos*. Naciones Unidas, Nueva York 1991, p. 55 (doc. HR/PUB/90/2).

Una vez infectada, la persona presenta anticuerpos del VIH en el curso de los tres primeros meses, lo que se evidencia a través de la prueba de seropositividad, que se realiza sobre una muestra de sangre —las pruebas técnicas de seropositividad tienen ya una exactitud de más de un 99 % de los casos—. Pero no toda persona infectada del VIH está enferma de SIDA, porque el período de incubación del virus, hasta que aparece la enfermedad, es largo —un promedio de ocho años—. Sin embargo, toda persona infectada es capaz de transmitir el virus, aunque éste se encuentre en período de incubación.

B) *Alcance de la epidemia en el mundo*

El SIDA está presente en todo el mundo, por lo que se califica de «epidemia», y ya ha causado la muerte de más de 20 millones de personas. Está considerado como la cuarta causa de muerte en el mundo. ONUSIDA calcula que viven en la actualidad unos 42 millones de personas con el VIH/SIDA. Solamente en 2002 murieron 3,1 millones de personas y se produjeron 5 millones de nuevas infecciones[3]. La epidemia sigue aumentando alarmantemente, de modo que las estimaciones más pesimistas de la OMS según las cuales en el año 2000 se llegaría a la cifra de 40 millones de personas infectadas, de las que hasta 18 millones desarrollarían el SIDA, se cumplieron con creces[4]. Según P. LAMPTEY, si la comunidad internacional no toma medidas drásticas e inmediatas, en 2010 nos encontraremos con otros 45 millones de personas infectadas[5].

Ahora bien, la distribución de la enfermedad no es equitativa en el mapa del mundo. El Tercer Mundo lleva, una vez más, la peor parte. En efecto, en diciembre de 2002 las personas afectadas se concentraban esencialmente en el Africa subsahariana (29,4 millones), Asia del Sur y suroccidental (6 millones), América Latina (1,5 millones), Asia oriental y Pacífico (1,2 millones), Europa oriental y Asia central (1,2 millones), Africa del Norte y Oriente Medio (550.000 personas) y Caribe (440.000 personas).

---

[3] Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA) y Organización Mundial de la Salud (OMS): *Resumen mundial de la epidemia de VIH/SIDA. Diciembre de 2002*. Ginebra, 2002, 42 p. Localizable en *www.unaids.org*

[4] Doc. E/CN.4/Sub.2/1992/10, párrafo 10 *in fine* (*Discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA*. Informe final presentado a la entonces Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, por el Relator Especial Sr. Varela Quirós)

[5] LAMPTEY, Peter (*et al.*): «Facing the HIV/AIDS Pandemic», *Population Bulletin*, vol. 57, num. 3, September 2002, p. 3.

Por su parte, los países desarrollados contaban en la misma fecha con una mayor incidencia en América del Norte (980.000 personas), Europa occidental (570.000 personas), y Australia y Nueva Zelanda (15.000 personas)[6].

Por consiguiente, más del 95 % de las personas afectadas pertenecen al Tercer Mundo. La situación más crítica continúa siendo la del Africa subsahariana, (29,4 millones de afectados). Solamente en 2002 se produjeron en esa región 3,5 millones de nuevas infecciones y 2,4 millones de defunciones a causa del SIDA. La inmensa mayoría de los enfermos no tiene acceso ni a tratamiento antirretrovírico ni a medicamentos para tratar las infecciones oportunistas. En cuatro países del Africa meridional (Bostwana, Lesotho, Swazilandia y Zimbabwe) la epidemia afecta a más del 30 % de los adultos, la mayoría jóvenes en edad productiva, y la situación se agrava por efecto de la hambruna producida por una pertinaz sequía que afecta a 14,4 millones de personas que habitan los tres últimos países señalados, además de Malawi, Mozambique y Zambia.

El SIDA tiene su caldo de cultivo, por tanto, en la pobreza del Tercer Mundo, que ya tiene que soportar la muerte de 17 millones de personas al año por enfermedades infecciosas y parasitarias tales como la diarrea, el paludismo y la tuberculosis. Además, 1.300 millones de personas viven en la pobreza absoluta (menos de un dólar diario) y de ellos 840 millones no tienen alimentos suficientes para comer. Por último, el analfabetismo alcanza en el mundo a 1.000 millones de personas, de las que dos terceras partes son mujeres.

Dos terceras partes de los infectados por el VIH tienen menos de 25 años, esto es, son personas jóvenes que en el Tercer Mundo se encuentran en sus años más productivos, lo que incide gravemente tanto en la economía familiar como en la de sus países. Así, en Malawi, el 70 % de la mortalidad hospitalaria se relaciona actualmente con el SIDA. La epidemia ha dejado huérfanos a unos 470.000 niños menores de 15 años; junto a la sequía que sufre el país, el SIDA amenaza la vida de más de tres millones de personas. Las comunidades agrícolas del país han sido diezmadas por el SIDA y la hambruna; un número creciente de hogares están encabezados por mujeres, niños o abuelos que no tienen los conocimientos prácticos o la capacidad laboral para llevar a cabo las tareas agrícolas de forma provechosa.

Si se contempla el fenómeno del SIDA desde una perspectiva europea, la enfermedad se vinculó desde un primer momento a homosexuales, heroinómanos y hemofílicos. Pero hoy ya no es así. En Francia, por ejemplo, había a principios de 1994 unas 150.000 personas infectadas

---

[6] ONUSIDA/OMS, *cit.,* p. 39.

por el VIH; de ellas, 28.497 habían desarrollado el SIDA. Los hetero--sexuales infectados habían aumentado un 40 % en el último año.

C) *El SIDA en España*

Ya en 1997 había 150.000 personas infectadas por el VIH en España. De ellas, un total de 47.698 casos de SIDA (50 % de fallecidos) se habían diagnosticado desde 1981. Estas cifras colocaban a España en el país europeo con mayor tasa de incidencia de la enfermedad, y en segundo lugar entre todos los países occidentales en cuanto al número de casos (28) por millón de habitantes[7]. En 2001 España continuaba ocupando la cabeza de la Unión Europea en casos de SIDA (63.000 casos desde 1981), seguida de Francia e Italia[8].

Casi todos los hospitales del país tienen decenas, incluso cientos, de estos enfermos. Se trata de una de las enfermedades más caras para la sanidad pública, dada la especificidad de los medicamentos que necesitan los infectados para su tratamiento, los largos períodos de hospitalización requeridos y la complejidad de las llamadas «enfermedades oportunistas» que suelen acompañar la evolución del SIDA —cáncer, neumonía, todo tipo de infecciones—. Del total de casos registrados hasta 1997, los colectivos afectados más numerosos habían sido los usuarios de drogas por vía intravenosa (un 63,9 %); los infectados por contacto homosexual (un 15,1 %) y por contacto heterosexual (un 6,9 %).

Sin embargo, la infección por vía heterosexual se ha multiplicado en los últimos años, según datos del Ministerio de Sanidad, por lo que se puede concluir que las causas más comunes de infección son en la actualidad la inyección de drogas con jeringuillas o agujas contaminadas, así como las relaciones sexuales heterosexuales realizadas sin preservativo. Desde 1993, el SIDA se ha convertido en la primera causa de mortalidad de jóvenes y adultos españoles comprendidos entre los 25 y los 44 años.

D) *Tratamiento médico del SIDA. Su prevención*

A pesar de tratarse de una enfermedad todavía incurable, se ha avanzado mucho en la investigación de fármacos que retrasan considerablemente el desarrollo fatal de la enfermedad. Así, la administración

---

[7] *El País*, 29 de octubre de 1997 (diario).
[8] *El País*, 11 de septiembre de 2002 (diario).

de cócteles de fármacos inhibidores de la proteasa y de la transcriptasa (antirretrovirales), se generalizó a partir de 1995/1996 en los países de ingresos elevados. A finales de 2001 ya estaban recibiendo esta medicación medio millón de personas, lo que redujo sustancialmente la mortalidad relacionada con el SIDA. También se han reducido en un 50 % los ingresos hospitalarios de pacientes con SIDA en esos países. Sin embargo, no se ha conseguido erradicar totalmente el virus; y la epidemia progresa rápidamente por transmisión heterosexual entre los jóvenes y las personas pertenecientes a los grupos más desfavorecidos (afroamericanos e hispanos en Estados Unidos, aborígenes en el Canadá).

Ahora bien, los fármacos antirretrovirales son muy caros. En los países desarrollados el costo es asumido por la sanidad pública. En cambio, es alto, e incluso prohibitivo, para los presupuestos de salud de la mayoría de los países en desarrollo, que tampoco disponen de las infraestructuras sanitarias adecuadas para atender a ese tipo de pacientes. Aunque el precio de tales fármacos se haya reducido de 15.000 dólares por paciente al año (en 2000) a 209 dólares[9] debido fundamentalmente a la proliferación de fármacos genéricos producidos en algunos países del Tercer Mundo, ONUSIDA calculó que a finales de 2001 recibían tratamiento antirretrovírico en los países de ingresos bajos y medianos menos del 4 % de las personas que lo necesitaban; y menos del 10 % de las personas con el VIH/SIDA tenían acceso a cuidados paliativos o tratamiento para combatir las infecciones oportunistas[10].

De manera que la estrategia mundial de lucha contra el SIDA ha consistido hasta ahora esencialmente en la *prevención* de la infección, que es mucho más barata. Pero en el Tercer Mundo no es suficiente con promover la utilización del preservativo en las relaciones sexuales. Los 42 millones de personas que ya han sido infectadas por el VIH o padecen de SIDA, requieren acceder a un tratamiento antirretrovírico eficaz, así como a los medicamentos necesarios para combatir las enfermedades oportunistas que se van presentando en este colectivo de enfermos. Por lo tanto, a la prevención se debe añadir el tratamiento y

---

[9] LAMPTEY, Peter (*et al.*): *loc. cit.*, p. 31. Después de años de presión por parte de ONGs como *Médecins sans frontières*, la empresa farmacéutica *Roche* anunció la reducción hasta el precio de coste (90-95 FrS) de sus medicamentos contra el SIDA (Viracept e Invirase) que se destinen a la venta en 62 países subdesarrollados. También renunció a reclamar judicialmente por violación de patentes de sus medicamentos contra el SIDA y no solicitará patentes para nuevos medicamentos de ese tipo en los 62 países citados. *Cfr. La Tribune de Genève* de 14 de febrero de 2003, p. 13 (diario).

[10] ONUSIDA/OMS, *cit.,* p. 4

la asistencia como estrategias forzosamente complementarias. Lo que, en el contexto del Tercer Mundo, significa luchar contra la pobreza, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades infecto-contagiosas.

Por tanto, combatir el SIDA con eficacia en el Tercer Mundo requerirá la satisfacción de las necesidades básicas de su población en materia de alimentación, atención primaria de salud, educación básica, suministro de agua potable y planificación familiar. Lo que, traducido a términos jurídicos, significa el respeto efectivo del derecho a un nivel de vida adecuado del que es titular todo ser humano, lo que incluye el derecho a la alimentación, agua potable, vivienda, vestido, salud, asistencia médica, servicios sociales, educación, trabajo y condiciones justas de empleo, así como seguros en caso de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad[11].

II. **La reglamentacion internacional**

La estrecha relación existente entre los derechos humanos y el VIH/SIDA se hace evidente cuando se observa que personas pertenecientes a ciertos grupos son más vulnerables a contraer el VIH porque no son capaces de realizar sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Así, las personas que no pueden ejercer sus libertades de asociación e información, tampoco podrán informarse de las cuestiones relativas al VIH/SIDA, participar en grupos de autoayuda o tomar otras medidas preventivas que las protejan de la infección del VIH.

Además, se violan frecuentemente los derechos humanos de las personas afectadas por el VIH/SIDA porque son estigmatizadas y discriminadas por el simple hecho de conocerse su condición de portadoras del VIH. En circunstancias sociales tan adversas, las personas contagiadas evitarán todo contacto con los servicios sociales o de salud, con el objeto de preservar su anonimato. Por lo mismo, las políticas de prevención, tratamiento y apoyo a los enfermos se verán obstaculizadas en un ambiente donde los derechos humanos no se respeten.

Desde una perspectiva de derechos humanos, los Estados deben respetar y proteger los derechos de los que viven con el VIH/SIDA en aplicación de los principios de no discriminación, igualdad, participación

---

[11] Artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Los textos y documentos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos se localizan en *www.ohchr.org*

y responsabilidad. También deben crear las condiciones económicas y sociales favorables para que los individuos y las comunidades puedan realizar las tareas de prevención, tratamiento y cuidado de los enfermos. Igualmente, los Estados deben atender las necesidades de los grupos más vulnerables (homosexuales, toxicómanos, trabajadores del sexo, niños, minorías, pueblos indígenas, prisioneros y migrantes[12]).

Ya en 1994, la Comisión de Derechos Humanos había exhortado a todos los Estados a asegurarse de que

> «sus leyes, políticas y prácticas, incluidas las introducidas en relación con el VIH o el SIDA, respeten las normas de derechos humanos y no tengan el efecto de impedir que se realicen programas para la prevención del VIH y el SIDA y para la atención de personas infectadas con VIH o con SIDA»[13].

La Comisión también había exhortado a los Estados a adoptar «procedimientos de reparación apropiados» que asegurasen el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas infectadas, sus familiares o las personas relacionadas con ellas, así como de las personas a quienes se suponía en peligro de ser infectadas, en especial mujeres, niños y otros grupos vulnerables, «a fin de evitar medidas discriminatorias en contra de ellos o su estigmatización social y garantizarles el acceso a la atención y ayuda necesarias»[14].

Por último, la Comisión acogió la iniciativa del Consejo Ejecutivo de la Organización Mundial de la Salud[15] en el sentido de que el sistema de las Naciones Unidas preparase un programa conjunto sobre el VIH y el SIDA que incluyera los aspectos de derechos humanos en las estrategias de aplicación del nuevo programa[16]. En cuanto a las medidas de seguimiento de esta importante cuestión, la Comisión confió al Secretario General la preparación de un informe «sobre las medidas internacionales e internas adoptadas para proteger los derechos humanos e impedir la discriminación en relación con el VIH y el SIDA y que formule las recomendaciones apropiadas al respecto»[17].

---

[12] Así lo ha expresado reiteradamente la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en sus resoluciones 2001/51; 1999/49; 1997/33; 1996/43 y 1995/44. Localizables en www.ohchr.org

[13] Párr. 1 de la parte dispositiva de la resolución 1994/49, aprobada sin votación el 4 de marzo de 1994.

[14] *Ibidem,* párr. 2

[15] Resolución EB93.R5, de 21 de enero de 1994.

[16] Res. 1994/49, *cit.,* párr. 8.

[17] *Ibidem,* párr. 11.

A) *Directrices internacionales*

A pesar de los 20 años transcurridos desde las primeras manifestaciones del SIDA en el mundo y de su imparable progresión, el Derecho internacional *positivo* de los derechos humanos no ofrece todavía ninguna norma *específica* que se refiera a los derechos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA y su eficaz protección. Esta laguna normativa internacional obedece a que los Estados han sido reacios a colmarla, ya que en el plano nacional han proliferado leyes y políticas discriminatorias, e incluso nuevas formas de prácticas discriminatorias que son claramente regresivas, puesto que niegan a las personas infectadas, así como a sus familiares y allegados, el disfrute de derechos y libertades fundamentales que ya gozaban de un amplio reconocimiento internacional.

Cabe recordar, además, que el Relator Especial de la Subcomisión a quien se había encomendado un estudio sobre la «discriminación de las personas infectadas con el virus VIH o de personas con SIDA», no había formulado ninguna recomendación a favor de la codificación en el plano internacional de medidas protectoras contra la discriminación en esta materia[18].

Ante ese vacío legal a nivel internacional, la comunidad internacional tuvo que limitarse durante años a recomendar a los Estados el cumplimiento de las normas internacionales ya existentes en materia de derechos humanos, a pesar de su difícil encaje por ser genéricas y anteriores a la aparición del SIDA. En particular, se ha insistido en la vigencia del principio de no discriminación, auténtica piedra de bóveda del Derecho internacional de los derechos humanos, de los principios recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), en los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (PIDH), y en las convenciones de derechos humanos más ampliamente ratificadas.

Los procedimientos convencionales de protección de los derechos humanos (Comités establecidos en tratados), plantean en ocasiones los problemas de discriminación de las personas afectadas por el VIH/SIDA cuando estudian los informes periódicos que los Estados les someten sobre la aplicación de esos tratados en sus respectivos ámbitos internos. Completado el estudio de esos informes, los Comités formulan comentarios y recomendaciones dirigidas a cada Estado en sus observaciones finales, así como recomendaciones o comentarios generales en

---

[18] Informe final del Relator Especial Sr. L. VARELA QUIRÓS, doc. E/CN.4/Sub.2/1992/10, *cit.*, párrafos 117-120; y E/CN.4/Sub.2/1993/9, *cit.*, párrafos 1-14.

los que interpretan el alcance de los derechos proclamados en su respectiva convención. A éstos últimos, que abarcan a todos los Estados Partes en cada convención, nos referiremos a lo largo de este trabajo.

Por su parte, los procedimientos extraconvencionales de protección (sistema de Relatores Especiales y Grupos de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, tanto geográficos como temáticos) también se pueden referir ocasionalmente en sus informes al impacto del VIH/SIDA en el disfrute de los derechos humanos considerados dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

Pero hasta 2002 la Comisión no se había dotado de un mecanismo específico para tratar de las cuestiones relacionadas con el derecho a la salud y, por extensión, de las personas afectadas por el VIH/SIDA. Se trata del Relator Especial sobre el *derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*[19], cuyo mandato se enmarca en el artículo 25.1 de la DUDH, así como en las normas convencionales pertinentes, en particular los artículos 12 del PIDESC, 24 de la CDN, 12 de la CEDCM y 5 *e iv* de la CEDR. En estrecha cooperación, entre otros, con ONUSIDA, el Relator Especial deberá informar anualmente a la Comisión sobre la situación de ese derecho en todo el mundo y sobre las novedades en materia de leyes, políticas y buenas prácticas, así como los obstáculos con que tropieza su ejercicio a nivel interno e internacional. Por último, formulará recomendaciones a los Estados para mejorar la salud pública[20].

No obstante, es forzoso reconocer que los progresos alcanzados por los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos en favor de las personas que viven con el VIH/SIDA han sido hasta ahora muy escasos. La expansión progresiva de la epidemia por todo el mundo, así como la necesidad de una respuesta específica a los desafíos que la misma presenta, decidió a la comunidad internacional poner en pie una estructura institucional permanente. Así nació en 1996 el «Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH y el SIDA» (ONUSIDA), que comparte sede con la Organización Mundial de la Salud en Ginebra y coordina las actividades de los organismos especializados (OMS, UNESCO, OIT, Banco Mundial), así como de los órganos y programas de las Naciones Unidas asociados (UNICEF, FNUAP, PNUD y PNUFID).

---

[19] Resolución 2002/31, aprobada sin votación el 22 de abril de 2002. El Prof. P. Hunt (Nueva Zelanda) ha sido nombrado Relator Especial por un período de tres años. Su primer informe a la Comisión se presentará dentro de unas semanas. Será localizable en *www.ohchr.org*

[20] *Ibidem,* párrafos 4 y 5.

El objetivo de ONUSIDA es dirigir y apoyar una respuesta amplia de las Naciones Unidas frente a la epidemia en todas sus vertientes: prevención de la infección, protección y apoyo a los enfermos, reducción de la vulnerabilidad individual y comunitaria, y atenuación de sus consecuencias. ONUSIDA dispone también de pequeños equipos en el terreno (Abidján, Bangkok, Pretoria…) que trabajan con sus contrapartes nacionales en la mejora de la capacidad nacional de prevención y atención a las personas afectadas por el VIH/SIDA.

En 1996 ONUSIDA y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) convocaron una segunda consulta internacional de expertos sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, con el fin de elaborar unas Directrices internacionales en la materia[21]. Una versión reducida de doce Directrices[22] fué aprobada por la Comisión de Derechos Humanos poco después[23] y se encomendó al Secretario General que recogiera las opiniones de los gobiernos, organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales sobre las mismas. La Directriz 6 relativa a la prevención, tratamiento, atención y apoyo contra la enfermedad, fué puesta al día en 2002[24].

Con las Directrices se pretende traducir las normas y principios generales del DIDH en actuaciones prácticas frente al VIH/SIDA. A estos fines, las Directrices se estructuran en dos partes: en primer lugar, se recuerdan los principios básicos de derechos humanos que fundamentan una respuesta positiva al VIH/SIDA. En segundo lugar, se recomienda una serie de «medidas prácticas que han de adoptar los gobiernos en los ámbitos jurídico, administrativo y práctico para proteger los derechos humanos y alcanzar los objetivos de salud pública frente al VIH»[25]. De esta manera se pretende que los Estados tomen iniciativas políticas y asignen recursos financieros a la realización de esos programas que deberán garantizar el respeto de los derechos humanos en relación con el VIH y, por ende, lograr una mayor eficacia en la lucha contra la epidemia.

---

[21] OACNUDH y ONUSIDA: *El VIH/SIDA y los derechos humanos. Directrices internacionales*. Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos (Ginebra, 23-25 de septiembre de 1996). Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 1998, 68 p. (doc. HR/PUB/98/1)

[22] Las Directrices se contienen en el documento E/CN.4/1997/37 (20 de enero de 1997), *Informe del Secretario General sobre la Segunda Consulta Internacional sobre el VIH/SIDA y los Derechos Humanos*, Ginebra, 23-25 de septiembre de 1996. Se localizan en *www.ohchr.org*

[23] Resolución 1997/33, de 11 de abril de 1997, aprobada sin votación.

[24] Declaración conjunta de ONUSIDA y OACNUDH de 10 de septiembre de 2002.

[25] OACNUDH y ONUSIDA: *El VIH/SIDA y los derechos humanos*…, *cit.,* p. 3.

Por tanto, las Directrices tienen como destinatarios principales a los Estados y, dentro de ellos, a los legisladores y los formuladores de políticas en los ministerios relevantes (salud, asuntos exteriores, justicia, interior, defensa, empleo, bienestar y educación). Desde luego, las Directrices no constituyen un instrumento normativo imperativo para los Estados. Pero, a pesar de su carácter voluntario (*soft law*), han sido ampliamente utilizadas por gobiernos, instituciones de derechos humanos, organismos especializados y órganos de las Naciones Unidas, organizaciones no gubernamentales y personas que viven con el HIV/SIDA, como punto de referencia para la formación y para el desarrollo de políticas y legislación en derechos humanos y VIH/SIDA.

También son destinatarias de las Directrices las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales interesadas y las personas con el VIH/SIDA. Por lo que no se excluyen las obligaciones del sector privado, en particular los grupos profesionales como los trabajadores de la salud, los medios de difusión y las comunidades religiosas. Esos grupos también están obligados a no discriminar y a adoptar políticas y prácticas de carácter ético y protector.

Conforme a la Directriz 2, los Estados deberían consultar a las comunidades en todas las fases de formulación, ejecución y evaluación de los programas relativos al VIH y al SIDA, de manera que las organizaciones puedan realizar eficazmente sus actividades en materia de ética, legislación y derechos humanos. Se debieran destinar fondos públicos a financiar el apoyo administrativo, el aumento de la capacidad, el desarrollo de los recursos humanos y la realización de actividades de las ONGs.

En este sentido, la Directriz 10 recomienda que los Estados velen por que los sectores público y privado generen códigos de conducta sobre las cuestiones del VIH/SIDA que trasladen los principios de derechos humanos a códigos de deontología profesional, dotados de procedimientos para aplicar y hacer cumplir esos códigos. En tales códigos debiera figura la confidencialidad, el consentimiento reflexivo de las pruebas, el deber de tratamiento médico, el deber de proporcionar un lugar de trabajo seguro, la reducción de la vulnerabilidad y discriminación y las vías de recurso en caso de incumplimiento o de abusos.

Para la correcta aplicación de las Directrices, se recuerda a los países desarrollados el deber de cooperar mediante la transferencia de recursos financieros y técnicos con los que combatir eficazmente la epidemia en los países en desarrollo. La Directriz 12 establece que los Estados deberán cooperar a través de todos los programas y organismos pertinentes del sistema de las Naciones Unidas, en particular el ONUSIDA, para intercambiar conocimientos y experiencias sobre las

cuestiones de los derechos humanos en esta materia y establecer procedimientos eficaces para proteger los derechos humanos de los afectados por el VIH/SIDA en el plano internacional.

En definitiva, las Directrices debieran facilitar la labor de los Estados en la elaboración, coordinación y aplicación de políticas y estrategias nacionales en materia de VIH/SIDA que sean prácticas y efectivas, basadas en los principios relevantes de derechos humanos. Esa labor debiera cristalizar en medidas legislativas, políticas, administrativas y prácticas que faciliten una mejor protección de los derechos humanos y alcanzar los objetivos de salud pública relacionados con el VIH. Al mismo tiempo, se favorecerá la participación del sector privado y de la comunidad en una respuesta conjunta al VIH/SIDA que tenga en cuenta la responsabilidad de la sociedad civil.

Para conseguirlo, la Directriz 1 recomienda que los Estados establezcan un marco nacional efectivo para responder al VIH/SIDA, que permita una actuación participativa, transparente y responsable que apoye las funciones de política y programas sobre el VIH/SIDA de todas las ramas del gobierno. Aunque la mayoría de los países ya tienen comités nacionales del SIDA, la persistente falta de coordinación de la política oficial y la falta de atención específica a las cuestiones de derechos humanos que plantea la epidemia del VIH/SIDA, recuerdan la necesidad de estudiar la creación de nuevas estructuras o de fortalecer y reorientar las existentes para incluir las cuestiones jurídicas y éticas.

A continuación estudiaremos desde la perspectiva de los derechos humanos los principios de DIDH aplicables y su traducción práctica en las Directrices internacionales que los Estados debieran tener en cuenta para cumplir con su obligación internacional de proteger los derechos humanos de las personas con el VIH/SIDA.

B) *Derecho a la no discriminación. Protección especial de la mujer y del niño*

Como ya hemos puesto de relieve en otro lugar, la igualdad ante la ley y la no discriminación en el disfrute de los derechos humanos son principios estructurales del DIDH, ya que son una consecuencia obligada de la afirmación de la dignidad de la persona humana, la cual constituye a su vez el fundamento mismo de los derechos humanos[26].

---

[26] *Cfr.* Villán Durán, C.: *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 96-99.

El principio de no discriminación se consagra en el artículo 2 de la DUDH de 1948 y, sobre todo, en los artículos 2, 3 y 26 del PIDCP (1966), que se completan con las referencias contenidas en los artículos 20.2, 23.4 y 24.1 del mismo Pacto. En cuanto al PIDESC (1966), también incorpora la cláusula genérica de no discriminación en su artículo 2.2.

Ahora bien, la formulación del principio de no discriminación en los textos internacionales citados no define qué es la discriminación; más bien se enumeran los motivos de distinción o discriminación que no serán permitidos. Así, por ejemplo, el artículo 26 del PIDCP, después de afirmar la igualdad ante la ley, anuncia que ésta prohibirá toda discriminación y que 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[27]».

Como es obvio, una medida discriminatoria contra una persona por motivo de su infección de VIH o de su enfermedad de SIDA, no está expresamente prohibida por el Pacto, porque éste fue adoptado en 1966, mucho antes de la aparición del SIDA. Sin embargo, la cláusula que figura en último lugar («*cualquier otra condición social*»[28]) es tan amplia y abierta que podría comprender la prohibición de medidas discriminatorias contra las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA[29], lo mismo que la discriminación basada en la nacionalidad, el estado civil, el origen étnico, la edad, la orientación sexual o las deficiencias físicas[30].

En el marco de su comentario general relativo al principio «básico y general» de la no discriminación, el Comité de Derechos Humanos, que controla la aplicación del PIDCP, consideró que el término «discriminación» utilizado en el Pacto se debe entender referido a

> «toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos…, y que tengan por objeto o por resultado

---

[27] El subrayado es nuestro.

[28] En francés: «toute autre situation». En inglés: «other status»

[29] *Cfr.* Villán Durán, C.: «Los derechos humanos y el SIDA. Protección de las personas afectadas», *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 19, 1994, p. 148.

[30] *Vid.* en este sentido O'Donnell, Daniel: *Protección internacional de los derechos humanos,* 2.ª edic., Lima, Comisión Andina de Juristas, 1989, 752 p., *at* 389.

> anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas»[31].

Además, el Comité señaló que, a diferencia del artículo 2.1 del Pacto que limita el alcance del principio de no discriminación a los derechos consagrados en el Pacto, el artículo 26 del mismo establece en sí «un derecho autónomo» porque «prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas»[32]. Por lo tanto, la prohibición de discriminación del artículo 26 abarca a todas las leyes del Estado y su aplicación, con independencia de que éstas se refieran o no a derechos consagrados en el Pacto.

El Comité también se ocupó de establecer los límites del principio de no discriminación, toda vez que no toda diferenciación de trato equivale a discriminación,

> «si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto»[33].

Esta interpretación moderna y progresista del art. 26 ha sido consolidada por el Comité en su práctica ante las quejas individuales que sustancia conforme al primer Protocolo Facultativo del Pacto. Así, en el caso de 743 soldados jubilados de nacionalidad senegalesa que habían servido en el ejército francés antes de la independencia del Senegal, el Comité concluyó que la legislación francesa de 1974 sobre pensiones militares había incurrido en discriminación por haber concedido a los nacionales senegaleses una pensión inferior a la que correspondía a ciudadanos franceses. En el caso, la diferencia por razón de nacionalidad fué retenida por el Comité como discriminación por «cualquier otra condición social» y por consiguiente prohibida conforme al artículo 26 del Pacto[34].

---

[31] Comentario general 18.—No discriminación (37.º período de sesiones, 1989), párrafo 7 (adoptado conforme al Art. 40.4 del Pacto). Los comentarios generales se han ido publicando como anexos a los informes anuales del Comité a la Asamblea General. Una recopilación de los mismos, junto a los comentarios o recomendaciones generales de otros órganos de las Naciones Unidas establecidos en tratados, se encuentra en el doc. HRI/GEN/1Rev.5, de 26 de abril de 2001, pp. 152-154. Se localiza en *www.ohchr.org*

[32] *Ibidem*, párrafo 12.

[33] *Id.*, párrafo 13.

[34] *Gueye et al. contra Francia*, comunicación núm. 196/1985, párrafos 9.3-9.5.

En cambio, en otros casos relativos a ciertas diferencias que la legislación establecía entre parejas casadas o no[35], entre soldados y civiles[36], entre objetores de conciencia y soldados[37], o entre alumnos de escuelas públicas y privadas[38], el Comité opinó que tales diferencias eran razonables y que, por consiguiente, no constituían una discriminación legal en el sentido del artículo 26 del Pacto[39].

Por tanto, toda diferencia, para no ser calificada de discriminatoria, ha de ser *razonable*, *objetiva* y perseguir un *propósito legítimo* conforme al Pacto. Tal conclusión es de capital importancia para la protección de los derechos humanos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA, pues cualquier intento de distinción contra ellas deberá ir acompañado de los tres requisitos señalados para evitar caer en una discriminación ilegal[40].

Conforme a la Directriz 5, los Estados deberían promulgar o robustecer las leyes que combaten la discriminación u otras leyes que protegen contra la discriminación en los sectores tanto público como privado a los grupos vulnerables, las personas con el VIH/SIDA y los discapacitados, velar por el respeto de la vida privada, la confidencialidad y la ética en la investigación sobre seres humanos, insistir en la formación y la conciliación, y aportar medios administrativos y civiles prontos y eficaces[41].

Habitualmente, las autoridades tratan de justificar medidas discriminatorias en razones de salud pública para preservar los derechos de la mayoría no enferma ni infectada. Pero la Asamblea Mundial de la Salud reconoció que, desde el punto de vista de la salud pública, carecen de fundamento las medidas que limitan los derechos del individuo, en especial las medidas que imponen la detección obligatoria del SIDA, por lo que la discriminación y estigmatización de las personas infectadas

---

[35] *Danning contra Países Bajos*, comunicación núm. 180/1984, párrafo 14.

[36] *R.T.Z.y M.J.G. contra Países Bajos*, comunicación núm. 245/1987, párrafo 3.2.

[37] *H.A.E.D.J. contra Países Bajos*, comunicación núm. 297/1988, párrrafo 8.2.

[38] *Blom, Lindgren et al. contra Suecia*, comunicación núm. 191/1985, párrafos 10.2-10.3.

[39] Un excelente estudio de la práctica del Comité se encuentra en NOWAK, Manfred: *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. Kehl am Rhein-Strasbourg-Arlington: Engel 1993, 947 p., *at* 469-475

[40] *Vid.* a este propósito SIEGEL, R.L.: «AIDS and Human Rights», *Human Rights Quarterly*, vol. 18, num. 3, 1996, pp. 612-641, *at* 633-637.

[41] *Vid.* en este sentido ONUSIDA/UIP, *Guide pratique à l'intention du législateur sur le VIH/SIDA, la législation et les droits de l'homme. Mesures de lutte contre les effets dévastateurs du VIH/SIDA sur les plans humain, économique et social*. Genève, ONUSIDA/UIP, 1999, 166 p.

constituyen obstáculos a las medidas necesarias para prevenir y combatir tanto el VIH como el SIDA[42].

Además, toda discriminación o estigmatización en la materia constituyen un peligro para la salud pública toda vez que, según la OMS, para prevenir con eficacia la infección por el VIH, será necesario informar, educar y prestar apoyo sanitario y social a las personas cuyo comportamiento las exponga a un riesgo especial de infección. Por ello, en vez de excluirlas de la sociedad, la salud pública considera prioritario mantener integradas en la sociedad a las personas infectadas, para ayudarlas a asumir la responsabilidad de prevenir la transmisión del VIH a otras personas.

En consecuencia, un buen número de leyes y prácticas nacionales discriminatorias no son legítimas conforme al artículo 26 del Pacto, porque son contrarias a los intereses de la salud pública. En definitiva, la mejor forma de ayudar a la salud pública en la prevención de la infección será mediante el respeto escrupuloso de la dignidad y los derechos humanos de las personas infectadas y enfermas.

Grupos vulnerables

La Directriz 8 recomienda que los Estados, en colaboración con la comunidad, fomenten un entorno protector y habilitante para las mujeres, los niños u otros grupos vulnerables, combatiendo los prejuicios y desigualdades causantes de esa vulnerabilidad mediante el diálogo con la comunidad y en particular mediante servicios sociales y de salud especiales y apoyando a los grupos de la comunidad.

La pobreza extrema de muchas personas, en especial mujeres y niños, les conduce a situaciones desesperadas tales como la emigración, el tráfico o la prostitución, lo que les expone a graves riesgos de infección por el VIH. Ello se ha comprobado en países como India, Filipinas y Tailandia, en donde se registran altos índices de niñas prostituídas y a la vez infectadas debido, en gran medida, al turismo sexual que en esos países practican muchos occidentales[43].

---

[42] Resolución WHA.45.35. La orientación antidiscriminatoria de la Asamblea Mundial de la Salud en relación con las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA, se viene manteniendo al menos desde 1988 (resolución WHA 41.24, de 13 de mayo de 1988).

[43] *Vid.* docs. E/CN.4/1991/51, párr. 138; E/CN.4/1993/67, párr. 257; y E/CN,4/1994/84, párr. 240 (Informes del Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la venta de niños, Sr. Vitit Muntarbhorn).

MUJERES

La OMS recomienda, como una de las prioridades de su estrategia mundial contra el SIDA, que se disminuya la vulnerabilidad especial de las mujeres y de sus hijos a la infección por el VIH, mediante la mejora de su condición jurídica, económica, social, educativa y sanitaria.

ONUSIDA estima que en diciembre de 2002 había 19,2 millones viviendo con el VIH/SIDA en el mundo[44], por lo que conforman un grupo de alto riesgo. Solamente en 2002 murieron de SIDA 1,2 millones de mujeres y otros 2 millones resultaron infectadas. Son víctimas de una doble discriminación por su condición de mujeres, lo que con frecuencia las coloca en una situación de inferioridad ante los hombres, en aplicación de injustas tradiciones sociales. Además, la dependencia económica del hombre hace que la mujer no tenga la posibilidad de participar en la vida pública en muchos países del mundo, por lo que son víctimas de discriminación en el disfrute de sus derechos a la educación, empleo, créditos, propiedad, herencia, asistencia sanitaria y otros beneficios sociales.

En esta situación, la mujer no dispone de información adecuada sobre salud sexual y reproductiva y sobre el VIH/SIDA, por lo que es más vulnerable al riesgo de infección por el VIH, que en la mayor parte de los casos tiene su origen en las relaciones prematrimoniales y extramatrimoniales de sus esposos. Para salir de este círculo vicioso, será necesario que la mujer del Tercer Mundo vea elevada sustancialmente su condición económica y social, y que sus derechos, incluido el de no discriminación por razón de sexo, estén debidamente protegidos por la ley.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer recomendó a los Estados que intensificaran la información sobre VIH y SIDA dirigida a mujeres y niños; que en los programas nacionales contra el SIDA se prestara especial atención a la función reproductora de la mujer y su posición subordinada en algunas sociedades; y que velaran por que la mujer participase activamente en la atención primaria de la salud, como educadora en materia de prevención de la infección por el VIH[45].

En términos prácticos, se debiera garantizar la igualdad de la mujer en lo que respecta al régimen de bienes en las relaciones conyugales,

---

[44] ONUSIDA/OMS, *cit.,* p. 2.

[45] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general núm. 15 (1990): «Necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)». *Cfr.* Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, de 26 de abril de 2001, pp. 235-236.

así como el acceso al empleo y a las oportunidades económicas; eliminar las limitaciones discriminatorias de los derechos de propiedad y de sucesión, capacidad de celebrar contratos y contraer matrimonio, obtener créditos y financiación, iniciar trámites de separación o divorcio, compartir equitativamente el patrimonio conyugal al divorciarse o separarse, y mantener la custodia de los hijos. También deberían promulgarse leyes que garanticen los derechos reproductivos y sexuales de la mujer, como el derecho a aprovechar en forma independiente la información y los servicios de salud reproductiva y enfermedades de transmisión sexual, así como de los medios de control de la natalidad, inclusive el aborto legal; el derecho a exigir prácticas sexuales sanas y el derecho a la protección jurídica contra la violencia sexual, tanto dentro como fuera del matrimonio. La edad para el consentimiento sexual y el matrimonio debería ser la misma para varones y mujeres.

Niños

En varios países africanos el SIDA es ya la primera causa de mortalidad infantil. Según estimaciones de ONUSIDA, en diciembre de 2002 había 3,2 millones de menores de 15 años que vivían con VIH/SIDA; el hijo de una madre infectada tiene una probabilidad sobre tres de nacer infectado y en el 80 % de los casos morirá antes de cumplir los 5 años. Solamente en 2002 fallecieron de SIDA 610.000 menores de 15 años, mientras que otros 800.000 resultaron infectados[46]. También sigue creciendo el número de huérfanos: a finales de 2001 había 13 millones de niños que habían perdido al menos uno de sus padres a causa del SIDA[47].

El Comité de los Derechos del Niño reconoció recientemente que el VIH/SIDA afecta gravemente al niño en el disfrute de todos sus derechos, por lo que los principios básicos de no discriminación, interés superior del niño, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del niño, deben inspirar la actuación de los Estados a todos los niveles de prevención, tratamiento y protección contra el VIH/SIDA[48].

En cuanto a los recursos, los Estados deben adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole hasta el máximo de los recursos

---

[46] ONUSIDA/OMS, *cit.,* p. 2.

[47] Lamptey, P. (*et al.*), *loc. cit.*, p. 7.

[48] General Comment No. 3: *HIV/AIDS and the rights of the child*., adopted on 31 January 2003. Doc. CRC/GC/2003/1, par. 3. Localizable en *www.ohchr.org*

de que dispongan y, cuando sea necesario, acudiendo a la cooperación internacional[49]. En ese sentido, tanto las organizaciones internacionales como los Estados donantes de ayuda al desarrollo deben contribuir a nivel nacional a mejorar el disfrute de los derechos del niño en el contexto del VIH/SIDA[50].

El Comité también señaló que el riesgo de transmisión perinatal del VIH de la madre al hijo se reduce significativamente si la madre recibe fármacos antirretrovirales durante el embarazo y el parto. Después del parto, el riesgo de transmisión a través de la leche maternal es del 10-20 %, lo que se debe tener en cuenta en los casos en que no se dispone de alternativas aceptables para alimentar correctamente a los bebés[51]. Los Estados deben negociar con la industria farmacéutica para obtener al costo más bajo posible los medicamentos antirretrovirales y otros necesarios para combatir las enfermedades oportunistas[52].

Conforme a las Directrices internacionales, deberían aprobarse leyes de protección contra la discriminación para reducir el número de infracciones de los derechos humanos del niño en lo relativo al VIH/SIDA. Así, los niños deberían beneficiarse de la información, la educación y los medios de prevención en materia del VIH, dentro y fuera de la escuela; regular la posibilidad de que el niño se someta a la prueba del VIH con su consentimiento o el de su progenitor o tutor, en su caso; proteger a los niños contra la obligatoriedad de la prueba, especialmente si han quedado huérfanos a causa del SIDA; y proporcionar otras salvaguardias a los huérfanos, particularmente en materia de herencia o apoyo. Esa legislación también debería proteger al niño contra los abusos sexuales, prever su rehabilitación en caso de abusos y considerar que ha sido víctima de una conducta ilícita y que no debe ser castigado. Las leyes sobre discapacidad también deberían proteger a la infancia.

C) *Derecho a la vida, integridad física, libertad y seguridad de las personas*

Según la OMS, ninguna forma de detención está justificada como medio para prevenir y combatir la propagación del SIDA, tales como el aislamiento, la cuarentena, el ingreso forzoso en un hospital u hospicio, el internamiento forzoso en una colonia separada del resto de la

---

[49] *Ibidem,* párrs. 11 y 36.2.
[50] *Ibidem,* párr. 36.7.
[51] *Ibidem,* párrs. 23 y 24.
[52] *Ibidem,* párr. 25.

sociedad, etc., porque los modos de transmisión del VIH son limitados (sexo, sangre, madre a hijo) y por consiguiente prevenibles.Tampoco parecen justificadas las medidas de segregación o aislamiento forzoso para los presos infectados por el VIH o enfermos de SIDA, pues podría incurrirse en situaciones de trato inhumano o degradante. Se exceptúan los casos extremos de personas que no puedan cuidar de sí mismas (perturbados, emergencias) y se sabe que están infectadas.

La Directriz 4 obliga a los Estados a examinar y reformar las leyes penales y los sistemas penitenciarios para que concuerden con las obligaciones internacionales de derechos humanos y no se apliquen indebidamente a los casos de VIH/SIDA ni se utilicen contra los grupos vulnerables. En consecuencia, se debieran derogar las disposiciones penales que prohíben actos sexuales (como el adulterio, la sodomía, la fornicación y las relaciones sexuales comerciales) realizados en privado entre adultos y con su consentimiento. Pero se debieran regular las condiciones de salud e higiene para proteger a los trabajadores sexuales y a sus clientes. La legislación penal tampoco debiera entorpecer la aplicación de las medidas adoptadas por los Estados para reducir el riesgo de transmisión del VIH entre quienes se inyectan drogas y proporcionarles atención y tratamiento si están infectados por el virus.

Las autoridades penitenciarias deberían proteger a los reclusos frente a la violación, la violencia y la coacción sexuales. Los reclusos —y el personal penitenciario, en su caso— debieran recibir información y educación sobre la prevención del VIH, someterse voluntariamente a la prueba del VIH y recibir asesoramiento, beneficiarse de los medios de prevención (preservativos, desinfectante y material de inyección inocuo), recibir tratamiento y atención, y participar voluntariamente en pruebas clínicas relacionadas con el VIH. La ley también debería garantizar la confidencialidad y prohibir las pruebas obligatorias, la segregación y la denegación de acceso a instalaciones carcelarias, así como los privilegios y los programas de excarcelación para los reclusos infectados por el VIH. En cambio, debería considerarse la posibilidad de excarcelar anticipadamente, por razones humanitarias, a los reclusos que tengan el SIDA.

D) *Derecho a un nivel de vida adecuado*

Los artículos 25.1 DUDH y 11.1 PIDESC reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. El artículo 11.2 PIDESC añade el

derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre. Las obligaciones del Estado en esta materia han sido detalladas por el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los comentarios generales pertinentes.

El artículo 2.1 del PIDESC establece que cada Estado Parte en el mismo 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 … reconocidos».

El Comité ha precisado que, aunque el artículo 2 se refiere a una realización paulatina, teniendo en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos, también impone dos obligaciones con efecto inmediato[53]: la primera es que los Estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán *sin discriminación* alguna por motivos de raza, color, etc., o por cualquier otra condición social (art. 2.2), lo que incluye a los seropositivos. La segunda obligación de efecto inmediato consiste en *adoptar medidas* (artículo 2.1), lo que deberá hacerse dentro de un plazo razonablemente breve. Tales medidas podrán ser legislativas, judiciales, administrativas o de otro tipo.

Además, según el Comité, el artículo 2.1 impone una obligación de *resultado*: el logro de la progresiva *efectividad* de los derechos reconocidos en el Pacto. Por lo tanto, corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles *esenciales* de cada uno de los derechos. Para que el Estado pueda atribuir su falta de complimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, deberá demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición para satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Se debe tener en cuenta, además, que se puede proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.

Por último, a los escasos recursos existentes dentro de un Estado deben añadirse los de la comunidad internacional a través de la cooperación

---

[53] Comentario general núm. 3 (quinto período de sesiones, 1990): *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *cit.,* pp. 19-23.

y la asistencia internacionales. A este propósito, debe recordarse que los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas imponen a todos los Estados la obligación de cooperar en el plano internacional para el desarrollo y, por tanto, para la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal cooperación es necesaria para la satisfacción de las necesidades básicas de toda sociedad en desarrollo, en particular para alcanzar los objetivos de desarrollo social consistentes en la erradicación de la pobreza, el hambre y el analfabetismo en el mundo. Como ya se ha señalado, una política eficaz de prevención y tratamiento del VIH/SIDA requiere el disfrute de los derechos que forman parte del nivel de vida adecuado.

E) *Derecho a la salud y a la seguridad social*

El derecho de toda persona al «disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental» está consagrado en el artículo 12.1 del PIDESC. El párrafo 2 del mismo artículo precisa que todo Estado deberá asegurar la plena efectividad de este derecho adoptando medidas para la reducción de la mortinatalidad y la mortalidad infantiles; la mejora de la higiene del trabajo y del medio ambiente; la prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas; y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Qué duda cabe que estas medidas se deben aplicar *a fortiori* a las personas pertenecientes a los grupos más vunerables, entre ellas las personas seropositivas.

Fiel a su convicción en la indivisibilidad de los derechos humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que este derecho es *inclusivo* pues no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva. También es importante la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional[54].

---

[54] Comentario general núm. 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *cit.,* pp. 98-119, párr. 11.

El derecho a la salud debe estar disponible y accesible sin discriminación a todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados como las personas con VIH/SIDA[55]. En casos de enfermedades de transmisión sexual o epidemias, como el VIH/SIDA, se deben establecer programas de prevención, educación y tratamiento, lo que incluye la creación de un sistema de atención médica urgente[56].

La Directriz 3 recomienda que los Estados reformen la legislación sanitaria para que se preste suficiente atención a las cuestiones de salud pública planteadas por el VIH/SIDA, de modo que las disposiciones sobre las enfermedades de transmisión casual no se apliquen indebidamente al VIH/SIDA y que estas disposiciones concuerden con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

Por ejemplo, los pacientes deben someterse *voluntariamente* a la prueba del VIH/SIDA —salvo que medie una autorización judicial especial— y recibir servicios dirigidos a ambos sexos contra las enfermedades de transmisión sexual y a favor de la salud sexual y reproductiva, la distribución de preservativos, el tratamiento con medicamentos adecuados, la prestación de servicios y el suministro de material de inyección inocuo, y el tratamiento adecuado de las enfermedades relacionadas con el VIH/SIDA, en particular la profilaxis del dolor. Igualmente, las personas portadoras del VIH no deben ser objeto de medidas coercitivas como el aislamiento, el encarcelamiento o la cuarentena. Por último, los casos de VIH/SIDA comunicados a los organismos de salud pública con fines epidemiológicos deben tratarse según normas estrictas de protección y confidencialidad de los datos.

El derecho a la salud de la mujer goza de una protección especial en la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDCM). Conforme a su artículo 12, los Estados deberán eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica y la planificación familiar, así como garantizar servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y la lactancia, incluída una nutrición adecuada.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha constatado la mala salud de la mujer frente a enfermedades que pueden prevenirse, tales como la tuberculosis o el VIH/SIDA. Las adolescentes y las mujeres adultas carecen de acceso suficiente a la información y los servicios necesarios para garantizar la salud sexual. Como consecuencia de las relaciones desiguales de poder basadas en el género,

---

[55] *Ibidem,* párrs. 12 b) ii) y 18.
[56] *Ibidem,* párr. 16.

las mujeres a menudo no pueden negarse a tener relaciones sexuales ni insistir en prácticas sexuales responsables y sin riesgo. Además, prácticas tradicionales nocivas, como la mutilación genital de la mujer y la poligamia, al igual que la violación marital, también pueden exponer a las niñas y a las mujeres al riesgo de contraer VIH/SIDA.

En consecuencia, el citado Comité subrayó la obligación de los Estados de garantizar sin discriminación «el derecho a información, educación y servicios sobre salud sexual para todas las mujeres y niñas, incluidas las que hayan sido objeto de trata, aun si no residen legalmente en el país. En particular, los Estados Partes deben garantizar los derechos de los adolescentes de ambos sexos a educación sobre salud sexual y genésica por personal debidamente capacitado en programas especialmente concebidos que respeten sus derechos a la intimidad y la confidencialidad»[57]. Por consiguiente, los Estados deberán garantizar «la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el … VIH/SIDA»[58].

El Comité también recordó a los Estados que no pueden eximirse de su responsabilidad en esos ámbitos mediante una delegación o transferencia de las funciones estatales en materia de salud a organismos del sector privado. Por ello, los Estados deberán informar al Comité sobre las medidas adoptadas para organizar su administración con vistas a proteger la salud de la mujer, y para poner coto a las violaciones de los derechos de la mujer cometidas por terceros, así como sobre las medidas que hayan adoptado para asegurar la prestación de esos servicios[59].

Derecho a la seguridad social

Toda persona seropositiva debe gozar de los mismos derechos que los demás a las prestaciones de desempleo o de enfermedad que sean las habituales del régimen de seguridad social de su país. La asistencia social y médica se reconoce también a toda persona, con independencia

---

[57] Recomendación general núm. 24 (1999): *Artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud*. Doc. HRI/GEN/1/Rev.5, *cit.,* pp. 269-277, párr. 18.

[58] *Ibidem,* párr. 31 b).

[59] *Ibidem,* párr. 17.

de que sea seropositiva o no. Por otro lado, prestar la asistencia social correspondiente no comporta ningún riesgo especial cuando los destinatarios son seropositivos.

Entre las obligaciones básicas de los Estados que dimanan del artículo 12 del PIDESC, se cuenta la de facilitar medicamentos esenciales (incluidos los antirretrovirales), según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS, así como adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas[60].

Además, conforme a los artículos 22 y 23 del PIDESC, los organismos especializados de las Naciones Unidas (OMS, OIT, FMI, Banco Mundial), órganos y programas de las Naciones Unidas (PNUD, UNICEF, FPNU) y organizaciones internacionales como la OMC, deben cooperar con los Estados para dar efectividad al derecho a la salud en el plano nacional. En particular, corresponde a las instituciones financieras internacionales prestar mayor atención a la protección del derecho a la salud en sus políticas de concesión de préstamos, acuerdos crediticios y programas de ajuste estructural[61].

La Directriz 6 (actualizada en 2002) pone el acento en el acceso al tratamiento del VIH/SIDA, incluida la medicación adecuada, como elemento fundamental para la realización efectiva del derecho a la salud[62]. Además, la prevención, tratamiento, atención y apoyo son un proceso continuo. En particular, se insta a los gobiernos a establecer planes nacionales que conduzcan progresivamente al acceso universal y en condiciones de igualdad al tratamiento, atención y apoyo relacionados con el VIH/SIDA, y a fortalecer la cooperación y asistencia internacional en estas materias por medio de contribuciones al recientemente establecido Fondo Mundial para la Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró como trato inhumano —prohibido por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos— la intención del Reino Unido de expulsar un inmigrante a St. Kitts porque ello «lo expondría a un riesgo real de morir bajo las más angustiosas circunstancias». En el caso, el inmigrante era portador del VIH/SIDA y estaba recibiendo en el Reino Unido un tratamiento

---

[60] Comité DESC, Comentario general núm. 14 (2000): *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12)*, *loc. cit.*, párr. 43 y 44.

[61] *Ibidem,* párr. 64.

[62] En el mismo sentido se expresó la Comisión de Derechos Humanos en sus resoluciones 2001/33 y 2002/32 (Acceso a la medicación en el contexto de pandemias como la de VIH/SIDA).

médico sofisticado que quedaría irremediablemente interrumpido si se hubiera procedido a su expulsión a St. Kitts[63].

La realidad es que el disfrute real del derecho a la salud y a la seguridad social para millones de personas en los países en desarrollo, en los que se concentra el 95 % de la epidemia del SIDA, es hoy por hoy una entelequia, ya que solamente un 4 % de los afectados tiene acceso a los fármacos antirretrovirales y un 10 % a medicamentos para combatir las enfermedades oportunistas asociadas al SIDA en esos países. Por tanto, será necesaria una urgente transferencia de recursos financieros y técnicos a esos países, lo que les permitiría construir las infraestructuras sanitarias, la adquisición de medicamentos y la capacitación del personal, que son imprescindibles para la satisfacción de las necesidades de su población en materia de salud. Paralelamente, se deberán revisar las prioridades de los planificadores nacionales e internacionales en materia de salud.

F) *Libertad de movimiento y otras libertades públicas*

El derecho de un nacional a entrar y salir libremente de su país es absoluto y no puede estar sujeto a restricciones sanitarias. En cambio, los Estados pueden imponer condiciones a la entrada de los extranjeros, porque éstos no son titulares, como los nacionales —salvo tratado que disponga lo contrario—, del derecho a entrar y salir libremente de cualquier país. Las condiciones de entrada de los extranjeros, sin embargo, no deben ser discriminatorias. Ahora bien, desde el punto de vista de la salud pública, nada justifica someter a todos los extranjeros a la condición de que presenten un certificado de exención de la infección por el VIH, o de que se sometan a la prueba del VIH.

Desde un punto de vista jurídico, el ejercicio de algunos derechos humanos (libertades de movimiento y de elección de residencia; opinión, expresión e información; derecho de reunión pacífica; derecho de asociación) puede estar sometido a restricciones por razones de *salud pública*. Ahora bien, tales limitaciones deben estar establecidas por ley, basadas en un interés legítimo y ser proporcionales al interés legítimo que se desea salvaguardar en una sociedad democrática; lo que significa que toda medida restrictiva tiene que ser acorde con el imperio del Derecho.

---

[63] Caso *D v. Reino Unido*, sentencia del TEDH de 21 de abril de 1997. *Vid.* en este sentido ABRAMOVICH, V. y COURTIS, Ch.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 211-212.

En cuanto a la libertad de circulación por el interior del país y la libertad de elección de residencia, los expertos en salud pública desaconsejan la adopción de restricciones para las personas infectadas o enfermas, ya sean nacionales o extranjeras. Las Directrices internacionales recomiendan que las leyes y los reglamentos que prevean limitaciones a la libertad de circulación o de asociación de los miembros de grupos vulnerables en relación con el VIH/SIDA, deberían eliminarse de la legislación (despenalizarse) y de su aplicación.

Todo extranjero, infectado o no, que resida legalmente en un país, no puede ser expulsado del mismo sino en ejecución de una decisión adoptada conforme a la ley, y después de haber sido oído por la autoridad competente.

G) *Derecho a la vida privada, a contraer matrimonio y a fundar una familia*

Atentados importantes a este derecho se han realizado por la vía de la imposición de un reconocimiento médico obligatorio en busca de una posible infección por el VIH; o a través de los registros obligatorios de las personas a las que se considera probablemente infectadas por el VIH pero que no han sido sometidas a pruebas de detección. La OMS ha asegurado que el reconocimiento obligatorio de personas pertenecientes a grupos de alto riesgo es poco útil. En cambio, es aconsejable el reconocimiento obligatorio para los donantes voluntarios de sangre, esperma, órganos o células. En los demás casos, las pruebas deben ser estrictamente voluntarias. En cuanto al registro obligatorio, sería una medida discriminatoria, porque no se ha comprobado su utilidad para la salud pública.

Por otra parte, la recogida y almacenamiento de información por las autoridades públicas sobre personas que se sospeche o se ha comprobado que están infectadas por el VIH, deben estar protegidas por las normas más estrictas del secreto médico o por un anonimato total en el momento de la recogida de datos. Con frecuencia se recoge información porque se ha decidido considerar al SIDA o la infección por el VIH como «enfermedades de notificación obligatoria». En estos casos, deben arbitrarse medidas para preservar la confidencialidad de las informaciones o incluso el anonimato de los enfermos.

Por lo mismo, no se podrá comunicar a terceras personas el resultado de pruebas de detección del SIDA o del VIH si no se cuenta con el consentimiento de la persona interesada. Sin embargo, la confidencialidad se puede romper en casos excepcionales, por ejemplo cuando el enfermo sigue manteniendo relaciones sexuales sin protección alguna

con su pareja; o cuando el paciente es un agente de salud y no adopta las precauciones de higiene del caso.

Algunos ordenamientos jurídicos prevén la imposición de sanciones penales a las personas que exponen a otras al VIH, intencionalmente o por imprudencia. En estos casos, la tipificación del delito debe ser clara, y se tratará de casos aislados.

La mayoría de los niños enfermos de SIDA son hijos de padres no casados, de modo que negar la licencia matrimonial a contrayentes seropositivos no serviría para nada, además de discriminarles inutilmente en el ejercicio de su derecho a contraer matrimonio. Por otra parte, según la OMS, el reconocimiento sistemático como requisito previo para el matrimonio es poco útil para controlar o frenar la epidemia del SIDA.

Cabe pensar que algún gobierno adopte una política que imponga restricciones a la procreación para personas infectadas por el VIH. En realidad, cabe reglamentar el derecho a fundar una familia, pero no suspenderlo. Así, sería inaceptable una política gubernamental que impusiera abortos o esterilizaciones forzosas para evitar la procreación de personas seropositivas, pues eso no ocurre ni en el caso de enfermedades de transmisión genética.

Las Directrices internacionales aconsejan que se aprueben leyes generales en materia de confidencialidad e intimidad de la vida privada. La información personal relativa al VIH debería incluirse en las definiciones de los datos personales o médicos protegidos y debería prohibirse su utilización o publicación no autorizada. La legislación sobre la intimidad de la vida privada debería permitir que cada persona consulte su ficha y solicite las modificaciones pertinentes. Debería crearse un organismo independiente encargado de reparar el quebrantamiento de la confidencialidad. Debería preverse que los colegios profesionales sancionen el quebrantamiento de la confidencialidad como falta profesional prevista en los códigos deontológicos. La injerencia excesiva de los medios de comunicación en la vida privada también podría incluirse en el código deontológico del periodista. Debería autorizarse a las personas con el VIH/SIDA a pedir que se protejan su identidad y la intimidad de su vida privada en los procesos en que se presente información sobre esas cuestiones.

H) *Derecho al trabajo*

Son ilegales las medidas discriminatorias en el acceso al empleo o el despido libre en relación con las personas seropositivas, a menos que se demuestre que la ausencia de infección es una cualificación laboral

bona fide y necesaria, o que la infección afectaría considerablemente la ejecución de las tareas propias del empleo. Lo mismo ocurre con otras enfermedades que ocasionan una reducción sustancial en el rendimiento del empleado.

El reconocimiento médico previo al empleo para detectar la seropositividad no debe exigirse; el empleado no debe estar obligado a informar al empleador sobre su condición de seropositividad. Por lo mismo, la seropositividad no debe ser causa de cese del empleo, mientras el enfermo se mantenga médicamente apto para trabajar.

Como quiera que el trabajo no entraña ningún riesgo de transmisión del VIH o SIDA entre los trabajadores o entre éstos y sus clientes, no se justificarían ulteriores discriminaciones en el ejercicio del derecho al trabajo. Incluso en el caso del personal de salud seropositivo, no existe el riesgo de transmisión a los pacientes si se adoptan las precauciones habituales.

Las Directrices internacionales recomiendan que, a través de las leyes, reglamentos o convenios colectivos, se garantice la exención de la prueba del VIH a efectos de empleo, ascenso, o formación; la confidencialidad respecto de toda información médica personal, incluida la relativa al VIH/SIDA; la seguridad laboral de los trabajadores con el VIH mientras puedan seguir trabajando, con la posibilidad de acuerdos laborales alternativos que sean razonables; la protección de las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones de los trabajadores infectados por el VIH, como el seguro de vida, la pensión de jubilación, el seguro de enfermedad, la indemnización por despido o la indemnización por fallecimiento.

También debiera incentivarse la distribución gratuita y adecuada de preservativos a los trabajadores en el lugar de trabajo; la participación de los trabajadores en la toma de decisiones sobre las cuestiones del lugar de trabajo relacionadas con el VIH/SIDA; la protección contra la estigmatización o la discriminación por parte de colegas, sindicatos, empleadores o clientes; la inclusión —en la legislación sobre indemnización— de la transmisión del VIH en el trabajo (por ejemplo, por picadura de aguja), que prevea cuestiones como la prolongada latencia del virus, la realización de la prueba, el asesoramiento y la confidencialidad.

La OIT aprobó en mayo de 2001 un Código de prácticas sobre el VIH/SIDA y el mundo del trabajo. Es un instrumento flexible y voluntario, dirigido a todos los empleadores y trabajadores, tanto en el sector público como en el privado, en el sector formal o informal. Por otra parte, unas 50 empresas de India, Sudáfrica y del Este de Africa se han unido en diciembre de 2002 en torno al protocolo de la *Global Busi-*

ness Coalition y su programa sobre el VIH en el lugar de trabajo. Se espera que las empresas faciliten la aplicación de políticas de personal no discriminatorias y de respeto a la confidencialidad de los empleados que viven con el VIH/SIDA[64].

l) *Derecho a la educación*

Una política sanitaria que prohibiera a los niños seropositivos asistir a la escuela, constituiría claramente una violación de su derecho a la educación. En efecto, la posibilidad de transmisión del VIH entre escolares es inexistente. Cualquier accidente en la escuela se puede resolver sin riesgo adoptando los métodos de higiene habituales. Sólo en casos excepcionales, como los niños retrasados o discapacitados neurológicos y que son seropositivos, habrá que tener en cuenta el dato a la hora de evaluar sus necesidades en materia de educación.

Las Directrices internacionales señalan que debe haber un apoyo oficial a los programas de educación, concienciación y fomento de la autoestima de las personas con el VIH/SIDA en lo concerniente a sus derechos o para capacitarlas para elaborar o difundir sus propias cartas y declaraciones de derechos humanos; apoyo oficial a la producción y difusión de folletos sobre los derechos en lo relativo al VIH/SIDA, listas de especialistas, manuales con información práctica, libros de texto, modelos de planes de estudios de Derecho y enseñanza complementaria del Derecho, y circulares que faciliten el intercambio de información y la formación de asociaciones. Estas publicaciones podrían dar a conocer la jurisprudencia, las reformas legislativas, los sistemas nacionales de aplicación de los derechos humanos y vigilancia de su infracción.

Siguiendo la Directriz 9, los Estados deberían fomentar la difusión amplia y constante de programas creativos de educación, capacitación y comunicación diseñados explícitamente para convertir las actitudes de discriminación y estigmatización contra el VIH/SIDA en actitudes de comprensión y aceptación.

Los Estados también deberían alentar a los centros de enseñanza (escuelas primarias y secundarias, universidades u otros institutos técnicos o de nivel superior, la formación de adultos y la enseñanza complementaria), así como a los sindicatos y los lugares de trabajo, a que incluyan en los planes de estudios las cuestiones del VIH/SIDA y los

---

[64] El programa de la *Global Business Coalition* se puede localizar en: *www.businessfightsaids.org/wpp_tool.asp*

derechos humanos y la no discriminación, como relaciones humanas, estudios políticos y sociales, investigaciones jurídicas, la atención de la salud, la aplicación de la ley, la vida familiar y la educación sexual, y cursos de bienestar social y asesoramiento.

Finalmente, los Estados deberían apoyar la formación o cursillos de derechos humanos y ética, en relación con el VIH, para funcionarios públicos, policías, personal penitenciario, políticos y dirigentes y profesionales religiosos, de las aldeas y de las comunidades.

J) *Derecho a participar en la vida pública y cultural, así como en los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*

Consagrado en el artículo 15.1 del PIDESC, el derecho a participar en los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones está íntimamente unido al derecho a la salud (artículo 12). En efecto, el acceso a la medicación apropiada en un contexto de epidemia como la del VIH/SIDA, fruto de sofisticados experimentos científicos, es uno de los elementos fundamentales para alcanzar la plena realización del derecho a la salud.

Ya hemos señalado que solamente el 4 % de los enfermos del Tercer Mundo tienen acceso a fármacos antirretrovirales totalmente esenciales para combatir el SIDA, y que solamente el 10 % de los enfermos del Tercer Mundo pueden acceder a tratamiento contra las enfermedades oportunistas asociadas al SIDA. Para paliar esta triste situación se constituyó el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo, que trata de atraer, gestionar y desembolsar recursos mediante una nueva alianza público-privada que contribuya de forma sostenible y significativa a la reducción de las infecciones, la morbilidad y la mortalidad, mediante la realización de donaciones para la prevención, el tratamiento, el cuidado y el apoyo de los infectados y de los afectados directamente por esas tres enfermedades.

Consecuentemente, la Comisión de Derechos Humanos instó en 2002 a los Estados a promover, incluso a través de la adopción de leyes o acuerdos internacionales, el acceso de todos, sin discriminación, a los productos farmacéuticos y las tecnologías médicas utilizados para tratar la epidemia del VIH/SIDA o las infecciones oportunistas más frecuentes que la acompañan, así como la asequibilidad económica de tales productos y tecnologías para todos, en particular para los grupos socialmente desfavorecidos[65].

---

[65] Resolución 2002/32, aprobada sin votación el 22 de abril de 2002, párr. 2.

Pero los fármacos antirretrovirales tienen precios todavía prohibitivos, al estar protegidos por la propiedad intelectual de las patentes de los mismos que detentan las grandes industrias farmacéuticas del mundo, las cuales se oponen incluso a la proliferación de fármacos genéricos que pueden ser elaborados a bajo coste en países del Tercer Mundo como Brasil, India o Sudáfrica.

En este sentido, la Comisión acogió con satisfacción la Declaración relativa al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) y la salud pública, aprobada en la cuarta Conferencia Ministerial de la OMC (noviembre de 2001), en la que los miembros de esta Organización reconocieron la gravedad de los problemas de salud pública resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, y convinieron en que el citado Acuerdo sobre los ADPIC no debe impedir que los Estados miembros de la OMC adopten medidas para proteger la salud pública y, en particular, promover el acceso a los medicamentos para todos. Todo ello, sin perjuicio de que la comunidad internacional continúe ayudando a los países en desarrollo en su lucha contra epidemias como la de VIH/SIDA mediante apoyo financiero y técnico, así como mediante la formación de personal[66].

Conclusiones

Teniendo en cuenta que el 95 % de los casos de VIH/SIDA se localizan en los países en desarrollo, una estrategia que se quiera eficaz para luchar contra el SIDA en esos países deberá asociarse a un plan urgente de satisfacción de las necesidades básicas de esos pueblos en materia de salud, alimentación, agua potable, educación y vivienda. En definitiva, es necesario asociarse a una estrategia global que incorpore la lucha contra la pobreza, el hambre, el analfabetismo y las enfermedades infecto-contagiosas en el Tercer Mundo.

Para lograrlo, bastaría con que el gasto público de los Estados en desarrollo y la ayuda externa de los Estados desarrollados concedieran una prioridad adecuada a la satisfaccción de las necesidades de alimentación, atención primaria de salud, educación básica, suministro de agua potable y planificación familiar en los países del Tercer Mundo. En materia de salud, se deberían incrementar los esfuerzos de prevención, tratamiento y asistencia a los enfermos de SIDA. Lo que significaría un

---

[66] *Ibidem,* párrs. 7 d) y 8.

acceso mucho más amplio a la medicación contra el VIH y unas políticas socioeconómicas que protejan eficazmente a los pobres frente a los peores efectos de la epidemia. Las actividades informativas de prevención tampoco debieran perder su prioridad; en Africa, por ejemplo, el 90 % de la población no ha contraído todavía el VIH.

La Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA, aprobada por la Asamblea General durante su período extraordinario de sesiones dedicado al VIH/SIDA en 2001[67], estableció el objetivo de reducir en un 25 % los casos de VIH/SIDA entre los jóvenes de los países más afectados para el año 2005, y con carácter mundial para el año 2010. Es un objetivo realizable a condición de que el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo reciba 10 billones de dólares al año[68]. Con esos fondos se deberá financiar preferentemente el suministro de medicamentos relacionados con el tratamiento de la epidemia del VIH/SIDA y de las infecciones oportunistas asociadas. También se deberán establecer estrategias para fortalecer los sistemas de atención de la salud, en particular la capacidad de los laboratorios y la formación de proveedores y técnicos de atención de la salud, con el fin de proporcionar tratamiento y supervisar el uso de medicamentos, tecnologías de diagnóstico y tecnologías conexas.

La protección de la dignidad y los derechos humanos de las personas seropositivas y enfermas de SIDA, sin ningún tipo de discriminación, deberá formar parte de toda política de salud pública que tenga como objetivo la prevención de la infección por el VIH. Cualquier medida discriminatoria que se pretenda imponer contra estas personas deberá ser razonable, objetiva y legítima conforme al DIDH. En particular, se deberá probar que tal medida es necesaria para conseguir un objetivo legítimo en el marco de la salud pública.

Pero no basta únicamente con promover el respeto a los principios de derechos humanos y a las Directrices voluntarias relacionadas con el VIH. Para hacer frente a las persistentes violaciones de los derechos humanos en lo que respecta al VIH/SIDA, se requerirá la adopción de nuevas normas imperativas y el establecimiento de instituciones de protección adecuadas. Así, en el plano interno, la Directriz 11 recomienda que los Estados creen instituciones de vigilancia y aplicación que garanticen la protección de los derechos humanos en lo que respecta al VIH,

---

[67] «Crisis Mundial-Acción Mundial», resolución S-26/2 de la Asamblea General, de 27 de junio de 2001, adoptada sin votación por los 189 Estados presentes.

[68] En mayo de 2002 solamente se habían conseguido 2 billones de dólares. Ver LAMPTEY, P. *(et al.), loc.cit*, p. 30.

en particular los de las personas con el VIH/SIDA, sus familiares y sus comunidades.

En el plano internacional son urgentes nuevas iniciativas. En primer lugar, la comunidad internacional tiene que dotarse de normas jurídicas *específicas* para la protección de los derechos humanos en el contexto del VIH/SIDA. A estos efectos, la Comisión de Derechos Humanos debería establecer con urgencia un grupo de trabajo de composición abierta cuyo mandato fuera iniciar los trabajos de codificación internacional de un instrumento normativo (preferentemente, un tratado) sobre los derechos humanos de las personas infectadas por el VIH o enfermas de SIDA. El punto de partida serían las Directrices internacionales de 1996. También debiera definirse claramente el alcance de la obligación de los Estados de cooperar internacionalmente en la satisfacción de las necesidades mínimas de la población en materia de salud, así como en la prevención de las discriminaciones.

En segundo lugar, la Comisión de Derechos Humanos debería pedir a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, a sus relatores especiales y a sus representantes, así como a sus propios grupos de trabajo, que tomen nota de las Directrices e incluyan en sus actividades e informes todas las cuestiones pertinentes a ellas que correspondan a sus respectivos mandatos. De manera similar, la Comisión debería pedir al ONUSIDA y sus copatrocinadores, así como a otros órganos y organismos pertinentes de las Naciones Unidas, que incluyan en sus actividades la promoción de las Directrices.

Y, en tercer lugar, la Comisión de Derechos Humanos debería revisar el mandato del actual Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental[69] en una doble dirección: de un lado, reconociendo expresamente que la cuestión de los derechos humanos y el VIH/SIDA es una parte esencial de su mandato, de modo que forme parte del mismo vigilar la aplicación de las Directrices internacionales y del futuro instrumento normativo. De otro lado, el Relator Especial debiera tener competencia para recibir y transmitir a los Estados casos concretos de violación del derecho a la salud y, en particular, de los derechos humanos relacionados con el VIH/SIDA.

---

[69] Resolución 2002/31, ya citada.

Una mirada sobre el movimiento en favor de los derechos humanos

Jean-Paul Marthoz

Sumario: 1. Unos ilustres precursores. 2. Instrumentalización y parcialidad. 3. Un cambio de paradigma. 4. Los *nuevos movimientos sociales*. 5. Disidencias y *aggiornamento*. 6. Prioridad para la información. 7. Nuevos medios de comunicación y nuevo periodismo. 8. De la rebelión a la proposición. 9. Coaliciones internacionales. 10. Las normas. 11. Un poder relativo. 12. Presión pública y diplomática. 13. Crisis humanitarias. 14. Construyendo democracia. 15. Genocidio y Justicia internacional. 16. Minorías activas. 17. Las cuestiones difíciles. 18. Las críticas. 19. Los *valores asiáticos*. 20. Querellas entre ONGs. 21. Oportunismo y parcialidad. 22. Irrealismo. 23. Perspectivas.

Never doubt that a small group of thoughful committed citizens can change the world. Indeed it's the only thing that ever has.

Margaret Mead

Unos ilustres precursores

Los derechos humanos se han convertido en una de las apuestas más visibles de los asuntos internacionales y las organizaciones no gubernamentales han jugado dentro de este contexto un rol esencial. Hoy, ciertas OING (organizaciones internacionales no gubernamentales) tienen más impacto sobre la escena internacional que numerosos países pequeños o medianos. «Somos una superpotencia», declaraba Jody Williams, coordinadora de la campaña contra las minas antipersona, en el momento de la entrega del premio Nobel de la Paz en 1997[1].

Su número constituye una masa crítica que el Derecho internacional, tradicionalmente respetuoso de la sola personalidad jurídica de los Estados, ya no puede ignorar más. En 1956 las ONGs interna-

[1] Ver al respecto KOREY, W.: *NGOs and the Universal Declaration of Human Rights*, St. Martin's Press, New York, 1998.

cionales eran unas 973; en 1997, eran más de 24.000 y desde entonces su contingente no hace más que reforzarse[2]. En las grandes conferencias internacionales su participación también se ha impuesto: en 1993, 841 ONGs tomaron parte oficialmente en la Conferencia de Viena sobre los Derechos Humanos; dos años más tarde, en Pekín, durante la Conferencia Mundial sobre las Mujeres, las ONGs ascendían a un número de 2.100.

De todas formas, la reciente explosión del número de ONGs de defensa de los derechos humanos no debe dejar en la sombra el rol que ha sido asumido desde mediados del siglo XIX por lo que aún no se llamaba la «sociedad civil internacional». La creación de la Sociedad Anti-Esclavista en 1837 y de la Cruz Roja en 1863 ya testimonia esta intervención de las ONGs sobre cotos reservados hasta entonces a los Estados. Las primeras redes de defensa de los derechos humanos fueron organizadas, con frecuencia, alrededor de las Iglesias, siguiendo el ejemplo de las campañas llevadas en Francia al final del siglo XIX en favor de los cristianos del Líbano, víctimas de persecuciones en el Imperio otomano en declive. La lucha contra las brutalidades coloniales en Africa también ha sido llevada desde el siglo XIX por unas organizaciones «privadas» como la célebre «Congo Reform Association» de Edmund Morel[3]. Al final del siglo, el asunto Dreyfus en Francia también desembocó en el nacimiento de la Liga de Derechos del Hombre. El movimiento obrero, con la creación de las grandes Internacionales, comenzó a defender el respeto de los derechos laborales, situando dichos derechos en el núcleo de su retórica y de su estrategia. Las acciones de todos estos precursores han desembocado en unos progresos reales, como la prohibición de la esclavitud o la creación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919.

Instrumentalizacion y parcialidad

En todo caso, durante largo tiempo, los derechos humanos han sido considerados no por sí mismos, sino como una herramienta al servicio de objetivos ideológicos y geopolíticos más amplios y menos confesables. Unos combates que proclamaban la dignidad del ser humano han sido instrumentalizados por los Estados y atrapados en las relaciones de fuerza de las grandes superpotencias o de las formaciones

---

[2] *Annuaire des Organisations Internationales*, Union des Associations Internationales.

[3] HOCHSCHILD, A.: *King Leopold's Ghosts,* Houghton Mifflin Company, Boston, 1998.

políticas. Durante el auge de los extremismos en los años treinta, los derechos humanos se convirtieron en rehenes de los marcos de interpretación forjados en el bronce de las certezas y de las palabras reveladas. El shock provocado en la opinión pública católica por el libro del escritor francès George Bernanos sobre la guerra civil española, *Los Grandes Cementerios bajo la Luna*, y el furor que, dentro del «pueblo de izquierda» y en la misma época, se había volcado sobre el libro *Retorno de la URSS* de André Gide, dieron toda la medida de esta práctica de la «indignación selectiva».

Tras la segunda guerra mundial, los actores de la Guerra Fría fueron maestros en la estigmatización de las violaciones cometidas por sus adversarios. A la denuncia del «imperialismo americano» en América Latina, se respondía con el eco de la condena a la «cortina de hierro» que aprisionaba a las naciones del bloque soviético. Una guerra ideológica que imponía el silencio sobre las violaciones cometidas en el seno del propio campo. Decenas de ONGs, tanto del Este como del Oeste, se prestaron a este juego de cinismo y parcialidad.

La denuncia de la tortura prácticada por las tropas francesas en Argelia durante la guerra de independencia (1954-1963) marcó la historia de los derechos humanos porque, en numerosos casos, en vez de reflejar la lucha partidaria que silenciaba las atrocidades de sus aliados, representaba una profunda indignación moral. «Todos (los críticos de la tortura) no eran entonces partidarios de Argelia, escribe el periodista Jacques Duquesne. Ellos defendían los valores de la República que habían empujado a la mayor parte de ellos a entrar, unos quince años antes, en la Resistencia»[4].

Un cambio de paradigma

La creación de *Amnesty International* en 1961 fue dentro de este contexto un gesto realmente novedoso y premonitorio, que significó un cambio real de paradigma. Por su llamamiento a la imparcialidad y por su crítica a todos los regímenes del Este y del Oeste, del Norte y del Sur, AI impuso una nueva racionalidad fundada en la dignidad de la persona sea cual sea su ideología o la de su verdugo. Esta filosofía quedó confirmada desde el final de los años 60 por el movimiento humanitario internacional. La creación de *Médicos Sin Fronteras* durante la guerra de Biafra (Nigeria) en 1968 situó a la víctima como punto de referencia y justificación de la acción. Un hito que será de enormes consecuencias

[4] DUQUESNE, J.: *Pour Comprendre la Guerre d'Algérie*, Editions Perrin, Paris, 2001, p. 145.

en el desarrollo del concepto del «derecho de ingerencia» retomado dentro de los años 90 por las organizaciones de defensa de los derechos humanos y, a continuación, por los Estados.

De hecho, el año 1968 constituye una verdadera línea divisoria en la historia de los derechos humanos. La «primavera de Praga» y el aplastamiento del «socialismo de rostro humano» por los tanques del Pacto de Varsovia, las revueltas estudiantiles desde el «Barrio latino» en París hasta la Plaza de las Tres Culturas en Ciudad de México (donde unas centenas de jóvenes fueron masacradas por las fuerzas del orden) anunciaban un trastorno de las ideologías y traducían un cuestionamiento del orden internacional establecido por la Guerra Fría. Se esbozaban también tendencias que se impusieron más adelante: el recurso a la argumentación moral, a expensas del discurso ideológico y de la «razón» geopolítica, el carácter transnacional de las acciones de protesta y el lugar central ocupado por los medios de comunicación.

En los años 70, esta evolución se acelera con la crisis de la democracia en América Latina. El golpe de Estado del General Pinochet el 11 de septiembre de 1973 es un momento clave, no sólo porque genera un movimiento de solidaridad mundial y la movilización de fuerzas tradicionalmente opuestas (católicos, laicos y socialistas), sino también porque lleva a los nuevos actores políticos en Europa y los Estados Unidos a tomar nuevas iniciativas que integran formalmente los derechos humanos en la elaboración de la política exterior. Los «monstruos fríos» descubren de repente que tienen alma.

Los «nuevos movimientos sociales»

Igualmente, la defensa de los derechos humanos se ha beneficiado del desarrollo de los «nuevos movimientos sociales» que, desde el principio de los años 60, emergieron en la mayor parte de los países democráticos. El movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos alrededor de Martin Luther King marcó profundamente el combate por los derechos humanos al quebrar el esquema maniqueísta impuesto por la Guerra Fría y al criticar abusos e injusticias en el seno de un país democrático. Este movimiento anunció el compromiso de los afroamericanos y de sus aliados «liberales» (progresistas) contra el sistema del *apartheid* en Sudáfrica.

El desarrollo de grupos ecologistas y del «nuevo movimiento por la paz» durante los años 80, particularmente en Alemania Occidental y Bélgica, también reforzó la legitimidad del combate por los derechos humanos, no solamente porque demostraba la capacidad de moviliza-

ción ciudadana, sino también porque se ocupaban de amenazas «sin fronteras», sobrepasando las discrepancias Este-Oeste, Norte-Sur y anticipando la idea de que el mundo estaba afrontando riesgos y amenazas de carácter universal.

Disidencias y *aggiornamiento*

Al mismo tiempo, los disidentes en el seno del bloque soviético, alrededor del cientifico soviético Andrei Sakharov y del escritor checo Vaclav Havel, habían enriquecido considerablemente el movimiento de los derechos humanos. Al proyectar la cuestión de las libertades dentro de las nuevas relaciones de fuerza simbólicas creadas por la firma de los Acuerdos de Helsinski en 1975 (que postulababan la libre circulación de la información y de las personas), al probar unos nuevos mecanismos de presión internacional (a imagen de la enmienda Jackson-Vanik que condicionaría la asistencia económica a la libertad de emigración de los judíos soviéticos), al crear también una filosofía del espacio público y una estrategia de ocupación de todos los resquicios del poder[5].

Los cambios en el seno de las Iglesias católicas y protestantes igualmente han acompañado y reforzado considerablemente la acción de las ONGs. Con la afirmacion durante la Conferencia Episcopal de Medellín en 1968 de su «opción preferencial por los pobres», la Iglesia católica latinoamericana entró mayoritariamente en el campo de los derechos humanos. No es casualidad que en América Latina una parte determinante de la defensa de los derechos humanos haya sido tomada a cargo de las instituciones próximas a las Iglesias. Y particularmente de la Iglesia Católica. La Vicaría de la Solidaridad en Chile, el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez en México, la Comisión de Derechos Humanos de la Archidiócesis de San Salvador con Monseñor Romero, han realizado un trabajo excepcional jugando el rol sustitutivo de la oposición en los países violentados por el poder militar. Evidentemente, el carácter internacional de las Iglesias ha sido determinante: Joe Eldrigde, pastor metodista que había vivido el golpe militar de 1973 en Chile, creó el WOLA (Washington Office on Latin America) que ejerció unas presiones constantes sobre el «establishmennt» de la política exterior de los Estados Unidos a fin de aislar a las dictaduras latinoamericanas.

---

[5] LUCKAS, G.: «L'Anti-Politique», en SEMELIN, J. (Ed.): *Quand les Dictatures se fissurent*, Desclée de Brouwer, Paris, 1995; LABER, J.: *The Courage of Strangers*, Public Affairs, New York, 2002.

Evoluciones similares tuvieron lugar en el mundo socialista y sindical en los años 70. La apertura de la Internacional Socialista hacia América Latina y Africa, bajo la presidencia del excanciller alemán Willy Brandt; la moderación de la ideología de la Guerra Fría en el seno de la Confederación Internacional de las Organizaciones Sindicales Libres (CIOSL) y de la Confederación Mundial del Trabajo, aumentaron considerablemente el espacio de la defensa de los derechos humanos. Igualmente, las organizaciones profesionales salieron a la palestra. Así, la AMS (Asociacion Mundial de Psiquiatría), ha jugado un rol de primer orden en la denuncia de la utilización de la psiquiatría para fines de represión política en la Unión Soviética y en China. Con este mismo espíritu, el Congreso Médico Mundial adoptó un código deontológico que prohibía la participación de médicos en actos de tortura.

Un último elemento menos visible de esta nueva constelación de derechos humanos proviene de los cambios en el seno de las instituciones de financiación de las ONGs. En los Estados Unidos, la Fundación Ford jugaría desde los años 60 un rol clave dentro de la estructuración del movimiento por la defensa de los derechos humanos en América Latina. En Europa, este rol fue asumido por los Ministerios de Cooperación, sobre todo en los Países Bajos y en los países escandinavos, por las potentes fundaciones de los partidos políticos alemanes y por las organizaciones de las Iglesias. Bruscamente, las ONGs del Norte y del Sur podían disponer de medios financieros para profesionalizar sus acciones. Dos cifras resumen esta decisiva aportación: en 1977, las fundaciones estadounidenses habían aportado menos de un millón de dólares a las actividades internacionales de las ONGs de derechos humanos; en 1993, esta suma había ascendido hasta 23 millones de dólares.

Al nivel intergubernamental, esta política de financiación de las ONGs ha sido particularmente reforzada por la entrada en escena de la Comisión Europea. El apoyo otorgado a las organizaciones democráticas sudafricanas bajo el *apartheid* y a las chilenas en la época del General Pinochet, desembocó a principios de los años 90 en la creación de una línea presupuestaria «democracia y derechos humanos» de la que se beneficiarán ciertas ONGs, en Europa, pero también del Sur y de los antiguos países del bloque soviético.

Prioridad para la información

Contrariamente a las más antiguas asociaciones, como la Comisión Internacional de Juristas o la Federación Internacional de las Ligas de Derechos Humanos (FIDH), más comprometidas en los combates jurídi-

cos y normativos, las nuevas ONGs de los derechos humanos se han hecho conocer, sobre todo, por sus informaciones. En los años 70, Theo Van Boven, director del Centro de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, reconocía que el 85 % de sus informaciones provenían de las ONGs.

Amnesty International se fundó sobre el poder de la información, a través de sus «informes de país», pero también de sus «acciones urgentes», verdaderos «cables» de la actualidad de los derechos humanos. Su reputación de imparcialidad, rompiendo con las maniobras de las oficinas gubernamentales o las componendas diplomáticas de la ONU, explica el crédito y, desde entonces, la influencia de las ONGs de información. Creada por personalidades salidas del mundo estadounidense de los medios de comunicación, Jeri Laber del New Yorker y Bob Bernstein de la casa editorial Random House, la asociación *Human Rights Watch* ha ido todavía más lejos en el trabajo de información. Apoyándose en equipos de especialistas, su trabajo riguroso de investigación a largo plazo ha llegado a ser su verdadera marca de fábrica. Sus informes tienen la suficiente autoridad porque son el resultado de una metodología que combina las técnicas de la investigación académica y de la investigación periodística.

Nuevos medios de comunicación y nuevo periodismo

El nuevo movimiento de los derechos humanos se ha beneficiado del desarrollo inédito de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación[6] (NTIC). La transmisión por fax, en los años 80, ya había sido una revolución. ¿Qué decir entonces de la explosión de Internet y del correo electrónico? Sin estos dos nuevos medios de comunicación, las grandes campañas globales en favor de la Corte Penal Internacional, en contra de la explotación laboral infantil o de las minas antipersona no habrían podido alcanzar tan rápidamente los resultados obtenidos.

Dentro de esta batalla de la información, las ONGs se han visto favorecidas asimismo por unos cambios profundos en el seno del mundo de los medios de comunicación y del periodismo. El fenómeno no es reciente. La historia de los medios de comunicación ofrece ejemplos de destacados periodistas de «derechos humanos» que han despertado a

---

[6] Marthoz, J-P.: «New Media and Human Rights», en Pare, M. y Desbarats, P. (Eds.): *Freedom of Expression and New Communication Technologies*, Editions Orbicom, UNESCO Chair in Communications, Québec University in Montreal, 1998.

las conciencias adormecidas y se han enfrentado a los gobernantes. El rol de Emile Zola durante el asunto Dreyfus, de Donald Woods en Sudáfrica o de Albert Londres denunciando las condiciones infrahumanas en el presidio de Cayena en la Guyana francesa, han marcado la historia del periodismo de los derechos humanos.

En los ultimos veinte años, los derechos humanos han entrado masivamente en el seno de las grandes redacciones. Esta evolución es el fruto de la llegada al poder de una nueva generación de periodistas nacidos para la política durante los grandes movimientos estudiantiles de finales de los años 60 y de las décadas humanitarias que han suministrado, sobre las cenizas de las grandes ideologías caídas, unas imágenes impactantes de nuevos héroes y, sobre todo, un nuevo «descodificador» del mundo[7].

El periodismo fotográfico ha jugado dentro de este contexto un rol eminente: las fotos del ciudadano chino afrontando los tanques en la Plaza Tien an Men en 1989, o de la trágica «Madona Argelina» en 1997, se convirtieron en figuras emblematicas de la causa de los derechos humanos.

La profesión periodística también se ha organizado alrededor de la defensa de la libertad de expresión, oxígeno de la democracia y pilar de otros derechos. El nacimiento de IFEX, la red de alerta de las organizaciones periodísticas, creó una connivencia entre los periodistas y los defensores de los derechos humanos. Los premios internacionales de periodismo otorgados por asociaciones de prensa como las Plumas de Oro de la Libertad, de la Asociación Mundial de Periódicos, o por Reporteros Sin Fronteras, han recompensado sistemáticamente a «periodistas comprometidos».

De la rebelión a la proposición

Las ONGs de defensa de los derechos humanos reflejan al mismo tiempo la voluntad de participación ciudadana en la formulación de la política exterior y la «privatización» de esta política y la creación de «mini-departamentos de Estado», capaces de contestar con competencia las decisiones de las cancillerías, de movilizar los medios de comunicación y de influir sobre quienes deciden con la propuesta de soluciones alternativas creíbles.

---

[7] Para un profundo estudio sobre el «periodismo de los derechos humanos», ver *Journalism, Media and the challenge of human rights reporting*, International Council on Human Rights Reporting, Genève, 2002.

En efecto, las ONGs han pasado de la era de la denuncia en nombre de la moral y de los grandes principios a la de la proposición política alternativa. Esta evolución ha permitido un cambio significativo de las conexiones con el poder. A partir de ese momento, las ONGs pasan constantemente del campo de la contestación al de la proposición y de la participación. Las grandes campañas internacionales para la eliminación de las minas antipersona o la creación de la Corte Penal Internacional han suministrado abundantes ejemplos de este ballet de «rebeldes razonables». Expertos de las ONGs han sido integrados dentro de las delegaciones gubernamentales de «países amigos», como Canadá o Bélgica; juristas de las ONGs han aconsejado a los ministerios de países del Norte y del Sur en asuntos de increíble complejidad; países acostumbrados a sufrir las críticas de los defensores de derechos humanos, como México, han sido sorprendidos al verse felicitar por las ONGs porque, repentinamente, en el curso de negociaciones diplomáticas, se encontraban dentro del «buen campo».

Las fronteras entre el mundo gubernamental y el de las ONGs se han convertido en mucho más porosas con el paso de los años. Dentro de los países democráticos, la mayor parte de las ONGs están en gran parte financiadas por unos presupuestos oficiales regionales, nacionales o intergubernamentales (la Unión Europea en primer lugar). También son consultadas regularmente por las instituciones oficiales en los marcos formales de diálogo político. Igualmente, en muchos casos son invitadas a formar parte de las delegaciones gubernamentales, ya sea como expertos, ya sea como miembros completamente implicados en las deliberaciones. Este fue el caso de *Action Mines Canada*, la coalición canadiense miembro de ICBL durante el proceso de negociación del tratado sobre las minas antipersona. En el seno del sistema de las Naciones Unidas, las principales ONGs gozan de un estatuto consultivo en el ECOSOC, que les reconoce ciertas prerrogativas. Aún si, bajo la presión de ciertos Estados, están excluidas de ciertas salas de negociación, la Secretaría de las conferencias puede hacerlas entrar «por la ventana» al difundir como documento oficial los estudios realizados por las ONGs, lo que acrecienta considerablemente su credibilidad; o puede ayudarlas para que monten, al margen de la conferencia oficial, unas sesiones o talleres de trabajo.

Coaliciones internacionales

El sistema de la «puerta giratoria» (*revolving door*) según el cual los militantes de los derechos humanos o de las causas humanitarias se suman a los partidos políticos y las instituciones gubernamentales o

inter-gubernamentales ha facilitado este fenómeno. Pierre Sané, antiguo Secretario General de Amnistía Internacional, se convirtió en Director Adjunto de la UNESCO; en Bélgica, Alain Destexhe de MSF y George Dallemagne de *Handicap International*, han sido elegidos senadores; en España, José María Mendiluce, de MSF, entró en el Parlamento europeo; en Francia, Bernard Kouchner, fundador de MSF y de Médicos del Mundo, ha sido miembro de varios gobiernos y representante de las Naciones Unidas para Kosovo; John Shattuck, ex vicepresidente de Amnesty International-USA, ha sido Secretario de Estado adjunto para los derechos humanos bajo el Presidente Clinton. Las ONGs entienden que ellas se inscriben dentro de una red de derechos humanos menos maniqueísta y más compleja. «Las entidades que crearon la vigente red transnacional abocada a los derechos humanos», constataban Margaret Keck y Kathryn Sikkink, incluye «lo siguiente: (1) parte de las organizaciones intergubernamentales de nivel internacional y regional; (2) ONGs internacionales; (3) ONGs nacionales; (4) fundaciones privadas; y (5) partes de algunos gobiernos»[8].

Esta diversidad del movimiento de los derechos humanos permitió el establecimiento de vastas coaliciones abigarradas que han juntado no solamente a las Organizaciones internacionales y a las asociaciones locales sino también a los Estados y a las OINGs y ha favorecido el acercamiento entre organizaciones con mandatos y visiones diferentes y a veces opuestos. La campaña contra las minas, continuada con el impulso de una misión de Human Rights Watch y de Physicians for Human Rights en 1991 en Camboya, ha sido acompañada por algunos Estados, los «like-minded countries», por el sistema de la ONU y, en particular, por la UNICEF, por el CICR (Comité Internacional de la Cruz Roja) y por organizaciones técnicas activas en las operaciones de desminado; una coalición que ha socavado los argumentos militares y científicos de los partidarios de las minas. Creada por seis ONGs en 1992, la ICBL coordinaba unas 1.100 organizaciones en 1998.

Las normas

La participación de las ONGs en el establecimiento de normas internacionales y en la negociación de instrumentos internacionales constituye uno de los aspectos más visibles de este matrimonio de oportunidad

---

[8] KECK, M.E. and SIKKINK, K.: *Activist Beyond Borders*, Cornell University Press, p. 80.

y conveniencia con el sistema estatal. Contrariamente a la Sociedad de Naciones, que muy rápidamente había puesto fin a una veleidad de consultas con la «sociedad civil», las Naciones Unidas reconocen un lugar a las ONGs. Así, el artículo 71 de la Carta de la ONU prevé que «el Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo…».

Dentro de este marco, las organizaciones de defensa de los derechos humanos han expresado claramente su intención de participar en la elaboración y puesta en marcha de las normas internacionales. La explicación del trabajo de Amnesty International en el seno de las Naciones Unidas expresa bien esta visión. «Amnesty, escribe Helena Cook, busca reforzar el desarrollo de los estándares internacionales, derivados de la Declaración Universal, regulando la manera como los gobiernos tratan a sus ciudadanos; observando que los gobiernos respeten las obligaciones internacionales de los derechos humanos que ellos mismos han adoptado; y asegurando que tengan que rendir cuentas cuando los Estados fracasen en su cumplimiento»[9].

En el campo de los derechos humanos, las ONGs son más activas que los Estados y se sitúan como los guardianes del templo del orden jurídico internacional para que las normas y los tratados garanticen la imparcialidad en su aplicación y suministren un marco de referencia esencial para proteger a los individuos y para exigir cuentas a los Estados.

También ellas son «Les Mouches du Coche»[10] de la escena internacional al proponer nuevos avances en el Derecho. Las campañas para la abolición de la pena de muerte, para la Corte Penal Internacional o nuevas convenciones sobre la tortura o las desapariciones, ilustran la importancia que las ONGs otorgan a la elaboración de nuevas normas internacionales.

En estos foros internacionales, las ONGs son sobre todo eficaces en la determinación de las agendas y de los órdenes del día. Son ellas quienes identifican cuestiones y empujan a los gobiernos a definirse. Así, durante la Conferencia de Pekín en 1995 sobre los derechos de la mujer y durante la campaña contra las minas que desembocó en el

---

[9] COOK, H.: «Amnesty International at the United Nations», en WILLETTS, P. (Ed.): *The Conscience of the World, the influence of NGOs in the UN System*, Hurst&Company, London, 1996, p. 182.

[10] Expresión francesa que quiere decir «el chófer de la diligencia», es decir, el que conduce a otros.

Tratado de Ottawa de 1997, las ONGs han impuesto sus puntos de vista a unos Estados escépticos o recalcitrantes.

Organizadas en amplias coaliciones, las ONGs se comportan cada vez más como unos ministerios de asuntos exteriores no estatales, dispuestas hasta para redactar proyectos de convención internacional. «La redacción por las ONGs de un proyecto de acuerdo internacional es importante, escribe Gaêlle Breton-Le Goff, porque constituye un ejercicio que permite: 1) juntar las ideas de la comunidad de ONGs en un único documento, 2) traducir una ideología en términos jurídicos y 3) servir de reserva potencial para propuestas estatales a la hora de formular una determinada norma (…). En este sentido, participan en la legitimación de las decisiones tomadas por los Estados, al igual que la amplitud de su representatividad tiende a democratizar los procesos de decisión»[11]. También, las ONGs se han transformado en los «guardianes de los tratados», vigilando mucho mejor que los Estados, gracias a sus capacidades de información y su espíritu crítico, la puesta en marcha y el seguimiento de las convenciones internacionales. La Convención de Ottawa va aún más lejos en esta dirección, ya que hace de las ONGs los instrumentos de realización de las obligaciones de la Convención, como lo ilustra la publicación de un voluminoso informe anual, el «Landmine Monitor», una especie de «estado del mundo» de la aplicación de la Convención.

Un poder relativo

Las victorias de las coaliciones internacionales de las ONGs, como en la prohibición de las minas antipersona o la creación de la Corte Penal Internacional, la participación muy activa de sus expertos en las negociaciones de las convenciones contra las desapariciones o la tortura, han tendido a acreditar la tesis del poder omnímodo de la «sociedad civil» en el establecimiento de normas y de instrumentos internacionalmente obligatorios. La conclusión de Gaële Breton-Le Goff es más modesta: «no existe duda que las ONGs influyen, a veces, en la formación del Derecho internacional; participan en el surgimiento de ciertas cuestiones de la agenda internacional; dinamizan el sistema judicial internacional y se hacen eco de las inquietudes de los ciudadanos. Por tanto, podemos afirmar que existe una ampliación de la escena internacional

---

[11] Breton-Le Goff, G.: *L'influence des organisations non gouvernementales sur la négotiation de quelques instruments internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 34.

e incluso de una cierta porosidad de las instituciones políticas y jurídicas internacionales a los argumentos de las ONGs»[12]. Sin embargo, notaba el mismo autor en otro texto, «el éxito de las ONGs depende estrechamente de la concordancia de sus ideas con el pensamiento o con los intereses de los Estados. En cuanto a la implementacion, las proposiciones técnicas, como las relativas a los elementos de la estimación de los riesgos o de la vigilancia, son en general bien recibidas e incorporadas en los textos oficiales. En lo que toca a otras cuestiones, como las instituciones y el compromiso de los Estados, la influencia de las ONGs es más que relativa»[13].

Esta sospecha de «relatividad» viene confirmada en cierta medida por el ritual de las sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos en Ginebra. A pesar de su número y de su profesionalismo, las ONGs tienen que esforzarse para convencer a los miembros de esta Comisión (53 Estados, quienes son frecuentemente ellos mismos culpables de graves violaciones) para que sancionen a los gobiernos. Las condenas a los grandes Estados son raras, y cuando ocurren, como la adoptada en contra de Rusia en el año 2000 con motivo de Chechenia, no son seguidas de ningún efecto. Sólo los esfuerzos obstinados de los Estados para evitar semejante condena parece aún justificar los combates que allí libran cada año batallones de activistas.

De todas maneras, es muy difícil calibrar el impacto real de las ONGs y cuantificar su rol; porque los juegos y los éxitos pueden difícilmente ser atribuidos a una sola categoría de actores. Sin embargo, un dato se impone: las ONGs se han convertido en unos protagonistas permanentes de la diplomacia mundial. La hostilidad que las autoridades les reservan es una de las medidas más fiables.

Presión pública y diplomática

La lucha contra el *apartheid* en Sudáfrica fue un extraordinario laboratorio para la comunidad internacional, particularmente por la manera como la movilización de las asociaciones de la sociedad civil internacional se articuló con las estrategias estatales. La creación en 1962, siguiendo la huella de la lucha por los derechos cívicos, de la ANLCA (American

---

[12] *Mondialisation et Démocratie: évaluation de la participation normative des OING à la gouvernance globale*, UNESCO.

[13] Breton-Le Goff, G.: *L'influence des organisations…, op. cit.*, pp. 199-200.

Negro Leadership Conference on Africa) apuntaba específicamente a influir sobre la política del Gobierno americano respecto de Pretoria. Un conjunto de presiones ciudadanas que convergen, de cálculos políticos y de grandes juegos diplomáticos, desembocarían finalmente en la puesta en marcha de un conjunto de medidas de presión de forma privada (el llamado al boycott a las empresas que trabajaban en Sudáfrica), intergubernamental (las sanciones internacionales decretadas bajo la égida de las Naciones Unidas), y gubernamentales (la adopción por el Congreso Americano en 1986 del «Comprehensive Anti-Apartheid Act», que prohibía toda nueva inversión en Sudáfrica)[14].

De la misma forma, América Latina suministró a principios de los años 70 un terreno de lucha en el seno del Congreso en Washington, con la iniciativa del diputado demócrata Donald Fraser, presidente de la Sub-comisión de organizaciones internacionales de la Cámara de Representantes. En el Senado, Edward Kennedy pondrá su apellido debajo de una resolución que condicionaría la asistencia militar de los Estados Unidos al régimen chileno del General Pinochet[15].

El 22 de mayo de 1977 marcó dentro de este contexto un verdadero salto hacia adelante. En un histórico discurso pronunciado en la Universidad de Notre Dame, el Presidente Jimmy Carter revela una doctrina de política exterior que pretende colocar en su centro a los derechos humanos. Esta doctrina, que se inspira en la tradición del idealismo mesiánico americano, llevada durante el siglo XX por Wilson, Roosevelt y Kennedy, será frecuentemente contradicha por la propia acción del Presidente Carter, pero otorgará un lugar simbólico decisivo a la acción de los grupos estadounidenses de defensa de los derechos humanos, no sólo respecto de los países comunistas, sino también en el «patio trasero» de los Estados Unidos, en América Latina.

La «tercera cesta» de los Acuerdos de Helsinski», firmados en 1975 bajo un estado de espíritu clásico de «realpolitik» entre el Este y el Oeste, ocupa dentro de este contexto un lugar inédito. Unas ONGs occidentales, en primer lugar estadounidenses, como Helsinski Watch, se apoyarán sobre estos acuerdos para tejer unos lazos cada vez más estrechos con los disidentes moscovitas, los sindicalistas polacos y los intelectuales de Praga[16], demostrando cómo unos actores de la sociedad

---

[14] KINLOCH MASSIE, R.: *Loosing the Bonds, The United States and Africa in the Apartheid Years*, Doubleday, New York, 1997.

[15] SCHOULTZ, L.: *Human Rights and United States Policy toward Latin America*, Princeton Paperbacks, Princeton, 1981.

[16] Ver LABER, J.: *The Courage*…, *op. cit*.

civil podían tomar al pie de la letra acuerdos diplomáticos cuyo poder subversivo los Estados no habían previsto. Apoyándose sobre estos acuerdos para imponer una condicionalidad de derechos humanos en las relaciones internacionales, las OINGs pudieron probar así su capacidad de «molestar».

Durante los años 90, el «lobby de los derechos humanos» logró que la Unión Europea estableciera la «cláusula democrática». Esta cláusula figura en la cabeza de los acuerdos de cooperación con los terceros países y fundamenta las relaciones exteriores de la Unión Europea en el campo de la democracia y los derechos humanos. Aunque esta declaración solemne haya sido contradicha por la firma de acuerdos de cooperación con Estados notoriamente abusivos, como Túnez o Argelia, la puerta está entreabierta para las ONGs, que disponen así de un medio de presión legítimo y se aprovechan de estos acuerdos para cooperar con la sociedad civil de los terceros países.

Crisis humanitarias

En los años ochenta, las guerras en América Central y en Africa han colocado a las ONGs de derechos humanos frente a un nuevo imperativo: el de proteger a las poblaciones civiles, convertidas en blancos, rehenes y apuestas de las estrategias militares. Human Rights Watch ha sido una de las primeras en cruzar el «Rubicón» al adoptar en su mandato el respeto del Derecho Internacional Humanitario. Esta opción respondía a la voluntad de corregir el silencio que se imponía a sí mismo el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) para proteger su acceso a las víctimas. Americas Watch (sección de Human Rights Watch) decidió supervisar y denunciar públicamente las violaciones de los Convenios de Ginebra que se cometían en los campos de batalla de América Central[17]. La experiencia adquirida en las guerras de América Central, y después en los conflictos de los Balcanes y de los Grandes Lagos, ha permitido a estas ONGs crear en su seno una contra-experiencia que preparó su participación en las campañas para la instauración de una justicia internacional.

Las organizaciones intergubernamentales y también, aunque en menor medida, las no gubernamentales, habían expresado hasta aquí sus reticencias respecto de la introducción de consideraciones de dere-

---

[17] Véase Aryeh Neier, *Taking Liberties: Four Decades in the Struggle for Rights,* Public Affairs, New York, 2003, 406 pp.

chos humanos en la esfera humanitaria. En efecto, sus representantes estimaban que esta opción les hacía correr el riesgo de distraerles de su mandato principal (el suministro de una asistencia médica o alimentaria) y de indisponer a las fuerzas armadas o los grupos rebeldes, quienes podrían, a modo de represalia, impedir el acceso a los equipos humanitarios. Dentro de este contexto, las ONGs de derechos humanos han desarrollado una argumentación que hizo de la protección de las víctimas el vértice de la eficacia a largo plazo de la asistencia humanitaria[18].

Construcción democrática

La proliferación de las guerras civiles y la extensión de la violencia armada dentro de los Estados débiles o «fracasados» condujeron a diversas ONGs de derechos humanos a emanciparse de su mandato clásico para intentar construir unas instituciones que garanticen, mediante el respeto de las reglas básicas del Estado de Derecho, la protección de las poblaciones. Las recomendaciones de las ONGs han convergido con las acciones de las organizaciones activas dentro de la «construcción nacional» («nation building»), y particularmente dentro del reforzamiento de las instituciones a través de la formación de los magistrados o de las fuerzas de la policía. Unas ONGs de derechos humanos han desarrollado programas de formación de ONGs locales o regionales con el fin de garantizar sus capacidades de gestión y de recolección de información, pero cada vez más toman parte en los programas de reforzamiento de las instituciones del Estado y de otros elementos clave de la sociedad civil, como las organizaciones profesionales o la prensa independiente.

Genocidio y Justicia internacional

La lucha contra la impunidad ha sido la gran batalla de las ONGs de derechos humanos en los años 90. Su indignación frente a la «limpieza étnica» en la Ex Yugoslavia y al genocidio en Ruanda, su cólera frente a la pasividad de la «comunidad internacional», les han llevado a

---

[18] FROHARDT, M.; PAUL, D. and MINEAR, L.: *Protecting Human Rights: the Challenge to Humanitarian Organizations*, Ocassional Papers n.º 35, Humanitarian and War Project, The Thomas J. Watson Jr. Institute for International Studies, Brown University, 1999.

abogar por la instauración de una justicia internacional que permitiera juzgar a los culpables de los crímenes más graves y, así, prevenir, por el combate contra la impunidad, a futuros genocidas o precursores de la limpieza étnica.

La campaña para la creación de la Corte Penal Internacional ha sido uno de los eventos más destacados de la historia de las ONGs de defensa de los derechos humanos. «Por muchos años, constataban Jonathan Fanton y Ken Roth, de Human Rights Watch, la justicia no era una opción realista. El movimiento de los derechos humanos podía avergonzar y estigmatizar los abusos gubernamentales. Podíamos generar presiones económicas y diplomáticas para respetar los derechos humanos. Pero no podíamos amenazar creíblemente a los déspotas con un juicio y una condena. Los sistemas nacionales de justicia estaban comprometidos muy fácilmente por la intimidación y la violencia, y no había un sistema internacional de justicia que sirviera de alternativa»[19].

Las ONGs fueron unos actores determinantes en las campañas para la instauración de los Tribunales Penales *ad hoc* sobre Ruanda y la Ex Yugoslavia, para la creación de la Corte Penal Internacional, y en los asuntos Pinochet y Hisséne Habre. Asesoraron a los gobiernos, desarrollaron conceptos jurídicos y llevaron la lucha al terreno de la opinión pública. Frente a la timidez de los gobernantes, se atrevieron a oponerse abiertamente a los Estados Unidos y a sus intentos de sabotear la Corte.

Minorías activas

Sin embargo, a pesar de todo lo que acabamos de señalar, las ONGs de defensa de los derechos humanos no dejan de ser fenómenos minoritarios. Y no hay que asombrarse por ello. «No dudéis jamás que un pequeño grupo de ciudadanos que reflexionan y se comprometen pueden cambiar el mundo», escribía la destacada antropóloga americana Margaret Mead. En efecto, «se trata de la única cosa que alguna vez lo ha conseguido».

A nivel local, los militantes de los derechos humanos constituyen una excepción. La brutalidad de los gobernantes o de los grupos violentos no estatales (guerrillas, milicias paramilitares, mafias), la manipulación de los sentimientos nacionales, religiosos o étnicos, explican este carácter profético y minoritario, aunque en ciertos momentos clave de

[19] *Human Rights Watch Annual Report*, 1998/99, p. 4.

la historia, el grupúsculo se pueda transformar de repente en movimiento mayoritario, como lo demostró la «Revolución de terciopelo» en Praga en 1989, cuando millones de personas se juntaron al puñado de disidentes de la Carta 77.

La historia del movimiento está esmaltada de apellidos y de personajes fuera de lo común, quienes osaron «decir la verdad al poder»[20]: desde el ejemplo del chino Wei Jingsheng, de la mexicana Marie Claire Acosta, del chileno Pepe Zalaquette, del argentino Juan Méndez, pasando por el caso del polaco Jacek Kuron o del surafricano Desmond Tutu. A pesar de la celebridad de su causa, a pesar del compromiso de los gobiernos de respetar la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la adopción en 1998 por la Asamblea General de las Naciones Unidas de una Declaración sobre los defensores de derechos humanos, sin embargo, los militantes continúan pagando un pesado tributo, como lo demuestra el asesinato en México de Digna Ochoa en octubre de 2001.

Las cuestiones difíciles

1) *De los Estados de hierro a los Estados fracasados*

Las organizaciones de defensa de los derechos humanos han participado en debates de una acusada intensidad. Deben constantemente adaptar sus métodos y sus mandatos a las evoluciones del mundo. En efecto, los Estados autoritarios han buscado esquivar sus denuncias con la invención de nuevas formas de represión como la «desaparición», una técnica orientada a escaparse de las campañas de protesta a favor de los detenidos. Se han asegurado la experiencia de las agencias internacionales de relaciones públicas para vender una imagen de país respetuoso del Derecho. Han puesto trabas al nacimiento de ONGs locales y han controlado severamente las comunicaciones con el exterior.

Por supuesto, las ONGs de derechos humanos se han beneficiado de la transnacionalización del mundo. Las campañas de solidaridad internacional, al estilo de las intervenciones de Amnesty International en favor de los prisioneros de conciencia, con frecuencia han permitido sacar del secreto y de las prisiones a los militantes y a los disidentes.

---

[20] CUOMO, K.K.: *Speak Truth to Power, Human Rights Defenders who are Changing the World*, Crown Publishers, New York, 2000.

El entramado de las ONGs conecta con miles de organizaciones locales, nacionales, regionales, internacionales o globales. Pero esta red no es total: la represión estatal dentro de países cerrados como Corea del Norte o Birmania y, en una menor medida, China, Cuba y numerosos países árabes, ha impedido la creación de una sociedad civil con capacidad de movilizar a la población y de unirse al resto del mundo. Dentro de los países «fracasados», devastados por las guerras y por la predación económica, el «retorno de los nuevos bárbaros», como lo llama Jean-Christophe Rufin, crea unas zonas de absoluta ausencia del Derecho, donde prácticamente no pueden actuar los grupos de la sociedad civil local ni las Organizaciones internacionales.

2) *Los derechos de las personas corrientes y los derechos económicos y sociales*

En sus inicios, el movimiento de los derechos humanos se movilizó sobre todo a favor de disidentes u opositores políticos. Como destacaba Ken Roth, Director de Human Rights Watch, «se interesaba poco por la gran masa de personas víctimas de violaciones de sus derechos no en razón de su compromiso político, sino como resultado de discriminación, violencia policial, malos tratos, guerra indiscriminada (…). Hoy, la idea de que la Declaración Universal de Derechos Humanos incluye a «todos y cada uno» es todavía más creíble, pero el cambio aún es muy reciente. Hubo que esperar a la Conferencia Mundial de Viena sobre los Derechos Humanos en 1993 para que el movimiento de derechos humanos aceptase realmente el eslogan de que «los derechos de las mujeres son derechos humanos». Hubo que esperar a los horrores del genocidio de Bosnia para que el movimiento admitiera que el «derecho a la vida» incluía el Derecho Internacional Humanitario[21].

Después de esta apertura a los derechos humanos de la «persona común y corriente» y al Derecho Internacional Humanitario, las ONGs de derechos humanos también tuvieron que aventurarse por el terreno de los derechos económicos y sociales. «La opinión pública, señala Frederic Tiberghien, reconoce cada vez más fuertemente que no puede haber respeto de los derechos humanos si la pobreza (2.800 millones de seres humanos sobre 6 mil millones viven con menos de dos dólares diarios), la desnutrición (800 millones de personas afectadas), las epidemias y el

[21] Roth, K.: «Human Rights Organizations: A New Force for Social Change», en Power, S. and Allison, G. (Eds.): *Realizing Human Rights*, St. Martin's Press, New York.

analfabetismo no son derrotados o eliminados»[22]. Ahora bien, la «década de los derechos humanos», entre la caída del Muro de Berlín y el 11 de septiembre del 2001, fue marcada por un agravamiento no sólo de las desigualdades entre los países ricos y los países pobres, sino también por la exclusión social en el seno de los países ricos.

Para las organizaciones de derechos humanos, encerradas hasta entonces en los derechos civiles y políticos, el desafío es esencial, aunque subsisten todavía grandes dudas, porque temen que se diluya su mensaje y que se entre en controversias de una naturaleza más ideológica. La emergencia del movimiento antiglobalización (o, mejor llamado, movimiento «por otra globalización») vuelve a plantear con urgencia una discusión entablada hace unos años y que, a pesar de las adaptaciones de los mandatos en las ONGs, permanece inacabada.

3) *El derecho de injerencia humanitaria*

Frente a los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y los genocidios que han ensangrantado la última década del siglo XX, las ONGs han planteado con gravedad la cuestión de la intervención militar. Human Rights Watch, en particular, ha optado a favor del envío de tropas cuando, como en Ruanda o en Bosnia, podían por sí solas poner fin al genocidio. «Existe frecuentemente la presunción de que el movimiento de los derechos humanos debe de alguna forma ser antimilitar, escribe Ken Roth, director de Human Rights Watch. Ese ya no es el caso, si es que alguna vez lo fue». Cada vez más, el movimiento a favor de los derechos humanos reconoce que la fuerza militar no solamente puede ser buena para los derechos humanos, sino que, de hecho, es un elemento esencial para su protección[23].

HRW también intervino en el debate sobre el despliegue de la fuerza internacional de asistencia y seguridad (ISAF, *International Security Assistance Force*) en Afghanistán. «Una mayor seguridad en todo el país, escribía Mike Jendrzejczyk en septiembre de 2002, es una condición *sine quae non* para reconstruir unas infraestructuras devastadas, para reforzar el resurgimiento de la sociedad civil afghana y para restablecer las

---

[22] TIBERGHIEN, F.: «La place de l'homme dans la societé internationale», *La Revue Internationale et Stratégique*, printemps 2001, p. 71.

[23] *Militaire-Humanitaire; (im)possibles synergies*?, Actes du Colloque organisé par le Ministère de la Défense du Royaume de Belgique, 15 mai 2002, p. 46.

instituciones legales y administrativas orientadas a proteger los derechos de todos los afghanos».

4) *Los actores no estatales*

Los Estados no son los únicos responsables de las violaciones de los derechos humanos. Los grupos armados no estatales como las guerrillas de extrema izquierda, los paramilitares de extrema derecha o las organizaciones religiosas extremistas han sido culpables de graves abusos: ejecuciones extrajudiciales, raptos, masacres. Ahora bien, las ONGs de derechos humanos se han tomado su tiempo antes de juzgar con la misma severidad a estos grupos rebeldes o a estos mercenarios de los Estados. Así, durante la «segunda guerra de Argelia», las organizaciones internacionales de derechos humanos fueron acusadas de minimizar la culpabilidad de los grupos islámicos armados al plantear la famosa pregunta «¿quién mata a quién?»; en Colombia, han sido criticadas por haber dedicado menos atención a los excesos cometidos por las FARC (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia) que a los, es verdad que más numerosos, cometidos por los grupos paramilitares y las fuerzas armadas.

Otros actores no estatales merecen igualmente la atención de las ONGs: así, las empresas multinacionales ubicadas en numerosos países del Sur disponen de un poder que supera al de los Estados y, en muchos casos, sus actividades contribuyen a agravar las violaciones de los derechos humanos. Aquí también las organizaciones de defensa de los derechos humanos se han tomado un cierto tiempo antes de investigar sobre estas empresas y de solicitarles rendición de cuentas. Sin embargo, ya se ha iniciado el camino y, desde el principio de los años 90, las grandes empresas, en primer lugar las compañías petroleras, saben que deben contar con la vigilancia de las ONGs, lo que ha llevado a que algunas de esas grandes empresas desarrollen estrategias de diálogo con las ONGs.

Las críticas

Las críticas en contra de las ONGs de defensa de los derechos humanos no han faltado. Las menos sorprendentes provienen de los Estados autores de los abusos: así, éstos han intentado expulsar a las organizaciones no gubernamentales «rebeldes» de las instituciones intergubernamentales y, en primer lugar, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. China ha sido particularmente in-

sistente en estos esfuerzos y ha logrado por ejemplo que la Asociación de demócratas chinos, Human Rights in China, no pueda participar en los trabajos de la Comision[24].

Las grandes ONGs de derechos humanos han tratado de enfatizar constantemente su independencia frente a los Estados occidentales. Desde su creación, Amnesty International veló por incluir en sus listas a prisioneros de conciencia de los aliados de Occidente. Nacida en 1978 en los Estados Unidos bajo el nombre de Helsinski Watch, Human Rights Watch también ha buscado con mucha rapidez establecer su autonomía frente a una diplomacia estadounidense dispuesta a utilizar el discurso de los derechos humanos para destruir la legitimidad de su adversario soviético. En 1981, Americas Watch veía la luz precisamente para denunciar las brutalidades de los regímenes militares latinoamericanos aliados de Estados Unidos.

Sin embargo, en muchos círculos, las ONGs continúan siendo percibidas o denunciadas como «fuerzas auxiliares» dentro de una nueva fase de la dominación occidental sobre el resto del mundo. Esta crítica viene de la vieja izquierda y de los nostálgicos del tercermundismo aferrados a los regímenes castrista o argelino, pero también de Estados musulmanes que proclaman a todos los vientos que Occidente utiliza la pantalla de los derechos humanos para esconder la persecución de intereses geopolíticos menos encomiables. La referencia constante a los derechos humanos durante la Guerra del Golfo, «una guerra por el petróleo», y la prudencia con la cual Occidente amonesta a Israel, han establecido esta convicción en una parte importante de los Estados y de los pueblos del Sur.

La misma sospecha reina durante las negociaciones comerciales mundiales, donde la reivindicación por los países del Norte de la instauración de una «cláusula social» destinada a proteger a los trabajadores contra la explotación, provoca inmediatamente la indignación de los delegados del Sur, quienes no ven ahí más que una nueva forma hipócrita de proteccionismo disfrazado.

Los «valores asiáticos»

Conscientes de lo atractivo de la ideología de los derechos humanos sobre sus poblaciones, los Estados autoritarios han intentado relativizarlos. Algunos han argumentado que el derecho al desarrollo era

---

[24] Véase, Jean-Claude BUHRER, J-C. et LEVENSON, C.B.: *L'ONU contre les droits de l'homme*?, Editions Mille et Une Nuits, Paris, 2003.

más importante que las libertades «a la occidental», las cuales entorpecerían sus posibilidades de crecimiento. Esta posición fue apoyada por ciertas ONGs europeas de desarrollo, que así se convirtieron en «compañeros de viaje» de regímenes socialistas del tercer mundo y mantuvieron por eso tensas relaciones con las asociaciones de derechos humanos.

A inicios de los 90, esta tesis del relativismo de los derechos humanos fue recogida por los Estados autoritarios del sudeste asiático, en primer lugar por Malasia, Indonesia y Singapur, oponiendo a la universalidad de los derechos humanos su concepto de «valores asiáticos», fundados sobre la sumisión del individuo a su comunidad y la prevalencia del orden social sobre la libertad. Una tesis que encontró un gran número de aliados dentro de los centros de poder occidentales ansiosos de comerciar con Asia sin idealistas entorpecedores que, en el seno de las sociedades civiles asiáticas, aspiraban a más libertad[25]. En efecto, las ONGs asiáticas en su conjunto rechazaron los argumentos de sus gobernantes. La *Declaración de Bangkok,* adoptada el 27 de marzo de 1993 por 110 ONGs de Asia y del Pacífico, estableció sin el menor atisbo de duda que las prácticas culturales que derogaban los derechos humanos universalmente reconocidos, que incluían los derechos de las mujeres, no debían ser toleradas.

Querellas entre ONGs

En cierta medida, este debate se extendió dentro de las ONGs. Las grandes organizaciones que incluyen secciones nacionales por todo el mundo, como Amnesty International o la FIDH, deben conciliar en su seno múltiples sensibilidades y concepciones culturales, filosóficas o nacionales. Aunque numerosas ONGs del Sur se han unido a las posiciones «universalistas» de las organizaciones del Norte, otras han querido marcar distancia y afirmar su «particularismo». Human Rights Watch, por su parte, tiene que enfrentarse constantemente a acusaciones de «americanocentrismo».

Las divergencias pueden existir también entre organizaciones de tradición judeo-cristiana. Así, ciertas controversias persisten entre las organizaciones de Estados Unidos y las ONGs europeas, lo cual refleja concepciones diferentes sobre determinados aspectos muy simbólicos

---

[25] Ver al respecto JOHANNEN, U. and GOMEZ, J. (Eds.): *Democratic Transitions in Asia*, Select Books, Singapour, 2001.

como la libertad de expresión o el lugar de la religión en el seno del Estado. En la lucha anti-racista, un hueco separa a las organizaciones europeas, generalmente favorables a las posiciones restrictivas de los legisladores europeos, de las organizaciones estadounidenses, partidarias de la Primera Enmienda de la Constitución americana que defiende ampliamente el derecho a las expresiones racistas y al odio (hate speech). El debate sobre las «sectas» en Europa contradice también, radicalmente, la concepción estadounidense de la libertad religiosa.

Las divergencias entre ONGs pueden depender asimismo del campo de acción. Ciertas organizaciones de desarrollo, hoy reforzadas por la lucha contra la globalización neoliberal, tienen tendencia a considerar los «derechos humanos» como un instrumento del mundo occidental, ya que la referencia a los derechos humanos avanza paralelamente a la introduccion de políticas de apertura de mercados, como lo resume el eslogan «Free Markets, Free Minds».

Oportunismo y parcialidad

La imparcialidad de las ONGs de derechos humanos también ha sido con frecuencia puesta en duda. En efecto, algunas organizaciones se han expuesto a las críticas, actuando como «frentes» políticos y utilizando los derechos humanos no por sí mismos, sino porque constituyen un arma muy poderosa para el debilitamiento de los gobiernos. Si esta tentación toca sobre todo a las organizaciones nacionales o locales durante los conflictos armados, ciertas organizaciones, con pretensión internacional, han sido también instrumentos de un combate ideológico o político. Una de sus misiones era la de socavar la credibilidad de las Organizaciones internacionales reconocidas. En tiempos de la Guerra Fría, en el área de la libertad de prensa, la OIJ (Organización Internacional de Periodistas), establecida en la ciudad de Praga e instrumento controlado por los servicios secretos del bloque comunista, servía ante todo de punto de lanza contra los grupos occidentales de defensa de la libertad de expresión.

Las grandes Organizaciones internacionales no están tampoco al abrigo de toda crítica, notablemente cuando parecían minimizar los abusos cometidos por grupos armados no estatales para focalizar sus denuncias contra los gobiernos. O cuando al tomar partido por las víctimas tendían a silenciar los abusos cometidos por los que las defendían. Grandes polémicas surgieron sobre estas cuestiones durante los años 90: en los Balcanes, en particular, donde, a semejanza de numerosos periodistas basados en Sarajevo que proclamaban un «periodismo de apego», determinadas ONGs privilegiaron a las principales víctimas de

esta guerra, los musulmanes bosnios, y dedicaron menos atención a sus dirigentes que, sin embargo, eran mucho menos inocentes.

Irrealismo

Otras críticas ponen en duda el realismo y la eficacia de las ONGs. «El problema de la retórica vacía no está limitada a las Naciones Unidas y al Gobierno de los Estados Unidos, escribe Kenneth L. Cain en *Human Rights Quarterly*. Los grupos ortodoxos de derechos humanos, conducidos por Amnesty International y African Watch, hicieron un admirable trabajo documentando las violaciones a los derechos humanos en Liberia en el curso de la guerra (…) Sin embargo, estas organizaciones fracasaron completamente en ofrecer algún plan, programa o estrategia realista, pragmática o significativa para afrontar realmente los abusos de los derechos humanos en el terreno»[26].

En el mismo espíritu, algunos analistas y activistas se preguntan cuál ha sido, desde la creación de AI en 1961, el impacto real del movimiento en favor de los derechos humanos. En 1997, Alex de Waal, investigador para African Rights, publicaba en el *Times Literary Supplement*[27] de Londres un crítica devastadora de las ONGs de derechos humanos, denunciando su ineficacia. Tomando como ejemplo el genocidio de Ruanda, culpaba a las ONGs de no haber sido capaces de crear un verdadero movimiento ciudadano capaz de oponerse eficazmente a la fuerza y a la locura de los Estados asesinos.

Las mismas acusaciones de ineficacia se registran en los temas de los refugiados y demandantes de asilo. El número de Estados signatarios de la Convención de Ginebra del 25 de julio de 1951 y la proliferación de ONGs de defensa de los demandantes de asilo, resaltan estas críticas, van a la par con los retrocesos constantes del derecho de asilo, particularmente en Europa. «Europa y sus miembros no han cesado de vaciar esta Convención en cuanto a su contenido en el curso de los anteriores diez años, destaca Frédéric Tiberghien, sobre todo al hacer más difícil el acceso a través de sus fronteras, construyendo una auténtica *Fortaleza Europea* respecto de la circulación de personas, mientras que facilitan al máximo la libre circulación de mercancías y capitales»[28].

---

[26] Cain, K.L.: *The Rape of Dinah: Human Rights, Civil War in Liberia and Evil Triunphant*, The Best American Magazine Writing, New York, 2000, p. 377.

[27] De Waal, A.: «Becoming shameless, the failure of human rights organizations in Rwanda», de 21 de febrero de 1997.

[28] Tiberghien, F.: «La place…», *op. cit*., p. 68.

Perspectivas

¿Qué hacer? Es difícil negar que el movimiento de derechos humanos ha conseguido grandes victorias en el curso de las tres últimas décadas. Ha jugado un papel determinante en grandes movimientos tectónicos como la caída del comunismo o la derrota del militarismo en América Latina. Ha logrado crear un discurso que los Estados, esos «monstruos fríos», no pueden fácilmente deslegitimar. Sin embargo, la euforia es peligrosa. La firma de tratados sobre la justicia internacional o sobre las minas antipersona, la adhesión de un número creciente de países a las convenciones y pactos de las Naciones Unidas, constituyen momentos de triunfo pero no deben crear excesivas ilusiones. Los años 90, que han visto las Cumbres de Viena y de Pekín, los Tratados de Ottawa y de Roma, también han legado a la historia la depuración étnica en Bosnia, el genocidio de Ruanda y las «pequeñas guerras» de Africa, que han producido millones de víctimas.

Las medidas adoptadas por los Estados democráticos después del 11 de septiembre han mostrado la fragilidad del movimiento. Hasta tal punto que en un artículo del *New York Times*, el filósofo canadiense Michael Ignatieff[29] planteaba una cuestión esencial: ¿el movimiento de derechos humanos no estará en adelante condenado a declinar en un entorno dominado por la lucha contra el terrorismo? Una de las prioridades para el movimiento de derechos humanos debería ser la de contribuir a un cambio del discurso político dominante en la mayor parte de los países occidentales y, en primer lugar, en los Estados Unidos, a fin de que este país, que fue frecuentemente garante de las normas internacionales, y que hoy en día es la única superpotencia, abandone su política de obstrucción y de unilateralismo.

Se impone una intensa reflexión en el conjunto del movimiento. «Es destacable cuán lejos el movimiento de derechos humanos ha llegado desde la adopción de la Declaración Universal, escribe Ken Roth, Director de Human Rights Watch, pero difícilmente éste es el momento para saborear el éxito. Los retos son muy grandes y muy urgentes… Hay demasiado por hacer en el futuro como para consumir mucho tiempo contemplando el pasado».

---

[29] Ver también su última obra en IGNATIEFF, M.: *Human Rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, 2002.

Derechos Humanos y Cultura de Paz: *Dangerous Liaisons?*

José Manuel Pureza

Sumario: 1. El sentido común conflictual. 2. Un concepto amplio de paz. 3. ¿Qué lugar para los derechos humanos ?

El lugar de los derechos humanos en la construcción de la paz no es algo absolutamente claro e inequívoco. Si bien es cierto que hay un entendimiento básico según el cual el respeto del otro —traducido en cumplimiento general de sus derechos humanos fundamentales— es la única base sólida de una experiencia de paz, la verdad es que, en términos históricos, el consenso en torno a esa inescindibilidad es muy reciente.

Recordemos que la misma Carta de las Naciones Unidas ha sido muy tímida en sus referencias al principio del respeto universal de los derechos humanos, que sólo se concreta, en el marco de la cooperación económica y social, en una regla de carácter general (art. 55) y en el compromiso de cooperación entre los Estados miembros y de éstos con la Organización para esa finalidad (art. 56), además de su inclusión como propósito fundamental de la actividad de la ONU (art. 1.3).

Todas las interpretaciones doctrinales convergen en afirmar que ese estatuto —que además fue el resultado de los esfuerzos de medianos y pequeños Estados como Brasil, México o República Dominicana en el seno de las conferencias de Dumbarton Oaks y San Francisco[1]— no es más que la expresión de una jerarquía de preocupaciones y valores del orden internacional emergente de la Segunda Guerra Mundial. Esto es, que la preservación de la paz y seguridad internacionales, entendidas como ausencia de conflictos y de tensiones que puedan trasformarse en conflictos internacionales, podrían, en el marco general de este orden internacional, determinar la subalternización del principio del respeto de los derechos fundamentales individuales y colectivos (como el de la autodeterminación de los pueblos). A pesar de la «innovación

[1] Carrillo Salcedo, J.A.: *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 33.

revolucionaria que (…) introdujo la Carta de las Naciones Unidas», que «confirió a los derechos humanos una dimensión constitucional en el orden internacional en ella instituido»[2], la verdad es que es muy nítida en la Carta una acogida limitada del alcance de los derechos humanos. Y la justificación para esto no es otra que el temor de que un reconocimiento radical de los derechos humanos pudiera subvertir los dos pilares básicos del orden de la Carta: la no intervención y el respeto por la soberanía territorial del Estado.

Toda la herencia internacional, en los planos jurídico y político, del siglo XX ha estado, pues, estructurada sobre esta tensión entre paz y derechos humanos. El significado fundamental de la inversión simbólica de Naciones Unidas y de la UNESCO, a finales de la década de los noventa, en una cultura de paz es, a mi juicio, la formulación de una nueva articulación entre derechos humanos y paz, capaz de recuperar toda una tradición del idealismo kantiano y de combinarla con el clima político de la pos-guerra fría. Una cultura de paz supone una dinámica de cambio y de conversión. Es decir, no se trata solamente de cambiar el modo como la «alta cultura» maneja las cuestiones de la paz y de la guerra, sino de una propuesta de cambio en el sentido común sobre las relaciones sociales. La cultura de paz es parte de un nuevo sentido común.

1. **El sentido común conflictual**

El alcance de la paz y de la guerra/violencia en el sentido común tradicional está simbolizado por dos afirmaciones muy conocidas. La primera es «*si vis pacis para bellum*»; la segunda es la clausewitziana «la guerra es la continuación de la política por otros medios».

El realismo político constituye una base primordial de esta cultura política de conflicto y surgió del proceso de consolidación del sistema interestatal como forma política del orden mundial moderno. El realismo es una expresión del clima cultural del positivismo científico, del que toma la contraposición radical entre hechos y valores y atribuye una prioridad epistemológica absoluta a los primeros sobre los segundos. Para el realismo, es imperativo captar las irregularidades y leyes subyacentes a los hechos y adoptarlos como las leyes según las cuales el sistema internacional debe funcionar. La constatación empírica adquiere así estatuto de verdad científica y de deber ser. Este sentido común

---

[2] CARRILLO SALCEDO, J.A.: *op. cit.*, p. 35.

empirista sacralizó como patrones de normalidad tres representaciones del mundo

La primera es el *individualismo estatal,* que reduce el panorama mundial a una vasta planicie caóticamente poblada por Estados (y nada más que por Estados). La lectura que el sentido común realista hace de esto se basa en el contraste entre lo que está en el interior y en el exterior de los Estados. En el sistema interestatal […] cada Estado vela, por encima de todo, por su seguridad y supervivencia, para lo que recurre a todos los medios, incluyendo la fuerza, desafiado por el dilema de seguridad en que vive, mirando con sospecha al otro, como enemigo potencial.

La segunda representación del mundo es que *el sistema interestatal es un campo de batalla por el poder*. Toda la política es *power politics* y la política internacional asume el «interés nacional definido en términos de poder» como referencia primordial.

El tercer y último componente del sentido común realista es *la apología del presente eterno*. En su búsqueda de regularidades que permitan interpretar la realidad internacional, el realismo mira obsesivamente al pasado, en la tentativa de «aprender con la historia», renunciando a pensar en la transformación de esa realidad.

Este sentido común ha sido objeto de encendidas críticas. Destacaré entre ellas las de carácter metodológico. La distinción entre observación objetiva y discurso normativo de la realidad, que preside todo discurso positivista, es una construcción artificial. La epistemología de las ciencias sociales nos enseña que no hay hechos sociales que se presenten independientes y superiores a un desarmado y aséptico observador. Todo el trabajo de investigación en ciencias sociales es un trabajo de interpretación. La aversión del sentido común realista a los discursos normativos es fruto, más que de la pretensión de salvaguardar la autonomía de la realidad, de la voluntad implícita de mantenerla como estructura del sistema internacional. Por eso, el sentido común realista debe ser considerado una ideología —una ideología conservadora, que legitima y perpetúa una determinada configuración del sistema internacional y su jerarquía—.

Etnocentrismo, fundamentalismo ideológico, reduccionismo estratégico y sentido común realista convergen en la constitución de una cultura política del conflicto y de legitimación del antagonismo, en la que el «blanco y negro» es la única coloración admisible de cualquier lectura de la realidad que se pretenda cientificista. El origen de esta cultura política es la demonización del otro, en que somos nosotros los buenos contra los otros, invariablemente malos, y el horizonte más o menos próximo es el enfrentamiento, para el que tenemos el deber de prepararnos.

2. **Un concepto amplio de paz**

La investigación para la paz (*peace research*) parte de interrogantes sobre las causas profundas del conflicto y los pasos necesarios para su superación. Entre éstos se incluye la exigencia de reestructuración social, tanto en el plano interno como en el internacional, que promueva la ausencia de violencia directa o indirecta.

La amplitud de este concepto de paz está directamente relacionada con la amplitud de la violencia verificada por los estudios para la paz (*peace studies*): más allá de la violencia directa, existen la violencia estructural, resultante de la desigualdad de poder y de la injusticia social, y la violencia cultural, que se traduce en el sistema de normas y comportamientos que legitiman socialmente las dos anteriores.

Recientemente, Galtung ha resumido la amplitud de su concepto de paz (paz negativa o ausencia de guerra y paz positiva o comunidad humana integrada y armónica) en la fórmula «*Paz = paz directa + paz estructural + paz cultural*». Fórmula que desarrolló en *Peace by peaceful means*, de 1996: «La paz positiva directa consistiría en la bondad física y verbal, buena para el cuerpo, la mente y el espíritu de uno mismo y de los demás; estaría orientada a todas las necesidades básicas, a la supervivencia, el bienestar, la libertad y la identidad (…)». La paz positiva estructural sustituiría la represión por la libertad y la explotación por la igualdad, reforzándolas con el diálogo. La paz positiva cultural sustituiría la legitimación de la violencia por la legitimación de la paz en la religión, en el derecho y en la ideología; en el lenguaje, el arte y la ciencia; en las escuelas, universidades y medios de comunicación»[3].

En mi opinión, tres agentes contribuyen a desarrollar la cultura de paz en este marco: la sustitución de la territorialidad por los intereses comunes; la del etnocentrismo por el multiculturalismo; y la de las lealtades de proximidad por una ciudadanía cosmopolita. Contra el sentido común tradicional sobre el que se asienta la territorialidad, la cultura de paz propone la centralidad de las preocupaciones comunes y la noción de interdependencia. El etnocentrismo se fundamenta en la idea de superioridad y dominio. La cultura de paz defiende el centralismo del multiculturalismo, y busca equivalentes isomórficos para los valores de cada cultura en las demás, con preferencia por constelaciones en detrimento de homogeneidades artificiales. Por último, contra el sentido común tradicional, la cultura de paz afirma la centralidad de formas cosmopolitas de ciudadanía, construidas sobre

---

[3] GALTUNG, J.: *Peace by peaceful means*, Sage, London, 1996.

identidades múltiples, lo que Richard Falk ha denominado como «ciudadanía peregrina»[4].

3. **¿Qué lugar para los derechos humanos?**

En este triple marco, ¿cuál es el lugar de los derechos humanos? El artículo 1 de la *Declaración sobre la Cultura de Paz* (Resolución 52/243, de 6 de octubre de 1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas) define la cultura de paz como

> «un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en: a) el respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación; b) el respeto pleno de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados y de no injerencia en los asuntos que son esencialmente jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho internacional; c) el respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales; d) el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos; e) los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presente y futuras; f) el respeto y la promoción del derecho al desarrollo; g) el respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres; h) el respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información; i) la adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y entre las naciones».

Por su parte, el Programa de Acción incluido en la misma Resolución indica las medidas para la construcción de una cultura de paz:

—educación,
—promoción del desarrollo económico y social sostenible,
—promoción del respeto de todos los derechos humanos,
—garantía de la igualdad entre mujeres y hombres,
—participación democrática,
—promoción de la comprensión, de la tolerancia y de la solidaridad,
—apoyo a la comunicación participativa y la libre circulación de información y conocimientos,
—promoción de la paz y seguridad internacionales.

---

[4] FALK, R.: *On Humane Governance*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 95.

El *Llamamiento de La Haya para la Paz y la Justicia* identifica cuatro grandes ejes en la lucha por la paz:

a) conocer y actuar sobre las causas de la guerra;
b) mejorar y potenciar las instituciones del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos;
c) reforzar la prevención, resolución y transformación de los conflictos violentos; y
d) acelerar el desarme y diseminar el concepto de seguridad humana.

Creo, sin embargo, que estas formulaciones no son suficientes para solucionar un problema de fondo, que es *el del tipo de cultura de paz basada en los derechos humanos.* Eberhard lo plantea de forma clara: «On ne saurait poser les droits de l'homme et la paix comme équivalents. Les droits de l'homme peuvent tout au plus être lus comme une tradition de paix qui doit s'ouvrir au dialogue avec les autres traditions de l'humanité pour réinventer les modalités du partage de nos vies dans le monde contemporain. Sinon ils risquent non seulement d'être inefficaces mais aussi de devenir oppressifs, de se transformer d'outils pour la paix en instruments de guerre»[5].

El análisis de la articulación entre derechos humanos y cultura de paz necesita, por ello, ir más allá del sentido común compartido en nuestra cultura occidental sobre el tema. Hay un presupuesto epistemológico necesario para evitar los riesgos denunciados por Eberhard: la necesidad del «desarme cultural»[6]. Se trata de una actitud que resulta de la noción de que la paz no se conquista, sino que se recibe, lo que impone apertura y disponibilidad. «Nous devons d'abord vider notre tasse avant d'y verser du thé frais. De même devons nous nous vider de nos conceptualisations si nous voulons recevoir la paix»[7].

---

[5] «No debemos considerar los derechos humanos y la paz como equivalentes. Los derechos humanos se pueden leer como una tradición de la paz que se tiene que abrir al diálogo con las otras tradiciones de la humanidad para reinventar las modalidades de compartir nuestras vidas en el mundo contemporáneo. Si no, corren el riesgo no solamente de ser ineficaces sino de convertirse en opresivos, de transformarse de instrumentos para la paz a instrumentos para la guerra», en EBERHARD, C.: «Editorial», *Bulletin de Liaison*, Vol. 25, 2000, p. 1.

[6] PANIKKAR, R.: *Cultural disarmament. The way to peace*, John Knox Press, Westminster, 1995.

[7] «Debemos en primer lugar vaciar nuestra taza antes de echar el té fresco. De esa misma forma, debemos vaciarnos de nuestras conceptualizaciones si queremos recibir la paz», en EBERHARD, C.: «Ouvertures pour la paix. Une approche dialogale et transmoderne», *Bulletin de Liaison*, Vol. 25, 2000, p. 79.

La mundialización de la sociedad internacional y su democratización ha puesto en cuestión, es cierto, todos los dogmatismos morales que hacían radicar los derechos humanos en verdades apodícticas. La «muerte del hombre» es, al final, la constatación de cuanto hay de evidente en la percepción de la comunidad universal como necesariamente estructurada en términos de pluralidad de sistemas de referencia.

En este contexto, me parece poco acertado el diagnóstico avanzado por Norberto Bobbio sobre la inutilidad de la discusión en torno a la fundamentación de los derechos humanos. Para el gran maestro italiano, «puede afirmarse hoy que el problema del fundamento de los derechos humanos encontró solución en la Declaración Universal de los Derechos Humanos»[8]. En realidad, no obstante, ése no es sino un consenso frágil, reconocidamente estratégico y contingente.

Ahora bien, hay algo que ese pretendido consenso no consigue ocultar: que es justamente en la comunidad global en que hoy vivimos donde se muestra más clara la extracción cultural específica, histórica y espacialmente localizada, de los derechos humanos como categoría ético-jurídica[9]. Abogar por una concepción de los derechos humanos como patrimonio común de la humanidad supone, en mi opinión, situarlos en el contexto de una sociedad multicultural, como es hoy la sociedad internacional y como son las propias sociedades nacionales[10]. Y la aceptación de tales presupuestos se basa en el reconocimiento de un estatuto problemático no sólo de los contenidos, sino también del propio concepto de derechos humanos.

Basándose en el análisis de siete dimensiones constitutivas de todas las culturas, Johan Galtung[11] subraya que los derechos humanos, en tanto que referencia cultural, son una expresión clara de la visión occidental del mundo. La primera dimensión es una concepción del espacio basada en las ideas de centralidad (Occidente como centro del mundo), universalismo (lo que es bueno para Occidente lo es igualmente para todos) y dicotomía entre el bien y el mal (entre el centro y la periferia). La segunda dimensión es una concepción lineal y continua del tiempo, en que el progreso está siempre delante de nosotros (la expansión de los derechos humanos en términos de tres generaciones y de progresiva institucionalización de la protección de los derechos concreta este

---

[8] Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1981, p. 7.

[9] Ver al respecto el artículo de Boaventura de Sousa Santos en este mismo libro.

[10] Pureza, J.M.: *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho Internacional de la solidaridad?*, Trotta, Madrid, 2002.

[11] Galtung, J.: *Human Rights in another key*, Polity Press, Cambridge, 1994, p. 12.

entendimiento). En tercer lugar, el conocimiento: una estructura atomística y deductiva que se refleja en la elección del individuo como unidad de análisis. En cuarto lugar, la naturaleza: para el pensamiento occidental, la naturaleza existe *für mich* y no *an sich,* lo que supone una perspectiva antropocéntrica de la vida y de la condición de sujeto de derechos y deberes. La quinta dimensión es una concepción privada e individualista del *ego*. En sexto lugar, la prioridad del individuo sobre el colectivo, lo que implica la prioridad absoluta de los derechos del individuo sobre los derechos de grupos o colectivos sociales como los pueblos, las mujeres o las minorías. Finalmente, en séptimo lugar, Galtung subraya la imagen del Estado como «benevolent, omnipresent, omniscient and omnipotent king, possibly receiving legitimacy both from the state community and from the people».

A su vez, Prakash Sinha[12] ha señalado que la formulación de los derechos humanos refleja, en tres momentos esenciales, valores propios de la cultura occidental: primero, en la consideración del individuo y no de la familia, del clan, de la tribu, de la etnia como unidad fundamental de la sociedad; después, en la concepción de la inserción del individuo en la sociedad a través de la afirmación de derechos y no por su vinculación a deberes; finalmente, en la configuración normativista-formalista de la organización racional de la vida en sociedad, en detrimento de factores como la tradición o la educación. Coexisten, en nuestros días, dos dinámicas de globalización de los derechos humanos profundamente diferentes: una que, al afirmar apriorísticamente su universalidad, los configura como un localismo globalizado; la otra, que va de la denuncia del discurso tradicional de la universalidad como un discurso ideológico[13] a una reconstrucción multicultural de la *universalis civitatis* y del *status mundialis hominis* cuya construcción teórica es defendida por Pérez Luño[14].

Esa reconstrucción implica el rechazo sea del universalismo a-histórico y descontextualizado como disfraz del imperialismo, sea del relativismo como disfraz del nacionalismo cultural cerrado. Por ello, habrá que pensar con modestia en la articulación entre derechos humanos y cultura de paz. El combate contra una globalización uniformadora se hace en nombre del valor estratégico del mantenimiento y fomento de

---

[12] Sinha, P.: «Human Rights: A Non-Western Viewpoint», *Archiv fúr Rechts-und Staatsphilosophie*, Vol. 67, 1981, p. 77.

[13] De Lucas, J.: *El desafío de las fronteras*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, p. 38.

[14] Pérez Luño, A.E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2000.

la diversidad. En ese combate, habrá que denunciar el riesgo de ambigüedad presente en la afirmación de que *la* cultura de paz tiene en el respeto por los derechos humanos su pilar fundamental. Doble ambigüedad, además: por una parte, porque no hay *una* cultura de paz sino *culturas de paz* en plural; por otra parte, porque en ese diálogo intercultural los derechos humanos no son un principio externo y absoluto sino un argumento entre otros.

Panikkar[15] describe magníficamente esta condición débil con la siguiente metáfora: «los derechos humanos son una ventana a través de la cual una cierta cultura visualiza un orden humano justo para sus individuos. Pero los que viven en esa cultura no ven la ventana. Para ello necesitan del auxilio de otra cultura que ve a través de otra ventana. Yo creo que el paisaje humano que se ve a través de una de las ventanas es, simultáneamente, semejante y diferente del que se ve a través de la otra. Siendo así, ¿debemos hacer astillas las ventanas y convertir las diversas portadas en una única abertura —con el consiguiente riesgo de colapso de la estructura— o debemos mejor ampliar tanto cuanto sea posible las vistas y, sobre todo, concienciar a las personas de que hay —y tiene que haber— una pluralidad de ventanas?».

---

[15] PANIKKAR, R.: «Is the notion of human rights a western concept?», *Diogenes*, Vol. 120, 1982, p. 78.

HumanitarianNet

Thematic Network on Humanitarian Development Studies

Educación y cultura

Sócrates

ISBN 84-7485-899-2

Los derechos humanos, como auténtico horizonte ético de la humanidad, se han convertido en una de las cuestiones centrales de la agenda de la comunidad internacional en este incierto comienzo del siglo XXI. Desde 1945, fecha de la creación de las Naciones Unidas, se ha avanzado enormemente en el campo de la protección internacional de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista normativo como desde el de la instauración de mecanismos concretos para su protección. Este libro pretende dar cuenta de dicho avance y presentar un estado de la cuestión de la materia. En este sentido, hemos abordado tanto la protección universal en el marco de las Naciones Unidas como los diferentes sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Para ello, hemos congregado a personas con experiencia tanto teórica como práctica de los cinco continentes, tratando de incorporar una perspectiva interdisciplinar.

EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE SEGURANTZA SAILA

DEPARTAMENTO DE JUSTICIA, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Deusto

Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

COIMBRA