ISBN 978-950-31-0081-3

LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Prologado por
- Dr. Carlos Villán Durán

Autores
- Musso, José Antonio
- Rodríguez, Andrea Cecilia
- Sánchez Mera, Silvina
- Tahhan, Ricardo Marcelo

ReFEPAZ
Red Federal de Estudios sobre el Derecho Humano a la Paz
CoFEI

cecori
CENTRO DE ESTUDIOS EN CIENCIAS POLITICAS Y RELACIONES INTERNACIONALES

aeDIDH
Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO
REPÚBLICA ARGENTINA

EDITA Y PUBLICA
EDICIONES UCSE

Universidad Católica
de Santiago del Estero
República Argentina

Lecciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

ISBN: 978-950-31-0081-3 - 413 Páginas - UCSE 2021

Musso José Antonio. Rodríguez Andrea Cecilia. Sánchez Mera Silvina. Tahhan Marcelo. Lecciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Editado por Ediciones UCSE. 1ª edición mayo de 2021. Libro digital, PDF Archivo Digital: descarga y online ISBN: 978-950-31-0081-3. Hecho el depósito que marca la ley 11723.
Queda permitido su uso y reproducción parcial, con estricta mención de los autores e institución editora.

EDICIONES UCSE
UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTIAGO DEL ESTERO

El libro "Lecciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos" fue editado por Ediciones UCSE dependiente del Vice Rectorado Académico UCSE. Universidad Católica de Santiago del Estero. Campus Santiago, Av. Alsina y Dalmacio Vélez Sarsfield, (CP 4200). Ediciones UCSE, Campus Rafaela, Bv. Hipólito Yrigoyen 1502 Rafaela (CP 2300). Depto Castellanos - Pcia. Santa Fe - República Argentina. Tel. (+54 3492) 432832- int. 125 – Correo electrónico: eucse@ucse.edu.ar

Sumario

1. Prólogo **1**

2. Los derechos humanos **12**
2.1. Concepto 12
2.2. Fundamento 14
2.3. Caracteres 17
2.4. Clasificación 20
2.5. Derechos y deberes 22
2.6. Derecho Internacional de los Derechos Humanos 23
2.7. Principio *pro persona* 28
2.8. Interpretación de normas 30
2.9. Justiciabilidad 31
2.10. Convergencia del DIDH con otras vertientes del Derecho Internacional 36
2.11. Protección de los derechos humanos en el ámbito doméstico 38
2.12. Protección en el Derecho interno argentino 40
2.13. Control de convencionalidad 43

3. La protección de los derechos humanos en el ámbito universal **47**
3.1. Introducción 47
3.2. La Carta de las Naciones Unidas 47
3.3. La Declaración Universal 49
3.4. Los Pactos de 1966 54
3.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 56
3.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales . 67
3.7. Otros instrumentos del sistema universal 77

4. Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas **86**
4.1. Sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos 86
4.2. La protección de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 87
4.3. Mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales 93
4.4. Otros órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos . 101
4.5. El mecanismo de informes en el ámbito de los órganos de tratados . 103
4.6. Otros mecanismos de protección ante órganos de tratados 106

5. La protección de los derechos humanos a través de ciertos órganos de las Naciones Unidas 113
5.1. Introducción 113
5.2. El sistema de procedimientos especiales 114
5.3. Tramitación de las comunicaciones 117
5.4. Llamamientos urgentes, visitas a países y declaraciones 121
5.5. El procedimiento de denuncia 125
5.6. El Consejo de Derechos Humanos 128
5.7. Examen periódico universal 131
5.8. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 136

6. Género y derechos humanos de las mujeres 139
6.1. El género como categoría académica 139
6.2. Breve historia de los derechos de la mujer 141
6.3. Instrumentos internacionales de protección en particular 145
6.3.1. Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer 145
6.3.2. Protocolo Facultativo de CEDAW 151
6.3.3. Belém Do Pará 153
6.4. Los derechos de la mujer en el Sistema Interamericano 157
6.5. Violencia y discriminación contra las mujeres 158
6.5.1. Derechos sexuales y reproductivos 165
6.6. Derecho Interno 171
6.7. Bibliografía 172

7. Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes en contexto de Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, y en contexto de Conflicto Armado 177
7.1. Introducción 177
7.2. Alcances del capítulo 178
7.3. Las Migraciones 178
7.4. Revisión de la Migración Internacional 179
7.5. Una distinción necesaria: Migrantes, Refugiados, Desplazados Internos y Apátridas 181
7.6. Principales Escenarios relacionados con la migración en los que los niños, las niñas y los adolescentes se ven expuestos a situaciones que pueden violar sus derechos 184

7.7. Obligaciones de los Estados en relación a niñas y niños en contexto de Migración y/o necesitados de Protección Internacional 191
7.8. Derecho a la libertad (artículos 16 y 17 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño) 193
7.9. Derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad (artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño) 193
7.10. Derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos, a condiciones de empleo y a la seguridad social (artículos 25, 27, 52, 53, 54 y 55 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 26 y 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño 195
7.11. Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño) 196
7.12. Derecho a la salud (artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 24 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño) 196
7.13. Derecho a la educación y la formación profesional (artículos 30, 43 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 28, 29, 30 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño) 197
7.14. La Niñez Migrante en el Sistema Universal de Derechos Humanos . . 197
7.15. La Convención sobre los Derechos del Niño 198
7.16. La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares 198
7.17. Observaciones Generales conjuntas del Comite de Derechos del Niño y del Comité de Trabajadores Migratorios y de sus familiares de Naciones Unidas 199
7.18. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes . . . 203
7.19. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular . . . 203
7.20. La niñez migrante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 209

7.21. Los derechos de la niñez migrante en la jurisprudencia y en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH 210
7.22. Niñez en Contexto de Conflicto Armado 214
7.23. Reflexión Final 224

8. Protección de los refugiados en el Derecho Internacional – Refugiados en la normativa Argentina 225
8.1. Introducción 225
8.2. Alcances 227
8.3. La Movilidad Humana 227
8.4. Las Migraciones 228
8.5. Migración internacional y migración interna 230
8.6. Migración Voluntaria y migración forzada 231
8.7. Definiciones de las categorías de personas en el contexto de la Movilidad Humana 232
8.8. Migrante Económico 232
8.9. Refugiados 234
8.10. Desplazados internos 235
8.11. Apátridas 237
8.12. Elementos de inclusión en la definición de Refugiado 247
8.13. ¿Es posible hablar de Refugiados económicos y ambientales? 250
8.14. ¿Quién está excluido de la protección de la Convención de los Refugiados? ¿Están excluidos los terroristas? 252
8.15. Convergencia y Complementariedad de las tres vertientes de protección de la persona humana 254
8.16. Derecho Internacional de los Derechos Humanos 256
8.17. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) 258
8.18. Derecho Internacional Humanitario 263
8.19. El Derecho Internacional de los Refugiados 267
8.20. Principales Instrumentos Jurídicos de Protección a Nivel Universal . 275
8.21. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados 276
8.22. Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados 278
8.23. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes . . . 280
8.24. Sistema Interamericano de Protección de los Refugiados 285
8.25. La Declaración de Cartagena a nivel del Sistema Interamericano de Protección de la OEA 287
8.26. Actuación de los Órganos de Protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos 291

8.27. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . 296
8.28. La figura del Refugiado en la Normativa Argentina 300
8.29. Derechos del solicitante de refugio 311
8.30. Procedimiento para solicitar el estatuto de refugiado en argentina . . 316
8.30.1. Formalización de una solicitud de estatuto de refugiado . . . 316
8.30.2. Trámite de una solicitud de estatuto de refugiado 317
8.30.3. Entrega de documentación provisoria 318
8.30.4. Resolución de la solicitud 318
8.31. Bibliografía 319

9. Pueblos indigenas y derechos humanos 323
9.1. Introducción 323
9.2. Quienes son Pueblos Indígenas - Denominación 325
9.3. Pueblos Indígenas y Tribales 327
9.4. Pueblo o Comunidad Indígena 328
9.5. Instrumentos Internacionales para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas 328
9.6. Sistema de Naciones Unidas 329
9.7. Instrumentos Específicos 330
9.8. Otros instrumentos relevantes 334
9.9. Mecanismos de las Naciones Unidas dedicados a las cuestiones específicas de los pueblos indígenas 335
9.10. Grupo de Apoyo Institucional sobre Cuestiones Indígenas 336
9.11. Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 336
9.12. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas 337
9.13. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos 338
9.14. La Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas 338
9.15. Sistema Interamericano de Derechos Humanos 339
9.16. Instrumentos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano 339
9.17. Marco jurídico en relación a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado Argentino 342
9.18. Texto de la Constitución 343
9.19. Normativa Nacional en relación a los pueblos indígenas 345
9.20. Jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos en relación a pueblos indígenas 348
9.21. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos . . 349
9.22. Los derechos expresamente previstos en la Convención Americana . . 350

9.22.1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 CADH) 350
9.22.2. El derecho a la vida (artículo 4 CADH) 352
9.22.3. La libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 CADH) . 353
9.22.4. El derecho a la familia (artículo 17 CADH) 355
9.22.5. Los derechos de los niños (artículo 19 CADH) 356
9.22.6. El derecho a la propiedad (artículo 21 CADH) 358
9.22.7. El derecho a las garantías judiciales (artículo 8 CADH) . . . 361
9.22.8. El derecho de circulación y de residencia (artículo 22 CADH) 364
9.22.9. Los derechos políticos (artículo 23 CADH) y la igualdad ante la ley (artículo 24 CADH) 366
9.23. Los derechos no previstos expresamente en la Convención Americana 368
9.23.1. El derecho a la consulta libre, previa e informada (artículos 1.1, 2 y 21 CADH) 368
9.23.2. El derecho a la identidad cultural (artículos 1.1, 21, 29.b. CADH) 369
9.24. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) - Casos y Principios de su Jurisprudencia Contemporánea en relación a los Pueblos Originarios 370

10. Los derechos humanos, la educación y el derecho humano a la paz 382
10.1. Introducción 382
10.2. Educación en derechos humanos 385
10.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre la educación y la formación en derechos humanos y otros instrumentos 388
10.4. Los derechos humanos en la educación superior 393
10.5. Educación ambiental 395
10.6. La educación en derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte IDH 395
10.7. Cultura de paz 397
10.8. Derecho humano a la paz 401
10.9. El contenido del derecho humano a la paz 407
10.10 Reflexiones finales 412

1. Prólogo

Desde la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) acogemos esta obra con gran satisfacción, porque constatamos que un grupo de colegas argentinos, sabiamente dirigido por el profesor José Antonio Musso de la Universidad Católica de Santiago del Estero y miembro de la AEDIDH, demuestra que el DIDH no es un mero invento europeo, sino patrimonio común de la humanidad; y que desde las diferentes regiones del mundo nos empoderamos del DIDH para desarrollarlo con criterios propios que respondan a las necesidades reales de nuestras regiones o localidades de origen, liberados de toda dependencia intelectual de Europa.

La solvencia del profesor Musso ya estaba acreditada por su dilatada dedicación a la docencia e investigación del DIDH en el marco de la Cátedra de Derechos Humanos de la UCSE; y había sido confirmada por la publicación bajo su coordinación de la obra *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Su aplicación en Argentina (Santiago del Estero, Bellas Alas Editorial, 2017, 634 p.).

Las *Lecciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* que nos ofrecen cuatro entusiastas profesores argentinos, facilitarán la enseñanza del DIDH como materia transversal, no solo en el ámbito de las ciencias jurídicas o sociales, sino también en otras ramas del saber universitario.

Al mismo tiempo, estas *Lecciones* han sido escritas desde la UCSE con la intención de servir a la sociedad que la rodea. De ahí la elección de cuatro temas específicos que guardan una relación directa con cuatro colectivos de personas que sufren una gran vulnerabilidad particularmente en esa provincia, a saber: mujeres, niñez, refugiados y pueblos indígenas. Este acertado planteamiento justifica que la obra se abra con una lección introductoria sobre los *derechos humanos* a cargo del profesor Musso, en la que se aborda con un criterio interdisciplinario el concepto, fundamento, caracteres y tipología de los derechos y deberes humanos. A continuación, introduce al lector en el Derecho internacional de los derechos humanos, deteniéndose en los rasgos distintivos del mismo, y poniendo el acento en la relevante contribución del sistema interamericano de derechos humanos -del que Argentina es parte integrante- al desarrollo del moderno DIDH. También estudia la relación del DIDH con el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los refugiados, el régimen internacional de las migraciones y el Derecho internacional del medio ambiente (los dos últimos en construcción) que, en realidad, son distintos aspectos del DIDH. Concluye el autor analizando la integración y la jerarquía de los tratados de derechos humanos en el Derecho interno argentino, atendiendo tanto a las normas generales

de DIP como a las disposiciones constitucionales, poniendo el énfasis en el control de convencionalidad, de sólida implantación en la jurisprudencia interamericana.

La tercera lección, también redactada por el profesor Musso, está dedicada al *sistema universal de protección de los derechos humanos*, brindando un amplio recorrido por todos sus textos normativos, partiendo de la Carta de San Francisco de 1945 y de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, para detenerse en el estudio detenido de los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, describiendo con detalle las obligaciones que asumen los Estados para proteger y respetar tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales que son reconocidos en ambos Pactos. A continuación, describe los derechos reconocidos en cuatro convenciones sectoriales, a saber: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1965); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979); y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984).

Además, se estudian los mecanismos de protección de los derechos reconocidos, que se confían a los comités de personas expertas independientes (Comité de Derechos Humanos, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros siete comités relativos a otras tantas convenciones sectoriales) con competencia para examinar los informes periódicos de los Estados y adoptar observaciones finales y generales, así como recibir quejas interestatales e individuales en que se aleguen presuntas violaciones de los derechos consagrados. Seis de esos comités pueden realizar también investigaciones de oficio en países determinados cuando se producen violaciones sistemáticas de los derechos reconocidos en la respectiva convención. Por último, los lugares de detención pueden ser objeto de visitas periódicas por parte del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, previsto en el PF a la CCT (2002).

A continuación, el autor examina los mecanismos extraconvencionales de protección, también conocidos como sistema de procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Están compuestos por personas expertas independientes que desempeñan mandatos geográficos (15) y temáticos (47). Desde 2007 todos ellos pueden enviar cartas de denuncias y acciones urgentes a los Estados, así como investigar mediante visitas in loco violaciones de los derechos relativos al mandato de cada uno de los titulares de tales procedimientos especiales.

Por último, el autor se refiere a otros mecanismos de promoción de los derechos

humanos creados por el Consejo de Derechos Humanos, en especial el examen periódico universal, que es realizado por los Estados sin participación de los expertos independientes del sistema universal. Y estudia el mandato de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, alta funcionaria de la ONU quien, al frente de su Oficina, provee la secretaría técnica necesaria para el funcionamiento de los procedimientos convencionales y extraconvencionales de protección de los derechos humanos, así como los mecanismos de promoción existentes.

La sexta lección, a cargo de la profesora Silvina Sánchez Mera, se dedica al *Género y derechos humanos de las mujeres*, partiendo de la evidencia de la secular dominación y discriminación de la mujer por el hombre en nuestras sociedades patriarcales. La autora repasa los hitos históricos en el reconocimiento de los derechos humanos de la mujer en los ámbitos político, social, civil y laboral, derechos reproductivos y no discriminación de la mujer en el acceso a los derechos a la educación y a la salud, hasta conseguir la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967) y de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), además de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993), la Plataforma de Acción de Beijín (1995) y la creación en la secretaría de la Organización de ONU Mujeres (2010), con la finalidad de promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres. La autora se concentra en las dos convenciones más relevantes para la protección de los derechos humanos de la mujer: en el ámbito universal, la ya citada Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), cuyo artículo 1 contiene una amplia definición de discriminación contra la mujer y los artículos 2 y 3 las obligaciones de los Estados para eliminar todas las formas de discriminación prohibidas, incluida la adopción de medidas temporales de discriminación positiva a favor de las mujeres (artículo 4); eliminación de los prejuicios culturales contra las mujeres (artículo 5); supresión de la trata y explotación de la prostitución de la mujer (artículo 6); eliminación de las discriminaciones en la vida política y pública (artículos 7-9); en las esferas de la educación (artículo 10), el empleo (artículo 11), los servicios de salud (artículo 12), los derechos de la mujer rural (artículo 14), la igualdad con el hombre ante la ley (artículo 15), en el matrimonio y las relaciones familiares (artículo 16). El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (23 personas expertas independientes) previsto en los artículos 17-22, controla la aplicación de la Convención en el ámbito interno de los Estados parte mediante el examen de los informes periódicos de los Estados, a cuyo término el Comité adopta observaciones finales individualizadas para cada Estado. También adopta

recomendaciones generales (artículo 21), en las que se ofrecen pautas interpretativas de distintas disposiciones de la Convención, válidas para todos los Estados parte.

Además, en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención (1999), el Comité recibe quejas individuales por presunta violación de los derechos reconocidos en la Convención; y realiza investigaciones de oficio en casos de violaciones sistemáticas de la Convención.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994) detalla las obligaciones de los Estados tanto en la esfera pública como en la privada para la eliminación de la violencia que discrimina a la mujer en el ejercicio de todos sus derechos humanos. También prevé dos mecanismos de control de su aplicación por los Estados, a saber: el examen de los informes de los Estados por parte de la Comisión Interamericana de Mujeres (art. 10), quien también podrá solicitar opiniones consultivas a la Corte IDH (art. 11); y las peticiones individuales ante la Comisión IDH por violación del art. 7, que estipula los deberes de los Estados (art. 12).

A continuación, la autora estudia con detalle la importante jurisprudencia interamericana sobre violencia contra la mujer y sobre los derechos sexuales y reproductivos de la misma. Y concluye con un análisis de la ley argentina 26485 para la erradicación de la violencia contra las mujeres, que introduce en el derecho interno las definiciones internacionales de violencia contra la mujer y establece el Consejo Nacional de la Mujer encargado de diseñar las políticas públicas en aplicación de la ley, cuyo progreso será evaluado por el Observatorio de la Violencia contra las Mujeres. Al final de su contribución la autora ofrece una amplia bibliografía científica sobre la materia.

La lección que se dedica a los *Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes en contexto de Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, y en contexto de Conflicto Armado* ha sido escrita por la profesora Andrea Cecilia Rodríguez. La autora pone de relieve el contexto de vulnerabilidad a la que se exponen los menores en el marco de las migraciones internacionales, particularmente si se trata de menores no acompañados. El régimen jurídico internacional de este colectivo varía según se trate de menores migrantes, desplazados internos, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas o víctimas de trata.

El régimen básico común está asegurado por la Convención sobre los Derechos

del Niño (1989)[1] y sus dos protocolos facultativos, a saber: el relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000)[2]; y el relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000)[3]. Se consagran los principios de interés superior del niño (art. 3 CDN); no discriminación (art. 2 CDN; arts. 1 y 7 CTMF); participación (arts. 12-17 CDN); el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (art. 6 CDN); y principio de unidad familiar (arts. 9 y 10 CDN).

Además, la CDN se complementa con la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)[4]. Ambos instrumentos establecen las obligaciones básicas de los Estados en relación a menores en contexto de migración y/o necesitados de protección internacional, tales como: garantías del debido proceso; derecho a la libertad (arts. 37 CDN y 16-17 CTMF); derecho a un nombre, identidad y nacionalidad (arts. 6-7 CDN y 29 CTMF); protección contra la explotación económica (arts. 32 CDN y 53 CTMF); derecho a un nivel de vida adecuado (arts. 27 CDN y 45 CTMF); derecho a la salud (arts. 24 CDN y 28 CTMF); y derecho a la educación y la formación profesional (arts. 28-29 CDN y 30, 43 y 45 CTMF). Las obligaciones convencionales de los Estados han sido precisadas por dos observaciones generales conjuntas del Comité DN (OG 22 y 23) y del Comité TMF (OG 3 y 4) sobre las migraciones internacionales de menores. Y, en el plano político, por la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (2016) y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (Marrakecht, 2018), que establecen pautas no obligatorias para los Estados sobre la protección de los derechos de los menores refugiados y migrantes, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño.

En el ámbito regional interamericano, se revisa la jurisprudencia derivada de la aplicación de los arts. 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y 19 CADH, destacando la OC-21/2014 de la Corte IDH sobre derechos de los menores migrantes.

Por último, la autora ofrece una completa reflexión sobre la niñez en contexto de conflicto armado, recorriendo su regulación internacional en la CDN (art. 38); el ya citado protocolo facultativo relativo a la participación de niños en los conflictos

[1]Ratificada por 196 Estados, entre ellos Argentina (1990). Argentina también ratificó en 2015 el PF3 sobre el procedimiento de comunicaciones (quejas individuales e investigaciones de oficio).

[2]Ratificado por 176 Estados, entre ellos Argentina (2003)

[3]Ratificado por 170 Estados, incluida Argentina (2002).

[4]Ratificada por 55 Estados, entre ellos Argentina (2007), si bien este país no ha aceptado el art. 77 CTMF que reconoce al Comité TMF la competencia para recibir quejas individuales.

armados; derecho internacional humanitario (Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977); Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional; y resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad.

La lección *Protección de los refugiados en el derecho internacional-Refugiados en la normativa argentina* fue redactada por el profesor Ricardo Marcelo Tahhan. Se deslindan categorías jurídicas diferentes, como la migración económica, el desplazamiento interno o la apatridia, para centrarse en el concepto de refugiado contenido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y el Protocolo de Nueva York de 1967, que anula los límites geográficos y temporales de la definición de refugiado de la Convención. Se trata de personas que huyen de su país debido a fundados temores de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La condición de refugiado la reconoce el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) si en el caso concreto confluyen los elementos de inclusión (fundado temor, persecución, estar fuera de su país y temor a regresar al mismo).

El autor recuerda que el concepto de refugiado se completa en el ámbito regional de la Unión Africana con la Convención relativa a Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África (1969), que extiende el concepto de refugiado a toda persona que huye de su país a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público. Y en la región interamericana con la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984), que abarca a las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Por su parte, el ACNUR ha añadido a las mujeres y homosexuales que sufren persecución por violencia de género o por sus opciones sexuales. En cambio, se debate si pueden ser candidatos al refugio los que huyen de su país por razones económicas y ambientales.

El autor destaca que el régimen jurídico-internacional del refugiado está determinado por la confluencia de las disposiciones de las anteriores convenciones con las específicas del DIDH y del DIH, de las que son complementarias en aplicación del *principio pro persona*. Y que la función principal del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es proporcionar protección internacional a los refugiados y buscar soluciones permanentes a ese problema, ayudando a los gobiernos a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o

facilitando su asimilación en nuevas comunidades nacionales. Se trata de una función apolítica, humanitaria y social.

Como señala el autor, la Convención reconoce a los refugiados derechos vinculados con su estatuto personal, documentación, libertad de circulación, educación, salud, trabajo, acceso a la justicia, derechos de propiedad y asociación, además de establecer las obligaciones de los Estados, entre ellas la de conceder a todo refugiado el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias, respecto a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos. Igualmente, se abstendrán de expulsar a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio del Estado, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. Ningún Estado podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.

A continuación, el autor estudia la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (2016), que pone el acento en situaciones en las que migrantes y refugiados enfrentan riesgos similares, como la explotación o abuso por parte de traficantes/tratantes o patronos inescrupulosos; y el riesgo de daño debido a circunstancias personales como niños no acompañados o separados, mujeres en riesgo, adultos mayores, personas con discapacidad o necesidades médicas, o sobrevivientes de tortura o trauma.

Aunque refugiados y migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales, los refugiados tienen una vulnerabilidad adicional que no tienen los migrantes, debido al fundado temor de persecución.

Como recuerda el autor, la Declaración de Nueva York abrió el camino para la posterior adopción del Pacto mundial sobre los refugiados (Nueva York, 2018), que aborda los flujos de gran escala y las situaciones de refugiados prolongadas sobre la base de los principios de cooperación internacional y responsabilidad compartida. También se adoptó el Pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular (Marrakech, 2018), que pone el acento en la vida y seguridad del migrante a lo largo de todo el ciclo migratorio; eliminar toda forma de discriminación; promover un discurso público que evite narrativas peyorativas sobre los migrantes; mejorar la readmisión de los migrantes en condiciones de dignidad; y la lucha contra el tráfico de migrantes y la trata de personas.

Más adelante, el autor estudia la protección del refugiado en el sistema regional interamericano de derechos humanos, partiendo de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984). Igualmente, la Declaración y Plan de Acción para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (México, 2004), que reconoce el carácter de *jus cogens* del principio de no devolución; la Declaración sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (Brasilia, 2014), que se refiere a la protección de las personas refugiadas, de las víctimas del desplazamiento forzoso y de las personas apátridas en la región.

El autor destaca la importante Opinión Consultiva OC-25/18 de la Corte IDH, así como el informe de la Comisión IDH sobre la situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos (2015). Igualmente, el Derecho Penal Internacional tiene su eje en los desplazamientos forzados y la persecución, situaciones que pueden darse en cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, conforme a los arts. 7 y 8 de su Estatuto.

Por último, el autor estudia la protección del refugiado en Argentina, en particular la Ley General 26.165 de Reconoci¬miento y Protección al Refugiado (2006), que introduce en el derecho interno los principios internacionales y regionales en la materia; y la Ley de Migraciones 25.871(2004), que reconoce el derecho a migrar y derechos fundamentales (salud, educación, justicia, asistencia social) para todos los residentes, con independencia de su situación migratoria. Sin embargo, el autor termina reconociendo la incapacidad institucional en generar políticas efectivas de protección e integración de los refugiados. Una amplia bibliografía científica cierra esta larga lección.

La novena lección versa sobre *Pueblos indígenas y derechos humanos* y fue redactada también por el profesor Ricardo Marcelo Tahhan. El interés del DIDH se centra en la alta vulnerabilidad a la que están sometidos estos pueblos. A pesar de que no existe una definición de pueblo indígena internacionalmente aceptada, el régimen jurídico internacional que los reconoce está constituido por el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales (1989), que considera determinante la autodefinición de cada pueblo como indígena.

En el marco de las Naciones Unidas fueron precursores el estudio terminado en 1986 por el Relator Especial J. Martínez Cobo de la entonces Sub-Comisión DH sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas; y el informe de 1996 de la presidenta-relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la misma Sub-Comisión DH, Erica Irene Daes.

En 2007 la Asamblea General adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de cuya promoción se ocupa el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas del ECOSOC (2000), que es asistido por el Grupo de Apoyo Institucional sobre Cuestiones Indígenas (2002). Además, el Consejo de Derechos Humanos mantiene un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (2001); y el mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), compuesto por cinco personas expertas independientes. Ambos reciben el apoyo técnico de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

La Declaración reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y, en consecuencia, a establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. De este derecho derivan el derecho a la cultura, a la autonomía o al autogobierno y a mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres y derechos políticos como el de participación. En consecuencia, los Estados deberán celebrar consultas y cooperar con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. También se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos; los derechos económicos, sociales y culturales; los derechos colectivos; igualdad y no discriminación. También destacan la RG 23 del Comité EDR y la RG 24 del Comité EDCM.

La Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas (2014) reafirmó la pertinencia de continuar promoviendo la aplicación de la Declaración en todo el mundo.

A continuación, el autor estudia la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en el ámbito regional interamericano, destacando la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), que reitera la autoidentificación como criterio fundamental para determinar quiénes son pueblos indígenas; se reconoce el carácter pluricultural y multilingüe de esos pueblos, así como su derecho de libre determinación, los derechos colectivos, los derechos de las mujeres indígenas, y el derecho a la personalidad jurídica. También la Comisión IDH y la Corte IDH se han hecho eco del Convenio 169 de la OIT.

Seguidamente, el autor se refiere a la Constitución de Argentina (1994), que otorga jerarquía constitucional al Convenio No 169 OIT. Además, reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas; su identidad; derecho a una educación bilingüe e intercultural; la personería jurídica de sus comunidades; y su participación en la gestión de los recursos naturales. También se ha establecido el

Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). De otro lado, la Ley 26.160, de 2006, declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país.

Más adelante, el autor presta atención a la abundante jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH en materia de pueblos indígenas y tribales, abordando el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida digna; libertad de pensamiento y expresión en la propia lengua; el derecho a la familia; derechos de los niños indígenas; el derecho a la propiedad comunal de los territorios ancestrales; derecho a las garantías judiciales; la libertad de circulación y de residencia; derechos políticos; igualdad ante la ley; el derecho a la consulta libre, previa e informada; y derecho a la identidad cultural. Finalmente, el autor revisa la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina relativa a los pueblos originarios, abordando la propiedad comunitaria de las tierras, el derecho de consulta y el desalojo de tierras indígenas.

La décima y última lección versa sobre *Los derechos humanos, la educación y el derecho humano a la paz*, redactada por el profesor Musso. Con mucho acierto parte de que la educación en derechos humanos es un derecho humano per se, de conformidad con los instrumentos universales y regionales de derechos humanos que detalla, lo que a su vez constituye un factor de democratización de nuestras sociedades. La Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos (2011) ofrece a los Estados numerosas pautas para desarrollar la educación en derechos humanos de manera transversal y en todos los niveles de enseñanza y formación profesional, incluida la universitaria, a fin de alcanzar una cultura universal de los derechos humanos. Tampoco deben ser ajenas tanto la educación ambiental como la cultura de paz, conforme a la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz (1999).

A continuación, el autor estudia el derecho humano a la paz, originado en una iniciativa legislativa internacional de la sociedad civil liderada por la AEDIDH a partir de la Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz (2006) y presentada al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz (2010). Ambos textos recogieron los antecedentes aprobados por la Asamblea General en sus respectivas Declaraciones de 1978 y 1984, esta última sobre el derecho de los pueblos a la paz. En 2012 el Comité Asesor presentó al Consejo de Derechos Humanos su Declaración sobre el Derecho a la Paz, que contenía el 85 % de las normas propuestas por la sociedad civil en la Declaración de Santiago. En 2016 la Asamblea General adoptó la Declaración sobre el Derecho a la Paz que, a pesar del título, no reconoce el derecho humano a la paz

ni sus elementos esenciales.

El autor concluye repasando el contenido del derecho humano a la paz según la propuesta de la AEDIDH, que ha sido actualizada en 2019 con el proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz, que debiera ser tenido en cuenta por los Estados al revisar la Declaración que aprobaron en 2016, que fuera rechazada por insatisfactoria por la sociedad civil.

En definitiva, felicitamos a los autores de estas Lecciones que están destinadas a una sociedad que sufre graves violaciones de sus derechos humanos. Argentina, que figura entre los primeros cincuenta países de mayor desarrollo humano en el mundo, tiene el índice más alto de desigualdad en cuanto a esperanza de vida (PNUD, 2019). La seguridad humana se consolida cuando se reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y se tienen en cuenta tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales (AGNU, 2012).

Aunque en 1992 la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo había proclamado que "la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables", la realidad es que siete millones de personas mueren al año en el mundo por contaminación; y otros siete millones de niños menores de cinco años mueren al año debido a la pobreza, la exclusión social y la discriminación.

En 2019 veintinueve procedimientos especiales del Consejo DH declararon que la Agenda 2030 de desarrollo sostenible no se estaba alcanzando, porque las políticas de los Estados no se dirigen a satisfacer las necesidades reales de la gente, como muestran las movilizaciones de protesta que se han producido en más de 30 países. Nuestros líderes políticos deben inspirarse en el DIDH para afrontar los retos actuales de la humanidad; nuestras sociedades así lo reclaman en las protestas pacíficas. Los pobres y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, que continúan marginalizados, deben participar en las políticas de desarrollo de los Estados para asegurarse de que nadie se quede rezagado. La síntesis de ese reclamo de la sociedad civil está en el derecho humano a la paz.

Luarca (Asturias), 10 de diciembre de 2019.

Día Internacional de los Derechos Humanos.

Carlos Villán Durán
Presidente
Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

2. Los derechos humanos

José A. Musso(1)

(1) - Profesor de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Público en la UCSE, Sede Central y Departamento Académico San Salvador (DASS).

2.1. Concepto

Todas las personas tienen un proyecto de vida y su concreción está íntimamente ligada a la realización de un conjunto de derechos y libertades en el que se asienta la posibilidad de desarrollar todo aquello que refleja el valor fundamental de la persona humana.

"El desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad", nos recuerda el segundo párrafo del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aludiendo a los horrendos crímenes cometidos pocos años antes de que la Declaración fuera proclamada. Y la aspiración más elevada, consistente en el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos vivan liberados del temor y de la miseria, queda también expresada en dicho preámbulo.

A) Para comprender el significado y la importancia de los derechos humanos hay que partir de su conceptualización, no sin antes advertir que la expresión "derechos humanos" no hace referencia a todos los derechos de que pueda ser titular una persona sino solamente a ciertos derechos básicos que son inherentes a todo ser humano y derivan de su condición de tal[1]. Puede decirse, con Faúndez Ledesma, que los derechos humanos "son las prerrogativas que, conforme al Derecho Internacional, tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte

[1]FAUNDEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos institucionales y procesales*, 3ª: ed., San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 3

del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad en la que vive"[2].

B) ¿Las expresiones "derechos humanos" y "derechos fundamentales" son equivalentes? La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 25.1 que toda persona tiene derecho a un recurso judicial sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, la ley o la propia Convención, y al hacerlo utiliza la primera de aquellas expresiones como equivalente a la segunda.

Por otro lado, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, aplicando el principio *pro persona*, que "no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado". Aquí aparece la expresión "derechos humanos fundamentales", pero no en referencia a ciertos derechos en particular, sino a cualquier derecho humano. En el sistema interamericano, la Convención Americana no deja margen alguno para la duda al decir que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (art. 29. b).

El Protocolo de San Salvador tiene presente en su preámbulo que los derechos económicos, sociales y culturales fundamentales han sido reconocidos en instrumentos internacionales anteriores, tanto de ámbito universal como regional, y destaca que es de gran importancia que sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos para consolidar en América el régimen democrático representativo de gobierno, así como el derecho de los pueblos al desarrollo, entre otros derechos. El término "fundamentales" sugiere que otros derechos de la misma categoría pueden ser considerados de naturaleza accesoria[3], pero todos los derechos humanos tienen igual importancia en abstracto y en cada solución en particular debe analizarse a cuál de ellos ha de darse prioridad[4], si fuese necesario.

---

[2] *Ibíd.*, p. 4.

[3] Así, por ejemplo, el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, reconocido en el artículo 7 del Protocolo de San Salvador, que comienza diciendo que "los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias".

[4] PULVIRENTI, Orlando D., "Introducción a los Derechos Humanos", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. y PULVIRENTI, Orlando D. (coords.), *Introducción al Estudio de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Errepar, 2011, p. 10

Como remarca Ferrajoli, "después del nacimiento de la ONU, y gracias a la aprobación de cartas y convenciones internacionales sobre derechos humanos, estos derechos son 'fundamentales' no sólo dentro de los Estados en cuyas constituciones se encuentran formulados, son derechos supra-estatales a los que los Estados están vinculados y subordinados también en el plano del derecho internacional; no, pues, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanías"[5].

C) Los derechos humanos son también un límite al poder del Estado[6], la base del Estado de Derecho, una guía imprescindible de las políticas públicas y un modelo de convivencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que "se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal"[7].

2.2. Fundamento

El preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) expresa que los derechos que reconoce "se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana", y el del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) afirma que los derechos que enuncia "se derivan de la dignidad inherente a la persona humana", mientras que el preámbulo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes afirma que los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana "emanan de la dignidad inherente de la persona humana". Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena[8] reafirma que tales derechos "tienen su origen en la dignidad y el valor de la persona humana".

La Declaración Americana y la Convención Americana reconocen que los derechos

[5]FERRAJOLI, Luigi, "Derechos Fundamentales", en DE CABO, Antonio y PISARELLO, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 41.

[6] *Vid.* VEGA, Juan Carlos, "Los Derechos Humanos: idea política, metodología de análisis crítico, legalidad supranacional", en VEGA, Juan Carlos (dir.) y SOMMER, Christian (coord.), *Derechos Humanos: legalidad y jurisdicción supranacional*, 2ª:ed., Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007, p. 41 y ss.

[7]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86, del 9 de marzo de 1986, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 21.

[8]Párrafo 1 de la Declaración, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena del 14 al 25 de junio de 1993.

esenciales del ser humano tienen como fundamento los atributos de la persona humana[9], fórmula que reitera el preámbulo del Protocolo de San Salvador.

La dignidad es entonces el concepto clave. La dignidad intrínseca mencionada en el preámbulo de la Declaración Universal y en el de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (que caracteriza tal flagelo como "una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana"), o la dignidad inherente que invocan varios instrumentos, entre ellos la Convención Americana (toda persona privada de libertad debe ser "tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano")[10], la Convención de Belém do Pará, que proclama el derecho de toda mujer "a que se respete la dignidad inherente a su persona" (art. 4.e), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, cuyo preámbulo proclama que estas personas tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas, y que esos derechos, incluido el de no verse sometidas a discriminación fundada en la discapacidad, "dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano".

"Así, la persona es digna no en la acepción para la cual esta condición sólo es predicable al modo de un merecimiento por una obra o conducta particular, como si fuera algo que debiera ser ganado, alcanzado o justificado", explica Gialdino, precisando que "la dignidad de la que hablamos (rectius, la que reconocen nuestros instrumentos) no resulta un obsequio ni una recompensa; tampoco es el laurel de los torneos", y "no se pierde en ningún trance, ni es renunciable", bastándole "a la persona, para ser digna, con su sola hominidad"[11].

Uno de los caracteres de la dignidad refiere a "la vocación del ser humano hacia la plenitud y la trascendencia. Es la persona en tanto que viajera, que llamada a caminar, a alcanzar su horizonte. Dignidad dice, en esta perspectiva, condiciones para que el individuo pueda desarrollar libremente todas las potencias de las que está dotado para fatigar dicho camino, para alcanzar ese fin. Derecho a la vivienda, al abrigo, a la salud, a la alimentación, a la seguridad, son, entre otros, los medios que lo desembarazan, que lo liberan para elegir o trazar libremente su huella"[12].

Todos los seres humanos son iguales en dignidad y nacen con ella, como dicen

[9] Considerando segundo de la resolución de la IX Conferencia Internacional Americana por la que se acuerda adoptar la Declaración, y preámbulo de la Convención.

[10] Artículo 5.2 de la Convención Americana.

[11] GIALDINO, Rolando E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, p. 6.

[12] *Ibíd.*, p. 20.

el preámbulo de la Declaración Americana y el artículo 1 de la Declaración Universal. La dignidad y los derechos nos igualan, y puesto que somos además seres racionales y morales -es decir, dotados de razón y conciencia- nos atañe el deber de comportamiento fraternal postulado en aquel artículo. En esto reside, precisamente, otro carácter de la dignidad, pues su concepto hace referencia también a "la natural disposición de la persona hacia la persona, hacia el prójimo; su sentido de la fraternidad y de la consiguiente solidaridad"[13].

Los instrumentos internacionales presentan entonces a los derechos humanos como desprendimientos, derivaciones o emanaciones de la dignidad humana con el fin de protegerla[14]. En este sentido, vale recordar que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene una declaración contundente: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida" (art. 1).

Delmas-Marty dice que la proclamación de un "núcleo intangible de derechos humanos" no debería asentarse en la enumeración de las necesidades esenciales, sino en definir esa fuente común a todos los derechos que se llama "igual dignidad"[15].

Ahora bien, determinar qué demandan en concreto el respeto y la protección de la dignidad humana requiere tomar en consideración el derecho en cuestión[16], la situación de la persona y otros factores relevantes. Así, en el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, en el cual se declaró por primera vez la violación autónoma del derecho a la salud protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte IDH considera, con respecto al derecho de toda persona al reconocimiento de su dignidad (art. 11.1, Convención Americana), que "un aspecto central del reconocimiento de la dignidad constituye la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan

[13] *Ibíd.*

[14] *Ibíd.*, p. 24.

[15] DELMAS-MARTY, Mirelle, *Trois défis pour un droit mondial*, París, du Seuil, 1998, p. 58, citada por GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, p. 25.

[16] Por ejemplo, el derecho a una vivienda adecuada. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que "el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte (...) Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: 'El concepto de vivienda adecuada... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada, y una situación adecuada, en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable". *Vid.* Observación general N° 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto).

sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones"[17]. Por lo tanto, el Tribunal entiende que la necesidad de obtención del consentimiento informado protege no solo el derecho de las personas a decidir libremente si desean o no someterse a un acto médico, sino que es un mecanismo fundamental para lograr el respeto y la garantía de distintos derechos humanos reconocidos por la Convención Americana, entre ellos el derecho al reconocimiento de la dignidad[18].

La dignidad "da lugar a catálogos siempre abiertos"[19], como se hace especialmente visible en la Convención Americana, pues ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en el sentido de "excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno" (art. 29.c).

2.3. Caracteres

A) De acuerdo con la Declaración y Programa de Acción de Viena , "los derechos humanos y libertades fundamentales son patrimonio innato de todos los seres humanos". En consecuencia, son anteriores -y a la vez superiores- al Estado. Por consiguiente, se reconocen, no se otorgan. Esto se ve reflejado, por ejemplo, en buena parte de los artículos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la fórmula "los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a. . . ".

B) "Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí", expresa el párrafo 5 de la Declaración y Programa de Acción de Viena, que agrega: "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. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así 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".

En el Documento Final de la Cumbre Mundial 2005 se ha reafirmado la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos[20].

[17] Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 168.

[18] *Ibíd.* párr. 170.

[19] GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, p. 25.

[20] Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, aprobado por la resolución 60/1 de la Asamblea

Un caso en el que se aprecia la necesidad de atender a las particularidades culturales es el de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*: "Debido a que el presente caso trata sobre los derechos de los miembros de una comunidad indígena, la Corte considera oportuno recordar que, de conformidad con los artículos 24 (Igualdad ante la Ley) y 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana, los Estados deben garantizar, en condiciones de igualdad, el pleno ejercicio y goce de los derechos de estas personas que están bajo su jurisdicción", por lo que al interpretar y garantizar su normativa interna "deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural"[21].

Acerca de la indivisibilidad e interdependencia, el preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales asegura que "no puede realizarse el ideal del 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". Iguales consideraciones encontramos en el preámbulo del otro Pacto, pero con los derechos mencionados en el orden inverso.

La Proclamación de Teherán (1968) enfatiza que "como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible"[22]. Y el Protocolo de San Salvador hace hincapié en su preámbulo en "la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indivisible que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros".

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que la pobreza es una de las situaciones más preocupantes en el hemisferio y que, en determinados supuestos, constituye "una violación generalizada a todos los derechos humanos, tanto civiles y políticos como económicos, sociales y culturales"[23],

General de las Naciones Unidas, de 16 de septiembre de 2005, párr. 13. A/RES/60/1.

[21] Corte IDH, *Caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 51.

[22] Párrafo 13 de la Proclamación, documento adoptado por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968.

[23] CIDH, Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas, 2017, párr. 89.

destacando que, por la indivisibilidad de unos y otros, “la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de los derechos civiles y políticos”, y que, “en este contexto, una situación de máxima violación de los derechos económicos, sociales y culturales significará una máxima violación de los derechos civiles y políticos”[24].

Por otro lado, el informe presentado en 2018 por el Relator Especial John Knox al Consejo de Derechos Humanos plantea lo siguiente: “Los derechos humanos y el medio ambiente son interdependientes. Un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es necesario para el pleno disfrute de los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, al más alto nivel posible de salud física y mental, a un nivel de vida adecuado, a la alimentación adecuada, al agua potable y el saneamiento, a la vivienda, a la participación en la vida cultural y al desarrollo, así como el derecho a un medio ambiente saludable per se (. . .) Al mismo tiempo, el ejercicio de los derechos humanos, incluidos los derechos a la libertad de expresión y de asociación, a la educación, a la información, a la participación y al acceso a recursos efectivos, es fundamental para la protección del medio ambiente”[25].

La interdependencia se da entre los derechos de las distintas categorías y también dentro de cada categoría de derechos[26].

C) En el preámbulo de la Declaración Universal, y en el de cada Pacto, se afirma que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todas las personas y de sus derechos iguales e inalienables. He ahí otros caracteres de los derechos humanos, que son los mismos para todas las personas, sin distinción alguna basada en cualquier condición, y no son susceptibles de actos de disposición.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer califica el derecho al trabajo como derecho inalienable de todo ser humano (art. 11.1.a) y por eso obliga a los Estados partes a adoptar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos”, en particular los enunciados en los distintos apartados del párrafo 1 del artículo 11.

---

[24] *Ibíd.*, párr. 90.

[25] Comentario a los principios marco 1 y 2, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute del derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, presentado en el 37° período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. A/HRC/37/59.

[26] *Vid.* GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, pp. 74-75.

D) Los derechos humanos son imprescriptibles e irreversibles , es decir, ninguno de ellos se pierde por no ejercerlo o no reclamar por él durante cierto tiempo, y "una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda definitiva e irrevocablemente integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser garantizada"[27], porque "la dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental"[28].

2.4. Clasificación

La clasificación que distingue los derechos en civiles y políticos, por un lado, y económicos, sociales y culturales (DESC), por el otro, se mantiene vigente, aunque en el sistema interamericano la segunda categoría se ha ampliado para incluir a los derechos ambientales.

En el sistema universal de protección de los derechos humanos se han adoptado instrumentos que reconocen los derechos al desarrollo[29], a la paz y a un orden democrático y equitativo, entre otros. Se les conoce como derechos de solidaridad, y son tanto individuales como colectivos.

Tomando en cuenta la titularidad de los respectivos derechos, estos pueden agruparse en tres categorías: individuales, sociales y colectivos. Los primeros son los civiles y políticos, los segundos los DESC, y los colectivos demandan para su realización acciones concretas del Estado, la sociedad y los individuos[30]. En el sistema interamericano, el derecho a un medio ambiente sano está reconocido en su dimensión individual en el artículo 11.1 del Protocolo de San Salvador y su dimensión colectiva ha quedado claramente explicitada en la Opinión Consultiva OC-23/17[31]. El derecho a la democracia figura en la Declaración Americana (art. XX) y la Convención Americana (art. 23), y su dimensión colectiva aparece en la

[27] NIKKEN, Pedro, "El concepto de Derechos Humanos", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, tomo I, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1994, p. 24.

[28] *Ibíd.*

[29] Declaración sobre el derecho al desarrollo, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/118, de 4 de diciembre de 1986.

[30] PULVIRENTI, Orlando D., *op. cit.*, pp. 6-9.

[31] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, *Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - Interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1 en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 59.

frase “los pueblos de América tienen derecho a la democracia” que abre la Carta Democrática Interamericana.

Si bien los derechos civiles y políticos demandan, en principio, que el Estado se abstenga de todo acto de violación, no menos cierto es que su plena realización requiere también acciones positivas.

Abonando esta idea, en cuanto al derecho a la vida, la Corte IDH ha subrayado que “es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerrequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”[32].

Es posible afirmar, en suma, que todos los derechos y libertades, con independencia de la categoría en que puedan ser considerados a tenor de los instrumentos aplicables, requieren, para su efectiva realización, acciones positivas por parte del Estado, la sociedad y sus titulares individuales.

La categoría de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) se ha consolidado en el sistema interamericano desde que se adoptó la decisión de crear una Relatoría Especial para los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA), que inició sus labores el 15 de agosto de 2017, pero el proceso de creación de la Relatoría comenzó en abril de 2014 con la apertura de un fondo especial para obtener los recursos financieros que hicieran posible crearla.

La REDESCA es la responsable de apoyar a la CIDH en el cumplimiento de su mandato de promoción y protección de los derechos a que se refiere, trabajando en coordinación con la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, al igual que todas las relatorías especiales.

[32]Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

2.5. Derechos y deberes

El instrumento que más se ocupa de los deberes es la Declaración de Bogotá, como también se conoce a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. "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 ser humano; "si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad". Además, "los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan".

La Declaración Americana sigue hablando de los deberes (servir al espíritu, mantener y estimular la cultura, acatar la moral y buenas costumbres) en los restantes párrafos de su preámbulo y todo su Capítulo Segundo proclama deberes específicos.

La Declaración Universal introduce el deber de comportamiento fraternal al comienzo de su articulado y vuelve sobre los deberes en el artículo 29. 1 con un enunciado genérico: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad".

La Convención Americana se aparta de la fórmula de la Declaración Americana y es un poco más amplia que la Declaración Universal, aunque sin presentar un listado de deberes: "Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad" (art. 32.1).

En la Opinión Consultiva OC-23/17, la Corte Interamericana considera que, entre los derechos particularmente vulnerables a la degradación del medio ambiente, se encuentran los derechos a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, a la salud, al agua, a la alimentación, a la vivienda, a la participación en la vida cultural, a la propiedad y a no ser víctima de un desplazamiento forzado[33]. "Sin perjuicio de los mencionados, son también vulnerables otros derechos, de acuerdo al artículo 29 de la Convención, cuya violación también afecta los derechos a la vida, libertad y seguridad de las personas e infringe el deber de conducirse fraternalmente entre las personas humanas, como el derecho a la paz, puesto que los desplazamientos causados por el deterioro del medio ambiente con frecuencia desatan conflictos violentos entre la población desplazada y la instalada en el territorio al que se desplaza, algunos de los cuales por su masividad asumen carácter de máxima gravedad"[34].

En otras palabras, la Corte expresa que la violación del derecho a la paz, un

[33] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 66.
[34] *Ibíd.*

derecho no reconocido expresamente en la Convención pero inherente al ser humano[35], infringe el deber de comportamiento fraternal, enunciado también en el primer párrafo del preámbulo de la Declaración Americana. Por ende, tal deber es un componente fundamental de una cultura de paz[36].

Un deber que toda persona tiene respecto de la comunidad e incluso a nivel global es el de contribuir a la preservación del medio ambiente. Cabe destacar que la Corte IDH ha puntualizado que, "en su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes como a las futuras"[37].

En abril de 2018, el proyecto de Declaración Universal de Deberes Humanos, "simetría de la Declaración Universal de Derechos Humanos"[38], ha sido presentado en las Naciones Unidas. Es una iniciativa de la sociedad civil.

2.6. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) forma parte del Derecho Internacional y es el *corpus iuris*, desarrollado tanto en el ámbito de las Naciones Unidas como a nivel regional[39], que tiene por objeto la promoción y la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales a partir de su reconocimiento como tales y de diversas medidas que sus normas establecen.

La Declaración Universal considera esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin de evitar el "supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión"[40], y la humanización del Derecho Internacional ha

[35] El artículo 29.c) de la Convención Americana se refiere a ese tipo de derechos.

[36] *Vid.* Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999.

[37] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 59.

[38] DEL RÍO, Pilar, "La Simetría de los Derechos Humanos son los Deberes", en PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; VILLÁN DURÁN, Carlos; RICOBOM, Gisele y BACK, Charlotth (coords.), *70° Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 25.

[39] En la Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20, del 9 de abril de 2020, "COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales", se dice, entre otras cosas, que "todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos".

[40] Preámbulo de la Declaración.

significado la transformación del ordenamiento, devenido así en un Derecho de Gentes propiamente dicho.

"El Derecho de los Derechos Humanos (...) es un Derecho, como el Humanitario y el de los Refugiados, que regula no solo relaciones entre los Estados, sino que penetra directamente en la esfera interna, en un intento de asegurar la vigencia efectiva de la libertad y de los derechos del ser humano (...) Por eso es un Derecho doblemente humanista, por ser Derecho y por sus características propias", describe Gros Espiell[41].

Villán Durán puntualiza que "el peso progresivo de los derechos humanos en la esfera internacional ha actuado de punta de lanza, forzando las transformaciones contemporáneas más significativas del actual Derecho internacional público"[42], lo cual ha permitido pasar de un modelo de Derecho Internacional diseñado exclusivamente para regular las relaciones entre Estados soberanos a otro en el que estos aceptan progresivamente limitar su soberanía "y admitir a otros actores internacionales que emergieron con fuerza reivindicando participar con los Estados en la elaboración y aplicación del DIDH", siendo de destacar que esos actores son las organizaciones internacionales intergubernamentales (OI), las personas individuales u organizadas como sociedad civil (OSC) y las organizaciones no gubernamentales -ONG- con estatuto consultivo ante el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas, y que todos ellos han contribuido de manera decisiva a la progresiva humanización del Derecho Internacional y a la emergencia de un sólido DIDH[43].

De manera más amplia, se puede definir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como el "sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y la protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto"[44].

Tal vertiente "regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada

[41] GROS ESPIELL, Héctor, Prólogo, en HITTERS, Juan Carlos, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1991.

[42] VILLÁN DURÁN, Carlos, "Introducción General: El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en MUSSO, José A. (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: su aplicación en Argentina*, Santiago del Estero, Bellas Alas, 2017, p. 32.

[43] *Ibíd.*

[44] *Ibíd.*, p.34.

entre Estados" en el que estos son los sujetos dominantes pero no exclusivos, pues desarrollan su cooperación junto a las OI y las OSC. El objeto del DIDH es doble, porque comprende "el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y la protección de tales derechos y libertades", lo cual responde al propósito establecido en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas, y, por otro lado, a la evolución de la práctica de los Estados y de la propia Organización a partir de la Carta, que permitió atribuir gradualmente a esos mecanismos funciones de control, garantía y protección que no estaban originalmente previstas en dicho instrumento[45].

La definición bajo análisis destaca que la promoción y la protección de los derechos humanos es "una preocupación legítima de la comunidad internacional", por lo que en ningún caso las implicancias de esta preocupación pueden interpretarse como una injerencia indebida en la jurisdicción de los Estados, prohibida por el artículo 2.7 de la Carta de las Naciones Unidas, y ciertos derechos son calificados de "intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto" porque están protegidos por normas de ius cogens, "obligatorias para todos los Estados por encima de sus compromisos convencionales"[46]. Son el "núcleo duro" de los derechos humanos, conformado por los derechos que no admiten suspensión bajo ninguna circunstancia[47].

El DIDH es complementario del Derecho interno. Por eso el preámbulo de la Convención Americana contiene un párrafo que expresa que los derechos esenciales del ser humano "no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos".

Sin desmedro de su base convencional, cabe destacar que algunos de los instrumentos más relevantes no son tratados. La Declaración Universal de Derechos Humanos encabeza ese listado.

Por otra parte, los tratados de derechos humanos "no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados

[45] *Ibíd.*, p. 35.
[46] *Ibíd.*, p. 36.
[47] *Ibíd.*

contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción"[48].

El *corpus iuris* de que se trata comprende normas operativas o ejecutables por sí mismas (*self executing*), que pueden aplicarse de manera directa e inmediata sin necesidad de un acto de recepción en el Derecho interno, y normas programáticas, que requieren un acto interno que las incorpore al respectivo ordenamiento jurídico[49].

La Corte IDH ha remarcado el carácter operativo de la Convención Americana al decir que "el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"[50]. No obstante, algunas normas se consideran programáticas[51].

Los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen normas sustantivas y normas procesales, como se observa con claridad en la Convención Americana, por ejemplo.

Otro rasgo distintivo del DIDH es que la protección que ofrece a través de la actuación de los órganos creados con ese fin es subsidiaria de la ofrecida por el Derecho interno, porque tanto la víctima de una violación de derechos como el Estado involucrado "tienen interés en que el restablecimiento de los derechos y la reparación de los daños puedan cumplirse con el solo recurso a los medios que proporciona el Derecho interno y que únicamente si éstos fracasan, no existen o son puramente nominales, pueda acudirse a la protección internacional"[52].

"La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente

[48]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), párr. 29.

[49]HITTERS, Juan Carlos, *op. cit.* p. 220.

[50]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86, del 29 de agosto de 1986, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 24.

[51]Como ejemplo de tales normas pueden citarse los artículos 13.5, 17.4, 17.5, 19, 21.5 y 26 de la Convención Americana. *Vid.* HITTERS, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 230.

[52]BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, Caracas/San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos/Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 174.

el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"; de tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos, y "si se produce un acto violatorio de dichos derechos es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantía de los derechos humanos"[53].

El DIDH ofrece una *garantía mínima* en el siguiente sentido: "Nada obsta a que la protección internacional reconozca menos derechos que los recogidos en el Derecho nacional. En cambio, si el orden jurídico interno no ofreciera una garantía suficiente para los derechos internacionalmente protegidos, sí se estaría infringiendo el Derecho internacional. Los tratados internacionales de derechos humanos disponen así un régimen que es siempre susceptible de ampliación, más no de restricción"[54], y "ninguna disposición convencional puede menoscabar la protección más amplia que puedan brindar otras normas de Derecho interno o de Derecho internacional"[55].

El artículo 29 de la Convención Americana clarifica la idea de la *garantía mínima*: ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" (art. 29.b), o de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana "y otros actos de la misma naturaleza" (art. 29.d). Es igualmente ilustrativo de esa idea el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La progresividad es otra característica del DIDH, que ha aumentado su protección de manera gradual, tanto a nivel normativo como a nivel institucional. Incluso, es posible que el alcance de los tratados de derechos humanos "se vea extendido para los Estados que así lo admitan a través de su sola declaración unilateral de voluntad"[56]. En este sentido, en el artículo 41 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos está previsto que todo Estado parte en el Pacto puede declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que le impone el Pacto[57].

[53] Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia del 30 de noviembre de 2012, párr. 142.

[54] BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *op. cit.*, pp. 174-175.

[55] *Ibíd.*, p. 175.

[56] *Ibíd.*, p. 176.

[57] En igual sentido, el artículo 45 de la Convención Americana. A su vez, el artículo 62.1 de dicho

La idea de progresividad como rasgo distintivo aparece en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte (1989), cuyo preámbulo dice que "la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos".

La evolución de este Derecho especial no ha resultado de un proceso fácil. Cada paso ha llevado tiempo -nótese, por ejemplo, que entre la proclamación de la Declaración Universal en 1948 y la adopción de los Pactos de 1966 pasaron dieciocho años- y ha demandado una intensa búsqueda del consenso necesario.

2.7. Principio *pro persona*

Llamado por Karel Vasak "la cláusula del individuo más favorecido"[58], el principio pro persona se aplica en caso de concurrencia de normas, así como en la labor interpretativa. En este sentido, la Corte IDH ha precisado que "si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"[59].

Podrían concurrir sobre una misma cuestión normas de distinto origen, es decir, internacionales e internas. Esta hipótesis se configura cuando convergen el texto constitucional y un instrumento internacional de derechos humanos, por ejemplo.

Otro supuesto involucra a normas internacionales de la misma jerarquía, o de diferente jerarquía, según el Derecho interno; en nuestro Derecho interno, podría tratarse de una norma de un tratado con rango constitucional y otra contenida en un tratado de jerarquía superior a las leyes. Es posible también la concurrencia entre un tratado y una ley. En cualquiera de estos supuestos el criterio no varía: se aplica la norma más protectora.

La Corte IDH ha sido muy clara al respecto: "Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a

---

instrumento dispone que todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de la Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención.

[58]VASAK, Karel, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, Barcelona, UNESCO/Serbal, 1984, citado por BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *op. cit.*, p. 175.

[59]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1985, *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, párr. 52.

nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán garantizar y respetar igualmente"[60].

El principio pro persona puede tener incluso otra derivación: combinar los estándares de protección, armonizándolos de manera acumulativa[61]. La Constitución nacional consagra "el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras", así como el deber de todos los habitantes de preservar el medio ambiente, disponiendo además que "las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales" (art. 41), mientras que el Protocolo de San Salvador reconoce el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, y obliga a los Estados a promover la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (art. 11).

Así que las previsiones constitucionales y las del Protocolo pueden acumularse, con el valor añadido del derecho a los servicios públicos básicos que incorpora el instrumento del sistema interamericano[62].

El principio aquí examinado es aplicable también en la interpretación de normas, como ha dejado en claro la Corte Interamericana en el *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*: "En el presente caso el derecho a un debido proceso legal debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección

[60] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18-03, del 17 de septiembre de 2003, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, párr. 156.

[61] GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, pp. 116-117.

[62] De acuerdo con la Carta Social de las Américas (2012), "el acceso justo, equitativo y no discriminatorio a los servicios públicos básicos es esencial para el desarrollo integral" (art. 16). A su vez, el Plan de Acción de la Carta Social de las Américas (2015) establece como línea de acción estratégica "alentar la ampliación de la cobertura y calidad de los servicios de agua potable, saneamiento, gestión de aguas pluviales, manejo de desechos sólidos y energía, con énfasis en zonas rurales".

de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona"[63]. En otro pronunciamiento, la Corte ha dicho que "al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano"[64].

La obligación estatal de adecuar las normas y prácticas internas a las normas convencionales podría dar lugar a otro supuesto de aplicación del principio, cuando estén en vigor distintos instrumentos internacionales sobre un mismo objeto, como sucede con la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. En este supuesto, "el principio pro persona exigiría tomar como referencia la norma más protectora"[65].

Ya que se menciona la Convención contra la Tortura, vale recordar que la definición de tortura contenida en su artículo 1.1 "se entenderá sin perjuicio de cualquier otro instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance" (art. 1.2). Por su parte, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer prevé que nada de lo dispuesto en ella afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que podrá formar parte de la legislación de un Estado parte o de cualquier otra convención, tratado o acuerdo internacional vigente en dicho Estado (art. 23). Un contenido similar tiene el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño[66].

2.8. Interpretación de normas

Para la interpretación de un tratado ha de tenerse en cuenta toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes. La Corte IDH hace suya esta regla, consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículo 31.3.c), al sostener que en la interpretación de un tratado no solamente se toman en cuenta los acuerdos y los instrumentos formalmente

[63]Corte IDH, *Caso 19 comerciantes vs. Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, párr.173.

[64]Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 106.

[65]GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, p.113, nota 266.

[66]También contemplan el principio pro persona el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 5.2), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 5.2), la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (art. XV), y la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (art. VII), entre otros instrumentos internacionales.

relacionados con él, "sino también el sistema dentro del cual se inscribe"[67]. Propugna así el Tribunal la interpretación sistemática.

La Opinión Consultiva OC-16/99[68] subraya que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos de protección, principio hermenéutico que es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en la Convención de Viena de 1969. Por eso, el Tribunal se muestra decidido a considerar toda cuestión en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional contemporáneo. Reitera además lo dicho en la Opinión Consultiva OC-10/89 sobre la *Interpretación de la Declaración Americana* y en diversos pronunciamientos, siguiendo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en cuanto a que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya exégesis "tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales"[69].

Según el artículo 31.1 de aquella Convención, un tratado deberá interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin. En esto último consiste la interpretación teleológica, que adquiere particular relevancia en los tratados de derechos humanos.

2.9. Justiciabilidad

Parte de la doctrina parece inclinarse en contra de la procedencia del derecho de petición previsto en la Convención Americana con respecto a los derechos económicos, sociales y culturales sosteniendo que no son justiciables por tratarse de derechos de realización progresiva y que, además, el artículo 26 de la Convención no identifica los DESC sino por referencia a las disposiciones de la Carta de la OEA[70]. Sin embargo, el artículo 44 de la Convención no distingue entre una y otra categoría de derechos, pues expresa que cualquier persona puede presentar a la Comisión "peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte", y el artículo 27 del Reglamento de la CIDH prescribe que esta tomará en consideración las peticiones sobre presuntas violaciones de derechos consagrados en la Convención Americana "y otros instrumentos aplicables", en cuanto estos son derechos definidos por la primera, "aunque sea de manera indirecta"[71].

---

[67] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, del 1 de octubre de 1999, párr. 113.

[68] *Ibíd.*, párr. 115.

[69] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 43.

[70] *Vid.* FAÚNDEZ LEDESMA. Héctor, *op. cit.*, p. 264.

[71] *Ibíd.*

Podría decirse también que tal solución no parece incompatible con lo estipulado en el artículo 63.1 de la Convención en el sentido de que la Corte IDH, "cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, (...) dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados".

Reafirmando la postura adoptada en los casos *Lagos del Campo vs. Perú* y *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Perú*, favorable a la justiciabilidad directa de los derechos laborales, en el *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile* la Corte se pronunció por primera vez sobre el derecho a la salud de manera autónoma. El 6 de marzo de 2019, en el caso *Muelle Flores vs. Perú*, se sumó un pronunciamiento del Tribunal respecto del derecho a la seguridad social, en particular sobre el derecho a la pensión, de manera autónoma, como parte integrante de los DESCA y derivado del artículo 26 de la Convención Americana. Ocho meses después, el 21 de noviembre de 2019, en el caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia de Administración Tributaria vs. Perú*, la Corte volvió a expedirse sobre el derecho a la seguridad social, entendido como derecho autónomo derivado de aquella norma de la Convención, derecho autónomo y justiciable.

Con anterioridad, la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CIDH había identificado el derecho a la seguridad social, el derecho a la salud y los derechos laborales como derechos económicos, sociales y culturales que se derivan de la Carta de la OEA[72]. Un primer antecedente en tal sentido es el informe de admisibilidad de una denuncia en la que se había invocado la violación de diversos artículos de la Convención Americana y de los artículos 3, 10 y 15 del Protocolo de San Salvador. La Comisión observó que aunque carecía de competencia para establecer violaciones de los referidos artículos del Protocolo tendría en cuenta las normas relativas a los derechos en cuestión, conforme a lo establecido en los artículos 26 y 29 de la Convención[73]. A su vez, en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú* (2009), la Corte incluyó indirectamente el derecho a la seguridad social entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención al decir que, teniendo en cuenta que no estaba en discusión una medida que hubiera impedido el desarrollo progresivo del derecho a una pensión, sino más bien el incumplimiento estatal del pago ordenado por sus órganos judiciales, el Tribunal no encontró motivo para declarar adicionalmente el incumplimiento del artículo 26 de la Convención[74].

[72] CIDH, *El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales*, 2011, párr. 34.

[73] CIDH, Informe N° 25/04, Petición 12.361, Admisibilidad, *Ana Victoria Sánchez Villalobos y otros (Costa Rica)*, 11 de marzo de 2004, párr. 52

[74] *Ibíd.*, párr. 106.

Volviendo a los casos citados más arriba, en el asunto *Poblete Vilches y otros vs. Chile* las representantes de las presuntas víctimas alegaron que el Estado violó los derechos a la salud y a la seguridad social, contemplados en el artículo 26 de la Convención, de manera autónoma. Invocaron el precedente *Lagos del Campo vs. Perú*, en el que por primera vez se declaró la violación autónoma de ese artículo.

El Estado, en sus alegatos finales en aquel caso, sostuvo que apoya la justiciabilidad de los DESC vía conexión con los derechos civiles y políticos, pero no reconoció la competencia de la Corte para declarar la vulneración del artículo 26 de la Convención Americana en forma directa. Expuso que si bien el tribunal regional puede incorporar diversos criterios interpretativos en el desarrollo de su jurisprudencia debe respetar los límites jurisdiccionales de su competencia contenciosa y tener en cuenta cuáles fueron las obligaciones que los Estados contrajeron al ratificar la Convención.

La Corte IDH reiteró la interdependencia de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ya que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes. El Tribunal interpreta que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales por medio de una derivación de las normas de la Carta de la OEA y de las normas de interpretación previstas en el artículo 29 de la Convención, particularmente de la que impide limitar o excluir el goce de los derechos consagrados en la Declaración Americana y otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza (artículo 29.d), o reconocidos en la legislación interna de los Estados (artículo 29.b). Y entiende que, de acuerdo con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, debe recurrir al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención y derivar de allí el alcance de las obligaciones específicas correspondientes a cada derecho[75].

Destacó también el Tribunal que del contenido del artículo 26 se deprenden dos tipos de obligaciones: las que son de carácter progresivo y las de carácter inmediato. Respecto de las primeras, "la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCA". En consecuencia, se impone la obligación de no regresividad. Las obligaciones de carácter inmediato consisten en la adopción de medidas eficaces para garantizar el acceso sin discriminación a las

[75] Corte IDH, Caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018, párrs. 100 y 103.

prestaciones reconocidas para cada derecho.

El 14 de marzo de 2016, la República de Colombia presentó una solicitud de opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y la garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal, a fin de que la Corte determinara cómo se debe interpretar la Convención Americana, "a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos", ante el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe.

La Opinión Consultiva OC-23/17 constituyó "una de las primeras oportunidades" del Tribunal, según sus propias palabras, para referirse de manera extendida a las obligaciones estatales que surgen de la necesidad de protección del medio ambiente bajo la Convención Americana.

Entrando en materia, la Corte posa su mirada en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador y sostiene que, adicionalmente, el derecho a un medio ambiente sano allí reconocido debe considerarse incluido entre los DESC protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, puesto que esta norma ampara los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y en la Declaración Americana, en la medida en que esta última determina cuáles son los derechos humanos a que se refiere la Carta[76], y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en su artículo 29.

En apoyo de su postura invoca que varias normas de la Carta (artículos 30 a 34) establecen el objetivo de alcanzar el desarrollo integral, que este término ha sido definido por la Secretaría para el Desarrollo Integral de la OEA como el "nombre general dado a una serie de políticas que trabajan conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible" y que una de las dimensiones del desarrollo sostenible es el ámbito ambiental.

Hubo dos votos concurrentes, de los jueces Eduardo Vio Grossi y Humberto Antonio Sierra Porto. El primero, por los mismos motivos expuestos en sus votos concurrentes en *Lagos del Campo vs. Perú* y *Trabajadores Cesados de Petroperú vs.*

[76]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de junio de 1989, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 45.

Perú, considera que los derechos susceptibles de ser objeto del sistema de protección que la Convención contempla son los "reconocidos" en ella y que su artículo 26 no se refiere a tales derechos, sino a los que se derivan de las normas pertinentes de la Carta de la OEA, y si bien estos derechos existen no son susceptibles de ser judicializados ante la Corte, salvo que así lo disponga algún tratado. Sierra Porto observa que la incorporación de consideraciones sobre la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano, en particular, o sobre los DESC, en general, excede el objeto de debate de la opinión consultiva, sin que se haya concedido oportunidad a los intervinientes de presentar argumentos a favor o en contra de ello, por lo que disiente de la consideración sobre la justiciabilidad directa del derecho a un medio ambiente sano, que va más allá de la competencia de la Corte para el caso en concreto. Entiende además que "la amplísima apertura que se le ha dado al artículo 26 de la Convención Americana excede el alcance del propio artículo".

En el caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* (2020), el tribunal regional analizó por primera vez en un caso contencioso los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a la identidad cultural en forma autónoma a partir del artículo 26 de la Convención Americana. Respecto del primero, la Corte recordó que ya había manifestado que el derecho a un medio ambiente sano debe considerarse incluido entre los derechos protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, dada la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de sus pueblos, que surge de los artículos 30 a 34 de la Carta[77].

En lo que respecta al derecho a la alimentación adecuada, el Tribunal destacó que la Carta señala en su artículo 34.j que los Estados miembros convienen en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de la meta básica de "nutrición adecuada, particularmente por medio de la aceleración de los esfuerzos nacionales para incrementar la producción y disponibilidad de alimentos". Remarcó asimismo que el derecho a la alimentación puede identificarse también en el artículo XI de la Declaración Americana ("toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación", entre otros aspectos) y que se reconoce en el artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador, al decir que "toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual"[78].

"El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención

[77] Corte IDH, *Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020, párr. 202.

[78] *Ibíd.*, párrs. 210-212.

Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma"[79].

En lo concerniente al derecho a participar en la vida cultura, que incluye el derecho a la identidad cultural, el pronunciamiento puntualiza que la Carta establece, en varios artículos[80], el compromiso de los Estados para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral que abarca el campo cultural, junto con la incorporación y crecie4nte participación de los sectores marginales de la población, tanto del campo como de la ciudad, en la vida cultural a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional, debiendo los Estados miembros dar importancia primordial al estímulo de la cultura y comprometerse a "preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos"[81].

En definitiva, la Corte declaró, por tres votos a favor, incluido el de la Presidenta de la Corte, y tres votos en contra que el Estado es responsable por la violación de los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el artículo 26 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las 132 comunidades indígenas involucradas en el caso.

2.10. Convergencia del DIDH con otras vertientes del Derecho Internacional

El DIDH converge con el Derecho Internacional Humanitario (DIH), y el Derecho Internacional de los Refugiados (DIR). Sus regulaciones son complementarias entre sí. En el *Çaso de la Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, la Corte IDH señaló que al determinar la responsabilidad internacional del Estado no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, que derivan del Derecho internacional humanitario, en particular el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y las normas del Protocolo II adicional a dichos Convenios, aclarando que si bien la responsabilidad internacional

[79] *Ibíd.*, párr. 222

[80] Artículos 30, 45.f, 47 y 48.

[81] Corte IDH, *Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, sentencia del 6 de febrero de 2020, párr. 231.

bajo las normas humanitarias no puede ser declarada como tal por el Tribunal, esas normas son útiles para la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de interés[82].

Por su parte, la CIDH dejó en claro que, con base en la jurisprudencia internacional, incluso la de la Corte IDH, debe referirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 al interpretar el artículo XXVII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero[83].

Además, la Corte, en su Opinión Consultiva OC-25/18[84], ha señalado que el derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo el asilo bajo el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial de conformidad con las diversas convenciones interamericanas sobre la materia; en cambio, el asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana o el artículo XXVII de la Declaración Americana, por lo que debe regirse por las propias convenciones que lo regulen y lo dispuesto en las legislaciones internas.

El Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular, adoptado en Marruecos en una conferencia celebrada bajo los auspicios de las Naciones Unidas los días 10 y 11 de diciembre de 2018, aclara que los refugiados y migrantes son titulares de los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales que deben ser respetados, protegidos y satisfechos en todo momento, pero a la vez esas personas gozan de la específica protección internacional definida por el Derecho Internacional de los Refugiados[85]. El Pacto está basado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sostiene los principios de no devolución y no discriminación[86].

El Derecho Internacional Ambiental (DIA) o Derecho Internacional del Medio Ambiente (DIMA) también converge con las demás vertientes del Derecho

[82]Corte IDH, *Caso de la "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrs. 114 y 115.

[83]CIDH, Informe N° 6/02, Petición N° 12.071, *120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en las Bahamas*, 3 de abril de 2002, párrs. 42 y 43.

[84]Corte IDH, Opinión Consultiva OC-25/18, del 30 de mayo de 2018, *La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el sistema interamericano de protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).*

[85]Preámbulo del Pacto, párrafo 4.

[86]Según los principios guía enunciados en el Pacto, párrafo 15.

Internacional orientadas a proteger a la persona humana y sus derechos.

El Pacto Migratorio Mundial propone el análisis conjunto y la información compartida para entender, predecir y enfocar los movimientos migratorios que puedan resultar de desastres naturales, los efectos adversos del cambio climático, la degradación ambiental y otras situaciones precarias, mientras se asegura el efectivo respeto, protección y realización de los derechos humanos de todos los migrantes[87].

2.11. Protección de los derechos humanos en el ámbito doméstico

Los tratados y demás instrumentos internacionales de derechos humanos refuerzan e incluso mejoran el marco protector creado por las normas constitucionales y legales vigentes en el ámbito interno.

A) Los Estados tienen el deber de respetar los derechos y libertades reconocidos en dichos instrumentos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción, así como el deber de garantizarlos[88]. Ello implica la adecuación del Derecho interno, en caso de ser necesario. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé el compromiso de los Estados partes de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del Pacto, las medidas oportunas para dictar las leyes o disposiciones de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter (art. 2.2). El mismo compromiso emerge del artículo 2 de la Convención Americana.

En este punto, vale recordar que, en el *Caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile*, el Estado demandado debió reformar su Constitución para adecuar el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión a los estándares de la Convención Americana (art. 13.2)[89].

Los alcances de la obligación de garantía se pueden apreciar, por ejemplo, en el artículo 25 de la Convención Americana, más si se tiene en cuenta el compromiso de los Estados partes de garantizar la decisión del recurso interpuesto (contra todo acto que viole los derechos fundamentales), desarrollar las posibilidades de recurso

[87] Según las acciones previstas en el marco del objetivo 2 del Pacto.

[88] Los artículos 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 1.1 de la Convención Americana se refieren específicamente a tales deberes.

[89] *Vid.* Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001.

judicial y "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso" (art. 25.2)[90].

A partir de lo dispuesto en los artículos 2.1 del Pacto y 1.1 de la Convención Americana es posible señalar que los Estados partes asumen un conjunto de deberes, entre los cuales cabe destacar los siguientes: 1) la organización de los poderes públicos y del ordenamiento jurídico interno para preservar la integridad de los derechos protegidos; 2) la prohibición de utilizar la función pública, directa o indirectamente, como medio para lesionar esos derechos; 3) la consagración de recursos judiciales eficaces para la protección que se debe asegurar; 4) la calificación de la ilicitud de todo acto que atente contra los derechos humanos; 5) la investigación de toda situación en la que se configure una violación de los derechos protegidos, así como la restauración del derecho o libertad conculcados y la reparación correspondiente, además de la sanción de los autores del hecho ilícito; 6) la adopción de medidas que contribuyan a prevenir la reiteración de hechos semejantes[91].

En relación con esto último, se puede citar como ejemplo lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura en el sentido de que los Estados partes deben tomar "medidas para que, en el adiestramiento de agentes de la policía y de otros funcionarios públicos responsables de la custodia de personas privadas de su libertad, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura" (art. 7). La misma norma obliga a tomar medidas similares respecto de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

B) Existen normas de derechos humanos en instrumentos internacionales relativos a otras materias. Así, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) dispone que si la persona interesada lo solicita, "las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva", y agrega que "cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades", que "habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado" (art. 36.1.b).

Para la Corte Interamericana, el cuerpo de garantías judiciales del artículo 14 del

[90]Similares disposiciones se encuentran en el artículo 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[91]BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *op. cit.*, p. 183.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha evolucionado gradualmente; "es un cuerpo de garantías judiciales al cual otras del mismo carácter, conferidas por varios instrumentos de derecho internacional, pueden y deben ser adicionadas"[92].

La Corte es de opinión que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos de un nacional del Estado que envía y es parte del cuerpo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que la expresión "sin dilación" del artículo 36.1.b) de dicha Convención significa que el Estado receptor debe informar a la persona detenida de los derechos que ese artículo le reconoce, al tiempo de la detención o al menos antes de que haga su primera declaración ante las autoridades, y que el derecho a la información establecido en ese artículo permite que el derecho al debido proceso legal reconocido en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tenga efectos prácticos en casos concretos. El artículo 14 establece un mínimum de garantías que puede ser ampliado a la luz de otros instrumentos internacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares[93].

Las prerrogativas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 36 de la Convención de Viena se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que tales leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por el artículo citado[94]. Las disposiciones de Derecho interno no deberán entonces impedir el ejercicio de la función de asistencia que le incumbe a la oficina consular, "ya que al tratarse de una función general, el Estado receptor no puede oponerse a su ejercicio", explica Vilariño Pintos[95].

2.12. Protección en el Derecho interno argentino

El artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación Argentina dispone, en primer lugar, que los tratados, incluyendo los concluidos con las organizaciones internacionales, y los concordatos con la Santa Sede tienen jerarquía superior a las leyes.

[92] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99, párr. 117.

[93] *Ibíd.*, puntos decisorios 2, 3 y 7.

[94] Según el párrafo 2 del artículo 36 de la Convención de Viena. A modo de ejemplo, puede mencionarse que el artículo 334 del Código Procesal Penal de la provincia de Santiago del Estero establece, en lo pertinente, que "en el caso de los nacionales extranjeros, salvo expresa oposición del interesado, estos deberán ser notificados inmediatamente y sin dilación alguna de su derecho a recibir asistencia consular, bajo sanción de nulidad (Art. 36 inciso 1 b de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, implementado por ley 17.081)".

[95] VILARIÑO PINTOS, Eduardo, *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, 4ª. ed., Madrid, Tecnos, 2011, p. 357.

Luego enumera un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, tanto del sistema interamericano como del sistema universal: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño. Tras la enumeración, aclara que "en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

El número de instrumentos dotados de jerarquía constitucional no es un número cerrado (numerus clausus), porque "los demás tratados y convenciones, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional", según lo dispuesto en aquel precepto.

La jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas ha sido otorgada por la ley 24.820 (1997)[96]. La Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad tiene el mismo rango en virtud de la ley 25.778 (2003)[97]. La ley 27.044 (2014)[98] otorgó jerarquía constitucional a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a la jerarquía de normas en el Derecho Internacional, el principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no deja duda: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". Se trata de un principio que ya había sostenido la jurisprudencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y que su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, ha convalidado.

[96] Boletín Oficial, 18 de octubre de 1995.

[97] Dicha ley fue sancionada conjuntamente con la ley 25.779, que declaró la nulidad insanable de las leyes de punto final y obediencia debida. Las leyes 25.778 y 25.779 fueron publicadas en el Boletín Oficial del 3 de septiembre de 2003.

[98] Publicada en el Boletín Oficial del 22 de diciembre de 2014.

El Comité de Derechos Humanos ha remarcado que las obligaciones que imponen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en general y su artículo 2 en particular vinculan a cada Estado parte en su totalidad. "Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango nacional, regional o local, están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional (...) no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la incompatibilidad consiguiente. Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"[99]. Y si bien el artículo 2.2 del Pacto permite que los Estados partes "hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales, se desprende del mismo principio que los Estados Partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado"[100].

"A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Partes de estructura federal lo estipulado en el artículo 50, en virtud del cual las disposiciones del Pacto son aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna"[101]. El recordatorio vale respecto de la República Argentina, como Estado federal que es. La Corte IDH ha dejado en claro que "en el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial"[102].

Dado que el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina prescribe que los instrumentos internacionales que enumera tienen jerarquía constitucional "en las condiciones de su vigencia", cabe preguntarse cómo entender esta frase. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado, en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que eso significa "tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando

[99] Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 31, "La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto", 29 de marzo de 2004, párr. 4.

[100] *Ibíd.*

[101] *Ibíd.*

[102] Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, párr. 87.

particularmente su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"[103].

Este criterio vale también respecto de los demás tratados que tienen rango constitucional. "Luego, la jerarquía de las convenciones terminaría siendo supra constitucional, por cuanto es en esa calidad que rigen efectivamente en el mentado ámbito internacional, incluso según los tribunales internacionales competentes"[104].

Además, el constituyente de 1994 "distinguió donde no debía ni podía hacerlo, al dar a los antedichos tratados jerarquía constitucional y a los ajenos a ese grupo, pero iguales en naturaleza, un rango inferior y sólo superior a las leyes"[105].

Por otro lado, los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) están incluidos en los tratados con jerarquía superior a las leyes a que se refiere el texto constitucional[106].

2.13. Control de convencionalidad

La idea del control de convencionalidad aparece en el *Caso Myrna Mack Chang vs. Ecuador* en estos términos: "Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo (...) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio -sin que esta representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del 'control de convencionalidad' que trae consigo la jurisdicción de la Corte"[107].

Luego, en el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, la Corte afirmó que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un

[103] CSJN, "Reinoso", Fallos 329: 518, 2006.
[104] GIALDINO, Rolando E., *op. cit.*, p. 385.
[105] *Ibíd.*
[106] CSJN, "Vizzoti", Fallos 327: 4607, 4616, 2004.
[107] Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del caso, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana"[108]. En igual sentido la Corte se pronunció en el *Caso la Cantuta vs. Perú*[109].

Con posterioridad, el Tribunal fue precisando el concepto para determinar que consiste en verificar la compatibilidad de las normas y prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte. Asimismo, es una obligación de toda autoridad pública en el ámbito de su competencia y un control que debe ser realizado ex officio. Y su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana o bien su interpretación conforme a ella, dependiendo de las facultades de la autoridad pública[110].

En otro pronunciamiento, el tribunal regional puntualizó que "la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la Carta Democrática Interamericana (...) De modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo 'susceptible de ser decidido' por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un 'control de convencionalidad' (...), que es función y tarea de cualquier autoridad política y no solo del Poder Judicial"[111].

Hay que considerar, además, que "la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad"[112] y que es necesario que los diversos órganos del Estado realicen el control de convencionalidad también sobre la base de lo que la Corte IDH "señale en ejercicio de su competencia

[108] Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

[109] Corte IDH, *Caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, párr. 173.

[110] Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad.

[111] Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011, párr. 239.

[112] Corte IDH, *Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, sentencia del 30 de enero de 2014, párr. 124.

no contenciosa o consultiva", porque esta comparte con la competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, que es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos[113].

A partir de la norma convencional interpretada a través de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son parte en la Convención pero se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana, "cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos"[114].

En el asunto *Mendoza y otros vs. Argentina*, el Tribunal ha valorado positivamente el fallo Casal mencionado por el Estado, "en cuanto a los criterios que se desprenden sobre el alcance de la revisión que comprende el recurso de casación, conforme a los estándares que se derivan del artículo 8.2.h) de la Convención Americana", y ha considerado que los jueces en Argentina deben seguir ejerciendo un control de convencionalidad a fin de garantizar el derecho a recurrir del fallo conforme a dicho artículo y a la jurisprudencia del Tribunal, y que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su Derecho interno de conformidad con los parámetros establecidos en la sentencia[115].

Por otro lado, no hay que perder de vista que "cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia"[116].

La Corte ha reiterado que sus sentencias "producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del

[113] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-21/14, del 19 de agosto de 2014, *Derechos y garantías de niños y niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, párr. 31.

[114] *Ibíd.*

[115] Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, sentencia del 14 de mayo de 2013, párrs. 331 y 332.

[116] Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, resolución del 20 de marzo de 2013, supervisión del cumplimiento de sentencia, párr. 68.

reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal", y que "el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción"; por consiguiente, "la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria"[117].

Regresar al Sumario

[117] *Ibíd.*, párrs. 87 y 88.

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

3. La protección de los derechos humanos en el ámbito universal

José A. Musso

3.1. Introducción

En este capítulo comenzaremos a analizar el sistema universal de protección de los derechos humanos -es decir, el sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas-, centrando la atención en diversos instrumentos.

Se ha aducido que el alcance del sistema universal se ve afectado por la existencia de sistemas regionales de protección de los derechos humanos, pero, en realidad, "este argumento no es muy sólido, porque los sistemas regionales se han construido como complementarios del sistema universal de protección, por lo que no se produce competencia o incompatibilidad real entre unos y otros. Además, los sistemas regionales mejoran el techo mínimo de protección que garantiza el sistema universal, tanto a nivel normativo como a nivel institucional".[1]

3.2. La Carta de las Naciones Unidas

Tras reafirmar en su preámbulo la fe en los derechos fundamentales del ser humano, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de todas las naciones, grandes y pequeñas, la Carta de las Naciones Unidas establece como uno de los propósitos de la Organización "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (art. 1.3).

Al referirse a las funciones y los poderes de la Asamblea General, la Carta le asigna

[1] VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Estrasburgo, Instituto Internacional de Derechos Humanos, 1991, p. 49

la de ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 13.1.b). Vuelve la Carta sobre el tema en el Capítulo IX (Cooperación Internacional Económica y Social): el artículo 55 dispone que la Organización promoverá el respeto universal a los derechos humanos y libertades fundamentales, sin distinción alguna, y el artículo 56 compromete a todos los Estados miembros a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el artículo anterior.

Por su parte, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) podrá hacer recomendaciones orientadas a promover el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como su efectividad (art. 62.2)[2].

Las normas relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y al arreglo pacífico de controversias tienen claras implicancias en materia de derechos humanos, lo mismo que el principio de libre determinación de los pueblos[3] y el principio de que los intereses de los habitantes de los territorios no autónomos están por encima de todo, debiendo las potencias administradoras promover en todo lo posible el bienestar de los habitantes de esos territorios (art. 73). Y si bien la Carta atribuye de manera específica a la Asamblea General y al ECOSOC el rol de promoción de los derechos humanos, los demás órganos principales también tienen funciones en la esfera de los derechos humanos, lo mismo que otros órganos.

La importancia de la inclusión de esas normas generales en el tratado constitutivo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) reside en que el instrumento "otorgó carácter internacional a los derechos humanos"[4], por lo que los Estados miembros de la Organización reconocen, en virtud de la Carta, que los derechos humanos "son materia de interés internacional y, por lo tanto, no constituyen asuntos exclusivos de su jurisdicción doméstica"[5].

Además, dicho texto fundacional creó las bases para desarrollar, a través de la cooperación entre la Organización y sus miembros, un sistema de protección de los derechos humanos, el sistema universal.

---

[2]También podrá el ECOSOC formular proyectos de convención sobre cuestiones de su competencia para someterlos a la Asamblea General (art. 62.3) y convocar, con arreglo a las reglas de la Organización, conferencias sobre cuestiones de su competencia (art. 62.4).

[3]Al principio de la libre determinación de los pueblos se refiere el artículo 1.2 de la Carta. Con posterioridad, la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General mediante la resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, se ha ocupado del tema.

[4]BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *op. cit.*, p. 21.

[5]*Ibíd.*

3.3. La Declaración Universal

A) Al no existir en la Carta de las Naciones Unidas un catálogo de los derechos y libertades cuyo respeto se busca desarrollar y estimular a través de la cooperación internacional, era necesario contar con un instrumento que llenara ese vacío, precisando a la vez el significado y alcance del concepto de derechos humanos y libertades fundamentales.

El 10 de diciembre de 1948 fue proclamada la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) "como ideal común por el que todos los pueblos y las naciones deben esforzarse, a fin de que, tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción".

B) La Conferencia Internacional de Derechos Humanos reunida en Teherán en 1968 afirmó que la Declaración Universal enuncia una concepción común a todos los pueblos de los derechos humanos y libertades fundamentales "y la declara obligatoria para la comunidad internacional"[6].

Por otro lado, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mencionan en su preámbulo a la Declaración Universal diciendo que, con arreglo a ella, no podrá realizarse el ideal del ser humano liberado del temor y de la miseria a amenos que se creen las condiciones para que cada persona disfrute de todos sus derechos. En el marco de los Pactos, son los Estados partes los obligados a crear esas condiciones, pero el verdadero origen de tales obligaciones es la Declaración Universal[7], como se desprende también del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, en el que se deja constancia del compromiso de los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto, la observancia y la protección universales de los derechos humanos y libertades fundamentales para todas las personas, de conformidad con lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal y otros instrumentos relacionados con los derechos humanos y el Derecho Internacional[8].

La Declaración fue proclamada en 1948 como un documento de alcance moral y su

[6]Proclamación de Teherán, párr. 2.

[7]MUSSO, José A., "La Declaración Universal de Derechos Humanos y la diversidad cultural", en PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; VILLÁN DURÁN, Carlos; RICOBOM, Gisele y BACK, Charlotth, *op. cit.*, p. 361.

[8]Documento Final de la Cumbre Mundial 2005, párr. 120.

suerte quedó ligada, a partir de 1966, a la de los tres textos convencionales aprobados ese año, "que imponían obligaciones jurídicas precisas para los Estados Partes, al tiempo que confirmaban el alcance jurídico de muchos de los principios enunciados en la DUDH"[9].

Sin perjuicio de ello, se hace notar que la Declaración de Viena, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, no se pronuncia sobre el valor jurídico de la Declaración Universal, lo cual significa que los 171 Estados participantes no revalidaron el valor imperativo de la Declaración, "al menos en los términos de la Proclamación de Teherán"[10].

No obstante, en la Cumbre Mundial 2005, con mayor número de Estados participantes, se adoptó el documento mencionado más arriba, en el cual se reafirma el compromiso de cumplir las obligaciones en materia de derechos humanos con arreglo a la Carta y a la Declaración Universal, entre otros instrumentos internacionales. En consecuencia, el valor jurídico de la Declaración puede considerarse equivalente al de la Declaración Americana, que, a criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituye una fuente de obligaciones internacionales[11].

Quiere decir entonces que la Declaración Universal, al menos en términos generales, tiene valor jurídico vinculante. Luego habrá que ver, en relación con cada derecho en particular, qué revela la práctica estatal.

En este sentido, Villán Durán observa que los derechos a la vida y a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y de la servidumbre, la irretroactividad de la ley penal y las libertades de pensamiento, conciencia y religión, junto con el principio de no discriminación, "gozan de una aceptación generalizada, por lo que son obligatorios para todos los Estados a título de principios generales del Derecho o de normas consuetudinarias internacionales"[12], advirtiendo que no puede decirse lo mismo de otros derechos, entre ellos el derecho a la nacionalidad, la libertad de

[9] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La obligatoriedad jurídica de la Declaración Universal", en PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; VILLÁN DURÁN, Carlos; RICOBOM, Gisele y BACK, Charlotth, *op. cit.*, pp. 118-119.

[10] *Ibíd.*, p. 121.

[11] Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, párr. 45. En la misma Opinión Consultiva, párrafo 43, la Corte ha señalado que los Estados miembros de la OEA "han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica de los órganos de la OEA".

[12] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La obligatoriedad jurídica. . . , *op. cit.*, p. 122.

circulación, el derecho a la propiedad y el derecho de asilo[13].

Garrido Muñoz señala que la DUDH "se convirtió pronto en la interpretación autorizada de las disposiciones de la Carta sobre los derechos humanos y libertades fundamentales del individuo" y, tal como se afirma en la doctrina, "su carácter jurídico-consuetudinario es ampliamente aceptado, aun con los matices con los que se puedan acoger algunos derechos como el de 'buscar' y 'disfrutar' del asilo"[14].

"La autoridad moral de la Declaración se hace sentir de muchas maneras", dice Mary Ann Glendon. "Es más, los principios de la Declaración han adquirido cada vez más obligatoriedad legal, sobre todo por su incorporación a los sistemas legales internos"[15].

Diversas normas internacionales e internas conforman una realidad "que evidencia que la DUDH no constituye un instrumento meramente programático"[16], constatación a la que contribuye el hecho de que la práctica niega que la Declaración "pueda seguirse o no según convenga, sino que, muy al contrario, resulta de cumplimiento obligatorio"[17].

C) La referencia a la persona titular de derechos como "toda persona", "todo individuo" o "todo ser humano" aparece a lo largo del texto, pero en el artículo 22 cambia a "toda persona, como miembro de la sociedad" al enunciarse el derecho a la seguridad social acompañado de una mención genérica de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Además de ese cambio, se puede advertir otro: "A diferencia de los artículos 3 a 20, que principalmente hacen referencia a lo que se debe o no hacer a las personas, los artículos 22 a 27 se refieren a lo que se debe hacer por las personas"[18].

Los dos primeros artículos enuncian principios básicos: igualdad de derechos y de dignidad, junto con la natural derivación de ese principio, la no discriminación. La Carta de las Naciones Unidas habla de derechos humanos y libertades fundamentales

[13] *Ibíd.*

[14] GARRIDO MUÑOZ, Asier, "El Valor Jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos", en PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor; VILLÁN DURÁN, Carlos, RICOBOM, Gisele y BACK, Charlotte, *op. cit.*, p. 100.

[15] GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana, 2011, p. 331.

[16] SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La dignidad como valor universal de los Derechos Humanos", en PRONER, Carol; OLASOLO, Héctor, VILLÁN DURÁN, Carlos; RICOBOM, Gisele y BACK, Charlotth, *op. cit.*, p. 373.

[17] *Ibíd.*

[18] GLENDON, Mary Ann, *op. cit.*, p. 270.

de todas las personas, “sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. La Declaración, en su artículo 2.1, menciona esos mismos motivos y agrega otros: opinión política o de cualquier otra naturaleza, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Esta última expresión, “cualquier otra condición social”, dejó abierta la posibilidad de considerar nuevos motivos en que pueda basarse la discriminación . Del segundo párrafo del artículo 2, adoptado a pesar de la oposición de las potencias coloniales, resulta que tanto los habitantes de un país independiente como los de un territorio no autónomo (colonia), o territorio sometido a ocupación extranjera o a cualquier otra limitación de soberanía, tienen todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración.

En su discurso ante la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948, René Cassin, uno de los redactores del proyecto que dio origen a la Declaración, comparó el texto con el pórtico de un templo. En su visión, los derechos y libertades proclamados allí podían agruparse en cuatro columnas: la primera, artículos 3 a 11, se centra en los derechos individuales; la segunda, artículos 12 a 17, en los derechos de una persona en relación con otras personas, o con el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra, o con un tercer Estado. Las libertades fundamentales y los derechos políticos, que se enumeran en los artículos 18 a 21, y los DESC (artículos 22 a 27), se agrupan en las restantes columnas.

La familia aparece en tres momentos: 1) en el artículo 16, cuyo tercer párrafo contempla su derecho a la protección de la sociedad y del Estado; 2) en el artículo 23.3, que proclama 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 y que será completada, en caso de ser necesario, por otros medios de protección social; 3) en el artículo 25.1, que reconoce el derecho de toda persona 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, entre otros derechos.

El artículo 22 utiliza el calificativo de “indispensables” al referirse genéricamente a los DESC: son indispensables a la dignidad de toda persona y al libre desarrollo de su personalidad. La idea que subyace ahí es que esos derechos tienen el mismo peso específico que los civiles y políticos, son tan indispensables para cualquier persona como los enumerados en los artículos anteriores.

“La maternidad y la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales”, proclama el artículo 25.2 reconociendo un derecho genérico que en futuros instrumentos se traduciría en derechos específicamente definidos en su contenido y alcance. Y como derivación del principio de no discriminación recogido en el artículo

2.1, el artículo 25.2 concluye afirmando que quienes han nacido de matrimonio o fuera de matrimonio tienen derecho a igual protección social.

La importancia de la educación queda a la vista en el artículo 26, cuyo párrafo 2 tiene conexión directa con la cláusula de proclamación contenida en el preámbulo. La educación debe orientarse a que el respeto de los derechos y libertades se vea favorecido mediante las actitudes y los valores y comportamientos que deben estar presentes en la construcción del orden social e internacional que permita la plena efectividad de esos derechos y libertades.

El artículo 28 reconoce el derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos. El derecho a un orden internacional democrático y equitativo, el derecho humano a la paz y el derecho a la solidaridad internacional encuentran fundamento en ese artículo, el primero de los tres últimos artículos que para Cassin eran el frontis del pórtico con el que comparó a la Declaración. "El artículo 28 de Malik sirve de preámbulo al frontis. En su afirmación sobre la necesidad de un orden nacional e internacional resuena la insistencia en el Estado de derecho y las relaciones amistosas entre naciones hecha en el preámbulo. Dos rasgos esenciales de tal orden son delineados en el artículo 29, donde la Declaración habla de deberes y límites. La referencia a una sociedad democrática, por supuesto, regresa al contenido del artículo 21 sobre los elementos mínimos de un régimen democrático"[19].

El artículo 29.2 expresa que, en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sujeta solamente a las limitaciones establecidas por la ley con el fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de las demás personas y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Tales derechos y libertades no podrán ejercerse, en ningún caso, en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. Para esto es fundamental que la educación promueva el desarrollo de las actividades de la Organización para el mantenimiento de la paz (art. 26.2).

La Declaración termina levantando una barrera en su artículo 30 para impedir la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en ella por vía de la interpretación de cualquiera de sus disposiciones.

[19]GLENDON, Mary Ann, *op. cit.*, pp. 274-275. Charles Malik, libanés, fue otro de los redactores del proyecto.

3.4. Los Pactos de 1966

Pasaron dieciocho años hasta que la Asamblea General adoptó, mediante la resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Junto con ellos, fue adoptado el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Los Pactos entraron en vigor en 1976. La República Argentina los ratificó el 2 de junio de 1986, depositando los instrumentos de ratificación el 8 de agosto de ese año[20].

El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte fue aprobado por la Asamblea General en su resolución 44/128 de 15 de diciembre de 1989 y entró en vigor el 11 de junio de 1991. Con arreglo al artículo 6 del Segundo Protocolo, las disposiciones de este instrumento son aplicables en carácter de disposiciones adicionales del Pacto.

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado el 10 de diciembre de 2008, entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

Los párrafos del preámbulo de uno y otro Pacto coinciden, destacándose el referido a que "el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto", cuya inclusión en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos presenta una ligera modificación al plantear que el individuo, en virtud de tales deberes, "tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos en este Pacto".

El primer artículo de cada Pacto está también concebido en iguales términos: "Todos los pueblos tiene el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural" (art. 1.1). El párrafo 2 estipula que "para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus medios de

[20] Previamente los aprobó, junto con el Protocolo Facultativo, mediante ley 23.313 (B. O., 13 de mayo de 1986). En los respectivos instrumentos de ratificación, rechazó la extensión de la aplicación de ambos Pactos y del Protocolo a las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur, que fue notificada por el Reino Unido al Secretario General de las Naciones Unidas el 20 de mayo de 1976.

subsistencia". Y el párrafo 3 agrega que los Estados partes en el Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso[21], han de promover el derecho de libre determinación y respetarlo de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas[22].

Cabe recordar que en 1960 comenzó el proceso de descolonización, impulsado por la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, que vino a reforzar el principio de libre determinación de los pueblos consagrado en la Carta de las Naciones Unidas (art. 1.2) al darle también entidad de derecho, y los Pactos constituyen el reconocimiento convencional de este derecho.

En la doctrina se hace notar que ninguno de los Pactos define el significado del término "pueblo"[23]. De todos modos, habida cuenta que el derecho en cuestión debe ser promovido y respetado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, los instrumentos que desarrollan el principio de libre determinación de los pueblos enunciado en la Carta[24] aclaran el punto: se trata, principalmente, de pueblos coloniales o sometidos a ocupación extranjera[25].

El compromiso de asegurar (o garantizar) la igualdad de género es otro punto en común entre los dos Pactos (art. 3), lo mismo que el *principio pro persona* (art. 5.2)[26]. Recuérdese, asimismo, que el preámbulo de la Declaración Universal habla de la igualdad de derechos de hombres y mujeres.

---

[21]Se acogieron al régimen de administración fiduciaria 11 territorios, pero todos ellos se han convertido en Estados independientes o se han asociado a un Estado independiente. Palau, que era administrado por los Estados Unidos, fue el último en hacerlo en 1994. El régimen de administración fiduciaria se ha dado entonces por concluido. *Vid.* ONU, *ABC de las Naciones Unidas*, Buenos Aires, Siglo veintiuno editores, 2011, p. 406.

[22]Además, ninguna disposición del PIDESC "deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales" (art. 25).

[23]BOU FRANCH, Valentín y CASTILLO DAUDÍ, Mireya, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 2ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 58-59.

[24]Resoluciones 1514 (XV), 1541 (XV) y 2625 (XXV) de la Asamblea General.

[25]También puede aplicarse en el supuesto de Estados soberanos e independientes que no se conduzcan de conformidad con el principio de igualdad de derechos y de libre determinación de los pueblos y no estén, por lo tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color, como se desprende, a contrario sensu, de lo previsto en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, aprobada por la resolución 2625 (XXV).

[26]A su vez, uno y otro instrumento establecen que ninguna de sus disposiciones "podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él" (art. 5.1).

Tanto el artículo 28 del PIDESC como el artículo 50 del PIDCP coinciden en que las disposiciones de cada Pacto son aplicables "a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna".

La Corte Internacional de Justicia ha dejado en claro que "si bien la jurisdicción de los Estados es principalmente territorial, en ocasiones puede ejercerse fuera del territorio nacional. Teniendo en cuenta el objeto y el fin del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece lógico pensar que, aunque así sea, los Estados que son parte en el Pacto están obligados a cumplir sus disposiciones"[27]. La práctica habitual del Comité de Derechos Humanos concuerda con esta interpretación, confirmada por los trabajos preparatorios del Pacto[28]. En conclusión, la Corte considera que el Pacto es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio[29].

También ha remarcado la Corte que "el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no contiene ninguna disposición sobre su ámbito de aplicación", lo cual "puede ser explicado por el hecho de que este Pacto garantiza derechos que son esencialmente territoriales. Sin embargo, no cabe excluir que se aplique tanto a los territorios sobre los cuales un Estado tiene soberanía como a aquéllos sobre los que ese Estado ejerce una jurisdicción territorial"[30]. En este sentido, el Tribunal hace notar que el artículo 14 prevé medidas transitorias en el caso de un Estado que en el momento de hacerse parte en el Pacto "aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria".

Los Pactos y sus Protocolos Facultativos, junto con la Declaración Universal, conforman la Carta Internacional de Derechos Humanos.

3.5. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A) Los derechos protegidos están enunciados en los artículos 6 a 28. En cuanto a las disposiciones contenidas en los primeros artículos del Pacto, ya analizadas[31], cabe agregar que el artículo 4 contempla que en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente,

[27] CIJ, Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, del 9 de julio de 2004, párr. 109.

[28] *Ibíd.*

[29] *Ibíd.*, párr. 111

[30] *Ibíd.*, párr. 112.

[31] A tales disposiciones se ha hecho referencia en el capítulo anterior de este libro, así como en el presente capítulo.

los Estados partes podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que esas disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el Derecho Internacional "y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social" (art. 4.1). Ello no autoriza la suspensión de las obligaciones relativas a los derechos a la vida y a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, a la prohibición de la prisión por deudas, al principio de legalidad y de irretroactividad de la ley penal, al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de todo ser humano y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 4.2)[32]. El uso del derecho de suspensión está sujeto a las normas de procedimiento previstas en el artículo 4.3. Lo previsto en este artículo son los llamados estados de excepción[33].

A su vez, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte dispone que, sin perjuicio de la posibilidad de formular una reserva con arreglo a su artículo 2, el derecho garantizado en el artículo 1.1 del Protocolo no estará sometido a ninguna suspensión en virtud del artículo 4 del Pacto" (art. 6.2). El derecho de que se trata surge de la disposición que obliga a no ejecutar a ninguna persona sometida a la jurisdicción de un Estado parte en dicho Protocolo.

B) El análisis del Pacto revela que el contenido y alcance de cada derecho o libertad se han definido de manera más completa y precisa, teniendo en cuenta que la

[32]Los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 son los que no pueden suspenderse, según lo dispuesto en el artículo 4.2.

[33]Según los Principios de Siracusa (1984), "un Estado Parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 (en lo sucesivo denominadas medidas de derogación) cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación. Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando: A) afecte a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y B) amenace la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto". Antes, en el caso *Lawless vs. Irlanda* (1961), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que los términos "alguna emergencia pública que amenace la vida de la nación", contenidos en el artículo 15 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950), del Consejo de Europa, se refieren "a una situación excepcional de crisis o emergencia que afecta al conjunto de la población y constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad sobre la que se fundamenta el Estado", según sentencia del 1 de julio de 1961, párrafo 58. A su vez, el artículo 27.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contempla la suspensión de garantías "en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado parte".

Declaración Universal se limita más bien a una mera enumeración de los derechos y libertades que proclama

Así, en el caso del derecho a la vida, la Declaración simplemente identifica a todo individuo como su titular, así como del derecho a la libertad y a la seguridad de su persona (art. 3). En cambio, el Pacto reconoce el derecho a la vida como inherente a la persona humana y establece que estará protegido por la ley, no pudiendo nadie ser privado de la vida arbitrariamente (art. 6.1). Dispone a continuación que en los países que no hayan abolido la pena de muerte solamente se podrá imponer dicha pena por los delitos más graves y de conformidad con leyes vigentes en el momento de la comisión del delito y que no sean contrarias a las disposiciones del Pacto ni a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio[34], y en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente (art. 6.2). "Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados Partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio" (art. 6.3).

Los restantes párrafos del artículo 6 establecen que toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena, pudiendo la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena concederse en todos los casos; que no se impondrá la pena capital por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad[35], ni se aplicará a mujeres en estado de gravidez, y que ninguna de las disposiciones anteriores podrá ser invocada por un Estado parte en el Pacto para demorar o impedir la abolición de esa pena[36].

Ninguna persona será sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 7). Hasta ahí el texto coincide con el del artículo 5 de la Declaración Universal, pero el Pacto añade: "En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Tras reiterar la prohibición de la esclavitud y la servidumbre contenida en la DUDH

[34] Adoptada y abierta a la firma, ratificación o adhesión en la resolución 260 A (III) de la Asamblea General, de 9 de diciembre de 1948.

[35] La Convención Americana sobre Derechos Humanos excluye también de la aplicación de la pena de muerte a personas de más de setenta años de edad (art. 4.5).

[36] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.1 del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte, "no se admitirá ninguna reserva al presente Protocolo, con excepción de una reserva formulada en el momento de la ratificación o la adhesión en la que se prevea la aplicación de la pena de muerte en tiempo de guerra como consecuencia de una condena por un delito sumamente grave de carácter militar cometido en tiempo de guerra".

(art. 4), el artículo 8 hace ciertas aclaraciones en su párrafo 3, luego de afirmar que "nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio" (inciso a): ello no se interpretará en el sentido de que prohíbe, en los países en que ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados[37], el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente. Además, no se considerarán como trabajo forzoso u obligatorio a los efectos del párrafo 3 del artículo 8 el servicio militar y, en los países donde se admite la exención a dicho servicio por razones de conciencia, el servicio que deban prestar de conformidad con la ley quienes se opongan al servicio militar por tales razones, así como el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la vida o el bienestar de la comunidad y el trabajo o servicio que sea parte de las obligaciones cívicas normales, entre otros trabajos o servicios. El artículo 9 de la DUDH prohíbe la detención o la prisión arbitrarias. Ampliando la protección allí ofrecida, el Pacto estipula que "todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales", agregando que "nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias" y que "nadie podrá ser privado de su libertad", salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento legalmente establecido (art. 9.1)[38].

Toda persona detenida debe ser informada, en el momento de la detención, de las razones de la medida, y ha de ser notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella (art. 9.2). Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal debe ser llevada sin demora ante un juez y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva no debe ser la regla general[39], pero la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia de la persona acusada en el juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (art. 9.3). El derecho a recurrir ante un tribunal para que este decida a la brevedad posible sobre

[37]Según el Convenio N° 29 de la OIT, Convenio sobre trabajo forzoso, la expresión "trabajo forzoso u obligatorio" designa todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una pena y para el cual dicha persona no se ofrece voluntariamente. Sin embargo, tal expresión no comprende, entre otras cosas, "cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado" (art. 2.2.c).

[38]El Comité de Derechos Humanos ha señalado, en su Observación general N° 8 (1982), que el párrafo 1 del artículo 9 es aplicable a todas las formas de privación de la libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como, por ejemplo, las enfermedades mentales, la toxicomanía, el control de la inmigración, etc.

[39]En la misma Observación general, párrafo 3, el Comité puntualiza que "la prisión preventiva debe ser excepcional y lo más breve posible".

la legalidad de la prisión y ordene la libertad si la prisión fuera ilegal también está reconocido (art. 9.4), lo mismo que el derecho de toda persona ilegalmente detenida o presa a obtener reparación (art. 9.5).

La libertad de circulación, enunciada en el artículo 12, "es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona"[40]. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a desplazarse libremente por él y a elegir libremente en él su residencia[41]. Además, toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

En principio, los nacionales de un Estado siempre se encuentran legalmente en el territorio de ese Estado, y la cuestión de si una persona extranjera se encuentra "legalmente" en el territorio de un Estado es una cuestión regida por el Derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de personas extranjeras al territorio estatal, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de dicho Estado[42]. Se debe considerar que una persona extranjera que ha entrado ilegalmente al territorio de un Estado pero cuya condición se hubiese regularizado se encuentra legalmente dentro del respectivo territorio a los fines del artículo 12, y una vez que alguien se encuentra legalmente dentro de un Estado las restricciones a los derechos garantizados por los párrafos 1 y 2 del artículo 12 deberán justificarse con arreglo a las exigencias establecidas en el párrafo 3 del mismo artículo (que se hallen previstas en la ley, sean necesarias y compatibles con los demás derechos reconocidos en el Pacto), pues las limitaciones permisibles no deben anular la libertad de circulación[43].

El derecho de circular libremente se relaciona con todo el territorio estatal, incluidas todas las partes componentes de los Estados federales, y es incompatible con el artículo 12.1 que el derecho de la mujer a circular libremente y elegir su residencia esté sujeto por la ley o por la práctica a la decisión de otra persona, incluido un familiar[44]. No puede hacerse depender de un fin concreto o del plazo que una persona decida permanecer fuera del país la libertad de salir del territorio de un Estado, de modo que esta libertad incluye el viaje temporal al extranjero y la partida en caso de emigración permanente, y como para los viajes internacionales es necesario contar con documentos adecuados, en particular un pasaporte, el derecho a salir del territorio de un Estado debe incluir el derecho a obtener los documentos de

[40] Observación general N° 27 (1999), párr. 1

[41] En este punto, la DUDH presenta una redacción diferente: "Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado" (art. 13.1).

[42] Observación general N° 27, párr. 4.

[43] *Ibíd.*, párrs. 4 y 2.

[44] *Ibíd.*, párrs. 5 y 6.

viaje necesarios.[45] El derecho a entrar en el propio país, del cual nadie podrá ser arbitrariamente privado (art. 12.4), "no faculta solamente a regresar después de haber salido del país, sino que también puede permitir a la persona entrar por primera vez en el país si ha nacido fuera de él (por ejemplo si ese país es el Estado de nacionalidad de la persona)", y este derecho a volver revista la máxima importancia en el caso de las personas refugiadas que desean la repatriación voluntaria[46].

La Declaración Universal establece en su artículo 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". Este es el antecedente de las previsiones contenidas en el artículo 14 del Pacto, cuyo párrafo 1 afirma que "todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia", teniendo cada una de ellas "derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil"[47]. Luego de afirmarse que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (art. 14.2), se enumeran las garantías mínimas que deben resguardarse durante el proceso (art. 14.3)[48]. Que las garantías sean calificadas de "mínimas" significa que otras garantías pueden sumarse a ellas[49].

---

[45] *Ibíd.*, párrs. 8 y 9.

[46] *Ibíd.*, párr. 19.

[47] En la DUDH se habla de "todas las garantías necesarias para su defensa" (art. 11.1), sin especificarse luego cuáles son esas garantías.

[48] Las garantías mínimas de un proceso penal allí contempladas son las siguientes: A) a ser la persona acusada informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; B) a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; C) a ser juzgada sin dilaciones indebidas; D) a encontrarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, de su derecho a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios para pagarlo; E) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo: F) a ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; G) a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. En su Observación general N°13 (1984), el Comité de Derechos Humanos se refiere al artículo 14 del Pacto.

[49] Así, la Corte IDH es de opinión de que "el derecho individual a la información sobre la asistencia consular establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el debido proceso legal consagrado

Los restantes párrafos del artículo 14 reflejan la necesidad de tener en cuenta, en el procedimiento aplicable a las personas menores de edad, su condición de tales "y la importancia de estimular su readaptación social"[50]. Asimismo, toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean sometidos a un tribunal superior, con arreglo a las prescripciones legales, y cuando una sentencia condenatoria firme haya sido posteriormente revocada, o la persona condenada haya sido indultada por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de esa sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable, en todo o en parte, la no revelación oportuna del hecho desconocido. Por otro lado, "nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país" (art. 14.7). Aparece allí el principio ne bis in idem.

La finalidad de las disposiciones del artículo 14 "es garantizar la adecuada administración de la justicia y, a tal efecto, afirmar una serie de derechos individuales"[51]. El derecho a la intimidad (art. 17) debe estar garantizado respecto de todas las injerencias arbitrarias o ilegales en la esfera de privacidad de una persona o de ataques ilegales a su honra y reputación, "provengan de las autoridades estatales o de personas físicas o jurídicas"[52].

La libertad de pensamiento, de conciencia y de religión recibe un amplio reconocimiento, que incluye la libertad de cada persona de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, junto con la libertad de manifestar su religión, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza (art. 18.1). El artículo 18.2 prohíbe las medidas coercitivas que puedan menoscabar la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias que una persona elija.

El Comité de Derechos Humanos ha aclarado que el artículo 18 protege las creencias teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia, y que los términos "religión" y "creencias" deben entenderse en sentido

---

en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables". *Vid.* Opinión Consultiva OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.*

[50] Una preocupación similar se aprecia también en el artículo 10 del Pacto, párrafos 2.b) y 3.

[51] Observación general N° 13, párr. 1.

[52] Observación general N° 16 (1988), párr. 1.

amplio, clarificando además que el artículo bajo examen no se limita en su aplicación a las religiones tradicionales o a las religiones o creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales[53].

El artículo 18.3 autoriza limitaciones a la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias, siempre que estén prescriptas por la ley y sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de las demás personas[54].

"Muchas personas han reivindicado el derecho a negarse a cumplir el servicio militar (objeción de conciencia) sobre la base de que ese derecho se deriva de sus libertades en virtud del artículo 18", admite el Comité, que cree que el derecho a la objeción de conciencia puede derivarse de dicho artículo[55].

"Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones" (art.19.1). "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión", que comprende "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección" (art. 19.2).

La libertad de opinión y la libertad de expresión "constituyen la piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas", estando ambas "estrechamente relacionadas entre sí, dado que la libertad de expresión constituye el medio para intercambiar y formular opiniones"[56]. Además, son la base para el pleno goce de otros derechos; por ejemplo, la libertad de expresión es fundamental para el disfrute del derecho de reunión y de asociación y para el ejercicio del derecho de voto.[57] El artículo 19.2 enuncia un derecho de acceso a la información en poder de los organismos públicos[58], y el párrafo 3 del mismo artículo señala que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión entraña deberes y responsabilidades especiales. Por este motivo, puede estar sujeto a ciertas restricciones fijadas por la ley y necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. "Sin embargo, cuando un Estado parte impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, estas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho", advierte el Comité[59].

[53] Observación general N° 22 (1995), párr. 2.
[54] *Ibíd.*, párr. 8.
[55] *Ibíd.*, párr. 11.
[56] Observación general N° 34, párr. 2.
[57] *Ibíd.*, párr. 4.
[58] *Ibíd.*, párr. 18.
[59] *Ibíd.*, párr. 21.

El derecho de reunión pacífica, el derecho de toda persona a asociarse con otras libremente, incluso el derecho de fundar sindicatos y afiliarse a ellos para proteger sus intereses, y el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, si tienen edad para ello[60], son reconocidos también, estableciendo el artículo 23.1 que la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El artículo 25 se refiere a los derechos políticos e identifica a sus titulares como "todos los ciudadanos"[61]. Además, habla de derechos y oportunidades, que son los siguientes: A) participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; B) votar y ser elegido; C) tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. Los ciudadanos y ciudadanas participan directamente en la dirección de los asuntos públicos al ejercer sus facultades como miembros de órganos legislativos u ocupar cargos ejecutivos, o cuando deciden cuestiones de interés público mediante referendos u otros procesos electorales realizados de conformidad con el apartado B) del artículo 25[62].

Todas las personas son iguales ante la ley y tiene derecho sin discriminación a igual protección de la ley, que prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (art. 26).

C) Ciertos derechos reconocidos en la Declaración Universal, como el derecho de asilo, el derecho a la nacionalidad, salvo en el caso de los niños, y el derecho a la propiedad[63], no integran el catálogo del Pacto.

---

[60] El párrafo 3 del artículo 23 dispone que "el matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes", y el párrafo 4 de ese artículo estipula: "Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos".

[61] En este sentido, se diferencia de la Declaración Universal, que se refiere a "toda persona" (art. 21).

[62] Observación general N° 25 (1996), párr. 6.

[63] El derecho a la propiedad no fue incluido porque no hubo consenso en torno a su contenido y definición (BUERGENTHAL, Thomas; GROSSMAN, Claudio y NIKKEN, Pedro, *op. cit.*, p. 28). Hay que recordar además que cuando se discutió el artículo 17 de la Declaración Universal "los Estados Unidos apoyaron con firmeza el derecho a la propiedad privada y la protección contra la privación arbitraria", mientras que muchos países latinoamericanos querían que el artículo

A su vez, el Pacto incorpora derechos no enunciados en la Declaración, como el de toda persona privada de libertad a ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humanos (art. 10.1)[64], el de no ser "encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual" (art. 11), el de toda persona extranjera que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte a no ser expulsada sino en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (art. 13), los derechos del niño (art. 24) y los derechos de las personas pertenecientes a minorías (art. 27)[65].

Otras disposiciones novedosas son las contenidas en el artículo 20, de cuyo texto se derivan obligaciones específicas para avanzar en la construcción de una cultura de paz: "Toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley" (art. 20.1) y "toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituy A propósito de ello, la Asamblea General ha aprobado la resolución 74/165, el 18 de diciembre de 2019, reafirmando la obligación de los Estados de garantizar que las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley, como se proclama en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992).a incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley" (art. 20.2).

"A menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello", se permitirá a la persona extranjera exponer las razones que pudiera tener en contra de su expulsión y someter su caso a revisión ante la autoridad competente. El Comité de

---

especificara que el derecho a la propiedad privada incluye lo suficiente para una existencia digna y los soviéticos "objetaron la idea de que la existencia digna se cimentara en la propiedad privada" e insistieron en que debía tomarse en cuenta la diferencia en sistemas económicos de los distintos países, llegándose a un acuerdo para omitir la palabra "privada" (GLENDON, Mary Ann, *op. cit.*, pp. 264-265). El artículo XXIII de la Declaración Americana dice que "toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y del hogar", lo cual explica la posición de aquellos países.

[64]Los párrafos 2 y 3 del artículo 10 estipulan que "los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas", y que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados".

[65]A propósito de ello, la Asamblea General ha aprobado la resolución 74/165, el 18 de diciembre de 2019, reafirmando la obligación de los Estados de garantizar que las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas puedan ejercer plena y eficazmente todos sus derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en plena igualdad ante la ley, como se proclama en la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (1992).

Derechos Humanos ha puntualizado que debe tenerse en cuenta el Derecho nacional relativo a las exigencias de entrada y estancia, y que las personas que hayan entrado ilícitamente o hayan permanecido más tiempo que el permitido por la legislación interna o indicado en el permiso que se les haya concedido no están amparadas por las disposiciones del Pacto; no obstante, si la cuestión controvertida es la licitud de su entrada o permanencia, toda decisión que desemboque en su expulsión debe adoptarse con arreglo a lo previsto en el artículo 13[66]. Esta norma regula directamente el procedimiento sin hacer referencia a los fundamentos sustantivos de la expulsión, pero al permitir solamente las expulsiones "en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley" se hace claro que su objetivo es impedir las expulsiones arbitrarias[67].

El artículo 24 habla de "todo niño", reconociéndole en el párrafo 1, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, el derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere, por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Y los párrafos 2 y 3 enuncian ciertos derechos en particular: a la inscripción inmediata después del nacimiento, al nombre y a adquirir una nacionalidad[68].

El Comité ha observado que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños y que estos gozan, como individuos que son, de todos los derechos civiles enunciados en él[69].

"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" (art. 27)[70].

[66] Observación general N° 15 (1986), "La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto", párr. 9.

[67] *Ibíd.*, párr. 10

[68] El artículo 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que "el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos". A su vez, el párrafo 2 del artículo 7 dispone que "los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". Hay allí una referencia implícita a la Convención para reducir los casos de apatridia. De esta forma, esos derechos resultan mejor protegidos, al darse mayor precisión a su contenido y alcance.

[69] Observación general N° 17 (1989), párr. 2.

[70] Existe también la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135, del 18 de diciembre de 1992.

Nuevamente hay que aclarar que se trata de un derecho separado, que se suma a los demás derechos de los que son titulares esas personas, igual que todas las demás, en virtud del Pacto[71].

De los términos del artículo 27 se desprende que para la protección de esas personas no es indispensable que sean ciudadanos del Estado parte en que viven o se encuentran[72].

3.6. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

A) Los DESC han sido percibidos como de segunda categoría respecto de los derechos civiles y políticos, que han recibido mayor atención y suelen percibirse por la opinión pública en mayor medida que aquellos, lo cual se debe a que se considera que únicamente los derechos civiles y políticos pueden ser objeto de violación y de medidas de reparación[73].

Sin embargo, la entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la reciente evolución de la jurisprudencia interamericana hacia la justiciabilidad de ciertos derechos de esta categoría demuestran que los DESC cuentan hoy con mayores niveles de protección en el ámbito internacional.

La impresión que deja la lectura del artículo 2 del Pacto es que el camino hacia la plena efectividad de los derechos reconocidos está plagado de obstáculos de diverso tipo cuya remoción demanda tiempo y esfuerzo. Dice su párrafo 1: "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 internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción

[71] Observación general N° 23 (1994), párr. 1. "El disfrute de los derechos a que se refiere el artículo 27 no menoscaba la soberanía y la integridad territorial de un Estado Parte. No obstante, en algunos de sus aspectos los derechos de las personas amparadas en virtud de ese artículo -por ejemplo, el disfrute de una determinada cultura- pueden guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos. Esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de las comunidades indígenas que constituyen una minoría", agrega el párrafo 3.2 de la Observación general N° 23.

[72] *Ibíd.*, párr. 5.1.

[73] RUILOBA ALVARIÑO, Julia, "El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966", en FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4ª. ed., Madrid, Dilex, 2013, pp. 169-170.

de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

El artículo 2.2 recoge el compromiso de los Estados partes de garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional so social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Y el párrafo 3 prevé: "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos".

Refiriéndose a la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados partes en el Pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que tales obligaciones son tanto de comportamiento como de resultado, y aunque algunas veces se ha hecho hincapié en las diferencias entre el artículo 2 del Pacto y su equivalente del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, "existen también semejanzas importantes", porque si bien el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de las limitaciones de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato, de las cuales dos resultan de particular importancia para comprender la índole de las obligaciones estatales: una consiste en que los Estados partes se comprometen a garantizar que los derechos reconocidos se ejercerán sin discriminación, la otra consiste en el compromiso de adoptar medidas, que en sí mismo no queda limitado ni condicionado por ninguna otra consideración; así que las medidas que tiendan a lograr el objetivo (la realización paulatina de derechos) "deben adoptarse en un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados"[74].

Las medidas legislativas pueden ser indispensables a muchos efectos y otra medida apropiada consiste en ofrecer recursos judiciales en relación con ciertos derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, pueden considerarse justiciables. Otras medidas que cabe considerar apropiadas incluyen las de carácter administrativo, financiero, educacional y social, entre otras[75].

En lo que respecta a sistemas políticos y económicos, el Pacto es neutral y no corresponde describir sus principios como basados exclusivamente en la necesidad o conveniencia de un sistema socialista o capitalista, o de una economía mixta, de planificación centralizada o basada en el laisser-faire, porque los derechos reconocidos

[74] Observación general N° 3 (1990), párrs. 1 y 2.
[75] *Ibíd.*, párrs. 3, 5 y 7.

en el Pacto pueden hacerse efectivos en el contexto de diversos sistemas económicos y políticos, a condición de que la interdependencia e indivisibilidad de los dos conjuntos de derechos humanos sean reconocidas y queden reflejadas en cada sistema[76].

La principal obligación, en cuanto a resultados, es adoptar medidas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que el Pacto reconoce. La expresión "progresiva efectividad" es utilizada con frecuencia para describir el resultado buscado. Tal concepto constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los DESC en general no puede lograrse en un breve período de tiempo; sin embargo, el hecho de contemplarse la efectividad a lo largo del tiempo "no ha de interpretarse equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"[77].

El Comité DESC tiene claro que, "por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales" y, por otra parte, aquella frase ("lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos") "debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Esto impone así la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo"[78].

En otras palabras, los Estados partes no están obligados a lograr el objetivo perseguido en el corto plazo, pero sí a adoptar medidas apropiadas en todo momento para dar pasos concretos en dirección a él. "Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno de los recursos de que se disponga"[79].

La opinión del Comité es que corresponde a cada Estado parte "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos"[80]. Un Estado parte en el que un importante número de personas está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de la salud, de vivienda o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie, no está cumpliendo las obligaciones

[76] *Ibíd.*, párr. 8.
[77] *Ibíd.*, párr. 9.
[78] *Ibíd.*
[79] *Ibíd.*
[80] *Ibíd.*, párr. 10.

que le impone el Pacto, y, puesto que el artículo 2.1 obliga a cada Estado parte a tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga", para que un Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un intento por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

También ha subrayado el Comité que aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas por un proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante programas de relativo bajo costo. Hay que destacar, asimismo, que la frase "hasta el máximo de los recursos de que disponga" no se refiere solamente a los recursos existentes en el ámbito interno, sino también a los que pone a disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales[81]. Por otro lado, el artículo 2 exige la optimización del uso de los recursos disponibles[82].

El combate efectivo a la pobreza es fundamental para la progresiva efectividad de los DESC. No se habla de esto, de manera específica, en ninguna de las disposiciones del Pacto, pero la "mejora continua de las condiciones de existencia", que se menciona en el artículo 11.1, supone la creación de las condiciones que permitan salir de la pobreza a quienes se encuentran en esa situación.

El deber de cooperación internacional aparece formulado en el artículo 2.1., así como en otros artículos[83], mientras que el artículo 2.3 se hace cargo de la desigualdad

[81] En relación con ello, el artículo 22 del Pacto prevé que el ECOSOC podrá señalar a la atención de otros órganos de las Naciones Unidas, sus órganos subsidiarios y los organismos especializados interesados que se ocupan de prestar asistencia técnica, toda cuestión que surja de los informes a que se refiere esa parte del Pacto que pueda servir para que dichas entidades se pronuncien, dentro de su esfera de competencia, sobre la conveniencia de las medidas internacionales que puedan contribuir a la aplicación efectiva y progresiva del Pacto. También es muy importante lo dispuesto en el artículo 23 del Pacto.

[82] Por consiguiente, adoptar medidas para combatir la corrupción hace parte de la obligación de utilizar hasta el máximo de los recursos disponibles. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General en su resolución 58/4, de 31 de octubre de 2003, subraya en su preámbulo la preocupación "por los casos de corrupción que entrañan vastas cantidades de activos, los cuales pueden constituir una proporción importante de los recursos del Estado" y la convicción de que "la disponibilidad de asistencia técnica puede desempeñar un papel importante para que los Estados estén en mejores condiciones de prevenir y combatir eficazmente la corrupción, entre otras cosas fortaleciendo sus capacidades y creando instituciones". *Vid.* sobre este tema VEGA, Juan Carlos, "La Corrupción y los Derechos Humanos", en VEGA, Juan C. (dir.) y SOMMER, Christian (coord.), *op. cit.*, pp. 366-370.

[83] Artículos 11.1, 11.2, 15.4 y 23. El debe de cooperar para el desarrollo está consagrado además en la Declaración sobre los principios de Derecho Internacional (1970), la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (1974) y la Declaración sobre el derecho al desarrollo (1986).

real de los Estados al prescribir obligaciones distintas según el grado de desarrollo y permitir que, respecto de las personas que no son nacionales suyos, los países en desarrollo garanticen en menor medida los derechos económicos, atendiendo a su economía nacional y sin dejar de considerar en debida forma los derechos humanos.

Con arreglo al artículo 4 del Pacto, los derechos garantizados por cada Estado parte podrán estar sometidos "únicamente a limitaciones determinadas por ley, solo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática".

B) En los artículos 6 a 16 se reconocen los siguientes derechos: 1) a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado; 2) al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que aseguren un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie -y a las mujeres en particular condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual-, así como condiciones de existencia dignas; a la seguridad y la higiene en el trabajo; a igual oportunidad de promoción a la categoría superior correspondiente; al descanso, disfrute del tiempo libre, limitación razonable de las horas de trabajo, vacaciones periódicas pagadas y remuneración de los días festivos[84]; 3) derechos colectivos del trabajo[85]; 4) derecho a la seguridad social; 5) protección y asistencia a la familia, especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto[86], y medidas especiales de protección a

[84] *Vid.* Observación general N° 23 (2016) sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias. "El Comité es consciente de que los conceptos de trabajo y trabajador han evolucionado desde el momento en que se redactó el Pacto y actualmente abarcan nuevas categorías, como las de los trabajadores por cuenta propia, los trabajadores del sector informal, los trabajadores agrícolas, los trabajadores refugiados y los trabajadores no remunerados", dice el párrafo 4. La Observación general N° 23 se refiere también a las trabajadoras, los trabajadores jóvenes y trabajadores de edad, trabajadores con discapacidad, trabajadores migrantes y trabajadores domésticos. A su vez, durante la pandemia de COVID-19 el teletrabajo se ha expandido. Definido como "trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios de telecomunicación y/o de una computadora" (Tesauro de la OIT, disponible en http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp), el teletrabajo implica el uso de las TIC. *Vid.* sobre este tema USHAKOVA, Tatsiana, "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, volumen 3, n° 4, octubre-diciembre de 2015.

[85] El artículo 8 del Pacto enuncia esos derechos, incluido "el derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país". Dicho artículo "no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado" (art. 8.2).

[86] El artículo 10.2 establece que, "durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social".

los niños, niñas y adolescentes, incluyendo la prohibición del trabajo infantil[87]; 6) a un nivel de vida adecuado, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia; 7) derecho de toda persona a estar protegida contra el hambre; 8) derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; 9) derecho a la educación; 10) derechos culturales.

Hay que incluir en el catálogo el derecho al agua. En este sentido, el Comité ha señalado que en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran derechos que dimanan del derecho a un nivel de vida adecuado, "incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados", y que el uso de la palabra "incluso" indica que esa enumeración no pretendía ser exhaustiva[88]. El derecho al agua se encuadra en la categoría de garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, sobre todo porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia[89]. El derecho humano al agua es el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico, siendo de destacar que un abastecimiento adecuado de agua salubre es necesario para evitar la muerte por deshidratación, reducir el riesgo de las enfermedades relacionadas con el agua y satisfacer las necesidades de consumo y cocina y las necesidades de higiene personal y doméstica[90].

El derecho a la alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente al ser humano y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos, así como inseparable de la justicia social, ya que requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todas las personas[91].

---

[87] El artículo 10.3 prevé que "debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social", y agrega que "su empleo en trabajos nocivos para su moral o salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

[88] Observación general N° 15 (2002), párr. 3.

[89] *Ibíd.*

[90] *Ibíd.*, párr. 2.

[91] Observación general N° 12 (1999), párr. 4. A su vez, la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, aprobada el 16 de noviembre de 1974 por la Conferencia Mundial de la Alimentación convocada por la Asamblea General a través de su resolución 3180 (XVIII), de 17 de diciembre de 1973, proclama que todos los hombres, mujeres y niños tienen el derecho inalienable a no padecer hambre y malnutrición a fin de poder desarrollarse plenamente y conservar sus facultades físicas y mentales y remarca que los gobiernos tienen la responsabilidad fundamental de colaborar entre sí para lograr una mayor producción alimentaria y una distribución más equitativa y eficaz de los alimentos entre los países y dentro de ellos. La Asamblea General

La salud es un derecho humano fundamental, indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, afirma el Comité, subrayando que a la vez depende de otros derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a la integridad personal, a la vida privada, al acceso a la información y las libertades de asociación, reunión y circulación[92].

Si bien no se adoptó la definición de salud que postula el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[93], la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 se hace al "más alto nivel posible de salud física y mental" da a entender que no se trata solo de la atención de la salud[94]. El historial de la elaboración y redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 revela la intención de hacer extensivo el derecho a la salud a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación, la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano[95].

C) En general, no solo se reconoce un derecho, o más de uno, en cada precepto, sino que también se indican medidas a adoptar a fin de asegurar su plena efectividad. A título ejemplificativo, cabe citar que el párrafo 2 del artículo 11 dispone que los Estados partes, "reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre", adoptarán medidas para mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, junto con la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios apuntando a lograr la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales (apartado a), además de medidas para asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades alimentarias, teniendo en cuenta tanto los problemas de los países que importan productos alimenticios como los problemas de los países que los exportan (apartado B). Otro ejemplo se aprecia en el artículo 12.2, del cual surge que entre las medidas a adoptar por los Estados partes en el Pacto para asegurar la plena efectividad del derecho a la salud han de figurar las necesarias para la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio

hizo suya la Declaración mediante resolución 3348 (XXIX), de 17 de diciembre de 1974.

[92] Observación general N° 14 (2000), párrs. 1 y 3.

[93] Según la cual, el concepto de salud implica un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente ausencia de afecciones o enfermedades.

[94] Observación general N° 14, párr. 4.

[95] *Ibíd.*

ambiente; la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra esas enfermedades, y la creación de las condiciones que aseguren a todas las personas asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Se impone decir que las medidas necesarias para la prevención y el tratamiento de las enfermedades "de otra índole", como las que alcanzan niveles de pandemia, por ejemplo, han concitado atención y generado debate en el marco de la pandemia de COVID-19.

El Pacto no reconoce el derecho a un medio ambiente sano, pero al prever que se adopten medidas para el mejoramiento del medio ambiente en el marco del derecho a la salud admite la interrelación entre uno y otro derecho.

Los términos del artículo 13 ponen de manifiesto la importancia de la educación, reafirmada por las siguientes consideraciones del Comité DESC: "La educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos. Como derecho del ámbito de autonomía de la persona, (...) es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades", desempeñando "un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico"[96]. No es nueva la idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer, pero la importancia de la educación también debe verse desde el punto de vista individual, "pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana"[97].

El párrafo 1 del artículo 13 se enfoca en los propósitos y objetivos de la educación, aspecto del que nos ocuparemos en particular en otro capítulo de este libro, y el párrafo 2 sienta las bases para lograr el pleno ejercicio del derecho concernido: 1) enseñanza primaria obligatoria y gratuita; 2) la enseñanza secundaria debe ser generalizada y hacerse accesible a todas las personas, por todos los medios que sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita, lo cual vale para las diferentes formas de la enseñanza secundaria, incluso la técnica y profesional; 3) la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada persona, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; 4) debe fomentarse o intensificarse la educación fundamental para aquellas personas que no

[96] Observación general N° 13 (1999), párr. 1.
[97] *Ibíd.*

hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria[98]; 5) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema educativo en todos los niveles de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.

La Observación general N° 13 permite comprender el significado de ciertas expresiones. Así, la expresión "generalizada" significa, en primer lugar, que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno o alumna, y, en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones[99]. Por otro lado, la educación fundamental corresponde a la enseñanza básica, conforme a la definición que figura en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, y puesto que toda persona tiene el derecho de satisfacer sus "necesidades básicas de aprendizaje", no se limita a quienes "no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria" sino que abarca a quienes todavía no han satisfecho "sus necesidades básicas de aprendizaje"[100].

Otras dos cuestiones son abordadas en relación con la educación: 1) los Estados partes se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de elegir para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que tales escuelas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones[101]; 2) nada de lo dispuesto en el artículo 13 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 que la educación impartida en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

El artículo 15.1 enuncia el derecho de toda persona a participar en la vida cultural,

[98] En este punto, el Pacto aclara el significado de la educación fundamental, solo mencionada en la Declaración Universal (art. 26).

[99] Observación general N° 13, párr. 13. En cuanto a la accesibilidad, aspecto abordado en el párrafo 6 de la misma Observación general, hay que mencionar que una de sus dimensiones es la accesibilidad material, que se traduce en que la educación ha de ser asequible materialmente, ya sea por su localización geográfica de acceso razonable o por medio de la tecnología moderna (mediante el acceso a programas de educación a distancia).

[100] *Ibíd.*, párrs. 22 y 23

[101] El artículo 26.3 de la DUDH proclama que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". Y el artículo 18. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".

gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora[102]. El derecho consagrado en el apartado C) del párrafo 1 del artículo 15 es distinto de los derechos de propiedad intelectual, que son medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad y alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, entre otras cosas[103]. En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son temporales y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros, mientras que el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado[104].

También establece el artículo 15 el compromiso de los Estados partes de respetar "la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora" (art. 15.3) y pone de resalto los beneficios que derivan del fomento de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestione científicas y culturales (art. 15.4).

C) El Comité DESC ha dejado en claro que "los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado esté en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto", que la omisión de esta responsabilidad "es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos" y que "cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última"[105].

D) De acuerdo con los Principios de Limburgo[106], es posible lograr la efectividad de

[102] En similares términos está redactado el artículo 27 de la DUDH.

[103] Observación general N° 17 (2005), párr. 1.

[104] *Ibíd.*, párr. 2.

[105] Observación general N° 9 (1998), párrs. 14 y 15.

[106] Los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fueron elaborados por un grupo de 29 expertos en el campo del Derecho Internacional convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos), que se reunió en Maastricht los días 2 a 6 de junio de 1986.

los DESC en distintos contextos políticos, porque su plena realización no responde a un solo camino. Es así como se han registrado éxitos y también fracasos tanto en economías de mercado como en economías dirigidas, tanto en estructuras políticas centralizadas como descentralizadas.

Dado que la realización progresiva de los derechos enunciados en el Pacto es relevante para el desarrollo, debería darse especial atención a la adopción de medidas para mejorar el nivel de vida de los pobres y otros grupos desfavorecidos, teniendo en cuenta la posible necesidad de adoptar medidas especiales para proteger los derechos culturales de los pueblos indígenas y las minorías.

La obligación de lograr progresivamente la plena efectividad de los DESC no será interpretada "de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente esfuerzos destinados a lograr la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados Partes tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto", obligación que existe independientemente de cualquier aumento de recursos y requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.

3.7. Otros instrumentos del sistema universal

Existen diversos instrumentos específicos en el sistema universal, que están enfocados en ciertos tipos especiales de violación de derechos o en la protección de determinados grupos. Aquí veremos algunos. Aquí veremos algunos de esos instrumentos.

A) La Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio fue adoptada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1948. A través de su artículo 1, las Partes contratantes confirman que el genocidio, sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de Derecho Internacional que se comprometen a prevenir y a sancionar.

En la Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos siguientes, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: A) matanza de los miembro del grupo; B) lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; C) sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; D) medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; E) traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo (art. II)[107]. Serán

[107] Cinco décadas después, el Estatuto de Roma (1998), en su artículo 6, ha mantenido la misma definición del crimen de genocidio.

castigados el genocidio, la asociación para cometerlo, la instigación directa y pública a cometerlo, la tentativa de genocidio y la complicidad en el genocidio (art. III). Las personas que hayan cometido genocidio o cualquiera de los actos que se acaba de enumerar serán castigadas, ya sean gobernantes, funcionarios o particulares (art. IV).

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellos Estados que hayan reconocido su jurisdicción. Hay que recordar que la Corte Penal Internacional fue creada por el Estatuto de Roma, el cual entró en vigor el 1 de julio de 2002.

B) Precedida por la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1963), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial fue adoptada por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, y entró en vigor en 1969. En la Convención, "la expresión 'discriminación racial' denota 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 esfera política, económica, social, cultural o en cualquiera otra esfera pública" (art. 1.1).

Tanto esta definición como la contenida en el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) sirven para precisar el concepto de discriminación[108].

La Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que hagan los Estados partes en ella entre ciudadanos y no ciudadanos (art. 1.2). Además, las normas de la Convención no podrán interpretarse en un sentido que afecte de algún modo las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, "siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular" (art. 1.3).

El artículo 1.4 prevé la posibilidad de adoptar medidas de discriminación positiva ("medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso

[108] Además, la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre las *Consecuencias legales para los Estados de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia* (1971), ha dicho que la definición de discriminación que se encuentra en la Convención debe considerarse como una interpretación válida del significado y alcance de las normas sobre discriminación contenidas en la Carta de las Naciones Unidas.

de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales"), puntualizándose que "no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron".

Los Estados partes condenan la discriminación racial y asumen el compromiso de seguir, "por todos los medios apropiados y sin dilaciones", una política orientada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre las personas de distintas razas. Para ello, cada Estado parte no incurrirá en ningún acto o práctica de discriminación racial contra personas, grupos o instituciones y velará por que todas las autoridades públicas e instituciones públicas, nacionales y locales, cumplan esa obligación. Tampoco fomentará o apoyará la discriminación racial practicada por ciertas personas u organizaciones. Asimismo, adoptará medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla cuando ya exista. Por otro lado, prohibirá y hará cesar por todos los medio apropiados, incluso medidas legislativas, la discriminación racial practicada por personas, grupos u organizaciones[109].

Los crímenes racistas ocurridos en los Estados Unidos en 2020 engrosan la lista de casos similares ocurridos en ese país y revelan una vez más la necesidad de cumplir estrictamente los compromisos asumidos en el marco de la Convención, y de poner en práctica medidas como las contempladas en la Declaración y Programa de Acción de Durban[110].

[109]También está previsto en la misma norma (art. 2) que "cada Estado Parte se compromete a estimular, cuando fuere el caso, organizaciones y movimientos multirraciales integracionistas y otros medio encaminados a eliminar las barreras entre las razas, y a desalentar todo lo que tienda a fortalecer la división racial" (art. 2.1.e).

[110]Entre las medidas en el plano nacional propuestas en el Programa de Acción figuran: 1) Que los Estados elaboran y apliquen en forma cabal políticas y programas eficaces para prevenir y detectar los casos de faltas graves de los funcionarios de policía y otros miembros de las fuerzas del orden motivadas por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y enjuicien a los autores de esas faltas (párr. 71); 2) Que los Estados elaboren, apliquen y hagan cumplir medidas eficaces para eliminar el fenómeno conocido como "establecimiento de perfiles raciales" y que comprende la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas (párr. 72).

También los Estados partes condenan específicamente la segregación racial y el apartheid[111], asumiendo el compromiso de prevenir, prohibir y eliminar en los territorios bajo su jurisdicción todas las prácticas de esa naturaleza. Se suma la condena a toda la propaganda y a todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretenda justificar o promover el odio racial y la discriminación racial.

Los Estados partes se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas con el objeto de eliminar toda incitación a tal discriminación, y teniendo en cuenta los principios incorporados en la DUDH, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la Convención, declararán como acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico[112], y toda asistencia a las actividades racistas, incluyendo su financiación. Además, el artículo 4 impone la obligación de declarar ilegales y prohibir las organizaciones, así como las actividades de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, debiendo también establecerse que la participación en tales organizaciones o actividades constituye un delito penado por la ley. Juno con ello, los Estados partes no permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.

El artículo 5 contiene un listado de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales cuyo goce los Estados partes se comprometen a garantizar sin distinción de raza, color, origen nacional o étnico. Son derechos ya reconocidos en la DUDH, aunque con la novedad del derecho a heredar y el derecho de acceso a todos los lugares y servicios destinados al uso público, tales como los medios de transporte, hoteles, cafés, espectáculos y parques.

[111] Con arreglo al artículo II de la Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid (1973), la expresión "crimen de apartheid" denotará una serie de "actos inhumanos cometidos con el fin de instituir y mantener la dominación de un grupo racial de personas sobre cualquier otro grupo racial de personas y de oprimirlo sistemáticamente". Tales actos se encuentran especificados en esa norma.

[112] Así, por ejemplo, el artículo 3 de la ley 23.592 dispone: "Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma. En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o incitaren a la persecución racial o el odio contra un persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas". La ley 23.952 fue sancionada el 3 de agosto de 1988 (B.O., 5 de septiembre de 1988).

Los Estados partes deben asegurar, a todas las personas que se hallen bajo su jurisdicción, protección y recursos efectivos ante los tribunales nacionales competentes y otras instituciones estatales contra todo acto de discriminación racial, "así como el derecho de pedir a esos tribunales satisfacción o reparación justa y adecuada por todo daño de que puedan ser víctimas como consecuencia de tal discriminación" (art. 6).

El compromiso de tomar medidas inmediatas y eficaces, especialmente en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios raciales y promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y los diversos grupos raciales o étnicos (art. 7)[113] cierra la Primera Parte de la Convención.

C) La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Antes, el 9 de diciembre de 1975, se adoptó la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Penas o Crueles, Inhumanos o Degradantes.

A los efectos de la Convención, "se entiende por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia". Esta definición, contenida en el artículo 1.1, se completa con lo siguiente: "No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a estas"[114]. A su vez, el artículo 1.2 consagra el

[113] En la misma disposición se habla de "propagar los propósitos y principios de la Carta Magna de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la presente Convención".

[114] La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985) expresa esa idea de manera más clara: "No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo" (art. 2). La Convención Interamericana dispone que se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica".

principio pro persona, como vimos en el capítulo anterior.

La obligación de tomar medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción pesa sobre todo Estado parte (art. 2.1). "En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura" (art. 2.2), y tampoco podrá invocarse como justificación una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública (art. 2.3).

No se procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado "cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura" (art. 3.1)[115]. Además, todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura, así como toda tentativa de cometer tortura y todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura, sean tipificados como delito según su legislación penal, y estos delitos serán castigados con penas adecuadas teniendo en cuenta su gravedad. Así está dispuesto en los párrafos 1 y 2 del artículo 4.

Un Estado parte dispondrá lo necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos mencionados en el artículo 4 en los siguientes casos: A) cuando se cometan en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o buque matriculados en ese Estado; B) cuando el presunto delincuente sea nacional de dicho Estado, o lo sea la víctima y el Estado de que se trate lo considera apropiado (art. 5.1). La Convención "no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales" (art. 5.3).

Un Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se sospecha que ha cometido cualquiera de los delitos a que se refiere el artículo 4 puede proceder a la detención de dicha persona o adoptar otras medidas para asegurar su presencia, si considera, luego de examinar la información de que dispone, que las circunstancias lo justifican. De inmediato, procederá a una investigación preliminar de los hechos.

Cuando un Estado, en virtud del artículo 6.1, detenga a una persona, notificará inmediatamente la detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que hace referencia el artículo 5.1., debiendo comunicarles sin dilación los resultados de la investigación preliminar prevista en el artículo 6.2 e indicar si se propone ejercer

[115] A los efectos de determinar si existen esas razones, deberán tenerse en cuenta todas las circunstancias pertinentes, "inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos" (art. 3.2).

su jurisdicción. A su vez, el artículo 7.1 enuncia el principio aut dedere aut iudicare, es decir, extraditar o juzgar.

Los delitos a que se refiere el artículo 4 de la Convención se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre los Estados partes, que se comprometen a incluir dichos delitos en todo tratado de extradición que celebren en el futuro (art. 8.1). Si un Estado parte que subordina la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado parte con el que no tiene tratado al respecto, podrá considerar la Convención como la base jurídica necesaria para la extradición, la cual quedará sujeta a las demás condiciones exigibles por el Derecho del Estado requerido (art. 8.2), mientras que los Estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán aquellos delitos como casos de extradición, bajo las condiciones exigibles por el Derecho del Estado requerido (art. 8.3). "A los fines de la extradición entre los Estados Partes, se considerará que los delitos se han cometido no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los Estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 5" (art. 8.4)[116].

Los Estados partes han de prestarse todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el artículo 4, inclusive el aporte de todas las pruebas que obren en su poder (art. 9.1).

Una educación y una formación completas sobre la prohibición de la tortura han de existir en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión, por lo que todo Estado parte debe incluir dicha prohibición en las normas o instrucciones relativas a los deberes y funciones de esas personas, según lo previsto en los párrafos 1 y 2 del artículo 10. Asimismo, todo Estado parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones relativas a la custodia y al tratamiento de las personas privadas de su libertad en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, para evitar todo caso de tortura (art. 11).

Las autoridades competentes deben proceder a una investigación pronta e imparcial,

[116] Hay que recordar, además, que todo Estado parte tomará las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 de la Convención en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del artículo 5 (art. 5.2).

siempre que haya motivos razonables para creer que se ha cometido tortura dentro de la jurisdicción de un Estado parte, y toda persona que alegue haber sido víctima de tortura en cualquier territorio bajo la jurisdicción de un Estado parte tiene derecho a presentar una queja y a que su caso sea examinado de manera pronta e imparcial por las autoridades estatales competentes, debiendo tomarse medidas para que la persona denunciante y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la denuncia o del testimonio prestado. A estas disposiciones contenidas en los artículos 12 y 13 se suma lo previsto en el artículo 14: debe garantizarse a la víctima de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para una rehabilitación lo más completa posible, y en caso de muerte de la víctima, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización[117].

Ninguna declaración que se demuestre ha sido hecha como resultado de tortura puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento, "salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración" (art. 15). Por último, el artículo 16.1 se refiere a la prohibición de otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura de acuerdo con la definición contenida en el artículo 1, "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".

El artículo 16.2 contempla que la Convención "se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión". Se trata de una nueva aplicación del principio pro persona.

D) Además de los instrumentos examinados en este capítulo, y de los que se analizan en otros capítulos de este libro, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño, cabe mencionar la Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1999); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (2000); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños,

[117] En el artículo 14.2 aparece una nueva aplicación del principio pro persona en estos términos: "Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales".

la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía infantil (2000); el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2002); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006); la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (2006); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007); el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (2011) y la Declaración sobre el Derecho a la Paz (2016), entre otros instrumentos específicos.

Regresar al Sumario

4. Órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas

José A. Musso

4.1. Sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos

"El sistema de órganos de tratados de derechos humanos está integrado por un conjunto de tratados básicos (9) y de protocolos facultativos (8), existiendo 10 comités de expertos independientes que reúnen a 172 expertos en total[1]".

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado en 2014 una resolución reconociendo "*la importancias, el valor y la singularidad de la función que desempeñan cada uno de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos y su contribución a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular mediante el examen de los avances logrados por los Estados partes en los tratados de derechos humanos(...) en el cumplimiento de las obligaciones que les incumben y mediante la formulación de recomendaciones a esos Estados respecto de la aplicación de los tratados*"[2].

En la misma resolución, la Asamblea General reafirma la importancia de la independencia de tales órganos, y también que la imparcialidad e independencia de los miembros de estos "es esencial para que puedan cumplir sus deberes y responsabilidades de conformidad con los respectivos tratados", recordando "que deben ser personas de gran integridad moral y ejercer sus funciones a título personal".

Reconoce asimismo la Asamblea General que los Estados partes en dichos tratados "tienen la obligación jurídica de presentar periódicamente a los órganos creados en virtud de esos tratados informes sobre las medidas que han adoptado para dar efecto a las disposiciones de los tratados", y señala la necesidad de aumentar el grado de

[1] Estado del sistema de órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos, Informe del Secretario General, 6 de agosto de 2018. A/73/309.

[2] Resolución 68/268, de 9 de abril de 2014.

cumplimiento de tal obligación[3].

Todos los órganos de que se trata, con excepción del Subcomité para la Prevención de la Tortura, deben recibir y estudiar los informes de los Estados partes sobre la forma en que están aplicando las disposiciones de los tratados, mientras que ocho de esos órganos pueden recibir y estudiar las comunicaciones individuales en que se afirme la violación de derechos reconocidos, siempre que el Estado en cuestión haya aceptado ese procedimiento; además, los órganos creados en virtud de tratados llevan a cabo otras funciones de conformidad con los respectivos tratados, como acciones urgentes, investigaciones, solicitudes de más información sobre la aplicación de los tratados (que se conoce también como procedimiento de seguimiento), denuncias interestatales, observaciones generales y procedimientos de alerta temprana[4].

4.2. La protección de los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

A) El artículo 28 del Pacto establece un Comité de Derechos Humanos, compuesto de dieciocho miembros, nacionales de los Estados partes en el Pacto, que deberán ser personas de gran integridad moral y con reconocida competencia en materia de derechos humanos, tomándose en consideración la utilidad de la participación de algunas personas con experiencia jurídica. Los miembros del Comité serán elegidos y ejercerán sus funciones a título personal[5].

"La independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos son esenciales para el desempeño de sus funciones y responsabilidades y les obliga a prestar sus servicios a título personal", dicen las directrices de Addis Abeba[6], agregando que esas personas "no solo serán independientes e imparciales, sino que deberán parecerlo a juicio de un observador razonable".

El Comité no podrá comprender más de un nacional de un mismo Estado, y la elección de sus miembros se celebrará en una reunión de los Estados partes en el

[3] *Ibíd.*

[4] *Vid.* Informe mencionado en nota 1.

[5] El artículo 38 del Pacto refuerza el compromiso de actuar a título personal y con completa independencia al decir que, "antes de entrar en funciones, los miembros del Comité declararán solemnemente en sesión pública del Comité que desempeñarán su cometido con toda imparcialidad y conciencia".

[6] Directrices sobre la independencia y la imparcialidad de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos ("directrices de Addis Abeba"), recomendadas por los presidentes de dichos órganos en su 24ª. reunión, celebrada en Addis Abeba en junio de 2012.

Pacto convocada por el Secretario General de las Naciones Unidas en la Sede de la Organización. Los miembros del Comité son elegidos por cuatro años y podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura (art. 32.1). Los períodos ordinarios de sesiones del Comité son normalmente tres cada año y es posible convocar períodos extraordinarios. Las sesiones tienen lugar en la Sede de las Naciones Unidas o en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra[7] y son públicas, a menos que el Comité decida lo contrario o de las disposiciones pertinentes del Pacto o del Protocolo Facultativo del Pacto se desprenda que la sesión deba celebrarse en privado[8].

B) Con arreglo al artículo 40 del Pacto, los Estados partes asumen el compromiso de presentar informes sobre las disposiciones que hayan adoptado y que den efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso alcanzado en cuanto a su goce. En el plazo de un año a contar desde la fecha de entrada en vigor del Pacto con respecto al Estado parte de que se trate se debe presentar el informe inicial, y el Comité, según lo previsto en los párrafos 1 y 2 del artículo 66 de su reglamento, podrá pedir que se presenten informes con la periodicidad que decida o en todo momento que juzgue procedente, debiendo fijar las fechas en que habrán de presentarse. En sus observaciones finales sobre cada informe el Comité fija la fecha de presentación del siguiente informe periódico.

En cada período de sesiones, el Secretario General de las Naciones Unidas notificará al Comité de todos los casos en que no se hayan presentado los informes o la información adicional solicitados, y el Comité podrá enviar, a través del Secretario General, el respectivo recordatorio al Estado parte interesado. Si después de transmitido el recordatorio no se presenta el informe o la información adicional pendiente, el Comité señalará la situación en el informe anual que presenta a la Asamblea General por conducto del ECOSOC. Los informes deben presentarse al Secretario General, quien los transmitirá al Comité para su examen. Después de celebrar consultas con el Comité, el Secretario General podrá transmitir a los organismos especializados interesados copias de las partes de los informes que correspondan a la esfera de competencia de dichos organismos.

Con arreglo al artículo 40.2, los informes señalarán los factores y las dificultades, si los hubiere, que afecten a la aplicación del Pacto. Hay que tener en cuenta, además, que los Estados partes en el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos destinado a abolir la pena de muerte deberán incluir en los informes que presenten al Comité de Derechos Humanos en virtud del artículo

[7] De acuerdo con el artículo 5 del reglamento del Comité, este podrá decidir, en consulta con el Secretario General, celebrar un período de sesiones en otro lugar.

[8] Artículo 33 del reglamento del Comité.

40 del Pacto información sobre las medidas que hayan adoptado para poner en vigor dicho Protocolo[9].

El procedimiento que sigue el Comité de Derechos Humanos para el examen de los informes periódicos incluye, como primer paso, el estudio de cada informe por un grupo de trabajo. En esta instancia, se puede solicitar información adicional al Estado en caso de ser necesario. Luego el plenario del Comité procede a un nuevo estudio, en sesión pública y en debate directo de sus miembros con los representantes estatales ("diálogo constructivo"). Las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil pueden presenciar el debate pero no intervenir[10]. El examen del informe concluye con las observaciones finales, que destacan los aspectos positivos y los principales motivos de preocupación y contienen recomendaciones.

Así, a modo de ejemplo, cabe señalar que en las observaciones finales sobre el quinto informe periódico de la Argentina, el Comité menciona, entre los aspectos positivos, la adopción de la ley que crea el Sistema Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2012) y de la ley de identidad de género (2012). También acoge con satisfacción la ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el 24 de octubre de 2011. Entre los motivos de preocupación subraya que el Estado debe incrementar sus esfuerzos para prevenir y combatir todas las formas de violencia de género, asegurando la aplicación efectiva del marco legislativo en vigor en todos los niveles del Estado y dotándolo de los recursos necesarios para su cumplimiento, y observa la violencia institucional penitenciaria que se manifiesta por el elevado número de casos de tortura y malos tratos contra personas privadas de su libertad, mientras que una de las recomendaciones es la adopción de medidas eficaces para mejorar las condiciones materiales de los centros penitenciarios, reducir el hacinamiento existente y responder debidamente a las necesidades fundamentales de todas las personas privadas de libertad, en particular el acceso a la salud.

El quinto informe de la Argentina fue examinado los días 29 y 30 de junio de 2016. El Comité le ha pedido al Estado argentino que presente su próximo informe periódico a más tardar el 15 de julio de 2022 y que al prepararlo celebre amplias consultas con la sociedad civil y las organizaciones no gubernamentales que actúan en el país[11].

[9] Artículo 3 del Protocolo.

[10] *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección convencional de los derechos humanos", en MUSSO, José A., *op. cit.*, pp. 72-73. *Vid.* también RUILOBA ALVARIÑO, Julia, *op. cit.*, pp. 131-132.

[11] Además, habida cuenta de que Argentina ha aceptado el procedimiento simplificado de presentación de informes, el Comité le transmitirá, llegado el momento, una lista de cuestiones previa a la presentación del informe.

C) De conformidad con el artículo 40.4, el Comité transmitirá además los comentarios generales que estime oportunos a los Estados partes y podrá transmitir al ECOSOC esos comentarios con copia de los informes recibidos de los Estados partes, pudiendo estos presentar al Comité observaciones sobre cualquier comentario hecho con arreglo a tal dispositivo (art. 40.5).

Desde 2001 el Comité de Derechos Humanos cuenta con un Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales[12], quien prepara un informe sobre sus actividades consignando las informaciones de seguimiento por cada Estado. Tal informe forma parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.

D) Los artículos 41 y 42 del Pacto regulan un segundo mecanismo de control: las comunicaciones interestatales.

El artículo 41.1 dispone que todo Estado parte en el Pacto podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple las obligaciones que impone el Pacto. Solo podrán admitirse y examinarse tales comunicaciones si son presentadas por un Estado parte que haya hecho una declaración reconociendo con respecto a sí mismo la competencia del Comité, y a su vez este no admitirá ninguna comunicación relativa a un Estado parte que no haya hecho la misma declaración.

Las comunicaciones tramitarán de conformidad con el procedimiento establecido en aquellos artículos, y antes de la intervención del Comité está previsto que si un Estado parte considera que otro Estado parte no cumple las disposiciones del Pacto podrá señalar el asunto a la atención de este último mediante una comunicación escrita. Si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados en un plazo de seis meses desde la fecha en que el Estado destinatario haya recibido la comunicación, cualquiera de ellos tendrá derecho a someterlo al Comité, que conocerá del asunto luego de cerciorarse que se han interpuesto y agotado todos los recursos de la jurisdicción interna disponibles, de conformidad con los principios de Derecho Internacional generalmente admitidos, regla no aplicable cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de

[12] El Relator Especial para el seguimiento de las observaciones finales evalúa las informaciones que el Estado presenta al Comité en el plazo de un año sobre las medidas que haya adoptado para cumplir ciertas recomendaciones sobre situaciones graves o urgentes que el Comité haya seleccionado. Los informes de seguimiento deben ajustarse a las directrices del Comité y se referirán a las recomendaciones seleccionadas. El Comité recibirá también informes de seguimiento alternativos de instituciones nacionales de derechos humanos, organizaciones no gubernamentales y otras organizaciones de la sociedad civil. *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección convencional. . . ", *op. cit.*, pp. 89-90.

los Estados partes interesados a fin de llegar a una solución amistosa de la cuestión, basada en el respeto de los derechos reconocidos en el Pacto.

Si un asunto remitido al Comité no se resuelve a satisfacción de los Estados interesados, el Comité, con el previo consentimiento de estos, podrá designar una Comisión Especial de Conciliación[13], que pondrá sus buenos oficios a disposición para llegar a una solución amistosa basada en el respeto al Pacto. Si se alcanza una solución amistosa, la Comisión limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución alcanzada. En caso contrario, el informe de la Comisión incluirá sus conclusiones sobre todas las cuestiones de hecho pertinentes y sus observaciones acerca de las posibilidades de solución amistosa, y los Estados partes interesados deberán notificar al Presidente del Comité, dentro del plazo de tres meses desde la recepción del informe, si aceptan o no los términos de este.

Respecto de los Estados partes en el Pacto que hayan hecho una declaración en virtud del artículo 41, el Segundo Protocolo del Pacto (art. 4) dispone que la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones interestatales se hará extensiva a las disposiciones del Segundo Protocolo, a menos que el Estado parte interesado haya hecho una declaración en sentido contrario en el momento de la ratificación de tal Protocolo o de su adhesión a él.

E) El tercer mecanismo de protección ha sido introducido por el Protocolo Facultativo del Pacto al disponer, en su artículo 1, que todo Estado parte en el Pacto que llegue a ser parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y aleguen ser víctimas de una violación, por el mismo Estado, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea parte en el Protocolo.

Respecto de los Estados partes en el Protocolo Facultativo, la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de personas sujetas a su jurisdicción se hará extensiva a las disposiciones del Segundo Protocolo Facultativo, "a menos que el Estado Parte interesado haya hecho una declaración en sentido contrario en el momento de la ratificación o la adhesión", dispone el artículo 5 del Segundo Protocolo.

Todo individuo que alegue una violación de cualquiera de los derechos enumerados

[13] La Comisión estará integrada por cinco personas aceptables para los Estados partes interesados. Si al cabo de tres meses dichos Estados no se ponen de acuerdo sobre la composición, en todo o en parte, de la Comisión, los miembros faltantes serán designados por el Comité, de entre sus propios miembros, en votación secreta y por mayoría de dos tercios (art. 42.1.b).

en el Pacto y haya agotado todos los recursos internos disponibles podrá someter a la consideración del Comité una comunicación escrita, siendo inadmisible toda comunicación que sea anónima o que, a juicio del Comité, constituya un abuso del derecho a presentar comunicaciones individuales o sea incompatible con las disposiciones del Pacto (arts. 2 y 3).

A reserva de esto último, el Comité pondrá toda comunicación en conocimiento del Estado parte del que se afirme que ha violado cualquiera de las disposiciones del Pacto, y en un plazo de seis meses dicho Estado deberá presentar al Comité por escrito explicaciones o declaraciones que aclaren el asunto, señalando las medidas que eventualmente haya adoptado al respecto (art. 4).

Las comunicaciones serán examinadas tomando en cuenta toda la información escrita facilitada por el individuo (puede tratarse de más de una persona) y el Estado parte interesado. Ninguna denuncia individual será examinada sin antes haberse el Comité cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales. Por ende, si ya se ha presentado una petición sobre el mismo asunto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos declarará inadmisible la queja.

El segundo requisito previsto en el artículo 5.2 es el agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna. La misma norma contempla la excepción a la regla: cuando la tramitación de los recursos se prolongue de manera injustificada.

Cuando examine las comunicaciones, el Comité celebrará sus sesiones a puerta cerrada (art. 5.3)[14], y sus observaciones (dictamen) serán presentadas al Estado parte y al individuo (art. 5.4).

Normalmente, la comunicación deberá ser presentada por la propia persona que alega ser víctima de una violación de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto, o por un representante suyo; no obstante, es posible aceptar una comunicación presentada en nombre de una presunta víctima cuando sea evidente que esta no se encuentra en condiciones de presentarla personalmente[15].

[14]Con arreglo al artículo 88 del reglamento del Comité, las sesiones en las que el Comité examine cuestiones de carácter general, como los procedimientos de aplicación del Protocolo, podrán ser públicas si el Comité así lo decide. Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 del reglamento, el Comité podrá publicar, por conducto del Secretario General, comunicados dirigidos a los medios de información y al público en general sobre sus actuaciones en sus sesiones privadas.

[15]Artículo 96, apartado b), del reglamento del Comité. Además, para decidir sobre la admisibilidad de la comunicación, se comprobará que esta no constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación. En principio, la demora en presentar una comunicación no puede invocarse como base de una decisión de inadmisibilidad ratione temporis fundada en el abuso del

En los casos en que las partes hayan presentado información relativa tanto a la admisibilidad como al fondo, o en los casos en que se haya adoptado una decisión sobre la admisibilidad y las partes hayan presentado información sobre el fondo, el Comité examinará la comunicación teniendo en cuenta toda la información presentada por escrito y emitirá su dictamen al respecto. No se pronunciará sobre el fondo de la comunicación sin haber examinado la aplicabilidad de todos los motivos de admisibilidad[16]. Asimismo, designará un relator especial para el seguimiento del dictamen aprobado en virtud del artículo 5.4 del Protocolo Facultativo, a fin de cerciorarse de que se han tomado las medidas para darle efecto.

Se puede solicitar la adopción de medidas provisionales para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación denunciada[17]. En tal caso, el Comité informará al Estado parte interesado que su opinión sobre las medidas provisionales no implica ninguna decisión sobre el fondo de la comunicación.

F) El Comité presentará a la Asamblea General, por conducto del ECOSOC, un informe anual sobre sus actividades, incluyendo un resumen de las actividades en virtud del Protocolo Facultativo y de las actividades de seguimiento de los dictámenes[18].

4.3. Mecanismos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales

A) El PIDESC no creó un órgano de protección de los derechos reconocidos en él. Por eso prevé que los Estados partes presenten informes al Secretario General de las Naciones Unidas sobre las medidas adoptadas y los progresos alcanzados con el fin de asegurar el respeto a esos derechos, y que el Secretario General transmita copias al ECOSOC, para que los examine conforme a lo dispuesto en el Pacto, y a los organismos especializados en la medida en que los informes o partes de ellos tengan relación con materias que sean de la competencia de esos organismos de acuerdo con sus instrumentos constitutivos (art. 16).

El Pacto dispuso además que el ECOSOC podía concluir acuerdos con los organismos

derecho a presentar una comunicación, pero podrá considerarse abuso de ese derecho la presentación de una comunicación 5 años después del agotamiento de los recursos internos o, en su caso, 3 años después de la conclusión de otro procedimiento de examen o arreglo internacionales, a menos que la demora esté justificada en función de todas las circunstancias de la comunicación, según el artículo 96, apartado c), del reglamento. Esta norma se aplica a las comunicaciones recibidas a partir del 1 de enero de 2012.

[16] Párrafos 1 y 2 del artículo 100 del reglamento del Comité.

[17] Artículo 92 del reglamento del Comité.

[18] Artículo 45 del Pacto, 6 del Protocolo Facultativo y 101.4 del reglamento del Comité.

especializados a fin de que estos presentaran informes relativos al cumplimiento de las disposiciones del Pacto correspondientes a su campo de actividades, y que podía transmitir a la Comisión de Derechos Humanos, que entonces existía como órgano subsidiario del ECOSOC, los informes presentados por los Estados y los organismos especializados para su estudio y recomendación de carácter general[19].

B) El ECOSOC creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales mediante la resolución 1985/17, de 28 de mayo de 1985, estando compuesto el órgano de dieciocho expertos independientes que son elegidos para mandatos de cuatro años y pueden ser reelegidos[20].

C) De conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto, los Estados partes se comprometen a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, para asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el Pacto, debiendo presentarlos por etapas, con arreglo al programa establecido. Cada Estado parte debe presentar su informe inicial en un plazo de dos años a partir de la entrada en vigor del Pacto respecto de dicho Estado e informes periódicos cada cinco años.

La obligación de presentar informes cumple varios objetivos principales, especificados en la Observación general N° 1 (1989), entre ellos asegurar que cada Estado parte emprenda un amplio examen de la legislación, las normas y procedimientos administrativos y las prácticas nacionales procurando su ajuste a las disposiciones del Pacto, así como facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos con respecto a la aplicación del Pacto y estimular la participación de los diversos sectores de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las respectivas políticas.

Cada informe es examinado inicialmente por un grupo de trabajo que se reúne seis meses antes de que el Comité proceda al examen. El grupo de trabajo hace un estudio preliminar del informe y prepara listas escritas de preguntas, pidiendo a los Estados que las respondan por escrito antes de comparecer al Comité[21].

[19] Artículos 18 y 19 del PIDESC. El artículo 20 prevé que los Estados partes y los organismos especializados interesados podrán presentar observaciones sobre toda recomendación de carácter general hecha en virtud del artículo 19, y el artículo 21 contempla que el ECOSOC podrá presentar de vez en cuando a la Asamblea General informes que contengan recomendaciones de carácter general, así como un resumen de la información recibida de los Estados partes y de los organismos especializados acerca de las medidas adoptadas y de los progresos para lograr el respeto general de los derechos reconocidos en el Pacto.

[20] La Asamblea General, en su resolución 68/268, recomendó al ECOSOC considerar la posibilidad de sustituir el procedimiento de elección de expertos del Comité de DESC por una reunión de los Estados partes en el Pacto, manteniendo la composición, la organización y los arreglos administrativos del Comité, descritos en la resolución 1985/17 del ECOSOC.

[21] Folleto Informativo N° 16, Centro de Derechos Humanos, Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, disponible en `https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet16Rev.1sp.`

El proceso de examen de los respectivos informes abarca un período de dos días. Las delegaciones hacen algunas observaciones introductorias y responden a las preguntas formuladas por escrito por el grupo de trabajo, tras lo cual los organismos especializados de las Naciones Unidas presentan información atinente al informe bajo examen. Luego los miembros del Comité formulan preguntas y observaciones al Estado parte y se concede un nuevo plazo a los representantes estatales para que respondan, por lo general no el mismo día, a las preguntas y observaciones formuladas. Si no hay una respuesta adecuada, el Comité suele pedir al Estado parte que le facilite información adicional para su examen en futuros períodos de sesiones.

El Comité DESC concluye su examen de los informes formulando observaciones finales que constituyen la decisión a la que ha llegado acerca de la situación de los DESC en el Estado parte interesado.

En cuanto a la participación de las organizaciones no gubernamentales en las actividades del Comité, este adoptó en 1993 un procedimiento que contempla el aporte de información facilitada por escrito y de información facilitada oralmente[22].

La no presentación de informes y la presentación con un atraso considerable son situaciones que demandan una respuesta del Comité, el cual notifica a los Estados partes morosos su intención de examinar los informes correspondientes en futuros períodos de sesiones específicos. Y si no se presenta el informe, el Comité procede a examinar la situación de los DESC en el Estado de que se trate sobre la base de la información disponible.

D) El cuarto informe periódico de la República Argentina fue examinado los días 27 y 28 de septiembre de 2018 y el Comité aprobó sus observaciones finales el 12 de octubre de 2018.

Allí acoge con beneplácito la jurisprudencia de los tribunales nacionales que invoca las disposiciones del Pacto, y observa con satisfacción el activo desempeño de la sociedad civil en el examen del cuarto informe periódico, pero expresa su preocupación por los planes de explotación a gran escala de combustibles fósiles no convencionales (gas de esquisto y petróleo de esquisto) mediante fracturación hidráulica en Vaca Muerta, centrando su preocupación en que el proyecto contradiga los compromisos del Estado con el Acuerdo de París, con un impacto negativo sobre el calentamiento global y el disfrute de los DESC de la población mundial y las futuras generaciones, por lo

pdf

[22] Al comienzo de cada reunión del grupo de trabajo del Comité anterior a cada período de sesiones se dedicará un breve espacio de tiempo para que las ONG pueden presentar la información oral pertinente a los miembros del grupo de trabajo, debiendo las ONG que deseen presentar información oral informar al Comité con antelación.

que recomienda al Estado argentino reconsiderar esa explotación a gran escala para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del Pacto, a la luz de los compromisos del Acuerdo de París, y lo alienta a que fomente energías alternativas y renovables, reduzca las emisiones de gases de efecto invernadero y establezca metas nacionales con parámetros de referencia definidos en el tiempo.

También se muestra preocupado el Comité por la reiterada vulneración de los derechos de los pueblos indígenas a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado, en particular en las actividades extractivas que tienen lugar en las provincias de Jujuy, Salta, Neuquén y Chubut.

Preocupa mucho que haya más de 5 millones de niños, niñas y adolescentes en situación de pobreza y el impacto negativo de la devaluación y la inflación en la pobreza y la desigualdad, recomendándose entonces la adopción e implementación de una estrategia integral a largo plazo de reducción de la pobreza, con metas específicas y enfoque de derechos humanos.

El Comité está muy preocupado por el aumento en el uso de pesticidas y herbicidas, a pesar de los graves impactos adversos a la salud y al medio ambiente de muchos de ellos, en especial el glifosato, y recomienda que se adopte un marco regulatorio que incluya la aplicación del principio de precaución[23] en cuanto al uso de pesticidas y herbicidas dañinos.

En materia de educación preocupa el alto abandono escolar y otros problemas existentes, y se recomienda aumentar el gasto social para la educación, de acuerdo con los compromisos acordados en la Declaración de Purmamarca (6 % del PIB)[24], a fin de garantizar el acceso universal a la educación temprana, primaria y secundaria, así como adoptar e implementar una política de educación bilingüe intercultural para las comunidades indígenas.

En materia de derechos culturales, el Comité está preocupado por la preservación de los idiomas indígenas y por la falta de participación de la población en la gestión de los patrimonios culturales de la humanidad.

[23] Según el Principio 15 de la Declaración de Río, "cuando haya peligro de daños grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente". El objetivo del principio de precaución es "evitar toda acción humana que pueda provocar daños significativos a la salud humana, los recursos naturales o los ecosistemas, en especial si no se cuenta con suficientes certezas científicas", como aclara el párrafo 4.1 de la Declaración de Nueva Delhi.

[24] La Declaración de Purmamarca fue adoptada por el Consejo Federal de Educación el 12 de febrero de 2016.

Otra recomendación formulada es que el Estado parte tenga plenamente en cuenta sus obligaciones dimanantes del Pacto y vele por el pleno disfrute de los derechos allí reconocidos en la aplicación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en el plano nacional, con asistencia y cooperación internacionales en caso necesario.

De conformidad con el procedimiento de seguimiento de las observaciones finales aprobado por el Comité, se ha solicitado al Estado que, en el plazo de 24 meses siguientes a las observaciones finales, proporcione información sobre la aplicación de las recomendaciones formuladas. El quinto informe periódico ha de presentarse a más tardar el 31 de octubre de 2023.

E) Las funciones del Comité fueron ampliadas en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones", según expresa el preámbulo del Protocolo.

Todo Estado parte en el Pacto que también sea parte en el Protocolo reconocerá la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de conformidad con lo dispuesto en el Protocolo, y el Comité no recibirá ninguna comunicación concerniente a un Estado parte en el Pacto que no lo sea en el Protocolo (art. 1).

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte y aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado de cualquiera de los derechos reconocidos en el Pacto (art. 2). La misma norma agrega que para presentar una comunicación en nombre de una persona o de un grupo de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor de la comunicación pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento.

En cuanto a la admisibilidad, se establece en el artículo 3 que el Comité no examinará una comunicación sin antes haberse cerciorado de que se han agotado todos los recursos disponibles en la jurisdicción interna, pero esta norma no se aplicará cuando la tramitación de tales recursos se prolongue injustificadamente. Se declarará inadmisible toda comunicación que no se haya presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de dicho plazo, o toda comunicación que se refiera a hechos sucedidos antes de la entrada en vigor del Protocolo para el Estado parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha, o se refiera a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o está siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional, o sea incompatible con las disposiciones del Pacto. También será

declarada inadmisible toda comunicación que sea manifiestamente infundada, no esté suficientemente fundada o se base exclusivamente en informes difundidos por medios de comunicación, así como toda comunicación que constituya un abuso del derecho a presentar una comunicación, o sea anónima o no se haya presentado por escrito.

De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que su autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que entienda que se plantea una cuestión grave de importancia general (art. 4).

Se han previsto en el Protocolo medidas provisionales que sean necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación, sin que ello implique juicio alguno sobre la admisibilidad o el fondo de la comunicación. A menos que considere que una comunicación es inadmisible sin remisión al Estado parte interesado, el Comité pondrá en conocimiento de dicho Estado, de forma confidencial, toda comunicación que reciba, y en un plazo de seis meses el Estado presentará por escrito explicaciones o declaraciones en que se aclare la cuestión y se indiquen, en su caso, las medidas correspondientes que haya adoptado. El Comité pondrá sus buenos oficios a disposición de las partes con miras a una solución amigable de la cuestión sobre la base del respeto de las obligaciones del Pacto, y todo acuerdo sobre una solución amigable pondrá fin al examen de una comunicación. Las comunicaciones serán examinadas por el Comité a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición, en sesiones privadas, y el Comité podrá consultar la documentación pertinente que proceda de otros órganos, organismos especializados, fondos, programas y mecanismos de las Naciones Unidas y de otras organizaciones internacionales, incluidos los sistemas regionales de derechos humanos, junto con las observaciones y comentarios del Estado parte interesado[25].

Tras el examen, el Comité hará llegar a las partes interesadas su dictamen sobre la comunicación, junto con sus recomendaciones, si las hubiere, debiendo el Estado parte dar la debida consideración al dictamen, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviar al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito que incluya información sobre toda medida que haya adoptado a la luz del dictamen

[25] Artículos 5 a 9 del Protocolo. El párrafo 4 del artículo 9 prevé que, al examinar las comunicaciones recibidas, el Comité ha de considerar "hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto".

y las recomendaciones[26].

F) El mecanismo de las comunicaciones interestatales también se halla regulado en el Protocolo. Todo Estado parte en el Protocolo podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto[27]. Las comunicaciones solo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. A su vez, el Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado parte que no haya hecho esa declaración. El procedimiento previsto en el artículo 10 es similar al fijado en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comienza con una fase de arreglo bilateral y si el asunto no se resuelve a satisfacción de ambos Estados dentro de los seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos puede remitir el asunto al Comité mediante notificación a este y al otro Estado.

El Comité solo examinará el asunto una vez que se haya cerciorado que se han agotado todos los recursos internos sobre la materia, salvo cuando la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente. Asimismo, pondrá sus buenos oficios a disposición de los Estados partes interesados con miras a llegar a una solución amistosa sobre la base del respeto de las obligaciones establecidas en el Pacto. El Comité celebrará sesiones privadas cuando examine las comunicaciones respectivas.

Si se llega a una solución amistosa de la cuestión, el Comité limitará su informe a una breve exposición de los hechos y de la solución. Si no se llega a una solución amistosa, el Comité expondrá en su informe los hechos pertinentes y adjuntará al informe las declaraciones por escrito y una relación de las declaraciones orales hechas por los Estados partes interesados. Podrá también transmitir a los Estados partes interesados observaciones que considere pertinentes al asunto entre ambos.

G) Cualquier Estado parte en el Protocolo podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité prevista en el artículo 11 (procedimiento

[26]Párrafos 1 y 2 del artículo 9. Con arreglo al párrafo 3 del artículo 9, "el Comité podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte haya adoptado en respuesta a su dictamen o sus recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente ulteriormente el Estado Parte de conformidad con los artículos 16 y 17 del Pacto".

[27]La declaración prevista en el párrafo 1 del artículo 10 será depositada en poder del Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copia a los demás Estados partes. La declaración podrá retirarse en cualquier momento mediante notificación al Secretario General (art. 10.2).

de investigación)[28]. Si el Comité recibe información fidedigna que da cuenta de violaciones graves o sistemáticas por un Estado parte de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información y a presentar sus observaciones sobre tal información.

El Comité, tomando en consideración las observaciones del Estado parte interesado, así como cualquier otra información fidedigna puesta a su disposición, podrá encargar a uno o más de sus miembros que realice una investigación y presente con carácter urgente un informe al Comité. Cuando se justifique, y con el consentimiento del Estado, la investigación podrá incluir una visita a su territorio. La investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado parte en todas las etapas del procedimiento. Luego de examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al Estado parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas, debiendo el Estado parte interesado, en un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, presentar sus propias observaciones al Comité.

Con arreglo al artículo 12, el Comité podrá invitar al Estado parte interesado a que incluya en el informe que debe presentar con arreglo a los artículos 16 y 17 del Pacto pormenores de las medidas que haya adoptado en respuesta a una investigación realizada en virtud del artículo 11 del Protocolo. Transcurrido el plazo de seis meses indicado en el párrafo 6 del artículo 11, el Comité podrá, si es necesario, invitar a dicho Estado a que le informe sobre las medidas que haya adoptado como resultado de la investigación.

Cada Estado parte adoptará todas las medidas necesarias para que las personas bajo su jurisdicción no sean sometidas a malos tratos o intimidación de ningún tipo por cualquier comunicación con el Comité que hayan tenido de conformidad con el Protocolo[29].

Según estime conveniente y con el consentimiento del Estado parte interesado, el Comité transmitirá a los organismos especializados, fondos y programas de las Naciones Unidas y otros órganos competentes sus dictámenes o recomendaciones, tanto en el caso de comunicaciones como en el de investigaciones, cuando allí se indique la necesidad de asesoramiento técnico o de asistencia, junto con las

[28] Esta declaración puede ser retirada en cualquier momento mediante notificación al Secretario General (art. 11.8).

[29] Artículo 13 del Protocolo.

observaciones y sugerencias de ese Estado sobre dictámenes o recomendaciones[30].

El artículo 14 del Protocolo "incorpora un importante factor de eficacia que convierte al texto en mucho más que un mero instrumento de denuncia de incumplimiento, pues articula una serie de previsiones vinculadas a los dictámenes y recomendaciones cuya razón de ser no es otra que permitir dotar de contenido a la decisión final del Comité", observa Quel López[31].

El Comité DESC incluirá en su informe anual un resumen de las actividades relacionadas con el Protocolo[32].

H) A modo de balance del significado del Protocolo, cabe destacar que su adopción por consenso en el seno de la Asamblea General "constituye un punto de inflexión en el largo camino hacia la eficacia internacional de los derechos humanos", al configurarse un escenario "en el que los DESC comienzan a abandonar su condición secundaria en la estructura general de los derechos diseñada en la Declaración Universal"[33]. No obstante, "la mera capacidad dictaminadora y recomendatoria del Comité convierte al resultado de las comunicaciones e investigaciones en decisiones sin un contenido obligacional jurídicamente exigible (...), pero el paso inicial y esencial se ha dado"[34].

4.4. Otros órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos

Existen otros órganos creados por esa vía: Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la

[30] Artículo 14.1 del Protocolo. Podrá también el Comité señalar a la atención de tales organismos y órganos, con el consentimiento estatal, toda cuestión surgida de las comunicaciones examinadas que pueda ayudarlos a pronunciarse, cada uno en la esfera de su competencia, sobre la conveniencia de medidas internacionales para ayudar a los Estados partes a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto (art. 14.2).

[31] QUEL LÓPEZ, F. Javier, "Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en TORRES BERNÁRDEZ, Santiago, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos; QUEL LÓPEZ, Javier y LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma (coords.), *El Derecho Internacional en el mundo multipolar del siglo XXI*, Madrid, Iprolex, 2013, p. 844.

[32] Cuando hayan concluido las actuaciones relacionadas con una investigación hecha conforme al párrafo 2 del artículo 11, el Comité podrá, luego de consultas con el Estado parte interesado, tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento de investigación en su informe anual previsto en el artículo 15 del Protocolo

[33] QUEL LÓPEZ, F. Javier, *op. cit.*, p. 858.

[34] *Ibíd.*, p. 859.

Mujer, Comité contra la Tortura, el Subcomité para la Prevención[35], Comité de los Derechos del Niño, Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Comité contra la Desaparición Forzada[36].

Todos los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos están integrados por personas expertas independientes que son elegidas y actúan a título personal. Se eligen por cuatro años en reuniones de los Estados partes convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas y, en general, pueden ser reelegidos[37]. El criterio de la distribución geográfica equitativa de los miembros aparece en todos los casos[38].

La Asamblea General ha alentado a los Estados partes a que, en la elección de los miembros de los órganos creados en virtud de tratados, tengan debidamente en cuenta que han de asegurar una distribución geográfica equitativa, una representación de distintas formas de civilización y de los principales sistemas jurídicos, una representación equilibrada entre los géneros y la participación de expertos con discapacidad, como se dispone en los instrumentos pertinentes[39].

En la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se ha establecido que los expertos del Comité contra la Tortura serán elegidos teniendo en cuenta la utilidad de la participación de algunas personas que

[35]El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por resolución 57/199 de la Asamblea General, de 18 de diciembre de 2002, ha creado el Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura (art. 2).

[36]La composición de cada uno de estos órganos es variable. Va desde los diez miembros del Comité contra la Tortura y del Comité contra la Desaparición Forzada hasta los veintitrés del Comité creado por la CEDAW, pasando por los catorce del Comité que protege los derechos de los trabajadores migratorios y los dieciocho del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de los Derechos del Niño y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. A su vez, el Subcomité para la Prevención de la Tortura tiene veinticinco miembros.

[37]Los miembros del Comité contra la Desaparición Forzada podrán ser reelegidos una vez, según lo previsto en el artículo 26.4 de la Convención respectiva, lo mismo que los miembros del Subcomité para la Prevención de la Tortura, según el artículo 9 del respectivo Protocolo. No está prevista la reelección en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y en el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. En los demás casos, los miembros de cada Comité pueden ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura.

[38]La fórmula más completa resulta la de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo la participación de expertos con discapacidad (art. 33.5). Está previsto expresamente que se tenga en cuenta una representación equilibrada de los géneros en la composición del Comité contra la Desaparición Forzada, el Subcomité de Prevención de la Tortura y el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

[39]Resolución 68/268, párr. 13.

tengan experiencia jurídica[40], así como la utilidad de designar personas que sean también miembros del Comité de Derechos Humanos y estén dispuestas a prestar servicio en el Comité constituido con arreglo a la Convención[41].

Para que los órganos creados por tratados funcionen de la mejor manera es necesario, ante todo, que sus miembros sean personas independientes e imparciales. Por ende, "no solicitarán ni aceptarán instrucciones de nadie" y serán responsables "ante su propia conciencia y ante el órgano pertinente y no ante su Estado o cualquier otro Estado"; además, "no participarán en el examen de informes o denuncias individuales ni formarán parte de visitas o investigaciones que tengan que ver con cualquiera de los Estados de los que sean nacionales"[42].

4.5. El mecanismo de informes en el ámbito de los órganos de tratados

A) Los informes de los Estados partes son presentados a cada órgano por conducto del Secretario General. La obligación de presentar informes iniciales y periódicos deviene impuesta por los instrumentos de creación de los comités.

Los Estados partes deben considerar el proceso de preparación de sus informes no solo como un aspecto del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sino también como una oportunidad de hacer un balance de la protección de los derechos humanos dentro de su jurisdicción, a efectos de la planificación y aplicación de políticas. "El proceso de presentación de informes constituye un elemento esencial del continuo compromiso de los Estados de respetar, proteger y realizar los derechos establecidos en los tratados en los que son partes. Ese compromiso debe considerarse en el contexto más amplio del compromiso de todos los Estados de promover el respeto a estos derechos y libertades enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, y asegurar, por medidas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos"[43].

Constan los informes de dos partes: el documento básico común y el documento específico para cada tratado. Los informes contendrán información suficiente para

[40] Una disposición similar se encuentra en el párrafo 1 del artículo 26 de la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.

[41] Párrafos 1 y 2 del artículo 17 de la Convención.

[42] Declaración de Addis Abeba, párrs. 5 y 6.

[43] Compilación de directrices relativas a la forma y el contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos, Informe del Secretario General (HRI/GEN/2/Rev.6), 3 de junio de 2009.

que cada comité comprenda a fondo la aplicación del respectivo tratado en el Estado de que se trate.

El documento básico común deberá contener información general y concreta sobre la aplicación de los tratados en los que el Estado sea parte, que puede ser pertinente a todos o a varios órganos de tratados, así como información general sobre el Estado, incluyendo estadísticas, que permita conocer el contexto político, jurídico, social y económico. El documento específico para cada tratado contendrá información específica sobre la aplicación del tratado que supervisa el órgano pertinente; en particular, deberá abordar la evolución reciente en el Derecho y la práctica en relación con el disfrute de los derechos consagrados en el tratado, así como responder, salvo en el caso de los informes iniciales, a las cuestiones específicas planteadas en las observaciones finales o en las observaciones generales, y debe ser redactado siguiendo las directrices aplicables[44]. La Asamblea General, en su resolución 62/268, alienta a los Estados partes a utilizar el procedimiento simplificado de presentación de informes cuando los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos les propongan hacerlo[45].

B) El examen de los informes periódicos se lleva a cabo en el marco de un diálogo constructivo o interactivo con los representantes del Estado interesado. La delegación estatal debería estar integrada por representantes de los distintos poderes del Estado (ejecutivo, legislativo, judicial), incluyendo representantes de entidades subestatales[46]. Al igual que el Comité de Derechos Humanos y el Comité de DESC, los restantes órganos habilitan, con anterioridad al debate, espacios dedicados a recibir por separado informaciones de otros actores interesados, como las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones de la sociedad civil[47].

De este modo, "los comités realizan una función de control sobre el Estado, mediante el examen de las informaciones y datos proporcionados por cada Estado y otros actores internacionales sobre las medidas internas (de distinta naturaleza) adoptadas

[44] *Vid.* Compilación de directrices relativas a la forma y contenido de los informes que deben presentar los Estados partes en los tratados internacionales de derechos humanos en HRI/GEN/2/Rev. 6, de 3 de junio de 2009. Este documento contiene las directrices que aplican siete de los órganos de tratados. Las directrices del Comité de DESC están contenidas en el doc. E/C.12/2008/2, de 24 de marzo de 2009, y las del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fueron aprobadas en 2011 (A/66/55, Anexo V).

[45] En dicha resolución, la Asamblea General alienta a los comités "a proponer a los Estados partes el procedimiento simplificado de presentación de informes para que consideren la posibilidad de adoptarlo y a establecer un número máximo de preguntas incluidas". Se ha previsto una limitación del número de preguntas formuladas: 25 preguntas. *Vid.* HRC/MC/2014/4.

[46] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección convencional...", *op. cit.*, p. 79.

[47] *Ibíd.*, p. 73.

para respetar los derechos humanos reconocidos por las disposiciones sustantivas de la respectiva convención"[48], por lo que "tal función de control atribuye a los comités competencia para orientar, encauzar o, en su caso, corregir las políticas nacionales internas"[49].

C) En el seno de cada órgano se ha ido formando un acervo jurisprudencial sumamente relevante para interpretar el alcance de los derechos y libertades enunciados en cada tratado; es así como las observaciones finales, las observaciones generales o recomendaciones generales, las decisiones sobre admisibilidad y los dictámenes sobre el fondo nutren ese acervo[50].

La resolución 68/268 de la Asamblea General alienta a los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos a formular observaciones finales breves, pertinentes, concretas y que incluyan recomendaciones, reflejando el diálogo con el Estado parte correspondiente. Les alienta además a preparar directrices comunes para la elaboración de las observaciones finales, teniendo en cuenta las particularidades de los comités respectivos y de sus mandatos, así como las opiniones de los Estados partes.

Las observaciones generales o las recomendaciones generales[51] interpretan el contenido y el alcance de las obligaciones que establecen los distintos tratados. En este aspecto, el DIDH innova con respecto a las reglas generales del Derecho Internacional, que atribuyen el monopolio de la interpretación de un tratado a los Estados partes en él[52].

D) En cuanto al seguimiento de las observaciones finales, se ha recomendado a todos los comités adoptar medidas armonizadas, y es de toda relevancia el papel de las instituciones nacionales de derechos humanos y de la sociedad civil en su conjunto para reclamar la aplicación de las recomendaciones formuladas e informar sobre los logros obtenidos y los obstáculos que se encuentran en el seguimiento de las recomendaciones[53].

---

[48] *Ibíd.*, p. 74.

[49] *Ibíd.*

[50] *Ibíd.*, p. 67.

[51] Tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial como el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer adoptan recomendaciones generales.

[52] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección convencional...", *op. cit.*, p. 101.

[53] Doc. A/62/224.

4.6. Otros mecanismos de protección ante órganos de tratados

A) En el marco del procedimiento de comunicaciones, una persona o un grupo de personas que se considere víctima de una violación de derechos reconocidos en los tratados que prevén dicho procedimiento puede presentar ante el respectivo comité, bajo ciertos requisitos de admisibilidad, quejas contra el Estado que aparece como responsable de tal violación. Se trata de un mecanismo cuasi-judicial que opera de manera subsidiaria, por lo que solo cuando se han agotado sin éxito los recursos de la jurisdicción interna, salvo en los supuestos de excepción contemplados, es posible acudir ante el órgano internacional respectivo en busca de protección.

El procedimiento de quejas está previsto en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 14), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 22), la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas (art. 31) y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 77)[54], así como en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 2), el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 1) y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (art. 5).

Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del comité de que se trate para recibir y examinar comunicaciones. El dictamen sobre el fondo del asunto no es una sentencia, porque ningún comité es un tribunal internacional, aunque cada uno de ellos "es un órgano de personas expertas revestido por la convención correspondiente de autoridad para pronunciarse sobre si ha habido violación de la convención o no, por lo que su dictamen, además de adoptar la forma de un fallo judicial, tiene un innegable valor jurídico"[55]. Por eso, al no tener los dictámenes la fuerza ejecutiva de una sentencia, el procedimiento de que se trata es calificado de cuasi-judicial[56].

Hay que agregar que los dictámenes ("decisiones" en el caso del Comité contra la

[54] Las disposiciones del artículo 77 de la Convención entrarán en vigor cuando diez Estados partes en ella hayan hecho las declaraciones a que hace referencia el párrafo 1 del artículo 77 (reconociendo la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones individuales), que serán depositadas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

[55] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección convencional...", *op. cit.*, p. 118.

[56] *Ibíd.*

Tortura)[57] establecen medidas de reparación a la víctima o las víctimas que el Estado responsable debe adoptar.

El procedimiento es, por un lado, facultativo, porque se requiere que el Estado parte haya aceptado la competencia del comité respectivo para recibir comunicaciones individuales, y, por el otro, obligatorio, porque una vez que el Estado ha aceptado tal competencia el comité tramitará las quejas que reciba y estén dirigidas contra ese Estado. Además, es escrito[58], reglado, confidencial[59] y contradictorio, implicando esto último que cada parte defiende su posición, en cuanto a la admisibilidad de la queja y el fondo del asunto. Las quejas se presentan ante la secretaría del respectivo comité en la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra.

En materia de medidas provisionales, es de destacar que el Protocolo Facultativo de la CEDAW, en su artículo 5.1, prevé que, tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer podrá, en cualquier momento, dirigir al Estado parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación, y el párrafo 2 del artículo 5 aclara que el ejercicio de tales facultades por el Comité no implica juicio alguno sobre la admisibilidad o el fondo de la comunicación[60].

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones establece que el Comité de los Derechos del Niño, tras recibir una comunicación y antes de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, podrá en cualquier momento dirigir al Estado parte de que se trate, para su estudio

[57] Artículo 118.4 del reglamento de dicho Comité.

[58] Salvo en el supuesto contemplado en el artículo 117.4 del reglamento del Comité contra la Tortura, que permite a este órgano "invitar al autor de la queja o a su representante y a los representantes del Estado parte interesado a estar presentes en determinadas sesiones privadas del Comité con objeto de que proporcionen nuevas aclaraciones o respondan a preguntas relativas al fondo de la queja. Cuando se invite a una de las parte, se informará e invitará a la otra parte a que asista y haga las exposiciones apropiadas. La no comparecencia de una parte no será obstáculo para el examen del caso".

[59] La confidencialidad se ha flexibilizado por cuanto los comités hacen públicas sus decisiones sobre admisibilidad y sus dictámenes en el sitio de cada comité en la web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y por medio de sus informas anuales a la Asamblea General, una vez notificadas las partes.

[60] El Protocolo dispone además que los Estados partes adoptarán todas las medidas procedentes para que las personas sujetas a su jurisdicción no sean objeto de ninguna violación de sus derechos humanos, maltrato o intimidación como consecuencia de haberse comunicado con el Comité de los Derechos del Niño o de haber cooperado con él de conformidad con el Protocolo (art. 4.1).

con urgencia, la solicitud de adopción de las medidas provisionales que puedan ser necesarias en circunstancias excepcionales para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la presunta violación, según el artículo 6.1 del Protocolo. Luego se aclara que el ejercicio de la facultad discrecional que tiene el Comité de solicitar medidas provisionales no entrañará juicio alguno sobre la admisibilidad o el fondo de la comunicación .

B) Los presidentes de los comités adoptaron el 26 de junio de 2015 las Directrices de San José condenando como contrarias a la obligación de los Estados de cooperar de buena fe y con la debida diligencia las amenazas y represalias contra personas que intentan cooperar o cooperan con los comités, y proponiendo la designación de un relator especial sobre represalias para que informe a cada comité sobre las medidas preventivas y protectoras contra las represalias que pudieran adoptarse. Hay que recordar que, de acuerdo con la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos[61], toda persona tiene derecho a "dirigirse sin trabas a los organismos internacionales que tengan competencia general o especial para recibir y examinar comunicaciones sobre cuestiones de derechos humanos y libertades fundamentales, y a comunicarse sin trabas con ellos".

En consecuencia, el Estado ha de garantizar la protección de toda persona frente a toda violencia, amenaza, represalia, discriminación, negativa de hecho o de derecho, presión o cualquier otra acción arbitraria resultante del ejercicio legítimo de los derechos mencionados en la Declaración[62].

C) El procedimiento de comunicaciones interestatales está previsto también en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial[63], la Convención contra la Tortura y Otros Trataos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (art. 21), la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (art. 76) y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones (art. 12).

D) El procedimiento de investigación se halla previsto en la Convención contra la Tortura en estos términos: "El Comité, si recibe información fiable que a su juicio parezca indicar de forma fundamentada que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio de un Estado Parte, invitará a ese Estado Parte a cooperar en el examen

[61] Artículo 9.4 de la Declaración, aprobada por la Asamblea General en su resolución 53/144, de 9 de diciembre de 1998.

[62] Artículo 12.2 de la Declaración.

[63] Artículos 11 a 13 de la Convención.

de la información y a tal fin presentar observaciones con respecto a la información de que se trata" (art. 20.1). Teniendo en cuenta toda la información que haya presentado dicho Estado, "así como toda otra información de que disponga, 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" (art. 20.2). Después de examinar las conclusiones presentadas, el Comité las transmitirá al Estado parte, "junto con las observaciones o sugerencias que estime pertinentes en vista de la situación" (art. 20.4).

Un procedimiento similar establece el Protocolo Facultativo de la CEDAW (art. 8). En un plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones transmitidas por el Comité, el Estado parte interesado presentará sus propias observaciones a dicho órgano (art. 8.4). Disposiciones del mismo tenor se encuentran en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 6)[64]. Cuando se justifique y con el consentimiento del Estado parte, la investigación podrá incluir una visita al territorio estatal (art. 6.2). Igual que en los casos anteriores, la investigación será de carácter confidencial y se solicitará la colaboración del Estado parte interesado.

E) Por otro lado, si el Comité contra la Desaparición Forzada recibe información fidedigna que revele violaciones graves de la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas por un Estado parte en ella podrá, tras consultar con dicho Estado, solicitar a uno o varios de sus miembros hacer una visita al Estado en cuestión e informar al respecto sin demora, según lo previsto en el artículo 33.1 de la Convención. El Comité comunicará al Estado parte sus observaciones y recomendaciones como resultado de la visita. Ahora bien, si el Comité recibe información que, a su juicio, contiene indicios de que la desaparición forzada de personas se practica de forma generalizada o sistemática en el territorio bajo la jurisdicción de un Estado parte, y tras haber solicitado del Estado interesado toda la información pertinente sobre esa situación, podrá llevar la cuestión, con carácter urgente, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas por medio del Secretario General (art. 34).

Además, el Comité podrá examinar, de manera urgente, toda petición presentada por allegados de una persona desaparecida, sus representantes legales, sus abogados

[64] Además, el artículo 7.1 del Protocolo dispone que el Comité podrá invitar al Estado parte interesado a que incluya en el informe que debe presentar con arreglo al artículo 36 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad "pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiera adoptado en respuesta a una investigación" realizada con arreglo al artículo 6 del Protocolo

o las personas autorizadas por ellos, así como cualquier otra persona que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida (art. 30.1). Si considera que la petición de acción urgente no carece manifiestamente de fundamento, no es un abuso del derecho a presentar esas peticiones, se ha presentado previamente y en la forma debida a las autoridades estatales competentes, no es incompatible con las disposiciones de la Convención y no está siendo tratada en otra instancia internacional de examen o arreglo de la misma naturaleza, solicitará al Estado parte interesado que le proporcione, en el plazo que el Comité determine, información sobre la situación de la persona desaparecida. Luego el Comité, contando con la información solicitada, podrá transmitir sus recomendaciones al Estado parte y pedirle que adopte todas las medidas necesarias, incluidas medidas cautelares, para localizar y proteger a la persona, así como pedirle que le informe, en el plazo que el Comité determine, sobre tales medidas, teniendo en cuenta la urgencia de la situación[65].

El Comité informará a la persona que presentó la petición de acción urgente sobre sus recomendaciones y las informaciones transmitidas por el Estado, y proseguirá sus esfuerzos para colaborar con el Estado parte mientras la suerte de la persona desaparecida no haya sido esclarecida, manteniendo informado al autor de la petición (art. 30.4). No es necesario que los Estados partes reconozcan la competencia del Comité para recibir una solicitud de acción urgente, y este ha aclarado que "normalmente no examinará" la petición de medidas urgentes si está referida a una desaparición forzada "que se inició antes de que el Estado pasara a ser parte de la Convención", o "si se inició más de tres meses antes de que se presentara la solicitud al Comité"[66].

F) El procedimiento de investigación en caso de violaciones graves o sistemáticas se halla regulado, además, en los artículos 13 y 14 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones, en relación con los derechos enunciados en la Convención o en sus Protocolos facultativos relativos a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de niños en los conflictos armados.

G) El artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes dice que el objetivo del Protocolo es establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y

[65] Dicho procedimiento está regulados en los párrafos 2 y 3 del artículo 30 de la Convención.

[66] Directrices y formulario para la presentación de solicitudes de medidas urgentes en virtud del artículo 30 de la Convención, doc. A/67/56 (2012), Anexo V, párr. A.4.

nacionales independientes a lugares donde se encuentren personas privadas de su libertad, con el fin de prevenir la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Con arreglo al artículo 4.1 del Protocolo, cada Estado parte permitirá las visitas, de conformidad con el Protocolo, del Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y del órgano o los órganos establecidos a nivel nacional (mecanismo nacional de prevención) en cualquier lugar bajo su jurisdicción y control donde se encuentren o pudieran encontrarse personas privadas de su libertad[67], visitas que se llevarán a cabo con el fin de fortalecer, si fuera necesario, la protección de esas personas.

El Subcomité puede hacer recomendaciones a los Estados partes[68]. Comunicará sus recomendaciones y observaciones con carácter confidencial al Estado parte y, si fuera oportuno, al mecanismo nacional de prevención. Si el Estado parte se niega a cooperar con el Subcomité o a tomar medidas para mejorar la situación con arreglo a sus recomendaciones, el Comité contra la Tortura podrá, a instancia 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[69].

H) Los comités celebran "días de debate general", así como debates temáticos. También formulan declaraciones y adoptan decisiones sobre sus métodos de trabajo o cuestiones sustantivas; incluso, algunos comités han realizado visitas a países.

I) Además, presentan informes anuales o cada dos años a la Asamblea General, por conducto del ECOSOC, sobre sus actividades, mientras que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha de informar cada dos años a la Asamblea General y al ECOSOC[70].

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial recibirá de los órganos competentes de las Naciones Unidas copias de los informes sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que, en relación directa

[67] Por privación de la libertad se entiende cualquier forma de detención o encarcelamiento o de custodia de una persona por orden de una autoridad judicial o administrativa o de una autoridad pública, en una institución pública o privada de la cual la persona no pueda salir libremente (art. 4.2 del Protocolo).

[68] Artículos 11.a) y 13.3 del Protocolo.

[69] Párrafos 1 y 4 del artículo 16 del Protocolo. De conformidad con el artículo 16.2, el Subcomité publicará su informe, juntamente con las posibles observaciones del Estado parte interesado, siempre que este le pida que lo haga. Si el Estado parte hace pública una parte del informe, el Subcomité podrá publicar el informe en su totalidad o en parte. Sin embargo, no podrán publicarse datos personales sin el consentimiento expreso de la persona interesada.

[70] Artículo 39 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

con los principios y objetivos de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, hayan aplicado las potencias administradoras de los territorios no autónomos, e incluirá en su informe a la Asamblea General un resumen de las peticiones e informes que haya recibido de tales órganos y las opiniones o recomendaciones que les haya comunicado al respecto. Asimismo, pedirá al Secretario General toda la información disponible que guarde relación con los objetivos de la Convención y se refiera a esos territorios[71].

Regresar al Sumario

[71] Artículo 15 de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

5. La protección de los derechos humanos a través de ciertos órganos de las Naciones Unidas

José A. Musso

5.1. Introducción

Junto con la protección que deriva de los tratados de derechos humanos, que ya hemos visto, existen diversos mecanismos de protección extra-convencional en el sistema de protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas.

No todos los Estados partes han reconocido la competencia de los órganos creados en virtud de esos tratados y a ello se suma la rigurosidad de las reglas de admisibilidad que deben reunir las comunicaciones individuales, entre otros factores que explican que la progresiva generalización de los mecanismos convencionales no haya todavía avanzado lo suficiente[1].

La evolución de los mecanismos extra-convencionales ha tenido lugar a través de varias etapas. El proceso comenzó con la puesta en marcha de un sistema confidencial de tratamiento de las comunicaciones individuales ("procedimiento 1503"), a lo que siguió una segunda etapa marcada por la resolución 1235 (XLII) del ECOSOC ("procedimiento 1235"). En la tercera etapa encontramos una variante del "procedimiento 1235": la Comisión de Derechos Humanos no solamente crea órganos especiales de investigación de la situación de los derechos humanos en un país o región geográfica determinada, sino también órganos similares para investigar en todo el mundo un fenómeno de particular gravedad (como las desapariciones forzadas, por ejemplo). La cuarta etapa comienza al volverse la mirada hacia las comunicaciones o quejas individuales que han permitido el estudio de una situación y entonces la Comisión se plantea "si no podría ser competente también para realizar algún tipo de acción humanitaria a favor de las víctimas que se quejan, a título

[1] *Vid.* VILLÁN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 131.

individual"[2].

Este paso fue decisivo, pues implicó que la Comisión, competente para tratar un fenómeno de violación o una situación de violación de derechos humanos en un país, pudiera actuar al mismo tiempo en el marco de un "sistema de tramitación para atender por razones humanitarias las peticiones individuales"[3].

5.2. El sistema de procedimientos especiales

El sistema de procedimientos especiales involucra a órganos especiales de investigación que pueden dedicar su atención a la situación de los derechos humanos en un país o área regional concreta (procedimientos geográficos) o a un tema específico (desapariciones forzadas, detención arbitraria, etc.) en aquellos Estados miembros de las Naciones Unidas en los que esa cuestión sea de una gravedad consistente (procedimientos temáticos)[4].

En el caso de los procedimientos geográficos, suelen actuar expertos independientes o relatores especiales, y en los temáticos pueden actuar grupos de trabajo compuestos de cinco personas expertas independientes, representantes de cada uno de los grupos regionales de las Naciones Unidas.

Los procedimientos fueron establecidos por la Comisión de Derechos Humanos con la autorización del ECOSOC sobre una base extra-convencional, pero a partir de 2006 es el Consejo de Derechos Humanos el que toma las decisiones en la materia. Desde el punto de vista procesal, el sistema "ha permitido superar la rigidez de los procedimientos cuasi-judiciales establecidos en el ámbito convencional para recibir quejas individuales"[5], que requieren el previo agotamiento de los recursos internos para presentar la queja ante el órgano convencional competente[6].

Los órganos especiales de investigación son de carácter público en su constitución, en la rendición del respectivo informe ante el Consejo de Derechos Humanos y la Asamblea General, y en el debate de cada informe, entre otros aspectos, lo cual hace posible la activa participación de las organizaciones de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales e instituciones nacionales de derechos humanos en todas las fases del procedimiento[7].

---

[2] *Ibíd.*, pp. 131-132.

[3] *Ibíd.*, p. 132.

[4] *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional de los derechos humanos", en MUSSO, José A., *op. cit.*, pp. 183-190.

[5] *Ibíd.*, p. 184.

[6] *Ibíd.*

[7] *Ibíd.*

El origen de los procedimientos geográficos está en la resolución 1235 (XLII), de 6 de junio de 1967, por la cual el ECOSOC autorizó a la Comisión de Derechos Humanos a debatir en público "sobre violaciones notorias de los derechos humanos y las libertades fundamentales" en los países donde persistían políticas oficiales de dominación colonial, discriminación racial o apartheid, pudiendo la Comisión realizar "un estudio a fondo de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de derechos humanos" a causa de tales problemas.

Fue así como la Comisión constituyó en 1967 el primer órgano especial de investigación de una situación de carácter geográfico, el Grupo Especial de Expertos sobre el África Meridional, para que investigara e informara anualmente a la Comisión y a la Asamblea General sobre la política de apartheid en Sudáfrica. La Comisión decidió su establecimiento sin necesidad del consentimiento del Estado interesado y en el marco del procedimiento las comunicaciones individuales fueron recibidas sin atender los requisitos del sistema convencional, como el agotamiento de los recursos internos.

En 1975 la Comisión creó el Grupo de Trabajo ad hoc encargado de investigar la situación de los derechos humanos en Chile, tras el golpe de Estado de Pinochet, decisión que supuso un cambio en el enfoque inicial del "procedimiento 1235", pues implicó el establecimiento de un órgano especial de investigación de carácter geográfico facultado para investigar situaciones de violaciones graves de derechos humanos, con independencia de que guardaran o no relación con los problemas mencionados en la resolución 1235. Tal tendencia se consolidó en la práctica de la Comisión.

Los mandatos geográficos se mantuvieron al sustituirse la Comisión por el Consejo de Derechos Humanos, aunque varios de ellos se han dado por terminados y los restantes están sometidos a renovación anual eventual por el Consejo, a excepción del mandato del Relator Especial sobre territorios ocupados, que terminará cuando cese la ocupación de los territorios palestinos por Israel.

Amén de ello, el Consejo de Derechos Humanos ha establecido comisiones independientes de investigación, compuestas de personas expertas, que deben informarle sobre la situación de los derechos humanos y del Derecho Internacional Humanitario en determinado país o determinada región.

En 1980 la Comisión de Derechos Humanos estableció el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTDFI), con lo cual introdujo una novedad en su práctica: la creación de órganos especiales de investigación respecto de un tema concreto. Los mandatos temáticos comprenden hoy un número muy

importante de derechos y libertades, incluso derechos de solidaridad, y de problemas que generan graves violaciones de derechos humanos. En el listado encontramos grupos de trabajo, relatores especiales y expertos independientes, entre ellos el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (GTDA); el Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; el Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía; el Relator Especial sobre libertad de opinión y de expresión; el Relator Especial sobre formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; el Relator Especial sobre violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias; el Relator Especial sobre independencia de los magistrados y abogados; el Relator Especial sobre derechos humanos de los migrantes; el Relator Especial sobre el derecho a la alimentación; el Experto independiente sobre derechos humanos y solidaridad internacional; el Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, el Relator Especial sobre los derechos humanos y el medio ambiente y el Experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo[8].

También en 1980 la Comisión dio un nuevo paso al autorizar a los órganos especiales de investigación con mandatos temáticos a atender quejas individuales en ese marco, lo cual se consolidó en relación con los mandatos referidos a derechos civiles y políticos. En 2000 la Comisión nombró un Relator Especial sobre el derecho a la alimentación con el mandato de responder a las quejas individuales. Fue el primer relator especial dotado de esa competencia en el ámbito de los DESC, y luego fueron designados otros relatores especiales sobre los derechos de los pueblos indígenas, los derechos a la salud, a la educación y a la vivienda, la trata de personas, especialmente mujeres y niñas, etc., todos ellos facultados para responder a las quejas individuales que recibían[9].

Del modelo inicialmente humanitario que caracterizaba el sistema de quejas individuales en el ámbito extra-convencional se ha pasado a un modelo de recurso internacional de carácter jurídico, como se aprecia en particular en el caso de los procedimientos temáticos más emblemáticos (desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales, tortura, detención arbitraria), pues ya no se actúa por razones estrictamente humanitarias, sino invocando instrumentos internacionales de derechos humanos[10]. Así, el GTDA trata cada caso con arreglo a reglas jurídicas y en el marco de un procedimiento contradictorio que culmina con la adopción de un dictamen

[8] Listado completo de los mandatos temáticos disponible en `https://ohchr.org/SP/HRBodies/SP/Pages/Welcomepage.aspx`

[9] *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, pp. 211-212.

[10] *Ibíd.*, p. 215.

que contiene un pronunciamiento acerca de si la detención ha sido arbitraria o no teniendo en cuenta criterios jurídicos y sobre la base de las reglas de DIDH aplicables. Si considera que la detención fue arbitraria, recomienda al Estado las medidas de reparación a adoptar y dispone las medidas de seguimiento de sus recomendaciones.

De modo que la queja o comunicación ante el GTDA equivale a una acción de habeas corpus internacional al alcance de cualquier presunta víctima, con independencia de su nacionalidad y del lugar donde se encuentre, y esa acción es de ejercicio inmediato, pues no se requiere la previa aceptación del procedimiento por el Estado interesado ni el agotamiento previo de los recursos internos[11].

Además del examen de quejas individuales, algunos órganos especiales de investigación con mandatos temáticos, en particular el GTDFI, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura y el GTDA, han adoptado observaciones o recomendaciones generales, o deliberaciones, a fin de desarrollar criterios interpretativos sobre las normas jurídicas relativas a sus mandatos.

5.3. Tramitación de las comunicaciones

En las resoluciones 5/1 y 5/2 del Consejo de Derechos Humanos se encuentran las normas procesales aplicables en la tramitación de las comunicaciones ante los mecanismos extra-convencionales de protección. De manera subsidiaria, se aplica el Manual de Operaciones de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos (2008), así como los métodos de trabajo adoptados en el marco de cada uno de los procedimientos especiales.

En primer lugar, el órgano especial de investigación ha de determinar su propia competencia en cada caso, conforme a los criterios que rigen la competencia de cualquier órgano judicial o cuasi-judicial: material, temporal, personal y lugar en el que se produjo la violación.

Así, el órgano temático será competente para recibir quejas relativas a la categoría de violación de derechos incluida en su mandato; por ejemplo, al GTDA le corresponde investigar "los casos de privación de libertad impuesta arbitrariamente o que por alguna circunstancia sean incompatibles con las normas internacionales pertinentes enunciadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos o en los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados"[12].

El GTDA se ha basado en las llamadas "deliberaciones" para determinar si un caso

[11] *Ibíd.*, p. 216.

[12] Párrafo 1.a) de la resolución 6/4 del Consejo de Derechos Humanos, aprobada el 28 de septiembre de 2007.

concreto constituye un caso de privación arbitraria de la libertad personal. Así, en su deliberación 01 (1992) ha señalado que el arresto domiciliario "puede compararse a la privación de libertad, siempre que se efectúe en locales cerrados que la persona no esté autorizada a abandonar"[13]. En cuanto al internamiento en una institución psiquiátrica, la deliberación 07 (2004) afirma que "puede considerarse una privación de la libertad cuando se interne a la persona en un establecimiento cerrado que no puede abandonar libremente", y el Grupo se reserva la competencia para decidir "caso por caso, si las condiciones de internamiento de una persona en una institución psiquiátrica equivalen a la privación de libertad, en el sentido que se establece en su mandato"[14].

Además, el GTDA se ha ocupado de precisar que la arbitrariedad de la detención "entraña stricto sensu el incumplimiento de la exigencia de que la forma particular de privación de libertad se imponga con arreglo al derecho y a los procedimientos aplicables y sea proporcionada respecto de la finalidad que se persigue, razonable y necesaria"[15].

En lo que respecta a la competencia ratione temporis, el órgano temático examinará las quejas que reciba sobre hechos ocurridos después de su establecimiento, pero el GTDFI se ha considerado competente en relación con casos producidos en la década de 1970, antes de su creación, lo cual se compadece con el carácter de delito continuado de la desaparición forzada, que "comienza en el momento del secuestro y se prolonga durante todo el período de tiempo en que el delito no haya cesado, es decir, hasta que el Estado reconozca la detención o proporcione información sobre la suerte o el paradero de la persona desaparecida"[16].

El sujeto pasivo de la queja ha de ser siempre un Estado, con independencia de su condición de Estado parte en un determinado tratado, bastando que sea miembro de las Naciones Unidas. Se considerará Estado responsable a aquel en cuyo territorio se produjo la violación.

La regla de la actio popularis, consagrada en el sistema interamericano[17], se ha acogido en el ámbito extra-convencional de protección de los derechos humanos, y ello se traduce en que cualquier persona o grupo de personas que tenga conocimiento de los hechos denunciados puede presentar una queja, pero si la denuncia procede

[13] Doc. E/CN.4/1993/24, de 12 de enero de 1993, párr. 20, p. 11.

[14] Doc. E/CN.4/2005/6, de 1 de diciembre de 2004, párrs. 58.a) y 58.f), pp. 20-21.

[15] Doc. A/HRC/22/24, de 24 de diciembre de 2012, párrs. 47, 48 y 61, pp. 19 y 22.

[16] Observación general sobre la desaparición forzada como delito continuado, aprobada por el GTDFI en 2010. Doc. A/HRC/16/48, de 26 de enero de 2011.

[17] Artículo 44 de la Convención y artículo 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

de un tercero, en algunos procedimientos especiales se exige el consentimiento de las víctimas.

Las denuncias ante el GTDFI son presentadas generalmente por la familia y "si la fuente no es un miembro de la familia, debe contar con el consentimiento expreso de la familia para presentar el caso en su nombre y debe estar también en condiciones de mantener contacto con los familiares del desaparecido en relación con la suerte de esa persona"[18]. Si falta ese consentimiento, "la fuente deberá incluir una explicación detallada"[19].

De acuerdo con los métodos de trabajo del GTDA, podrán dirigir comunicaciones al Grupo los particulares afectados, sus familiares o sus representantes. Las comunicaciones también podrán ser transmitidas por los gobiernos y por organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, así como por instituciones nacionales para la promoción y protección de los derechos humanos. Y de conformidad con las disposiciones del párrafo 4 de la resolución 1993/36 de la antigua Comisión de Derechos Humanos, el Grupo puede, por su propia iniciativa, ocuparse de casos que puedan constituir una privación arbitraria de libertad[20].

Según el Código de Conducta para los titulares de mandatos de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, "las comunicaciones deberán ser presentadas por una persona o grupo de personas que afirme ser víctima de violaciones, o por cualquier persona o grupo de personas, incluidas organizaciones no gubernamentales, que actúe de buena fe de conformidad con los principios de derechos humanos, no tenga motivaciones políticas contrarias a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y afirme tener conocimiento directo y fidedigno de dichas violaciones, corroborado por información clara", no debiendo basarse las comunicaciones exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación[21].

Las comunicaciones deben cumplir, además, los siguientes requisitos: no ser manifiestamente infundadas ni tener motivaciones políticas, incluir una descripción de los hechos relativos a las presuntas violaciones de los derechos humanos, no estar redactadas en términos insultantes[22].

A fin de facilitar la tarea del GTDA, las comunicaciones deben esclarecer las razones

[18] Párrafo 12 de los métodos de trabajo del GTDFI. Doc. A/HRC/WGEID/102/2, de 2 de mayo de 2014.

[19] Párrafo 14.f) de los métodos de trabajo del Grupo.

[20] Párrafos 12 y 13 de los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo. Doc. A/HRC/33/66.

[21] Artículo 9.d) y e) del Código de Conducta, aprobado por resolución 5/2 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007.

[22] Artículo 9.a), b) y c) del Código de Conducta.

dadas por las autoridades para el arresto, detención o privación de la libertad, además de la legislación aplicada al caso y el uso de los recursos internos, así como actuaciones en el plano internacional y regional[23]. Debe haber también una exposición de las razones por las cuales la detención se considera arbitraria.

Los antecedentes sobre los recursos internos no deben mencionarse para demostrar que los mismos han sido agotados, sino para esclarecer "sus resultados o las razones por las que esas medidas resultaron ineficaces o no se tomaron"[24]. De ello se desprende que la regla del agotamiento de los recursos internos no constituye una conditio sine qua non de la admisibilidad de la queja en el ámbito extra-convencional de protección[25].

Cuando la comunicación dirigida al GTDA se refiere a una situación de la que ya se ocupa otro órgano, el Grupo procede de la siguiente manera: a) si el órgano al que se ha presentado el caso tiene el mandato de ocuparse de la evolución general de los derechos humanos en el marco de su competencia (por ejemplo, la mayoría de los relatores especiales, representantes del Secretario General o expertos independientes), el Grupo de Trabajo sigue siendo competente para ocuparse del caso; b) si, por el contrario, el órgano al que ya se ha presentado el caso tiene el mandato de ocuparse de casos individuales (Comité de Derechos Humanos y los demás órganos creados por tratados), el Grupo ha de transmitirle el caso, si las personas o los hechos son los mismos[26]. En la práctica, se utiliza primero el mecanismo extra-convencional y luego, una vez agotados los recursos internos, se opta por uno de los mecanismos convencionales.

Una vez declarada admisible la comunicación, esta es puesta en conocimiento del gobierno interesado por medio de una carta de transmisión de denuncia dirigida a la misión permanente del Estado de que se trate ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. En los métodos de trabajo del GTDA está previsto que "las comunicaciones se ponen en conocimiento del gobierno y la respuesta de este se transmite a la fuente de la que proviene la comunicación solicitándole que formule las correspondientes observaciones. La transmisión es efectuada por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo o, si este no está disponible, por el Vicepresidente. Por lo que se refiere a los gobiernos, la carta se transmite por conducto del Representante Permanente ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra y en ella se pide al gobierno que responda en un plazo de 60 días, después de haber realizado las

[23] Párrafo 10 de los métodos de trabajo del GTDA.
[24] Párrafo 10.d) de los métodos de trabajo del GTDA.
[25] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, p. 248.
[26] Párrafo 33.d.ii) de los métodos de trabajo del Grupo.

investigaciones apropiadas para proporcionar al Grupo de Trabajo la información más completa posible"[27]. En caso de no recibir respuesta del gobierno en ese plazo, que es prorrogable por un mes más a petición del gobierno, el Grupo puede emitir una opinión sobre la base de todos los datos recopilados[28].

Al examinar el fondo, el órgano especial de investigación de tipo temático emitirá un dictamen u opinión acerca de si la violación denunciada se ha probado o no y formulará recomendaciones. Por ejemplo, el GTDA, a la luz de la información recopilada, tomará una de las medidas siguientes: a) si tras la comunicación del caso al Grupo la persona ha recuperado la libertad por la razón que sea, se archiva el caso por medio de una opinión, pero el Grupo se reserva el derecho de decidir, caso por caso, si la privación de libertad es arbitraria o no, a pesar de la puesta en libertad de la persona; b) si el Grupo determina que no se trata de un caso de detención arbitraria, emite una opinión en tal sentido y también puede formular recomendaciones si lo considera necesario; c) si el Grupo considera necesario solicitar informaciones complementarias del gobierno o de la fuente (denunciante), puede mantener el caso en examen a la espera de recibir esa información; d) si estima que se ha establecido el carácter arbitrario de la detención, el GTDA emite una opinión en ese sentido y hace recomendaciones al gobierno[29].

Además de transmitirse al gobierno interesado y comunicarse a la fuente, las opiniones se señalan a la atención del Consejo de Derechos Humanos en el informe anual del GTDA. Los gobiernos, las fuentes y otras partes deben informar al Grupo de las medidas de seguimiento adoptadas sobre la base de las recomendaciones formuladas en la opinión, lo cual permitirá al GTDA mantener informado al Consejo de Derechos Humanos sobre los progresos realizados o las dificultades encontradas para aplicar las recomendaciones como, en su caso, las deficiencias observadas[30].

5.4. Llamamientos urgentes, visitas a países y declaraciones

A) Con arreglo al artículo 10 del Código de Conducta antes mencionado, "los titulares de mandatos podrán recurrir a los llamamientos urgentes en los casos en que las presuntas violaciones requieran medidas perentorias por entrañar pérdidas de vidas humanas, situaciones que pongan en peligro la vida o un daño

[27] Párrafo 15 de los métodos de trabajo del Grupo.

[28] Párrafo 16 de los métodos de trabajo del GTDA.

[29] Párrafo 17 de los métodos de trabajo del GTDA.

[30] Párrafos 18, 19 y 20 de los métodos de trabajo del GTDA. "Con carácter absolutamente excepcional", el GTDA podrá, a petición del gobierno interesado o de la fuente, volver a considerar sus opiniones bajo las condiciones previstas en el párrafo 21 de sus Métodos de trabajo.

inminente o continuo de mucha gravedad para las víctimas, que no se pueda atender oportunamente mediante el procedimiento previsto en el artículo 9 del presente Código" (procedimiento ordinario).

Los llamamientos o acciones urgentes son equivalentes a las medidas provisionales que pueden adoptar los órganos creados por tratados.

De acuerdo con el párrafo 22 de los métodos de trabajo del GTDA, es posible recurrir al procedimiento conocido como "acción urgente" en las dos hipótesis siguientes: a) en los casos en que haya denuncias suficientemente fiables de que se puede haber detenido arbitrariamente a una persona y que la detención puede constituir un grave peligro para la salud, la integridad física o psicológica, o aun la vida de esa persona; b) cuando, si bien no existe presuntamente ese peligro, circunstancias especiales justifican una acción urgente.

Los llamamientos urgentes son "de carácter puramente humanitario" y "de ninguna manera prejuzgan la opinión que pudiera emitir el Grupo de Trabajo", debiendo el gobierno responder en forma separada al procedimiento de acción urgente y al procedimiento ordinario, según lo previsto en el párrafo 23 de los métodos de trabajo del Grupo. Y de conformidad con el párrafo 24 de dicho instrumento, "el Presidente-Relator o, en su ausencia, el Vicepresidente, transmite la comunicación por el medio más rápido al Ministerio de Relaciones Exteriores por conducto de la Misión Permanente del país interesado".

El GTDFI ha establecido un procedimiento de intervención inmediata en casos de intimidación, persecución o represalias contra familiares de personas desaparecidas, testigos o sus familiares, miembros de organizaciones de familiares u otras ONG, defensores de derechos humanos o personas que trabajan en casos de desapariciones.

B) El artículo 11 del Código de Conducta prevé que los titulares de mandatos deberán velar por que su visita al terreno se realice de conformidad con las condiciones de su andato, asegurarse de que tenga lugar con el consentimiento, o por invitación, del Estado de que se trate y prepararla en colaboración estrecha con la misión permanente del Estado acreditada ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, salvo que el Estado designe a otra autoridad al efecto.

Las visitas del GTDA en misión oficial a los países se preparan en colaboración con el gobierno, los organismos de Naciones Unidas sobre el terreno y representantes de la sociedad civil. Las visitas son una oportunidad para que el Grupo entable un diálogo directo con el gobierno y los representantes de la sociedad civil con miras a lograr una mayor comprensión de la situación de privación de la libertad en el país y las causas en que se fundamenta la detención arbitraria.

El gobierno debe garantizar al Grupo de Trabajo que, durante la visita, tendrá la oportunidad de mantener reuniones con las más altas autoridades (políticas, administrativas, legislativas y judiciales)[31] y podrá visitar penitenciarías, cárceles, comisarías, centros de detención de migrantes, prisiones militares, centros de detención de menores y hospitales psiquiátricos, así como reunirse con todas las autoridades y funcionarios con atribuciones para tomar decisiones que afectan a la libertad personal de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado anfitrión. Se garantizará la confidencialidad absoluta de las entrevistas entre el Grupo de Trabajo y las personas privadas de libertad, y el gobierno debe garantizar que no se tomen represalias contra las personas entrevistadas por el Grupo[32].

Al término de su vista, el GTDA presentará una declaración preliminar al gobierno, comunicándole sus conclusiones iniciales. El Grupo preparará un informe que, una vez aprobado, se transmitirá al gobierno del país visitado para recabar sus observaciones sobre errores de hecho y jurídicos. El informe final tendrá en cuenta tales observaciones, que se publicarán como adición del informe. Dos años después de su visita, el Grupo pedirá al gobierno que presente un informe sobre la aplicación de las recomendaciones formuladas en su informe de la misión, y durante este procedimiento de seguimiento todas las partes interesadas recibirán información y deberán presentar sus observaciones al respecto. De ser necesario, el Grupo solicitará la realización de una visita de seguimiento al Estado de que se trate.

Los demás titulares de mandatos proceden de manera similar. En el informe escrito que se presenta al Consejo de Derechos Humanos, el titular del mandato reseñará sus conclusiones y recomendaciones dirigidas al Estado interesado. Presentado el informe, se abrirá un "diálogo constructivo" entre el titular del mandato y los Estados presentes, incluido el Estado interesado, que fijará su posición ante las recomendaciones.

C) Por invitación del Gobierno, el Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia visitó la Argentina del 16 al 23 de mayo de 2016.

En su informe al Consejo de Derechos Humanos, debatido durante el 35° período de sesiones (6 a 23 de junio de 2017), el Relator Especial señala, entre otras cosas, que "la discriminación contra los pueblos indígenas en la Argentina es tanto estructural como horizontal. Muchos argentinos consideran que los pueblos indígenas deberían

[31] Además, podrá reunirse con organizaciones no gubernamentales, abogados, colegios de abogados y otras asociaciones profesionales de interés, instituciones nacionales de derechos humanos, representantes diplomáticos y consulares y autoridades religiosas, entre otras.

[32] Párrafo 27 de los métodos de trabajo del GTDA

hacer un mayor esfuerzo para integrarse en la sociedad, negándoles así su derecho a la identidad, lo que está en clara contradicción con las disposiciones constitucionales. Esto también demuestra que los esfuerzos encaminados a crear conciencia sobre los derechos de los pueblos indígenas y fomentar una sociedad multicultural siguen siendo insuficientes. Los pueblos indígenas también han sufrido en general dificultades para participar activamente en la adopción de decisiones, en particular sobre las cuestiones que los afectan directamente"[33].

Otro párrafo del informe refleja preocupación "por el hecho de que, a pesar de la existencia de una ley de inmigración progresista, los inmigrantes, tanto los documentados como los indocumentados, siguen haciendo frente a la discriminación racial y la xenofobia en esferas como la educación, el acceso a la atención de la salud, los servicios públicos, la vivienda y el empleo"[34].

El Relator Especial ha hecho hincapié "en la continua invisibilidad de los grupos más marginados, especialmente los pueblos indígenas", que "se manifiesta tanto en las instituciones públicas, donde los pueblos indígenas, los migrantes y los afroargentinos no están representados en absoluto, como en la sociedad en general. Esta realidad se recoge en el mapa de la discriminación elaborado por el INADI, según el cual, de acuerdo con la percepción de los entrevistados, entre los 14 grupos de personas más discriminados los pueblos indígenas ocupan el octavo lugar, justo después de las personas afrodescendientes y muy por detrás de las personas que han percibido discriminación debido a obesidad o sobrepeso (que ocupan el primer lugar). Aunque solo el 49 % de los entrevistados percibía que los pueblos indígenas eran objeto de discriminación, el 77 % de las personas indígenas encuestadas indicaron que habían experimentado discriminación (...) Las diferencias entre la discriminación percibida y la experimentada son aplicables a todos los grupos que son objeto de discriminación racial"[35].

El informe recomienda, inter alia, que se tipifique la discriminación racial como delito sobre la base de la definición adoptada por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial y que se establezca un enfoque multicultural para la administración de justicia a nivel nacional y provincial, lo que requiere la creación de tribunales especializados para tratar las cuestiones indígenas, la capacitación de profesionales judiciales especializados y la integración de los

[33] Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia sobre su misión a la Argentina, párr. 33. Doc. A/HRC/35/41/Add.1, disponible en `https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G17/093/29/PDF/G1709329.pdf?OpenElement`

[34] *Ibíd.*, párrs. 49 y 50.

[35] *Ibíd.*, párr. 65.

grupos minoritarios en el sistema judicial. También requiere asegurar los servicios de intérpretes y traductores y el asesoramiento jurídico gratuito en los procesos judiciales[36].

D) Por último, los órganos especiales de investigación formulan también declaraciones públicas, en forma individual o conjunta, sobre cuestiones relativas a un Estado que son objeto de especial preocupación[37].

5.5. El procedimiento de denuncia

Mediante resolución 1503 (XLVIII) del ECOSOC, de 27 de mayo de 1970, revisada por la resolución 2000/3 del mismo órgano, se estableció un procedimiento confidencial de denuncia que el Consejo de Derechos Humanos decidió mantener "para abordar los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de todos los derechos humanos y todas las libertades fundamentales que se produzcan en cualquier parte del mundo y en cualquier circunstancia"[38].

Una comunicación relacionada con una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales será admisible a los efectos de dicho procedimiento siempre que no tenga motivaciones manifiestamente políticas y su objeto sea compatible con la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal y otros instrumentos aplicables en materia de derechos humanos, "contenga una descripción fáctica de las presuntas violaciones, incluidos los derechos que supuestamente se hayan vulnerado", no utilice un lenguaje insultante, no se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación, no se refiera a un caso del que ya se esté ocupando un procedimiento especial, un órgano creado en virtud de un tratado u otro procedimiento de denuncia análogo, de las Naciones Unidas o regional, en la esfera de los derechos humanos, y se hayan agotado los recursos de la jurisdicción interna, "salvo que parezca que esos recursos serían ineficaces o podrían prolongarse injustificadamente"[39].

---

[36] *Ibíd.*, párr. 108.

[37] En el caso de nuestro país, pueden citarse, entre otras, la Declaración pública del 16 de julio de 2017 de la Presidente-Relatora del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias y el Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, sobre la gravedad de los crímenes de lesa humanidad en la Argentina, y la Declaración conjunta de los titulares de mandatos de cinco procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, de 10 de noviembre de 2015, relativa a la creación de una Comisión de la Verdad sobre las Complicidades Económicas durante la dictadura en la Argentina.

[38] Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007, Anexo IV ("Procedimiento de denuncia"), párr. 85.

[39] *Ibíd.*, párr. 87.

El restante criterio de admisibilidad es que la comunicación sea presentada por "una persona o un grupo de personas que afirmen ser víctimas de violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales, o una persona o grupo de personas, incluidas ONG, que actúen de buena fe de conformidad con los principios de derechos humanos, no tengan posturas políticamente motivadas contrarias a lo dispuesto en la Carta de las Naciones Unidas y que sostengan tener conocimiento directo y fidedigno de esas violaciones. Sin embargo, las comunicaciones que estén debidamente fundamentadas no serán inadmisibles solo porque la información de los autores individuales sea de segunda mano, a condición de que se acompañen de pruebas claras"[40].

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos nombrará a cinco de sus miembros, uno de cada grupo regional, para que constituyan el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones[41], teniendo debidamente en cuenta el equilibrio de género. Los miembros de este Grupo decidirán por consenso o mayoría simple de votos sobre la admisibilidad de las comunicaciones y evaluarán las denuncias de violaciones en cuanto al fondo, en particular para determinar si las comunicaciones, por sí solas o en combinación con otras, parecen revelar un cuadro de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. El Grupo podrá desestimar un caso[42].

Cada grupo regional nombrará a un representante de un Estado miembro del Consejo, teniendo debidamente en cuenta el equilibrio de género, para que integre el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones[43], el cual, basándose en la información y las recomendaciones que le haya facilitado el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones, deberá presentar al Consejo un informe sobre los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas y formular recomendaciones al Consejo sobre la manera de proceder, normalmente en forma de un proyecto de resolución o decisión relativo a la situación que se le haya remitido. El Consejo examinará, con la frecuencia que sea necesaria pero al menos una vez al año, los cuadros persistentes de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y libertades fundamentales que el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones señale a su

[40] *Ibíd.*

[41] Habida cuenta de la necesidad de conocimientos especializados y de continuidad en el examen y la evaluación de las comunicaciones recibidas, los expertos independientes y altamente calificados del Grupo serán nombrados por un período de tres años, y su mandato podrá renovarse una sola vez (párr. 93).

[42] Resolución 5/1, párrs. 89, 90, 91 y 95.

[43] El nombramiento será por un año y el mandato podrá renovarse una vez si el Estado en cuestión es miembro del Consejo (párr. 96). Los miembros del Grupo desempeñarán sus funciones a título personal (párr. 97).

atención[44].

Los informes que el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones remita al Consejo serán examinados de manera confidencial, a menos que el Consejo decida otra cosa. Cuando el Grupo recomiende al Consejo que examine una situación en sesión pública, particularmente en caso de manifiesta e inequívoca falta de cooperación[45], el Consejo examinará esa recomendación con carácter prioritario en su período de sesiones siguiente[46].

El procedimiento de denuncia garantizará que tanto el denunciante como el Estado interesado sean informados de las actuaciones en las etapas clave siguientes: a) cuando una comunicación sea considerad inadmisible por el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones o pase al examen del Grupo de Trabajo sobre las Situaciones, o cuando uno de los Grupos de Trabajo o el Consejo decida mantener pendiente la comunicación[47]; B) cuando se adopte el resultado final[48].

De conformidad con la práctica establecida, la medida a adoptar sobre una situación particular debe ser una de las siguientes: a) que se deje de examinar la situación cuando no se justifique su examen o la adopción de medidas ulteriores[49]; b) que se mantenga la situación en estudio y se solicite al Estado interesado que proporcione información adicional dentro de un plazo razonable; c) que se mantenga la situación en estudio y se nombre a un experto independiente y altamente calificado para que siga de cerca la situación e informe al Consejo; d) que se deje de examinar el asunto en virtud del procedimiento de denuncia confidencial y se pase al examen público; e) que se recomiende al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos que preste cooperación técnica, asistencia para el fomento de la capacidad o servicios de asesoramiento al Estado interesado[50]. En la práctica, solamente en una ocasión el Consejo de Derechos Humanos ha decidido pasar del estudio de una

[44]Resolución 5/1, párrs. 98 y 103.

[45]El Estado interesado cooperará con el procedimiento de denuncia y hará todo lo posible por proporcionar respuestas sustantivas a cada una de las solicitudes de los Grupos de Trabajo o del Consejo, según lo previsto en el párrafo 101 de la resolución 5/1.

[46]Resolución 5/1, párr. 104.

[47]Cuando el Grupo de Trabajo sobre las Comunicaciones requiera un examen más a fondo o información adicional, podrá mantener un caso en estudio hasta su siguiente período de sesiones y solicitar esa información al Estado interesado (párr. 95). Lo mismo podrá hacer el Grupo de Trabajo sobre las Situaciones (párr. 98).

[48]Resolución 5/1, párr. 106.

[49]Toda decisión del Grupo de Trabajo sobre las Situaciones de que se deje de examinar un asunto deberá adoptarse por consenso o, si ello no fuere posible, por mayoría simple de votos (párr. 99).

[50]Resolución 5/1, párr. 109.

situación bajo el procedimiento confidencial al examen público[51]. Ambos Grupos de Trabajo ser reunirán dos veces al año, al menos durante cinco días laborables en cada período de sesiones, a fin de examinar prontamente las comunicaciones recibidas, incluidas las respuestas del Estado, y las situaciones de las que ya se esté ocupando el Consejo en el marco del procedimiento de denuncia[52].

Más allá de estos propósitos, las ventajas del "procedimiento 1235" son evidentes frente al "procedimiento 1503", porque este último "no permite tramitar las quejas individuales por violaciones de los derechos humanos más allá de su instrumentalización para probar la existencia de una 'situación' de violaciones masivas" y "el procedimiento es excesivamente largo (hasta 24 meses), confidencial y carente de transparencia"[53]. En esta situación, es lógico suponer que las víctimas o sus representantes prefieran llevar sus quejas al "procedimiento 1235" o público, ya que les ofrece mayor flexibilidad procesal, al no requerirse el agotamiento de los recursos internos, y eficacia[54].

Un dato adicional: entre 1980 y 1984, el procedimiento de la resolución 1503 fue aplicado a la República Argentina[55].

5.6. El Consejo de Derechos Humanos

La Asamblea General, a través de la resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, decidió establecer el Consejo de Derechos Humanos, con sede en Ginebra, en sustitución de la Comisión de Derechos Humanos y como órgano subsidiario de la Asamblea General. La resolución reconoce la labor realizada por la Comisión y la necesidad de preservar sus logros y seguir avanzando a partir de ellos, así como la necesidad de remediar sus deficiencias, y contempla la revisión de la situación del Consejo por la Asamblea a los cinco años de su creación[56].

---

[51] El Estado interesado era Eritrea. *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, p. 278.

[52] Resolución 5/1, párrs. 100 y 104.

[53] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, p. 279.

[54] *Ibíd.*

[55] *Vid.* GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S., "La protección de los derechos humanos a través de los órganos de las Naciones Unidas", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. y PULVIRENTI, Orlando D., *op. cit.*, p. 79.

[56] La resolución agrega que el Consejo revisará su labor y su funcionamiento cinco años después de su establecimiento e informará a la Asamblea General. Sobre la base del informe del Grupo de Trabajo intergubernamental sobre el examen de la labor y el funcionamiento del Consejo, este adoptó la resolución 16/21, de 25 de marzo de 2011, cuyo anexo contiene propuestas de reforma. Una de las reformas consistió en el establecimiento de la oficina de la presidencia del Consejo. Las medidas relativas al examen periódico universal se completaron con la decisión 17/11 del Consejo,

El Consejo de Derechos Humanos (CDH) está integrado por cuarenta y siete Estados miembros de las Naciones Unidas elegidos en forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General. Con el propósito de que la composición del cuerpo esté basada en una distribución geográfica equitativa, los puestos se distribuirán en la siguiente proporción: Grupo de Estados de África, trece; Grupo de Estados de Asia, trece; Grupo de Estados de Europa oriental, seis; Grupo de Estados de América Latina y el Caribe, ocho, y Grupo de Estados de Europa occidental y otros Estados, siete. Los miembros del Consejo se desempeñarán durante un período de tres años y no podrán optar a la reelección inmediata después de dos períodos consecutivos.

La participación en el CDH está abierta a todos los miembros de las Naciones Unidas, y al elegir a los miembros del Consejo deberá tenerse en cuenta la contribución de los candidatos a la promoción y protección de los derechos humanos, así como las promesas y compromisos voluntarios que hayan hecho al respecto. La Asamblea General, por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes, podrá suspender los derechos inherentes a formar parte del Consejo de todo miembro de este órgano que cometa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos[57]. Argentina es miembro del Consejo, expirando su mandato en 2021, lo mismo que el de Uruguay[58].

Los miembros elegidos del CDH deben aplicar las normas más estrictas en la promoción y protección de los derechos humanos y cooperar plenamente con el Consejo, estando sujetos al mecanismo de examen periódico universal durante el período en que sean miembros.

El CDH se reúne periódicamente a lo largo del año y celebra como mínimo tres períodos de sesiones por año, incluido un período de sesiones principal[59], con una duración total no inferior a diez semanas. Puede celebrar períodos extraordinarios de sesiones, cuando sea necesario, a solicitud de un miembro con el apoyo de un tercio de los miembros del cuerpo.

---

de 17 de junio de 2011. Las propuestas de reforma fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 65/281, de 17 de junio de 2011.

[57] El 1 de marzo de 2011 la Asamblea General, a propuesta del propio Consejo de Derechos Humanos y mediante resolución 65/265, dejó en suspenso la condición de miembro de dicho Consejo de la Jamahiriya Árabe Libia, a causa de las violaciones masivas a los derechos humanos en ese Estado. Fue reintegrada con el nombre de Libia mediante resolución 18/9 del Consejo de Derechos Humanos, de 29 de septiembre de 2011

[58] *Vid.* información disponible en `https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/CurrentMembers.aspx`

[59] El período de sesiones principal se celebra durante el mes de marzo. Hay además reuniones organizativas.

¿Cuál es la responsabilidad básica del órgano? Promover el respeto universal de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, sin distinción de ningún tipo y de una manera justa y equitativa. Deberá ocuparse de las situaciones en que se violen tales derechos, incluidas las violaciones graves y sistemáticas, y hacer recomendaciones al respecto, además de promover la coordinación eficaz y la incorporación de los derechos humanos en la actividad general del sistema de las Naciones Unidas. Su labor se guiará por los principios de universalidad, imparcialidad, objetividad y no selectividad, diálogo internacional constructivo y cooperación.

El CDH tiene diversas funciones[60], como promover la educación y el aprendizaje sobre los derechos humanos, la prestación de servicios de asesoramiento y asistencia técnica y el fomento de la capacidad, en consulta con los Estados miembros y con su consentimiento; servir de foro para el diálogo sobre cuestiones temáticas relativas a los derechos humanos; formular recomendaciones a la Asamblea General para seguir desarrollando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; promover el pleno cumplimiento de las obligaciones en la materia contraídas por los Estados y el seguimiento de los objetivos y compromisos emanados de las conferencias y cumbres de las Naciones Unidas; realizar un examen periódico universal del cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones y compromisos en materia de derechos humanos; contribuir, mediante el diálogo y la cooperación, a prevenir las violaciones de derechos y responder con prontitud a las situaciones de emergencia en la materia; cooperar estrechamente, en la esfera de que se trata, con los gobiernos, las organizaciones regionales, las instituciones nacionales de derechos humanos y la sociedad civil; formular recomendaciones con respecto a la promoción y protección de los derechos humanos, y presentar un informe anual a la Asamblea General.

Ha asumido además la función y las atribuciones de la Comisión de Derechos Humanos en relación con la labor de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos[61], y ha llevado cabo la tarea de examinar y, en su caso, perfeccionar y racionalizar todos los mandatos, mecanismos, funciones y responsabilidades de dicha Comisión a fin de mantener un sistema de procedimientos especiales, asesoramiento especializado y un procedimiento de denuncia, como hemos visto en este capítulo.

El Comité Asesor, el Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Foro sobre

[60] La enumeración que se hace en la resolución 60/251 no es taxativa, pues la resolución utiliza la expresión "entre otras cosas".

[61] Con arreglo a lo decidido por la Asamblea General en su resolución 48/141, de 20 de diciembre de 1993.

cuestiones de las minorías, el Foro Social, el Foro sobre empresas y derechos humanos, el Foro sobre derechos humanos, democracia y estado de derecho, y diversos grupos de trabajo intergubernamentales de composición abierta son órganos subsidiarios del CDH, además de los órganos que actúan en el marco de los procedimientos especiales y del procedimiento de denuncia.

De acuerdo con la resolución titulada "Construcción institucional del Consejo de Derechos Humanos", podrán proponer candidatos a titulares de mandatos especiales no solo los gobiernos, los grupos regionales que operen dentro del sistema de las Naciones Unidas, las organizaciones internacionales o sus oficinas (como, por ejemplo, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos), sino también las organizaciones no gubernamentales y otros órganos de derechos humanos, y puede haber incluso candidaturas individuales[62]. La idea que se persigue es prestar debida atención al equilibrio de género y a una representación geográfica equitativa, así como a una representación apropiada de diferentes sistemas jurídicos, y la de garantizar que los candidatos seleccionables sean personas altamente calificadas con reconocida competencia, conocimientos especializados pertinentes y amplia experiencia profesional en la esfera de los derechos humanos[63]. Se busca así mayor profesionalismo en el trabajo del CDH[64].

5.7. Examen periódico universal

En términos de la resolución 60/251, el examen periódico universal (EPU), basado en información objetiva y fidedigna, sobre el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos estatales en materia de derechos humanos "de una forma que garantice la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados", es "un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad", y "complementará y no duplicará la labor de los órganos creados en virtud de tratados".

A) El examen se hará sobre la base de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal, los instrumentos de derechos humanos en que sea parte el Estado y las promesas y compromisos que haya asumido el Estado voluntariamente, incluidos aquellos contraídos al presentar su candidatura para el Consejo de Derechos Humanos. Y dada la naturaleza complementaria y de mutua relación entre el Derecho

[62] Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, párr. 42.

[63] *Ibíd.*, párrs. 40 y 41.

[64] GÓMEZ FERNÁNDEZ, Lucía I., "El nuevo Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas", en GONZÁLEZ NAPOLITANO, Silvina S. y PULVIRENTI, Orlando D., *op. cit.*, p. 92.

Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, el examen tendrá en cuenta el Derecho Internacional Humanitario aplicable[65].

B) El examen periódico universal debe promover la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la interrelación de todos los derechos humanos, además de ser un proceso intergubernamental dirigido por los Estados miembros de las Naciones Unidas y orientado a la acción y "desarrollarse de una manera objetiva, transparente, no selectiva y constructiva que evite la confrontación y la politización". Además, debe integrar plenamente una perspectiva de género y "asegurar la participación de todos los actores interesados pertinentes, con inclusión de las organizaciones no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos". Estos son, entre otros, los principios del mecanismo[66].

A su vez, los objetivos del examen son el mejoramiento de la situación de los derechos humanos en el terreno; el cumplimiento de las obligaciones y los compromisos del Estado en materia de derechos humanos y la evaluación de los avances y los retos a los que se enfrenta; el fortalecimiento de la capacidad estatal y de la asistencia técnica, en consulta con el Estado examinado y con su consentimiento, el intercambio de las mejores prácticas entre los Estados y otros actores interesados, y el apoyo a la cooperación en la promoción y protección de los derechos humanos[67].

En el primer ciclo de examen la periodicidad de este fue de cuatro años, lo cual supuso el examen de 48 Estados por año[68]. El segundo ciclo comenzó en enero de 2012 con el mismo orden de examen que el establecido en el primer ciclo[69]. El tercer ciclo inició en mayo de 2017 y se extiende hasta 2021.

El examen se lleva a cabo sobre la base del informe que cada Estado presenta siguiendo las directrices generales adoptadas por el CDH[70]. Tal informe no podrá exceder de veinte páginas[71]. Además, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) prepara una compilación, de no más de diez páginas, de la información contenida en los informes de los órganos de

[65] Resolución 5/1, párrs. 1 y 2.

[66] *Ibíd.*, párr. 3.

[67] *Ibíd.*, párr. 4.

[68] *Ibíd.*, párr. 14.

[69] Se determina por sorteo cuáles serán el Estado miembro y el Estado observador de cada grupo regional que se habrán de examinar primero. Luego se seguirá el orden alfabético, empezando por los países así seleccionados a menos que otros países se ofrezcan voluntariamente para el examen (párr. 12.)

[70] Las directrices generales aprobadas el 27 de septiembre de 2007, mediante decisión 6/102 del Consejo de Derechos Humanos, se mantuvieron al inicio del segundo ciclo de examen.

[71] Resolución 5/1, párr. 15.a). Se alienta a los Estados a que preparen la información mediante un amplio proceso de consulta a nivel nacional con todos los actores interesados pertinentes.

tratados, los procedimientos especiales, incluidas las observaciones y comentarios del Estado examinado, y otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas. A esta documentación se agrega la información creíble y fidedigna adicional que proporcionen otros interlocutores pertinentes, que también debe considerar el Consejo. La OACNUDH prepara un resumen de dicha información que no debe exceder de diez páginas[72]. Los otros interlocutores son las instituciones nacionales de derechos humanos y las organizaciones no gubernamentales.

Tanto la exposición escrita del Estado como los resúmenes preparados por la OACNUDH deben estar listos seis semanas antes del examen por el Grupo de Trabajo del EPU para que los documentos puedan distribuirse simultáneamente en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

C) El procedimiento comprende una primera fase en la que se establece un grupo de tres relatores (troika), seleccionados por sorteo entre los miembros del CDH y procedentes de diferentes grupos regionales, para facilitar el examen[73].

Los Estados pueden presentar preguntas por escrito para el Estado examinado[74], las cuales serán transmitidas por la troika a dicho Estado diez días antes del día del examen. Luego el informe con las preguntas se distribuye también a todos los demás Estados miembros y observadores. El Estado objeto de examen decidirá qué preguntas desea contestar[75].

B) Durante el examen tiene lugar un diálogo interactivo, de tres horas y media de duración, entre el Estado examinado y los Estados miembros de las Naciones Unidas[76]. Aquel dispone de 70 minutos y el resto del tiempo se reserva para los Estados que deseen intervenir.

La troika ayuda a redactar el informe sobre el examen y antes de que sea adoptado por el Grupo de Trabajo del EPU los Estados deben asegurarse que refleje fielmente lo que dijeron y que las recomendaciones que formularon se citen al final del informe

[72] *Ibíd.*, párrs. 15.b) y 15.c).

[73] El párrafo 19 de la resolución 5/1 prevé que "el país examinado podrá pedir que uno de los tres relatores sea de su propio grupo regional y también podrá pedir sólo en una ocasión que se sustituya a un relator".

[74] Por ejemplo, en el examen de Argentina en 2008 Brasil preguntó cuales eran las directivas, así como las principales dificultades, en relación con la aplicación del programa para regularizar la situación de las personas migrantes, denominado "Patria Grande". *Vid.* GÓMEZ FERNÁNDEZ, Lucía I., *op. cit.*, p. 96.

[75] Declaración del Presidente del Consejo 8/1, de 9 de abril de 2008, epígrafe I.

[76] Los demás actores interesados, incluidas las organizaciones de la sociedad civil y las ONG, pueden asistir al examen pero no participar en él.

de manera correcta[77]. Puede que ciertas recomendaciones no hayan sido aceptadas por el Estado examinado, y en ese caso la opinión de este se recogerá en el informe. Se entiende que el Estado examinado se compromete a tomar medidas de seguimiento solo respecto de las recomendaciones que haya aceptado y sobre sus propias promesas y compromisos voluntarios[78].

C) El pleno del CDH celebra un debate a fin de aprobar el resultado del examen. La institución nacional de derechos humanos (INDH) del Estado examinado puede intervenir inmediatamente después de este[79]. Los Estados miembros del Consejo y los Estados observadores pueden presentar sus observaciones y las otras partes interesadas (por ejemplo, las ONG acreditadas ante el ECOSOC) están autorizadas a formular observaciones generales antes de la adopción del resultado del examen mediante una decisión del Consejo cuyos términos se reiteran en relación con cada examen.

D) Argentina fue examinada en abril de 2008, octubre de 2012 y, en el tercer ciclo del EPU, el 6 de noviembre de 2017. En este último examen participaron 79 países y el informe de Argentina incluyó las acciones tomadas para implementar las 90 recomendaciones que aceptó durante el segundo ciclo del EPU[80].

Por otro lado, nuestro país asumió el compromiso de seguir fortaleciendo los

[77] *Vid.* Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Secretaría del Consejo de Derechos Humanos y Organización Internacional de la Francofonía, Consejo de Derechos Humanos: guía práctica, disponible en `https://www.francophonie.org/IMG/pdf//guide_cdh_espagnol.pdf`

[78] Declaración del Presidente 8/1, epígrafes II y III.

[79] Solamente pueden intervenir INDH que gocen de estatuto consultivo conforme a los Principios de París. Las instituciones nacionales de derechos humanos son órganos estatales "que no se parecen a otras partes del gobierno: no están bajo la autoridad directa del poder ejecutivo, del poder legislativo ni del poder judicial aunque, por regla general, responden directa o indirectamente ante el poder legislativo. Se mantienen a una distancia prudencial del gobierno y, sin embargo, es este el que se ocupa de su financiación de forma principal o exclusiva (...) Las INDH no son ONG (...) Una INDH debe ser, y parecer, independiente del sector de las ONG de la misma manera que debe ser independiente del Gobierno (...) Las INDH no solo son elementos esenciales de un sistema nacional de derechos humanos sólido: actúan como puente entre los gobiernos y la sociedad civil, vinculan las responsabilidades del Estado con los derechos de los ciudadanos y conectan las leyes nacionales con los sistemas de derechos humanos de ámbito regional e internacional. Al mismo tiempo, las INDH se ven a menudo en la obligación de criticar las acciones de los mismos gobiernos que las han creado y las financian, lo que no resulta sorprendente si se piensa que los Estados son frecuentemente el blanco de las denuncias en materia de derechos humanos". *Vid.* NACIONES UNIDAS, *Instituciones nacionales de derechos humanos: Antecedentes, principios, funciones y responsabilidades*, Nueva York y Ginebra, 2010.

[80] A partir del segundo ciclo, el examen hace hincapié en la aplicación de las recomendaciones formuladas en el ciclo anterior de examen y aceptadas por el Estado examinado.

mecanismos nacionales y provinciales de derechos humanos[81]. A su vez, en el 33° período de sesiones del Grupo de Trabajo del EPU (6-17 de mayo de 2019) Argentina, Austria y Bahrein han conformado la troika establecida para el examen de Bhután.

E) No faltan motivos para cuestionar la eficacia del EPU: 1) la evaluación de la situación de los derechos humanos en cada Estado es confiada a sus pares y no, como sería de desear, a un mecanismo de expertos independientes; 2) el carácter intergubernamental del EPU en todas sus fases procesales (troika, grupo de trabajo, pleno del CDH) se acentúa por el hecho de que las personas expertas independientes del sistema, como los relatores especiales y los miembros de grupos de trabajo y de comités creados por tratados, no pueden ni siquiera "asistir" al examen del país de turno ni al pleno del CDH, a pesar del reiterado reclamo de participación de esas personas dirigido al Consejo; 3) las organizaciones de la sociedad civil y las ONG solo pueden asistir al examen, y en la sesión plenaria del Consejo en que se aprueba el resultado del examen sus declaraciones son puramente testimoniales, muy limitadas en el tiempo y extemporáneas, pues se formulan con posterioridad a que las recomendaciones hayan sido negociadas y aprobadas en el seno del grupo de trabajo intergubernamental; 4) son mucho más profundas y tienen más autoridad jurídica las recomendaciones incluidas en las observaciones finales tras el examen de los informes periódicos de los Estados partes por cada comité de personas expertas independientes o incluso las formuladas por los procedimientos especiales del CDH; 5) el pleno del Consejo se limita, por medio de una decisión estándar, a "aprobar el resultado del examen periódico universal" de cada Estado examinado, sin hacer ningún juicio de valor[82]. Ello se debe a los criterios establecidos al respecto[83].

Tratando de encontrar algún aspecto positivo en el examen periódico universal, se puede decir que al menos es un mecanismo que permite a los Estados asumir voluntariamente compromisos en materia de derechos humanos, y esto da lugar a posteriores acciones en procura de su cumplimiento. Como hemos visto antes, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, teniendo en cuenta uno de los compromisos asumidos en el marco del examen de 2017, instó a nuestro país a designar Defensor del Pueblo de la Nación a la mayor brevedad.

[81] En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Zeid Ra'ad Al Hussein, en su carta al Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de la República Argentina, de 13 de abril de 2018, dio la bienvenida al nombramiento en diciembre de 2017 por parte del Congreso de la Nación de los últimos seis miembros del Comité Nacional de Prevención de la Tortura, lo que permitirá avanzar en la implementación efectiva del Sistema Nacional de Prevención de la Tortura, y exhortó a nombrar cuanto antes el Defensor del Pueblo de la Nación para que el país siga consolidando así su marco nacional de protección de los derechos humanos.

[82] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, pp. 270-272.

[83] Declaración del Presidente 8/1, epígrafe IV.

Hay que recordar que se trata de la única institución nacional de derechos humanos argentina reconocida por las Naciones Unidas[84].

5.8. Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Mediante la resolución 48/141, de 20 de diciembre de 1993, la Asamblea General, siguiendo la recomendación pertinente de la Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), decidió crear el puesto de Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Con categoría de Secretario General Adjunto, el Alto Comisionado es nombrado por el Secretario General de las Naciones Unidas con aprobación de la Asamblea General para un mandato de cuatro años renovable por otro mandato de igual duración. La rotación geográfica se debe tener en cuenta para el nombramiento.

El Alto Comisionado es el funcionario de las Naciones Unidas con la responsabilidad principal respecto a las actividades de la Organización en materia de derechos humanos bajo la dirección y la autoridad del Secretario General. Dentro del marco general de la competencia, la autoridad y las decisiones de la Asamblea General, el ECOSOC y el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado tiene, entre otras, las siguientes funciones: 1) promover y proteger el disfrute efectivo de todos los derechos humanos por todas las personas; 2) desempeñar un papel activo en la tarea de eliminar los actuales obstáculos y hacer frente a los desafíos para la plena realización de los derechos humanos y prevenir la persistencia de violaciones de los derechos humanos en todo el mundo; 3) proporcionar asesoramiento y asistencia técnica a Estados y organizaciones regionales de derechos humanos; 4) entablar un diálogo con los gobiernos con miras a asegurar el respeto de los derechos y libertades fundamentales; 5) promover la cooperación internacional para la promoción y protección de los derechos humanos; 6) coordinar las actividades de promoción y protección de esos derechos en todo el sistema de las Naciones Unidas; 7) prestar asistencia para el desarrollo de nuevas normas en la materia y fomentar la ratificación de los tratados respectivos; 8) apoyar la labor de los procedimientos especiales: 9) contribuir a la aplicación de las normas de derechos humanos a través de una presencia en el terreno; 10) informar al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General.

El ACNUDH tiene la función de actuar cuando exista una violación grave de los derechos humanos en cualquier parte del mundo, a través de informes que den lugar a la adopción de medidas por el Consejo de Derechos Humanos. Tales informes

[84] El reconocimiento se ha otorgado con el status clase A por su adecuación a los Principios de París.

incluyen recomendaciones dirigidas al Gobierno del Estado interesado y a los Estados miembros[85].

El Alto Comisionado dirige la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, con sede en Ginebra y una oficina de enlace en Nueva York, que funciona como Secretaría del Consejo de Derechos Humanos y de los órganos de vigilancia de tratados[86].

La función de coordinar la promoción y la protección de los derechos humanos en todo el sistema de las Naciones Unidas se relaciona con la coordinación ad extra y ad intra para garantizar, por un lado, la presencia e integración real de los derechos humanos en todas las actividades de la Organización, en especial los proyectos de ayuda al desarrollo y las operaciones de mantenimiento de la paz, y, por el otro, facilitar la cohesión interna de los órganos de promoción y protección de los derechos humanos de las Naciones Unidas, desempeñando además un papel determinante en la consolidación del sistema de protección extra-convencional[87]. Todos los organismos especializados, programas y fondos del sistema de las Naciones Unidas deben colaborar con aquella Oficina para introducir el enfoque de derechos

[85]En este sentido, y a modo de ejemplo, se puede citar que la Alta Comisionada, en su informe presentado el 2 de julio de 2020 sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela entre junio de 2019 y mayo de 2020, consideró que la mayor parte de sus recomendaciones de su anterior informe al CDH (A/HRC/41/18) sigue siendo válida, pero formuló nuevas recomendaciones con carácter complementario, entre ellas garantizar la investigación sistemática, rápida, eficaz y exhaustiva, con independencia, imparcialidad y transparencia, de todas las muertes debidas a acciones de las fuerzas de seguridad y de los colectivos armados; cesar las detenciones en régimen de incomunicación, especialmente por parte de los servicios de inteligencia, garantizando que toda persona sometida a detención preventiva sea recluida en centros oficiales de detención preventiva sujetos a supervisión judicial, y trasladar a todas las personas detenidas en instalaciones de los servicios de inteligencia a centros oficiales de detención; proceder a la liberación incondicional de todas las personas privadas de libertad de manera ilegal o arbitraria, en particular mediante la aplicación de las decisiones del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria; velar porque se investigue y sancione con eficacia a los responsables de los casos de tortura y malos tratos; profundizar en el compromiso con los mecanismos de protección de los derechos humanos, entre ellos el sistema de procedimientos especiales, mediante la recepción periódica de visitas de los titulares de mandatos; facilitar el establecimiento de una oficina del ACNUDH en el país como medio eficaz para ayudar al Estado a hacer frente a los retos y problemas en materia de derechos humanos contemplados en el informe. A su vez, recomienda que los Estados Miembros deberían plantearse la revisión, suspensión o el levantamiento de las sanciones sectoriales impuestas al país que obstaculizan los esfuerzos del Gobierno para hacer frente a los efectos combinados de la situación humanitaria y la pandemia de COVID-19 sobre la población.

[86]La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recibe comunicaciones de personas y grupos de personas que denuncian violaciones de derechos humanos y las remite a los órganos y mecanismos pertinentes de las Naciones Unidas.

[87]VILLÁN DURÁN, Carlos, "La protección extra-convencional...", *op. cit.*, pp. 280-281.

humanos en sus distintas actividades.

La Oficina se encuentra trabajando, en el período 2018-2021, para mejorar la aplicación de las recomendaciones de todos los mecanismos internacionales de derechos humanos, procurando que las organizaciones de la sociedad civil, las instituciones nacionales de derechos humanos y los actores no tradicionales aumenten su intervención en esos mecanismos y hagan uso de sus resultados y que los formuladores de políticas, legisladores y tribunales hagan mayor uso de las conclusiones de los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos.

El 1 de septiembre de 2018 Michelle Bachelet asumió como Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Regresar al Sumario

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

6. Género y derechos humanos de las mujeres

Silvina Sánchez Mera(1)

(1) - Profesora de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Público en el Departamento Académico San Salvador de la UCSE, San salvador de Jujuy.

6.1. El género como categoría académica

Hoy en día es común escuchar y hablar de género, violencia de género, ideología de género, perspectiva de género, entre otros, no obstante no queda a veces claro qué es lo que queremos decir cuando hablamos de "género". Originalmente el concepto proviene de la psicología y la medicina, y surgió a mediados de la década del 60, a raíz de los trabajos del psicólogo John Money y el psiquiatra Robert Stoller, cuyo libro "Sexo y Género" examinaba casos reales donde el sexo genético no se correspondía con la identidad asignada. Concluyó que lo que determina la identidad y comportamiento de género no es el sexo biológico sino la vivencia del sexo asignado lo que lo llevó a distinguir entre ambas categorías, limitando el "sexo" a lo biológico y el "genero" a lo psicológico o cultural. Así los términos apropiados para referirse al sexo son macho y hembra mientras que para el género lo son femenino y masculino.[1]

De acuerdo a Montecino, esa distinción "inauguró un nuevo camino para las reflexiones respecto de la constitución de identidades de hombres y mujeres".[2] Sin embargo no fue hasta 1972, que el término género fue introducido en el campo de las ciencias sociales por Ann Oakley en su libro "Sexo, Género y Sociedad". De allí en adelante el término fue usado por las corrientes feministas como una categoría válida que permitiría explicar la desigualdad y subordinación de las mujeres frente a los hombres como una construcción social no justificada en la biología.[3] En materia

[1]FRIES MONLEÓN, Lorena y LACRAMPETTE POLANCO Nicole. "Feminismos, Género y Derecho". En LACRAMPETTE POLANCO (Ed). Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013

[2]MONTECINO, Sonia. Palabra dicha. Escritos sobre género, identidades, mestizajes. Colección de Libros Electrónicos, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile (Serie Estudios), 1997.

[3]FACIO, Alda y FRIES, Lorena. "Feminismo, género y patriarcado". En: FACIO, y FRIES (Eds). Género y Derecho. Santiago, LOM, 1999. Para un análisis más completo del tema ver DE

de derechos humanos de las mujeres, el concepto fue recién introducido oficialmente en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres celebrada en Beijín en 1995.

El concepto de género debe entenderse siempre como una variable socio cultural transversal a nuestra existencia, y cuyos roles se aprenden a través de procesos de socialización. Así el género se refiere a "los atributos sociales y las oportunidades asociados con ser hombre y mujer y las relaciones entre hombres y mujeres y las niñas y los niños, así como las relaciones entre mujeres y entre los hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones son socialmente construidos y se aprenden a través de los procesos de socialización. Son contextuales y cambian en el tiempo. El género determina lo que se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto dado."[4]

De esta manera la categoría y el concepto de género permiten explicar la subordinación de la mujer frente al hombre desde dos ángulos, uno diferenciador que incluye la atribución de características distintas correspondiente a lo masculino y femenino, producto de una construcción cultural; y otro jerárquico, donde se favorece lo masculino por sobre lo femenino. Tal como expresan Fries Monleón y Lacrampette Polanco, "el género no solo construye identidades, sino que también define y legitima relaciones de poder".[5] Por su parte la perspectiva de género, es el enfoque conceptual que se le da al género con el fin de analizar la realidad, evaluar políticas, examinar ejercicios de derechos y para diseñar estrategias y acciones[6], en otras palabras permite observar y comprender como opera la discriminación, y visibilizar experiencias, perspectivas y necesidades de las mujeres.[7]

Los esfuerzos en materia de derechos humanos de las mujeres apuntan hoy a concientizar sobre las diferencias establecidas socialmente y a derribar estereotipos asignados a uno u otro sexo en pos de eliminar la discriminación y subordinación histórica de las mujeres frente a los hombres, y lograr así una sociedad igualitaria. Puesto que "no se puede entender el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres sin entender el sistema de poder patriarcal que oprime a las mujeres todos

---

BARBIERI, Teresa. "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género". En GUZMÁN STEIN y PACHECO OREAMUNO (Corte IDH.), Estudios básicos de derechos humanos IV. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1996.

[4]UNWomen, conceptos y definiciones, `http://www.un.org/womenwatch/osagi/conceptsandefinitions.htm` [Acceso 20/01/19]

[5]FRIES MONLEÓN y LACRAMPETTE, óp. *cit.* p 62.

[6]Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. Instituto Interamericano de Derechos Humanos , San José, C.R., 2004

[7]*Ibíd.*

los días en todas las sociedades".[8]

6.2. Breve historia de los derechos de la mujer

Los orígenes del activismo y la lucha por los derechos de la mujer pueden situarse en la segunda mitad del siglo XIX, cuando un número significativo de organizaciones de mujeres emergieron a nivel internacional, sobre todo en los países noroccidentales. Estos grupos en un principio se enfocaron principalmente en los derechos políticos de la mujer, el movimiento sufragista que tuvo alcance mundial. En este sentido Nueva Zelanda se convirtió en el primer país del mundo en reconocer el derecho al voto a las mujeres en 1893, en nuestro continente el primer Estado en conceder el voto femenino fue Canadá en 1918.

El movimiento sufragista es un hito en la lucha por los derechos de las mujeres, no obstante y hasta mediados del siglo XX pueden identificarse también otras tres cuestiones fundamentales donde el activismo femenino marcó presencia, estos son: protestas contra la guerra (Primera y Segunda Guerra Mundial), demandas por igualdad de derechos laborales y reclamos en cuanto al estatuto legal de la mujer, con énfasis en la situación de las mujeres casadas.[9] Recordemos que con respecto a este último punto, el derecho civil plasmó tradicionalmente una desigualdad de la mujer respecto del hombre, subordinando la primera al segundo, y limitándola principalmente a la esfera doméstica.[10]

En el marco de nuestra región, los primeros antecedentes se encuentran en la V Conferencia Americana,[11] realizada en Chile en 1923, donde se resolvió recomendar al Consejo Directivo de la Unión Panamericana la incorporación en las futuras

[8] PALACIOS ZULOAGA, Patricia. "La Violencia En Contra De Las Mujeres". En LACRAMPETTE (Ed) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013, p 276.

[9] GARNER, Karen. Shaping a global women's agenda: Women's NGOs and global governance, 1925–85. Manchester/New York: Manchester University Press, 2010; RUPP, Leila. Worlds of women. The making of an international women's movement. Princeton: Princeton University Press, 1997; STIENSTRA, Deborah. Women's movements and international organizations New York: St. Martin's Press, 1994.

[10] La legislación civil establecía el deber de obediencia al marido, la imposibilidad de fijar domicilio y de trabajar, y la prohibición de disposición y administración de sus bienes en la sociedad conyugal.

[11] Las Conferencias Americanas fueron una serie de reuniones periódicas que llevaron adelante los Estados Americanos desde finales del siglo XIX (1889/90) con el objetivo de fortalecer las relaciones americanas. En ellas se adoptaron numerosos instrumentos internacionales en relación a temáticas de interés común para los estados de la región, tales como solución de controversias, solidaridad continental y la incipiente protección de derechos humanos.

conferencias del "el estudio de los medios de abolir las incapacidades constitucionales y legales en razón de las capacidades necesarias para asumir las responsabilidades del caso, se obtenga para la mujer los mismos derechos civiles y políticos de que hoy disfrutan los hombres".[12] En la VI Conferencia Americana, en La Habana, se aprueba la creación de la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM), el primer organismo intergubernamental en el mundo dedicado a velar por los derechos de las mujeres en la región.[13] Allí, su primera presidente, Doris Stevens, una sufragista estadounidense, pronuncia su histórico discurso revindicando por primera vez el carácter de derechos humanos de los derechos de la mujer: "no queremos más leyes escritas para nuestro bien y sin nuestro consentimiento. Debemos tener derecho de regir nuestros propios destinos junto a ustedes [...] Pedimos que se nos devuelvan nuestros derechos que nos han sido usurpados. Son nuestros derechos humanos."[14]

La CIM impulsó la firma de diversos tratados y declaraciones en el continente, así el Tratado sobre Igualdad de Derechos para la Mujer y la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer (1933), en 1938, se aprueba la Declaración de Lima a Favor de los Derechos de las Mujeres y en 1948 impulsa la firma de la Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Políticos a Mujeres y de la Convención Interamericana para la Concesión de Derechos Civiles a las Mujeres. También tuvo influencia internacional, fue la impulsora del Convenio N° 100 de la OIT sobre igualdad de salarios entre hombres y mujeres por igual trabajo.

A nivel universal, la creación de Naciones Unidas sirvió de foro global para el tratamiento del estatus de las mujeres en el mundo, en 1946 el Secretario General creó la Comisión del Estatuto de las Mujeres o Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW por sus siglas en inglés).[15] Las primeras cuestiones planteadas en el marco de la CSW fue tratar el estudio del estatus legal y políticos de las mujeres en el mundo. Los informes elaborados por la Comisión indicaban que 1/3 de los Estados del mundo no habían garantizado los derechos políticos de la mujer,[16] otras de las observaciones planteadas en dichos informes refirió a la discriminación en materia de educación y a los bajos índices de alfabetismo en comparación con

[12]Resolución de la V Conferencia Internacional Americana, Santiago de Chile, del 5 marzo al 3 de mayo de 1923, octava sesión de fecha 26 de abril de 1923.

[13]Resolución de la VI Conferencia Internacional Americana, La Habana, Cuba, 18 de febrero de 1928.

[14]Discurso de Doris Stevens, Presidenta de la CIM, durante la Sesión Plenaria Especial, Sexta Conferencia Internacional Americana. Ver en: CIM, Historia de la Comisión Interamericana de Mujeres 1928-1927, pg.211.

[15]GALEY, Margaret. "Forerunners in women's quest for partnership". In Winslow (Ed.), Women, politics and the United Nations. Westport, Greenwood Press, 1995.

[16]Recordemos que en 1947, 74 eran los estados miembros de Naciones Unidas.

los hombres.[17] Al igual que su par americano, la CSW también impulsó diversos tratados internacionales, tales como la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952), la Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer Casada (1957), la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (1962).

La década del 60 marcó un giro, los movimientos feministas empezaron a cambiar el foco de la discusión y a centrarse, no ya en el estatus legal de las mujeres, sino en su situación socio-económica y en cuestiones tales como empoderamiento, acceso a la educación, salud, oportunidades laborales, derechos reproductivos, inclusión en el ámbito rural, entre otros. Este camino fue emprendido tanto por la CIM como por la CSW. Los años 60 se caracterizaron por poner en el centro de la discusión las distintas formas de discriminación que las mujeres en el globo experimentaban,[18] a raíz de lo cual la CSW preparó el borrador de la Declaración para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General en 1967. Y es el documento que puede considerarse la antesala de la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer (CEDAW) que sería adoptada en 1979 como el primer tratado internacional comprensivo de los derechos de la mujer en el marco de los derechos humanos.

El año 1975 fue declarado el año de las Mujeres en América y el Año Internacional de las Mujeres en Naciones Unidas, celebrándose la Primera Conferencia Mundial de la Mujer en Méjico y marcando el inicio de la "década de las Naciones Unidas para las Mujeres". En ese tiempo se celebraron dos conferencias más, una en Copenhague (1980) y la otra en Nairobi (1985). Si bien dichas conferencias fueron intergubernamentales, "sirvieron de centro para las distintas organizaciones sociales a fin de establecer vínculos trasnacionales e intercambiar conocimiento",[19] además sirvió no solo para dejar sentado los distintos problemas que enfrentaban las mujeres sino también abrió las puertas para discutir sobre las raíces y orígenes de la desigualdad.[20]

Durante la década de los ochenta, los informes emitidos por la CIM pusieron en evidencia "que uno de los problemas más graves y que afectaba de manera directa la

[17] ZWINGEL, Susanne. Translating International Women's Rights: The CEDAW Convention in Context, Palgrave Macmillan, UK, 2016.

[18] COOK, Rebecca. "Women". In SCHACHTER y JOYNER (Eds.), United Nations legal order (Vol. 1)., Cambridge: Cambridge University Press, 1995, pp. 433–471

[19] ZWINGEL, *op.* cit, p. 41.

[20] *Ibíd.*

vida de las mujeres, era el problema de la violencia y sus múltiples manifestaciones".[21] De esta manera la Comisión empezó a trabajar la cuestión de la violencia hacia la mujer, que culminaría en la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) en 1994. Un año antes, la Asamblea General de Naciones Unidas había aprobado la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.

Los cambios en el contexto internacional, las nuevas corrientes feministas, las críticas a los modelos económicos propiciaron que en la Conferencia de Beijín en 1995, se adoptara la Plataforma de Acción de Beijín, una hoja de ruta que puso el acento en las desigualdades económicas y en erradicación de la pobreza, que afectaba de manera diferenciada a hombres y mujeres. En la Conferencia, se introdujo oficialmente el término "igualdad de género" por primera vez, al tiempo que aparecieron otros temas de preocupación (mujeres en conflictos armados, mujeres y medio ambiente, etc.).[22]

Sin embargo la segunda mitad de la década de los 90 estaría marcada por un estancamiento, al menos a nivel universal, por cuanto los logros y los esfuerzos de Beijín se verían amenazados por el surgimiento de corrientes anti-feministas, movimientos conservadores y las nuevas políticas neoliberales que destinarían menos dinero a los esfuerzos por promover la igualdad.[23] El Nuevo milenio estaría marcado, al menos en nuestro continente y por el trabajo de la CIM, por un acento en material de educación y promoción de la participación de la mujer en política. La idea de género empieza a aparecer trasversal a todas las cuestiones de la vida. Durante este tiempo se adoptaron diversas Declaraciones, así la "Declaración de San Salvador sobre Género, Violencia y VIH/SIDA", la Declaración de Santiago sobre el "Fortalecimiento de los Mecanismos Nacionales de la Mujer para la Transversalización de la Perspectiva de Género en las Políticas Públicas", la "Declaración de San José sobre el empoderamiento económico y político de las mujeres de las Américas", la Declaración de Pachuca "Fortalecer los esfuerzos de prevención de la violencia contra las mujeres", "Declaración sobre la Violencia y el Acoso Político contra las Mujeres" y "Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres".

[21] MEJÍA, Luz Patricia. "La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista IIDH (56), 2012. p. 154.

[22] Ibid; ANTROBUS, Peggy. The global women's movement. Origins, issues and strategies .London: Zed Books, 2004; MEYER, Mary, y PRÜGL, Elizabeth. (Eds.). Gender politics in global governance .Lanham: Rowman & Littlefield, 1999; FRIEDMAN, E. "Women's human rights: The emergence of a movement". In PETERS y WOLPER (Eds.), Women's rights, human rights: International feminist perspectives, London/New York: Routledge, 1995, pp. 18-35.

[23] ZWINGEL, *op. cit.*

La cuestión de la igualdad de género llegó a Naciones Unidas, en 2010 la Asamblea General creo ONU Mujeres, un organismo que fusionó diversas instituciones de la Organización con el objetivo de promover la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres.[24] En esta línea el nuevo Secretario General de Naciones Unidas, Antonio Guterres, se convirtió en un ferviente defensor y promotor de la igualdad de género, abogando por la igualdad en el seno de Naciones Unidas, tal es así que fue el primero en tener paridad de género en las posiciones más altas de su Secretaría y ha mantenido una agenda en tal sentido, tanto hacia dentro como por fuera de la Organización.

Si bien las organizaciones internacionales, tanto Naciones Unidas como la Organización de Estados Americanos, han servido de centro para la discusión en torno a los problemas sobre igualdad de género, no debe dejarse de lado la labor de las organizaciones sociales y la sociedad civil, que participan activamente de los distintos foros y tienden a ser los principales referentes a la hora de llamar la atención sobre distintas problemáticas sociales.

Mención especial merece que los últimos años han sido testigos del resurgimiento del activismo feminista, tal es así que diversas ONG llamaron al 2018 el "año de las mujeres" atento a las distintas protestas y reclamos realizados alrededor del mundo. Una característica particular de las protestas y de la lucha por la igualdad de género, han sido las plataformas sociales y el uso de internet para organizar, comunicar, promover y defender los derechos de las mujeres, movimientos globales como #8M, #MeToo, #NiUnaMenos, #EqualPay (igual salario), #LasDeportistasParamos, #EveryDaySexism (el machismo de todos los días), #GirlsNotBrides (niñas no esposas), entre otros, sumados a la campaña desde ONU Mujeres con #HeForShe (ellos por ellas) con el objetivo de concientizar que el problema de la desigualdad no es un problema de mujeres sino un problema social que debe integrar también a los hombres son algunos de los ejemplos de lo vivido en 2018.

6.3. Instrumentos internacionales de protección en particular

6.3.1. Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer

Si bien el principio de no discriminación en función del sexo estuvo reconocido expresamente desde la fundación de Naciones Unidas y luego en la Declaración

[24] www.unwomen.org

Universal de Derechos Humanos,[25] así como en diversos Pactos Internacionales en materia de Derechos Humanos,[26] requirió más de una década para que la problemática específica de los derechos humanos de las mujeres fuera abordada.[27] CEDAW fue el primer tratado internacional que recopilaba y sistematizaba la experiencia en materia de derechos humanos de las mujeres. La Convención fue adoptada en 1979[28] y entró en vigor en 1981, a mitad de la "Década de las Mujeres".

La Convención puede considerarse un éxito dada la histórica negación en materia de derechos de las mujeres, no por ello estuvo libre de críticas, tal es así que muchas voces feministas remarcaron el hecho que "CEDAW solo le otorgaba acceso a las mujeres a un mundo preestablecido por los hombres",[29] significando que CEDAW mantenía el statu quo y asumía que las mujeres debían gozar derechos que habían sido pensados para los hombres.[30] No obstante y al ser el primer tratado comprensivo de los derechos de las mujeres, fue visto como un hito en la lucha de las mujeres por la igualdad, tal es así que el anterior Secretario General de Naciones Unidad, Ban Ki-Moon se refirió a CEDAW como "uno de los tratados más exitosos del mundo".[31]

CEDAW toma como base la desigualdad histórica sufrida por las mujeres, y pone su acento en la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, tal como lo sugiere su título. El objetivo de la Convención puede verse en tres aspectos: asegurar plena igualdad entre hombres y mujeres ante la ley, mejorar en los hechos la situación de la mujer y modificar los estereotipos basado en el género,[32] para ello CEDAW busca garantizar los derechos individuales de las mujeres, otorgar sostén

[25] Artículo 2.

[26] Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 2; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, articulo 2.2.

[27] DE HAAN, Francisca. "A concise history of women's rights". UN Chronicle, XLVII (1), 2010. `http://unchronicle.un.org/`

[28] CEDAW se adoptó con 130 votos a favor, 0 votos en contra y 10 abstenciones. Los Estados que se abstuvieron fueron Arabia Saudita, Bangladesh, Brasil, Comoros, Haití, Mali, Marruecos, Mauritania, Méjico y Senegal.

[29] CHARLESWORTH, Hilary. "What are "Women's international human rights"? In COOK (Ed.), Human rights of women. National and international perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994, p 64.

[30] JOHNSTONE, R. "Is the CEDAW still relevant? (Re)-assessing CEDAW in 2010". Paper presented at the 11th annual conference of the Association of Human Rights Institutes, Reykjavik, 2010.

[31] JANSEN, Lisa. Rights: Women's treaty a powerful force for equality. Inter Press Service. 2009. http://www.ipsnews.net/2009/12/rights-womens-treaty-a-powerful-force-for-equality/

[32] La Corte Interamericana de Derechos Humanos entiende que estereotipo de género "se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente." Ver Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, pár 401.

social y fomentar cambios socio-culturales.[33] La Convención fue moldeada teniendo como mira que los Estados son los principales responsables en promover y cambiar las estructuras de discriminación hacia la mujer.

III. 1. a. Contenido

La Convención cuenta con un preámbulo y 30 artículos, el preámbulo hace referencia a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos en relación a los cuales los Estados deben garantizar una igualdad de trato sin distinción de sexo, reconoce la existencia de discriminación de la mujer como un obstáculo para el desarrollo social y su eliminación para lograr un mundo de paz. Lo que es más, realiza conexiones entre la eliminación de la discriminación contra la mujer, la pobreza, la erradicación de la discriminación racial, y subraya la necesidad de modificar estereotipos sociales.

La primera parte del tratado, los artículos 1 a 5 contienen las provisiones generales, así, en su artículo 1, la Convención CEDAW define la discriminación contra la mujer como: "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 políticas, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera". En palabras de Camacho, la discriminación que impide o reduce el goce de los derechos de las mujeres puede presentarse porque se le da un trato diferenciado a la mujer, cuando se las deja de lado, o cuando se limitan sus posibilidades; a su vez, aquella discriminación puede ser directa o indirecta, la primera es cuando resulta evidente, es decir es el objeto, la segunda tiene que ver con el resultado, por ejemplo cuando a las mujeres se les dificulta encontrar trabajo porque los empleadores prefieren hombres para evitar las licencias por embarazo.[34]

El artículo 2 enumera las medidas apropiadas a los fines de lograr la igualdad, entre las que se encuentran la derogación de leyes y prácticas discriminatorias sean que estas últimas provengan de actores estatales o no estatales, protección jurídica, prevención de actos discriminatorios, entre otros. El Estado tiene aquí una obligación de resultado en relación a los comportamientos antidiscriminatorios, y una obligación

[33]HOLTMAAT, Rikki. "The CEDAW: a holistic approach to women's equality and freedom". En HELLUM y SINDING AASEN. Women's Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law. Cambridge University Press 2013.

[34]CAMACHO, Rosalía, Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p 32.

de debida diligencia frente a los actores no estatales,[35] para Zwingel, esta disposición representa tanto una igualdad de iure como de facto.[36]

El artículo 3 hace referencia a la obligación de los Estados de asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre. El artículo 4, declara permisible las medidas temporales adoptadas por los Estados tendientes a acelerar la igualdad de facto entre hombres y mujeres, las mismas no se consideran discriminativas siempre que desaparezcan una vez alcanzado el objetivo.[37]

El artículo 5 obliga a los Estados a modificar patrones sociales y culturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; y aboga por una responsabilidad compartida en materia de educación y desarrollo de los hijos. Esta provisión sienta las bases de la igualdad transformativa, es decir aquella que va más allá de la igualdad formal e igualdad sustantiva, ya que apunta a combatir la existencia de estereotipos estructurales en la sociedad poniendo en cabeza de los Estados la obligación de llevar a cabo cambios fundamentales que permitan derribar estructuras sociales preconcebidas en orden de poder crear espacio para la diversidad y la plena libertad para las mujeres y hombres de poder decidir por sí mismos lo que implica o quiere decir "ser mujer" y "ser hombre".[38]

Los artículos 6 a 16 estipulan provisiones generales en diversas áreas, y refieren mayormente al reconocimiento y promoción de derechos humanos. Así el artículo 6 obliga a los Estado a tomar medidas para combatir la trata y explotación sexual de las mujeres. Los artículos 7 y 8 refieren a derechos políticos tanto a nivel doméstico como internacional. El artículo 9 prevé idénticos derechos que los hombres en materia de nacionalidad y el traspaso de la nacionalidad a los hijos. Los artículos 10 a 14 refieren a derechos sociales, económicos y culturales, así el artículo 10 contiene el

[35]BYRNES, A. C. "Article 2". In. FREEMAN, CHINKIN, y RUDOLF (Eds.). The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A commentary. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp 71-99.

[36]ZWINGEL, op cit, p53.

[37]Con relación a ello, el Comité CEDAW, en la Recomendación General N° 5, se invitó a los Estados Partes que hicieran un "mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la política y el empleo". En la Recomendación General N°25, indica que las medidas especiales temporales deben entenderse en el marco del fin general de la CEDAW, que es eliminar toda forma de discriminación contra la mujer para lograr la igualdad jurídica y de hecho (de jure y de facto) entre el hombre y la mujer, en el goce y disfrute de sus derechos humanos.

[38]HOLTMAAT, óp. *cit.*

derecho a la educación en igualdad con el hombre, el 11 y 12 refieren al derecho al trabajo, la salud y acceso a los mismos, incluyendo la planificación familiar, sin discriminación; el artículo 13 reconoce el derecho a acceder a beneficios sociales y a participar de actividades recreativas y culturales, por último el artículo 14 lidia con la situación de las mujeres rurales habiendo un llamado específico a los Estados para garantizar su participación en el desarrollo rural sin discriminación. Los artículos 15 y 16 se refieren a derechos civiles, el primero reconoce la igualdad con el hombre ante la ley, el segundo aboga por la eliminación de la discriminación de la mujer en todo lo relacionado al matrimonio y la familia, esto es asegurar el mismo derecho para contraer matrimonio, el derecho a elegir libremente el cónyuge, reconocer los mismos derechos y obligaciones durante el matrimonio y para su disolución, con respecto a los hijos, y la elección libre en lo que respecta a la cantidad de hijos, incluye también prohibiciones en materia de matrimonio infantil.

La Convención crea un Comité, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW o Comité), como el mecanismo de protección del tratado (artículos 17 a 22). El Comité se compone de 23 miembros, expertos de gran prestigio moral y competencia en la materia quienes ejercen sus funciones a título personal y duran 4 años en su puesto, pueden ser reelegidos sin restricción. Son elegidos por los Estados Parte, teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa así como la representación de los principales sistemas jurídicos, dicta su propio reglamento. El Comité es el encargado de dar seguimiento a la aplicación de CEDAW, a través de los informes que presentan los Estados parte, donde se incluyen las medidas legislativas, judiciales, administrativas u otras que los países hayan tomado en pos de la implementación de la Convención.[39] Para ello, se reúne anualmente en sesiones y una vez que revisa los informes puede emitir sugerencias y recomendaciones generales. El Comité aprovecho esta facultad concedida por el artículo 21(1) para desarrollar un cuerpo sustancial de Recomendaciones Generales en relación a artículos específicos de la Convención[40] o bien a temas importantes,[41] estas son extremadamente útiles porque expresan, aclaran y establecen el alcance

[39]Los informes se presentan cada 4 años, pero el primero a 1 año de la entrada en vigor del tratado para el Estado de que se trate.

[40]Como ejemplo pueden mencionarse Recomendación General N° 5 (1988) sobre Medidas Temporales; Recomendación General N° 8 (1988) sobre aplicación del Artículo 8; Recomendación Nº 23 (1997) sobre Nacionalidad; Recomendación General N º 21 (1994) en relación al matrimonio, libertar para consentir y poligamia; Recomendación General N° 24 (1999) sobre el artículo 12.

[41]Como ejemplo pueden mencionarse Recomendación N º 13 (1989) Vida política y pública Recomendación General Nº 14 (1990) Circuncisión femenina Recomendación General Nº 15 (1990) VIH y SIDA; Recomendación Nº 17 (1991) Medición y cuantificación del trabajo doméstico no remunerado de la mujer y su reconocimiento en el producto nacional bruto; Igual remuneración por trabajo de igual valor Recomendación General Nº 21 (1994).

de la norma en cuestión, de esta forma ayudan a interpretar el articulado de la Convención.

Entre estas deben destacarse la Recomendación General N° 19 en materia de violencia contra las mujeres. Cabe recordar que CEDAW se focaliza en la cuestión de discriminación de la mujer, y no trata el tema violencia en su articulado. No obstante, y siguiendo la evolución de la lucha de las mujeres, la década del 90 sirvió para llamar la atención sobre el problema de la violencia. Tal es así que la Recomendación N° 19, de 1992 establece que la violencia tiene relación con los distintos derechos establecidos en la Convención, y lo que resulta importante es que el Comité entiende que la violencia contra la mujer constituye un acto de discriminación y, por ende, es una violación a sus derechos humanos. Esta Recomendación es fundamental porque aclara que la Convención abarca actos públicos y privados y en ambos debe combatirse todo tipo de violencia contra las mujeres; reconoce también que la violencia en la familia es una de las formas más dañinas de violencia en contra de las mujeres y que la falta de responsabilidad de los hombres en el seno familiar puede ser una forma de violencia que limita la vida de las mujeres.[42]

Finalmente, CEDAW establece que nada de lo allí dispuesto afectará disposición alguna que sea más favorable a la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23), y que los Estados se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos CEDAW (artículo 24). Las disposiciones restantes refieren a la entrada en vigor, formas de ratificación, solución de controversias, depósito, idiomas oficiales.

CEDAW en síntesis:

- Art. 1 Definición de discriminación contra la mujer
- Art. 2 Obligaciones estatales
- Art. 3 Garantía de pleno desarrollo
- Art. 4 Medidas temporales
- Art. 5 Modificación de estereotipos
- Art. 6 Eliminación de explotación sexual
- Art. 7 Igualdad en materia de derechos políticos
- Art. 8 Igualdad en la participación de la vida pública nacional e internacional

[42] Comité CEDAW, Recomendación General N° 19.

- Art. 9 Igualdad en materia de nacionalidad
- Art. 10 Igualdad derecho a la educación
- Art. 11 Igualdad derechos laborales
- Art. 12 Igualdad derechos salud
- Art. 13 Derecho a acceder a beneficios sociales
- Art. 14 Eliminación discriminación de la mujer rural
- Art. 15 Igualdad entre hombres y mujeres ante la ley
- Art. 16 Igualdad para contraer matrimonio y cargas familiares
- Art. 17 Creación Comité CEDAW
- Art. 18 Obligación de los Estados Parte de remitir informes
- Art. 19 Facultad de dictar su propio reglamento
- Art. 20 Reuniones del Comité
- Art. 21 Facultad de emitir sugerencias y recomendaciones
- Art. 22 Participación de organismos especializados
- Art. 23 Aplicación de disposición más favorable
- Art. 24 Obligación de adoptar todas las medidas necesarias
- Art. 25 Ratificación
- Art. 26 Solicitud de revisión
- Art. 27 Entrada en vigor
- Art. 28 Reservas
- Art. 29 Solución de controversias
- Art. 30 Idiomas oficiales

6.3.2. Protocolo Facultativo de CEDAW

El Protocolo Facultativo de la CEDAW constituye una herramienta adicional a la Convención que permite al Comité garantizar por medios cuasi-jurisdiccionales los

derechos de las mujeres reconocidas en aquella.[43] El Protocolo entró en vigor en el año 2000 y si bien no contempla el reconocimiento de derechos a las mujeres, establece dos procedimientos: el sistema de comunicaciones individuales y el procedimiento de investigación de violaciones graves o sistemáticas a los derechos de las mujeres enunciados en CEDAW.

Lo primero permite al Comité conocer las denuncias presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.[44] Estas deben ser presentadas por escrito y no pueden ser anónimas.[45] Para que dichas comunicaciones puedan ser examinadas, deben cumplir con ciertos requisitos de admisibilidad, entre ellos: deben haberse agotado los recursos internos del estado que se sindique como responsable, salvo caso de retardo injustificado o que no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo; la cuestión no debe haber sido previamente examinada por el Comité o estar siendo examinada con arreglo a otro procedimiento internacional; debe estar suficientemente fundada y sustanciada;[46] la presentación no debe constituir abuso del derecho,[47] y los hechos deben haber sucedido después de la entrada en vigor del Protocolo en relación al Estado que se trate, excepto en caso de hechos continuos.[48] El Comité está facultado para requerir al Estado la adopción de medidas provisionales hasta tanto examine la situación. Una vez recibida la comunicación y siendo esta admisible, el Comité la pone en conocimiento del Estado para que aquel, en el plazo de 6 meses, aclare e indique las medidas tomadas. Tras examinar una comunicación, el Comité hace llegar sus opiniones sobre la comunicación, con recomendaciones, si las hubiere, a las partes interesadas.[49]

---

[43] CHAMBERLAIN, Cynthia. "La Convención CEDAW. Conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa". Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 10, 2004.

[44] Artículo 2 Protocolo Facultativo de CEDAW.

[45] Artículo 3 Protocolo Facultativo de CEDAW.

[46] Tal como expresan Nicole Lacrampette Polanco y Catalina Lagos Tschorne Este requisito no se agota en fundar de manera suficiente el escrito de denuncia, sino que también abarca la necesidad de justificar las argumentaciones y entregar información adicional que pueda ser requerida a lo largo de la tramitación de la comunicación. Ver: LACRAMPETTE POLANCO, Nicole y LAGOS TSCHORNE, Catalina. "Los Sistemas Internacionales De Protección De Derechos Humanos". En LACRAMPETTE POLANCO y NASH R, Claudio (Eds). Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. . Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013.

[47] Este criterio fue invocado muy pocas veces, pero la situación podría darse en casos de información deliberadamente falsa o incluso, como en el caso Gobin c. Mauricio (787/97).

[48] Artículo 4 Protocolo Facultativo de CEDAW.

[49] Artículos 5 a 7 Protocolo Facultativo de CEDAW.

La segunda posibilidad es que sea el propio Comité quien investigue violaciones graves, esta investigación puede iniciarse por haber recibido información fidedigna de los hechos o situación, y puede incluir una visita al Estado en cuestión siempre que este último haya consentido la misma. En el proceso de investigación el Estado puede presentar información y examinar aquella que recabe el Comité. El proceso concluye con un informe con las observaciones y recomendaciones que el Comité estime oportunas.[50] Corresponde aclarar que, para que este procedimiento tenga lugar, el Estado Parte debe haber aceptado la competencia del Comité para investigar violaciones graves.[51]

6.3.3. Belém Do Pará

En la Región, los movimientos feministas contemporáneos empezaron a prestar atención a una situación constante que generó gran preocupación: la violencia contra la mujer en todas sus formas. Es por ello que a principios de los 90 la CIM convocó a una reunión extraordinaria para tratar exclusivamente este tema, definiendo la cuestión de la siguiente manera: "En su sentido más amplio, se entiende que la violencia comprende la agresión física, sexual y sicológica contra la mujer. No respeta ningún sector de la sociedad, y aunque el predominio de este problema puede parecer un fenómeno reciente, o de mayor ocurrencia actual... este aumento aparente de la violencia tiene su origen básicamente en el hecho de que el tema de la violencia contra la mujer ya no está escondido ni es prohibido."[52] Esta reunión fue la precursora de la adopción de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) adoptada en el 24° periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, en Belém do Pará, Brasil, en junio de 1994, entrando en vigor una año después.

Belém Do Pará es reflejo de una "preocupación uniforme a lo largo del Hemisferio sobre la seriedad y gravedad del problema de la discriminación histórica contra las mujeres y su vínculo con la violencia contra las mujeres, de donde se deriva la acuciante necesidad de adoptar estrategias públicas y comprehensivas para prevenirla, sancionarla y erradicarla."[53] La Convención cambia el foco del problema de las mujeres, para adentrarse, no ya en la cuestión discriminativa, sino en una situación que resultaba una realidad preocupante en América, y en América Latina

[50] Artículos 8 y 9 Protocolo Facultativo de CEDAW.

[51] Articulo 10 Protocolo Facultativo de CEDAW.

[52] CIM, Historia en Breve de la Comisión Interamericana de Mujeres http://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf

[53] CIDH, Informe sobre los derechos de las mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política. OEA/Ser.L/V/II.134, Doc. 63, 27 de marzo de 2009. Par 41

en particular, la cuestión de la violencia hacia la mujer. Es por ello que aboga por el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

Salvioli sintetiza a Belém do Pará de la siguiente manera, la considera una "hábil conjugación de los instrumentos y mecanismos típicos de protección a los derechos humanos: por un lado, tipifica y describe el acto, y señala la responsabilidad directa (cuando el Estado comete la violencia) y la responsabilidad indirecta (cuando la violencia es privada y el Estado la consiente o no la castiga). Estipula además acciones preventivas obligatorias para el Estado; y por último, comprende mecanismos para dar trámite a denuncias contra Estados por violación a algunas normas de la Convención."[54]

III. 3. a. Contenido

La Convención cuenta con un preámbulo y 25 artículos. El preámbulo expresa la preocupación por "la violencia en que viven muchas mujeres de América es una situación generalizada, sin distinción de raza, clase, religión, edad o cualquier otra condición", se reconoce a la violencia contra la muer como una ofensa a su dignidad humana y aquella como una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres. Si bien la Convención se centra en la cuestión de la violencia, su relación con la discriminación padecida por las mujeres en el continente, aproximándose así a la Recomendación General N° 19 del Comité CEDAW.

El Capítulo I, integrado por los artículos 1 y 2 define qué se entiende por violencia y el ámbito de aplicación de la Convención. Así el artículo 1 entiende por violencia contra la mujer a "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado". Este artículo 1 contiene dos elementos, el primero referido a la conducta, el segundo al ámbito, en relación a este último punto, la inclusión del espacio privado como ámbito de aplicación de la convención implica la adopción de un nuevo paradigma en materia de derecho de las mujeres, que "lo privado es público y, en consecuencia, le corresponde a los Estados asumir el deber indelegable de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas",[55] y es uno de los grandes logros de este tratado, los informes de la CIM en la región ya daban

[54]SALVIOLI, Fabián. "El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, XXXVIII Session d´Enseignement, Strasbourg 2007, p. 25.

[55]MEJÍA GUERRERO, Luz Patricia. "La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista IIDH, Nº. 56, 2012, p 195.

cuenta que era en el ámbito de la vida privada de las mujeres donde se presentaba la gran mayoría de ataques de distintos tipos de violencia. El artículo 2 amplía la definición y contiene detalle sobre el lugar en el cual puede tener lugar la violencia contra la mujer así como quienes pueden ejercerla, e incluye no sólo a los integrantes de la unidad doméstica o persona que tenga una relación con la mujer sino también al Estado y sus agentes.

El capítulo II que incluyo los artículos 3 a 6 refieren a los derechos protegidos de las mujeres, el artículo 3 enuncia de manera general el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia. El artículo 4 prescribe el derecho de la mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, y enumera de forma no taxativa ejemplo de estos derechos, entre los que pueden nombrarse el derecho a la vida, a la integridad, libertad y a la seguridad personales, protección ante la ley, acceso a las funciones públicas, etc. El artículo 5 establece el ejercicio libre y pleno de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y reconoce que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos. El artículo 6 recoge el vínculo entre discriminación y violencia, tal es así que establece que el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación.

El capítulo III, incluye una lista larga de deberes de los Estados en materia de protección, garantía y promoción de los derechos de la mujer así como la obligación de tomar medidas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, entre ellas pueden mencionarse a modo de ejemplo: fomentar la educación social en igualdad y modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, adoptar políticas para hacer efectiva la Convención, actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.[56] El artículo 9 llama a tener en cuenta situaciones específicas de vulnerabilidad a los fines de la adopción de las medidas de protección a manos del Estado.

El capítulo siguiente se encarga de los mecanismos de protección, en similar sintonía con CEDAW, Belém do Pará prevé la obligación de los Estados de presentar informes sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de la Convención y designa a la CIM como el órgano encargado de recibirlos.[57] El artículo 11 otorga la facultad a la CIM y a los Estados Parte de requerir opinión consultiva a la Corte Interamericana

[56] Artículos 7 y 8 Convención Belém do Pará.
[57] Artículo 10 Belém Do Pará.

de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre la interpretación de la Convención.[58] Finalmente el artículo 12 otorga la facultad a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de Estados Americanos de presentar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones individuales por violación al artículo 7 de la Convención; el procedimiento previsto a tales efectos es aquel estipulado para las peticiones individuales en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos.[59]

Los artículos restantes refieren a disposiciones transitorias, es decir aquellas referidas a la firma, ratificación, entrada en vigor del tratado, idiomas oficiales, entre otras. De ellos cabe resaltar que los artículos 13 y 14 prevén, el primero que nada de lo dispuesto en la Convención restringe o limita a normas más favorables de derecho interno, en similar sentido, Belém do Pará no limita ni puede ser interpretada restringiendo a la Convención Americana de Derechos Humanos.

Belém do Pará en síntesis:

- Art. 1 Definición de violencia contra la mujer
- Art. 2 Ámbito de aplicación
- Art. 3 Derecho a una vida libre de violencia
- Art. 4 Reconocimiento de los derechos humanos
- Art. 5 Ejercicio libre y pleno de derechos civiles, políticos, económicos y sociales
- Art. 6 Vida libre de discriminación
- Art. 7 Medidas que debe tomar el Estado
- Art. 8 Fomentar la igualdad y modificar patrones culturales
- Art. 9 Deber de tener en cuenta contexto de vulnerabilidad
- Art. 10 Presentación de informes a la CIM
- Art. 11 Facultad de requerir opiniones consultivas
- Art. 12 Sistema de peticiones individuales
- Art. 13 Aplicación de disposición más favorable

[58] Para ahondar sobre la competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ver el capítulo. . . .de este libro.

[59] Para un mayor abordaje sobre el procedimiento de peticiones individuales en el Sistema Interamericano ver el capitulo . . . del presente libro.

- Art. 14 Compatibilidad con CADH
- Art. 15 Firma
- Art. 16 Ratificación
- Art. 17 Adhesión
- Art. 18 Reservas
- Art. 19 Enmienda
- Art. 20 Aplicación a otras unidades territoriales
- Art. 21 Entrada en vigor
- Art. 22 Deber del Secretario General OEA de informar entrada en vigor
- Art. 23 Informes anuales del Secretario General
- Art. 24 Denuncia
- Art. 25 Idiomas oficiales

6.4. Los derechos de la mujer en el Sistema Interamericano

Desde la Convención de Belém Do Pará, el Sistema Interamericano ha desarrollado de forma progresiva los estándares y contenidos en materia de interpretación de las obligaciones derivadas de ella.[60] La Corte Interamericana ha tenido una gran participación al respecto y si bien, corresponde decir que, la Corte aplica mayormente la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Belém do Pará forma parte del corpus iuris interamericano en la materia, y en ciertos casos ha referido directamente a ella a la hora de declarar la responsabilidad internacional del Estado por violación a los deberes y derechos allí contenidos.

El presente apartado busca reflejar dos grandes grupos de violaciones a los derechos humanos de las mujeres a nivel mundial, y que además han tenido tratamiento en el Sistema Interamericano, en primer lugar la cuestión de la violencia contra la mujer-y consiguientemente su discriminación-, y en segundo en materia de derechos sexuales y reproductivos. Ambas cuestiones son de fundamental importancia y, lamentablemente, una gran deuda en materia de no discriminación, por ello es que se pone énfasis en la jurisprudencia de la Corte IDH, a través de casos emblemáticos, que han marcado ciertos estándares en relación a estos casos.

[60] MEJÍA GUERRERO, *óp. cit.*

6.5. Violencia y discriminación contra las mujeres

"La violencia contra la mujer -una de las formas más vergonzosas de todas las violaciones de los derechos humanos- sigue siendo ampliamente ejercida. No conoce fronteras geográficas, culturales o económicas. Acontece en tiempos de paz y durante los conflictos armados, en el hogar, en el lugar de trabajo y en las calles. Obstaculiza nuestro avance hacia la igualdad, el desarrollo, la paz y los derechos humanos para todos."[61]

En el mundo 1 de cada 3 mujeres ha experimentado violencia física o sexual en su vida, es decir un 35 % de la población femenina mundial, esta situación se incrementa en casos de conflictos armados, donde la violencia contra la mujer se exacerba.[62] Adicionalmente esto conlleva a un mayor riesgo para la salud y de contraer HIV. Los femicidios y el tráfico de mujeres son una de las formas más graves de violencia contra la mujer. Las cifras en nuestro país son un ejemplo de ello, en lo que va del 2019 las estimaciones indican que una mujer es asesinada por cuestión de género cada 28/30 horas.[63] A nivel mundial se estima que en 2017 hubo 87.000 femicidios, y de los 25 países con índice más alto 14 se encuentran en América, lo que indica un problema regional serio. A ello se suma que la ONU alertó que el lugar más peligroso para la mujer es su propio hogar, de las muertes en 2017 un 34 % fue asesinada por su pareja y un 24 % por un familiar, es decir, más de la mitad de los femicidios en el mundo.[64] Las cifras mundiales en relación al tráfico de personas no son más alentadoras, el 71 % de las personas traficadas en el mundo son mujeres, de aquellas 3 de cada 4 lo son con fines de explotación sexual.

Como se dijera anteriormente, la violencia contra la mujer es una de las formas más graves de discriminación, la desigualdad que viven las mujeres es una cuestión de dominación y subordinación, y en la Región se ha prestado gran atención a la

[61] Discurso del Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, con motivo del Día Internacional de la Mujer, 8 de Marzo 1999, https://www.un.org/press/en199919990308.sgsm6919.html

[62] UNWomen. What we do to end Violence against women, facts and figures. http://www.unwomen.org/en/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures

[63] Al 14 de Febrero 26 mujeres fueron asesinadas en Argentina en 2019. La Nación, Los rostros y las historias de las víctimas de femicidio en la Argentina en 2019, 13 de Febrero 2019. https://www.lanacion.com.ar/2219764-los-rostros-historias-victimas-femicidio-argentina-2019. [Acceso 14/02/19]

[64] The New York Times. El lugar más peligroso para una mujer es su hogar, alerta la ONU. 29 de noviembre de 2018. https://www.nytimes.com/es/2018/11/29/feminicidios-en-el-mundo-onu/ [Acceso 14/02/19]

cuestión.

En el marco del Sistema Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos desarrolló bases para la protección de los derechos de las mujeres, y abordó la cuestión de la violencia contra las mujeres en informes temáticos[65] al igual que en el marco de denuncias individuales.[66] De entre estas últimas puede destacarse el caso María da Penha,[67] una denuncia por aquiescencia del Estado brasilero a la situación de violencia doméstica que vivía María, que culminó en una tentativa de homicidio por parte de su pareja, ya que pese a las denuncias penales en un lapso de 15 años, el Estado no tomó las medidas efectivas para procesar y penar al agresor.[68] Es el primer caso que aborda la cuestión de violencia doméstica[69], y la cuestión de responsabilidad del Estado en estos casos por actos de particulares. La CIDH destacó que en el caso existía un patrón de discriminación del que eran víctimas las mujeres al no ser atendidas por el Estado, lo que llevaba a concluir que el caso no era aislado.[70] La Comisión determinó que existía un patrón de tolerancia estatal e ineficacia judicial frente a casos de violencia doméstica y que Brasil no había actuado con debida diligencia.[71] La Comisión recientemente presentó el primer caso

[65]CIDH. Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas, OAS/Ser.L/V/II.154 Doc. 19 27 Marzo 2015; Mujeres Indígenas Desaparecidas y Asesinadas en Columbia Británica, Canadá, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 30/14 21 diciembre 2014; Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual: La Educación y La Salud, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 65 28 diciembre 2011; Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 63 9 diciembre 2011; EL Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia y Discriminación en Haití, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 64, 10 marzo 2009; Situación de los Derechos de la Mujer En Ciudad Juárez, México: El Derecho a no ser Objeto de Violencia y Discriminación, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, 7 marzo 2003. También trató el tema de la violencia en los siguientes informes CIDH. Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17 17 abril 2017; Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 48/13 30 de diciembre 2013; El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La Ruta Hacia la Igualdad en la Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59 3 noviembre 2011.

[66]CIDH. Informe de fondo Núm. 5/96 Raquel Mejía vs. Perú, Caso 10.970, 1 de marzo de 1996. En este la Comisión abordó por primera vez el impacto diferenciado que la violencia sexual tiene sobre las mujeres y el uso de la violación como una forma de tortura. En similar sentido: CIDH, Informe de Fondo Nº 53/01 Ana, Beatriz y Celia González Pérez vs. México, Caso 11.565, 4 de abril de 2001. Abordó también la cuestión de discriminación de hecho en CIDH, Informe de Fondo Nº 4/01, María Eugenia Morales De Sierra vs. Guatemala, Caso 11.625, 19 de enero de 2001.

[67]CIDH, Informe de fondo N° 54/01, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, Caso 12.051, 16 De Abril De 2001.

[68]*Ibíd.*, pár 2.

[69]MEJÍA GUERRERO, óp. cit, p.189.

[70]Maria Da Penha, pár 47

[71]*Ibíd.*, pár 55-56

de acoso en el ámbito educativo ante la Corte IDH, en el caso de Paola del Rosario Guzmán Albarracín y familiares con respecto a Ecuador, en el entendimiento que la niña fue "fue víctima de violencia en su condición de mujer y niña, así como de violencia sexual por parte del vicerrector y médico de su unidad educativa lo que generó una causal directa entre la situación que ella vivía en el colegio y la decisión de quitarse la vida" y que las "acciones y omisiones de los funcionarios públicos contribuyeron al desenlace fatal de la víctima, comprometiendo también la responsabilidad internacional del Estado".[72]

En lo que respecta a la Corte IDH a continuación e desarrollan dos casos jurisprudenciales en materia de violencia y discriminación contra la mujer, donde el Tribunal encontró diversas violaciones a la CADH en conexión con el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará.

IV. 1.a. Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú[73]

Los hechos tuvieron lugar en mayo de 1992, en el marco de un conflicto armado en Perú, producto de un operativo llamado "Mudanza 1" cuyo presunto objeto era el traslado de 90 mujeres que se hallaban recluidas en el pabellón 1A del Penal Miguel Castro Castro, a la cárcel de máxima seguridad de mujeres en Chorrillos.[74] El operativo generó la muerte de decenas de internos y varios heridos, tanto hombres como mujeres; los sobrevivientes fueron objeto de golpes y agresiones, en el caso de las mujeres, agresión sexual, puesto que el operativo en realidad se trató de un ataque premeditado a los reclusos pertenecientes al grupo "Sendero Luminoso".

Si bien los hechos acontecieron con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención Belém Do Pará, la Corte analizó ciertos hechos a la luz de dicho tratado, convirtiéndose este en el primer caso donde se considera la aplicación de Belém Do Pará. Ello en relación a los artículos 8 y 25 de la CADH en conexión con el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. A este respecto el voto separado del Juez Sergio García Ramírez, provee las razones para dicha aplicación, el magistrado explica que la lectura conjunta de la CADH con Belém Do Pará resulta obligatoria, puesto que esta última "fija, ilustra o complementa el contenido de la primera en lo que atañe a los derechos de la mujer que derivan de la CADH";[75] expresa que la aplicabilidad

[72]CIDH envía caso sobre Ecuador a Corte IDH, 13 de febrero de 2019, Comunicado de Prensa http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/032.asp [Acceso 14/02/19]

[73]Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160

[74]Caso del Penal Miguel Castro Castro, pár. 210

[75]Voto Razonado Del Juez Sergio García Ramírez Con Respecto a la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Castro y Castro, del 25 De Noviembre De 2006,

de Belém Do Para se funda en que el Sistema Interamericano opera a partir de un corpus iuris en expansión, y su interpretación se realiza dentro de las fronteras fijadas por la CADH.[76]

Con respecto a la violencia tanto física como sexual que sufrieron las reclusas durante la operación Mudanza 1, la Corte entendió, bajo una mirada de género, que "las mujeres se vieron afectadas por los actos de violencia de manera diferente a los hombres, que algunos actos de violencia se encontraron dirigidos específicamente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción que a los hombres,"[77] así "las mujeres embarazadas que vivieron el ataque experimentaron un sufrimiento psicológico adicional."[78]

Adicionalmente, la Corte IDH reconoció que una violación sexual no sólo "implica necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril".[79] Lo que es más, calificó a la violación como una forma de tortura a la que estuvieron sujetas las mujeres del penal, al establecer "este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta "inspección" vaginal dactilar [...] constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura",[80] criterio que mantuvo en diversos fallos al entender que la violación sexual de la víctima genera un sufrimiento severo y, al igual que la tortura lo que busca es intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que la sufre.[81] SI bien la Corte en estos casos destaca la particular situación de vulnerabilidad de las víctimas, por encontrarse a manos del control de agentes

pár.30

[76] *Ibíd.*, pár.32

[77] Caso del Penal Miguel Castro Castro, pár. 223

[78] *Ibíd.* pár 292 y 332

[79] *Ibíd.* pár.310.

[80] *Ibíd.* pár 312.

[81] Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, pár 120-121; Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 114; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250, pár. 132; Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275, pár 361-362; Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 289, pár 195; Caso Favela Nova Brasilia vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de febrero de 2017. Serie C No. 333, pár 252.

del Estado, que abusan de su poder, es dable mencionar que también sostuvo que la violación puede constituir tortura aunque se trate de un solo hecho u ocurra, por ejemplo en el domicilio de la víctima.[82]

Por último, y en relación con la desnudez forzada a la que se vieron sometidas las reclusas en los hospitales, mientras eran vigiladas por hombres armados, la Corte indicó que aquella situación constituyó violencia sexual.[83]

Consecuentemente, la Corte IDH, declaró la responsabilidad internacional del Estado del Perú por violación a los artículos 8 y 25 de la CADH en relación con la obligación contenida en el artículo 1.1 de la misma, en conexión con el artículo 7 de la Convención Belém Do Pará, así como responsable por violación a diversos artículos de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

IV. 1. b. Caso Campo Algodonero[84]

Los hechos tuvieron lugar entre septiembre y octubre de 2001, en Ciudad Juárez, Méjico, donde tres mujeres jóvenes de entre 15 y 25 años de edad, fueron asesinadas. Los cuerpos fueron encontrados en noviembre en un campo algodonero, con signos de haber sido "violadas y abusadas con extrema crueldad".[85] Se concluyó que las mujeres estuvieron privadas de su libertad antes de su muerte. El contexto social en el que se enmarcan estos crímenes es uno donde se desarrolla diversas formas de delincuencia organizada, como un aumento de femicidios producto de una cultura de discriminación contra la mujer. Cabe mencionar que pese a los recursos y denuncias interpuestas por los familiares de las víctimas, no se investigó ni se sancionó a los responsables, debido a que no se le daba la importancia que requería el caso.[86]

La Convención Belém Do Pará se encontraba en vigor para México, tal es así que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó se declare al Estado responsable por la violación de los artículos 4, 5, 8, 19 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, y el incumplimiento del artículo 7 de la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. La Corte, al resolver la excepción preliminar planteada por México, entendió que no tenía competencia en razón de la materia para analizar violaciones a los artículos 8 y 9 de la Convención Belém Do Pará, pero que ello no obstaba a que "los diversos artículos de la Convención Belém do

[82] Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, pár. 128.

[83] Caso del Penal Miguel Castro Castro, pár. 308.

[84] Corte IDH. Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

[85] *Ibíd.*, pár. 210

[86] *Ibíd.*, pár. 146, 151.

Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes".[87]

La Corte, notó que "no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará".[88] Nos obstante, no era la situación del caso en consideración. Recalcó la existencia de un patrón de discriminación sistemática contra la mujer en Ciudad Juárez, lo que además había sido reconocido por el Estado mexicano en los informes remitidos al Comité CEDAW donde se refería a que los femicidios en dicha ciudad "están influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer basada en una concepción errónea de su inferioridad".[89] Remitió también a las consideraciones del Comité CEDAW, en cuanto aquel entendió que la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez no eran casos aislados sino que se trataba de una" situación estructural y de un fenómeno social y cultural enraizado en las costumbres y mentalidades" y que estas situaciones de violencia están fundadas "en una cultura de violencia y discriminación basada en el género".[90]

En este caso la Corte hizo hincapié en la discriminación y en los estereotipos culturales basados en la idea de inferioridad de la mujer, para concluir que las jóvenes fueron víctimas de violencia contra la mujer, que los homicidios ocurrieron por razones de género y se enmarcaban en un contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez.[91] La Corte debió analizar en este caso si la responsabilidad por las muertes era atribuible al Estado mexicano, para ello analizó el comportamiento de los agentes estatales, en relación a la investigación de los hechos denunciados por los familiares de las víctimas. La Corte sostuvo que "ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia."[92]

La Corte IDH, entendió que la inacción y la deslegitimación por parte de las autoridades respecto de la seriedad del caso, lo que hacía que los delitos en donde las mujeres eran las víctimas quedaran impunes, enviaba "el mensaje de que la violencia

[87] *Ibíd.*, pár. 79, 81.
[88] *Ibíd.* pár. 227
[89] *Ibíd.*, pár 132-133.
[90] *Ibíd.* pár 133
[91] *Ibíd.*, pár 231.
[92] *Ibíd.*, pár 400.

contra la mujer es tolerada".[93] Y que dicha situación se basaba en estereotipos de género basados en una idea de subordinación de la mujer, la que además se agravaba porque dichos estereotipos se veían reflejados "implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso".[94] Concluyó que "la creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer."[95]

Se refirió también al deber de diligencia del Estado en relación a la adopción de medidas efectivas de prevención y medidas integrales en casos de violencia contra las mujeres, entre las que se encuentran contar con un marco jurídico adecuado, y con prácticas eficaces que permitan actuar con eficacia. En Campo Algodonero, encontró que "a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres."[96] Esa responsabilidad era una responsabilidad reforzada, atento al contexto de situación[97], esto quiere decir que frente a contextos de violencia estructural contra la mujer, con conocimiento del Estado, el deber de aquél en tomar medidas con fines preventivos resulta mayor, atento al estado de mayor vulnerabilidad de la mujer. En igual sentido, la debida diligencia es estricta frente a una denuncia por desaparición de mujeres, su búsqueda y los primeros días posteriores al hallazgo y exige un deber de investigar efectivamente.[98]

En definitiva la Corte declaró la responsabilidad del Estado mexicano por violación a sendos derechos consagrados en la CADH, producto de la falta de debida diligencia en su deber de garantía y de investigar los hechos, lo encontró responsable también en función del artículo 7 de la Convención Belém Do Pará.

---

[93] *Ibíd.*

[94] *Ibíd.*, pár 401.

[95] *Ibíd.*

[96] *Ibíd.* pár 279.

[97] *Ibíd.* pár. 282. En igual sentido Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014, párr. 139.

[98] Campo Algodonero, pár. 283, 293. Ver también Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012, pár.243, donde la Corte IDH sostuvo "En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en la Convención Americana se complementan y refuerzan con aquellas derivadas de la Convención de Belém do Pará, que obliga de manera específica en su artículo 7.b) a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Asimismo, existe una obligación de realizar una investigación efectiva en determinados casos de desplazamiento forzado." En similar sentido Caso Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012.

6.5.1. Derechos sexuales y reproductivos

Cuando se habla de derechos sexuales y reproductivos, se hace referencia a un grupo de derechos que forman parte integral del derecho a la salud, en este sentido se define a la salud reproductiva como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos, y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no, cuándo y con qué frecuencia".[99] Este derecho lleva implícito el derecho a obtener información, los métodos para la regulación (anticoncepción y planificación familiar), los que deben ser seguros, eficaces, asequibles y aceptables.

No obstante, las mujeres ven afectados estos derechos diariamente, cuestiones como el embarazo adolescente, el matrimonio infantil[100], la mutilación genital femenina, esterilizaciones forzadas, pruebas de virginidad e incluso la violencia, en especial la sexual, contra la mujer, particularmente por parte de la pareja, constituyen, de acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS) un grave problema de salud pública y, por supuesto, violación a los derechos humanos de las mujeres.[101] Así tenemos que en materia de embarazo adolecente, la OMS estima que el 11 % de los nacimientos en el mundo provienen de mujeres entre los 15 y 19 años de edad, un total de 16 millones de jóvenes y aproximadamente 1 millón de niñas menores de 15 dan a luz anualmente. Ello aumenta el riesgo tanto para la gestante como para el recién nacido, a lo que debe agregarse que las complicaciones durante el embarazo y el parto son la segunda causa de muerte en ese rango etario, lo que es más los abortos clandestinos generan un riesgo adicional en la salud para los 3 millones de jóvenes en la edad mencionada que anualmente, se someten a esa práctica.[102] Ello tiene, además, grandes consecuencias sociales y económicas para la joven, teniendo en cuenta adicionalmente que el 95 % de estos casos tienen lugar en países de bajos recursos. El embarazo adolescente, resulta entonces, no sólo un problema con implicancias en la salud, sino en los derechos humanos e incluso es una cuestión de desarrollo.[103] La mutilación genital femenina, una práctica que tiene

[99] Síntesis de la Definición de salud sexual y reproductiva y de derechos reproductivos recogida en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Naciones Unidas, 1 Julio 1999.

[100] Matrimonio Infantil es tratado en el capítulo . . . sobre derechos del niño.

[101] OMS. Notas descriptivas. `www.who.int/es/news-room`

[102] OMS. Embarazo Adolescente. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/adolescent-pregnancy [Acceso 13/02/19]

[103] Para ahondar en el tema ver: LOAIZA, Edilberto y LIANG, Mengjia. "Adolescent Pregnancy: A Review of the Evidence". UNFPA New York, 2013; LUK, Ching Yuen. .A Human Rights-Based

lugar en 30 países, mayormente de África y Medio Oriente, que afecta hoy a 200 millones de mujeres en el mundo. La mutilación consiste en la resección parcial o total de los genitales femeninos por motivos no médicos, y tiende a practicarse en la infancia entre la lactancia y los 15 años.[104] Las comunidades que lo practican aducen diferentes razones sociales o religiosas para continuar con dicha práctica, pero desde una perspectiva de derechos humanos, esta práctica "refleja una desigualdad muy arraigada de género, lo que constituye una forma extrema de discriminación a la mujer".[105] Esta práctica no sólo no tiene razones médicas sino que también trae complicaciones a la salud a corto y largo plazo, a ello hay que sumarle problemas sexuales y complicaciones en el parto.[106]

La salud sexual y reproductiva de las mujeres no puede verse de forma aislada, sino que debe mirarse desde una perspectiva de género y de derechos humanos, ya que las limitaciones al acceso a la información sobre el tema como las restricciones al goce de este derecho tiene implicancias y se relaciona con otros derechos humanos, así el derecho a la vida, a la integridad, a la privacidad, a la educación y a no ser discriminada.

En el marco del Sistema Interamericano tanto la Comisión como la Corte han abordado la cuestión. Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo un llamado a los Estados a tomar las medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres,

---

Approach to Teenage Pregnancy Prevention in China". Socio-Cultural Influences on Teenage Pregnancy and Contemporary Prevention Measures, 2019, pp. 95-116; RAJ, Anita, JACKSON, Emma y DUNHAM, Serena, "Girl Child Marriage: A Persistent Global Women's Health and Human Rights Violation". En CHOUDHURY, Shonali, TOLLER ERAUSQUIN, Jennifer y Withers, Mellissa. (Corte IDH), Global Perspectives on Women's Sexual and Reproductive Health Across the Lifecourse. Springer International Publishing, 2018; HOF y RICHTERS, "Teenage Pregnancy as an Issue of Human Rights for Women: The Case of Zimbabwe". IFE PsychologI A 1, Vol 9, 2001; RAJ, Anita "When the Mother Is a Child: The Impact of Child Marriage on the Health and Human Rights of Girls". Archives of Disease in Childhood, Vol 95, 2010, p 931.

[104]OMS. Mutilación Genital femenina. https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/female-genital-mutilation. [Acceso 13/02/19]. Véase también: OMS. Eliminating Female Genital Mutilation An interagency statement OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, World Health Organization 2008; UNICEF https://data.unicef.org/topic/child-protection/female-genital-mutilation.

[105]OMS. Eliminating Female Genital Mutilation An interagency statement, op *cit.* pp.1

[106]Para más información sobre el tema ver: WILLIAMS-BREAULT, Beth D. .Eradicating Female Genital Mutilation/Cutting"Health and Human Rights, Vol 20, 2018, pp 223; KHOSLA, Rajat and others, "Gender Equality and Human Rights Approaches to Female Genital Mutilation: A Review of International Human Rights Norms and Standards". Reproductive Health, Vol 14, 2017; TOBIN, John. "The International Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Children's Health: What Does It Mean and Require of States?"Human Rights Law Review, Vol 9, 2009, pp. 373.

destacando que en la región existen diversos problemas al respecto, tales como una violencia sexual generalizada, la discriminación en centros educativos de adolescentes embarazadas, las presiones sociales que las mujeres enfrentan, el impacto negativo de las leyes que criminalizan el aborto, entre otras, todo lo cual tiene impactos negativos a nivel social, económico y de desarrollo de las mujeres de la región[107]. La cuestión de los derechos sexuales y reproductivos también fue abordada en distintos informes de la Comisión[108] y peticiones individuales.[109] En cuanto a la Corte, dos fallos resultan emblemáticos en relación a los derechos reproductivos de la mujer, y sientan los estándares en la materia.

IV. 2. a. Artavia Murillo[110]

La situación que motivó la denuncia, se relaciona con la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 24029-S, que autorizaba la práctica de la fertilización in vitro en Costa Rica. El Tribunal Constitucional entendió que tal método violaba el derecho a la vida del concebido y atentaba, entonces, contra la vida y dignidad del ser humano, puesto que los embriones no implantados eran descartados. Producto de dicha declaración se interrumpió el proceso inicial de la fertilización in vitro en varias parejas, entre ellas la de la Sra. Artavia Murillo y su marido, Sr. Mejías Carballo.

En primer lugar la Corte IDH señaló que si bien la infertilidad afecta tanto a hombres como mujeres, la utilización de técnicas de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres, por lo que una restricción tiene un impacto negativo desproporcional sobre aquellas.[111] Y la interrupción de un tratamiento de tales características tiene un "diferenciado en las mujeres porque era en sus cuerpos

[107] CIDH exhorta a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, 23 de octubre de 2017. http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2017/165.asp [Acceso 13/02/19]

[108] CIDH. Acceso a la Información en Materia Reproductiva desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 61 22 noviembre 2011; Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 69 7 junio 2010; El Trabajo, la Educación y los Recursos de las Mujeres: La Ruta Hacia la Igualdad en la Garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser.L/V/II.143 Doc. 59 3 noviembre 2011

[109] El Caso María Mamérita Mestanza Chávez Vs. Perú, que llegó a un acuerdo de solución amistosa; los hechos referían a la muerte de la Sra. Mestanza Chávez producto de una esterilización forzada. Comisión IDH Informe No 71/03. Caso de Paulina Del Carmen Ramírez Jacinto vs. México, que también llegó a un acuerdo de solución amistosa, la situación que motivó la presentación fue la denegación de un aborto a una niña violada, pese a que la ley mexicana lo permite en esos casos, Comisión IDH Informe 21/07.

[110] Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257.

[111] Artavia Murillo, pár. 299

donde se concretizaban intervenciones".[112] La Corte retomó la Recomendación General N° 24 del Comité CEDAW, que reza "los derechos de salud de las mujeres desde una perspectiva que tome en cuenta sus intereses y sus necesidades en vista de los factores y los rasgos distintivos que las diferencian de los hombres, a saber: (a) factores biológicos [...], tales como [...] su función reproductiva"[113]

En relación con los derechos de la Sra. Artavia, la Corte hizo hincapié en su derecho a la vida privada, entendiendo que aquél engloba "aspectos de la identidad física y social, incluyendo el derecho a la autonomía personal, desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior".[114] Es importarte recalcar que el derecho a la vida privada se relaciona con la autonomía reproductiva, por un lado, y el acceso a servicios de salud reproductiva, por el otro;[115] a ello se agrega que la maternidad forma parte esencial del libre desarrollo personal,[116] por lo que "que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada e incluye, en el presente caso, la decisión de ser madre o padre en el sentido genético o biológico."[117] Por lo que ese derecho se vulnera cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.[118]

Recordó también que cuando se toman decisiones basadas en el estereotipo que hace prevalecer la protección del feto por sobre la salud de la madre, aquellas resultan discriminatorias,[119] y que el caso de la Sra. Artavia reflejaba decisiones

[112] *Ibíd.*, pár.300

[113] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 24, párr.12

[114] Artavia Murillo, pár. 143

[115] *Ibíd.*, pár 146.

[116] Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C No. 221, párr. 97

[117] *Ibíd.*, pár 143

[118] *Ibíd.* pár 146

[119] En este sentido la Corte entendió que "no es factible sostener que un embrión sea titular y ejerza los derechos consagrados en cada uno de dichos artículos (en referencia a la CADH)" y que el objeto de protección en relación al derecho a la vida es fundamentalmente la mujer embarazada, dado que la defensa del no nacido se realiza esencialmente a través de la protección de la mujer, como se desprende del artículo 15.3.a) del Protocolo de San Salvador, que obliga a los Estados Parte a "conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto", y del artículo VII de la Declaración Americana, que consagra el derecho de una mujer en estado de gravidez a protección, cuidados y ayudas especiales". Agregó que el Comité de Derechos Humanos nunca se había pronunciado a favor del derecho a la vida del no nacido en sus recomendaciones sobre el derecho a la vida y los derechos del niño; que al contrario, el Comité había resaltado que se violan el derecho a la vida de la madre cuando las leyes que restringen el acceso al aborto obligan a la mujer a recurrir al aborto inseguro, exponiéndola a morir. Artavia Murillo, pár 222, 226

influenciadas en ese tipo de estereotipos, ya que la Sala Constitucional de Costa Rica dio prevalencia a la protección de óvulos fecundados sin tener en consideración la situación de discapacidad (infertilidad) de las mujeres.[120] Expresó que esos estereotipos son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y que los Estados deben tomar medidas para erradicarlos.[121]

Consiguientemente la Corte declaró la responsabilidad del Estado de Costa Rica por violación de los artículos 5.1, 7, 11.2 y 17.2 en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

IV. 2. b. I.V. Vs. Bolivia[122]

Los hechos que motivaron la petición datan de julio de 2000, cuando la Sra. I.V ingresó al Hospital de la Mujer de la Paz por una ruptura de membrana, cuando cursaba un embarazo de 38.5 semanas, ello motivó que se le practicara una cesárea. Durante dicho procedimiento, el médico ginecólogo obstetra la sometió a una ligadura de trompas. La Sra. No fue consultada sobre dicho procedimiento de manera previa ni informada respecto de la esterilización, sino que se enteró de ella al día siguiente. La Sra. Efectuó diversos reclamos, incluso una denuncia penal, la que terminó prescribiendo. Pese a todos los reclamos no hubo declaración de responsables ni en sede penal, ni civil ni administrativa.

El eje central de la discusión fue la cuestión del consentimiento informado, y como la falta de aquél conlleva a una violación de los derechos a la salud sexual y reproductiva. La Corte entendió que la salud reproductiva es una expresión de la salud, con implicancias especiales para las mujeres, dada su capacidad biológica de embarazo y parto.[123] Recordó también que "la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud",[124] por ello consideró que es deber de los Estados garantizar el acceso a la información en la materia, ya que su denegación es una barrera para el ejercicio pleno de dicho derecho y previene la libre toma de decisión.[125] Por ello, y como ya lo había sostenido en Artavia Murillo, la falta de "de salvaguardas legales

[120] Artavia Murillo, pár. 297

[121] *Ibíd.*, pár 302.

[122] Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C No. 329.

[123] *Ibíd.*, pár. 157

[124] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000.

[125] *Ibíd.*, pár 158.

para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave de la autonomía y la libertad reproductiva".[126] De aquí deriva la necesidad de un consentimiento informado previo del paciente, como requisito esencial para la práctica médica, ya que aquél permite respetar la autonomía del paciente para tomar sus propias decisiones en cuanto al tratamiento y de acuerdo a su plan de existencia.

Entrando en la cuestión de género, la Corte no sólo sostuvo que consentir de forma informada respecto de una intervención médica con consecuencias permanentes en el aparato reproductor femenino pertenecía a la esfera de autonomía y vida privada de la mujer, sino que aquélla es libre para elegir el plan de vida que prefiera, esto es, en el presente caso, si desea o no mantener su capacidad reproductiva, la cantidad de hijos que desea tener y el intervalo entre ellos.[127] Remarcó que la relación entre médico y paciente, es una relación asimétrica atento el poder que el medico asume dado su conocimiento especializado, y teniendo en cuenta que el profesional puede actuar también de acuerdo a sus convicciones, las que pueden contradecir a las del paciente, resultando en estos casos en acciones de corte paternalista donde la paciente es instrumentalizada, recalcó la necesidad del respeto por el principio de autonomía y el poder decisorio que el paciente debe mantener como sujeto autónomo.[128]

En este sentido refirió que la existencia de estereotipos de género, las diferencias en las relaciones de poder, sea respeto del médico o del marido, familia o comunidad, así como otros factores de vulnerabilidad adicionales socavan la "libertad de una mujer para decidir y adoptar decisiones responsables sobre su cuerpo y su salud reproductiva."[129]

Entendiendo que estos estereotipos afectan el derecho y acceso a la salud puesto que pueden "resultar en distinciones, exclusiones o restricciones que menoscaban o anulan el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos, y específicamente, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con base en su condición".[130] La falta de conocimiento puede llevar a la mujer a que tenga una actitud más pasiva respecto de sus derechos y dependa del criterio del médico, o bien que aquella sea inducida a consentir algo sobre lo cual no se encuentra bien informada, quienes además pueden adoptar posiciones paternalistas, cuestiones que pueden llevar a que los profesionales de la salud tomen decisiones sin tener en cuenta la autonomía y voluntad del

[126] *Ibíd.*, pár 157. También Artavia Murillo, pár 147.
[127] I.V vs Bolivia, pár. 162.
[128] *Ibíd.*, pár 160.
[129] *Ibíd.*, pár. 185
[130] *Ibíd.*, pár. 187

paciente.[131] Agregando que factores socioeconómicos, raza, discapacidad no pueden nunca ser fundamento para limitar la libre elección de una paciente sobre su libertad reproductiva (esterilización en el presente caso) ni obviar su consentimiento.[132]

Finalmente la Corte concluyó que, "al momento de la ocurrencia de los hechos del presente caso, existía una obligación internacional del Estado de obtener, a través de su personal de salud, el consentimiento de los pacientes para actos médicos y, en especial, de la mujer para el caso de esterilizaciones femeninas, el cual debía cumplir con las características de ser previo, libre, pleno e informado luego de un proceso de decisión informada". Consecuentemente declaró la responsabilidad internacional del Estado boliviano por violación a la integridad personal, a la libertad personal, a la dignidad, a la vida privada y familiar, de acceso a la información y a fundar una familia, reconocidos en los artículos 5.1, 7.1, 11.1, 11.2, 13.1 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar esos derechos y de no discriminar contenidas en el artículo 1.1 de la misma, así como por no cumplir con sus obligaciones bajo el artículo 7.a) y b) de la Convención de Belém do Pará, en perjuicio de la señora I.V.

6.6. Derecho Interno

En nuestro país, en materia de protección de los derechos de la mujer se ha sancionado la ley 26485, de Protección Integral Para Prevenir, Sancionar Y Erradicar La Violencia Contra Las Mujeres En Los Ámbitos En Que Desarrollen Sus Relaciones Interpersonales y su Decreto Reglamentario. La ley es de orden público y de aplicación en todo el territorio.[133]

Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes. El ámbito de aplicación se extiende a todo ámbito o espacio en el que la mujer desarrolle sus relaciones interpersonales, es decir que al igual que Belém Do Para comprende lo público y lo privado.[134] Reconoce el derecho al goce de los derechos personalísimos y define la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el

[131] *Ibíd.*
[132] *Ibíd.*, pár 185
[133] Ley 26485, Art 1.
[134] Ibid, Art. 2.

privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal. Quedan comprendidas las perpetradas desde el Estado o por sus agentes."[135]

La ley identifica 5 tipos de violencia: física, sexual, económica, psicológica y simbólica, esta última resultó al momento de la sanción una incorporación novedosa; la ley reconoce también varias modalidades de violencia, entre las que se encuentran la violencia doméstica, institucional, laboral, obstétrica, contra la libertad reproductiva y mediática. Aunque la ley presenta avances al respecto de, por ejemplo, incluir el noviazgo como una relación que puede dar lugar a la violencia doméstica, tanto en una relación actual como finalizada y no exigir la convivencia a los efectos de la misma, de referirse expresamente a la violación sexual en el matrimonio, por otro lado, perdió la oportunidad de hacer referencia al acoso sexual.

El artículo 7 establece los preceptos rectores sobre los que debe asentarse todas las políticas públicas, responsabilizando a los tres poderes del Estado por el desarrollo de dichas políticas, y por la protección y garantía de los derechos de la mujer. Los artículos siguientes establecen el órgano competente para diseñar las políticas públicas para efectivizar las disposiciones de la ley, designando al Consejo Nacional de la Mujer a tan fin,[136] cabe aclarar que en las provincias el organismo competente es aquél que cumpla funciones equivalentes al Consejo Nacional de la Mujer. La norma también prevé la creación de un Observatorio de la Violencia contra las Mujeres, con el objeto de recolectar información y desarrollar investigaciones, mediante articulación con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales, brindar capacitaciones y asesoramiento, entre otras.[137]

La ley pone el acento en la perspectiva de género y en la transversalidad en el abordaje de la violencia contra la mujer a los fines de su prevención y tratamiento, en igual sentid enfatiza la necesidad de evitar la revictimización en las situaciones de violencia.

6.7. Bibliografía

ANTROBUS, Peggy. The global women's movement. Origins, issues and strategies .London: Zed Books, 2004

BYRNES, A. C. "Article 2". In. FREEMAN, CHINKIN, y RUDOLF

[135] *Ibid.* Art. 4.
[136] *Ibid.* Arts. 8-9.
[137] Ibid, Arts 12-15.

(Eds.). The UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. A commentary. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp 71-99.

Bustamante Arango, Diana Marcela y Vásquez Henao, Paola Andrea. "La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor". Civilizar 11 (20): 15-36, 2011.

CAMACHO, Rosalía, Acercándonos a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p 32.

CHAMBERLAIN, Cynthia. "La Convención CEDAW. Conociendo los derechos de la mujer, un primer paso para su defensa". Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid. Número 10, 2004.

CHARLESWORTH, Hilary. "What are "Women's international human rights"? In COOK (Ed.), Human rights of women. National and international perspectives. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

CIDH. Estándares Jurídicos: Igualdad de Género y Derecho de las Mujeres. CIDH, Washington,, 2015.

CIM. 90 años de la Comisión Interamericana de Mujeres: Un camino de luchas, logros y desafíos. Atlas de la lucha de las Mujeres, CIM, 2018.

CIM, Historia en Breve de la Comisión Interamericana de Mujeres
`http://www.oas.org/es/cim/docs/BriefHistory[SP].pdf`

DE BARBIERI, Teresa. "Certezas y malos entendidos sobre la categoría género". En GUZMÁN STEIN y PACHECO OREAMUNO (Corte IDH.), Estudios básicos de derechos humanos IV. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 1996.

DE HAAN, Francisca. "A concise history of women's rights". UN Chronicle, XLVII (1), 2010. `http://unchronicle.un.org/`

Edwards, Alice. Violence Against Women Under International Human Rights Law. Cambridge university press, Cambridge, 2011.

Engle Merry, Sally. Human Rights and Gender Violence: Translating International Law Into Local Justice. The University of Chicago Press, Chicago and London, 2006.

FACIO, Alda y FRIES, Lorena. "Feminismo, género y patriarcado". En: FACIO,

y FRIES (Eds). Género y Derecho. Santiago, LOM, 1999.

FRIEDMAN, E. “Women’s human rights: The emergence of a movement”. In PETERS y WOLPER (Eds.), Women’s rights, human rights: International feminist perspectives, London/New York: Routledge, 1995.

FRIES MONLEÓN, Lorena y LACRAMPETTE POLANCO Nicole. “Feminismos, Género y Derecho”. En LACRAMPETTE POLANCO (Ed). Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013

GALEY, Margaret. “Forerunners in women’s quest for partnership”. In Winslow (Ed.), Women, politics and the United Nations. Westport, Greenwood Press, 1995.

GARNER, Karen. Shaping a global women’s agenda: Women’s NGOs and global governance, 1925–85. Manchester/New York: Manchester University Press, 2010.

HELLUM , Anne and SINDING AASEN, Henriette. Women’s Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law. Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

HOF y RICHTERS, "Teenage Pregnancy as an Issue of Human Rights for Women: The Case of Zimbabwe". IFE PsychologI A 1, Vol 9, 2001.

HOLTMAAT, Rikki. “The CEDAW: a holistic approach to women’s equality and freedom”. En HELLUM y SINDING AASEN. Women’s Human Rights CEDAW in International, Regional and National Law. Cambridge University Press 2013.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Promoción y Defensa de los Derechos Reproductivos: Nuevo Reto para las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos. . Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, C.R., 2003.

JANSEN, Lisa. “Rights: Women’s treaty a powerful force for equality. Inter Press Service”. 2009. http://www.ipsnews.net/2009/12/rights-womens-treaty-a-powerful-force-for-equality/

JOHNSTONE, R. “Is the CEDAW still relevant? (Re)-assessing CEDAW in 2010”. Paper presented at the 11th annual conference of the Association of Human Rights Institutes, Reykjavik, 2010.

KHOSLA, Rajat and others, "Gender Equality and Human Rights Approaches to Female Genital Mutilation: A Review of International Human Rights Norms and Standards". Reproductive Health, Vol 14, 2017.

LACRAMPETTE POLANCO, Nicole y LAGOS TSCHORNE, Catalina. "Los Sistemas Internacionales De Protección De Derechos Humanos". En LACRAMPETTE POLANCO y NASH R, Claudio (Eds). Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. . Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013

LOAIZA, Edilberto y LIANG, Mengjia. "Adolescent Pregnancy: A Review of the Evidence". UNFPA New York, 2013.

LUK, Ching Yuen. .ª Human Rights-Based Approach to Teenage Pregnancy Prevention in China". Socio-Cultural Influences on Teenage Pregnancy and Contemporary Prevention Measures, 2019. **MEJÍA GUERRERO, Luz Patricia**. "La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Revista IIDH, Nº. 56, 2012.

MEYER, Mary, y PRÜGL, Elizabeth. (Eds.). Gender politics in global governance. Lanham: Rowman & Littlefield, 1999.

MONTECINO, Sonia. Palabra dicha. Escritos sobre género, identidades, mestizajes. Colección de Libros Electrónicos, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile (Serie Estudios), 1997.

NACIONES UNIDAS. Los Derechos de las Mujeres son Derechos Humanos. Naciones Unidas, Nueva York/Ginebra, 2014.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Eliminating Female Genital Mutilation An interagency statement OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, World Health Organization 2008.

PALACIOS ZULOAGA, Patricia. "La Violencia En Contra De Las Mujeres". En LACRAMPETTE (Ed) Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica. Facultad de Derecho Universidad de Chile. 2013. **PARCERO, Juan A. Cruz y VÁZQUEZ, Rodolfo**. Derechos De Las Mujeres En El Derecho Internacional. México, Fontamara, 2013

RAJ, Anita "When the Mother Is a Child: The Impact of Child Marriage on the Health and Human Rights of Girls". Archives of Disease in Childhood, Vol 95, 2010

RAJ, Anita, JACKSON, Emma y DUNHAM, Serena, "Girl Child Marriage: A Persistent Global Women's Health and Human Rights Violation". En CHOUDHURY, Shonali, TOLLER ERAUSQUIN, Jennifer y Withers, Mellissa. (Corte IDH), Global Perspectives on Women's Sexual and Reproductive Health Across the Lifecourse. Springer International Publishing, 2018.

RECINOS, Julie Diane. Los derechos sexuales y reproductivos: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015. **RUPP, Leila**. Worlds of women. The making of an international women's movement. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SALVIOLI, Fabián. "El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". En El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, XXXVIII Session d´Enseignement, Strasbourg 2007.

STIENSTRA, Deborah. Women's movements and international organizations New York: St. Martin's Press, 1994.

TOBIN, John. "The International Obligation to Abolish Traditional Practices Harmful to Children's Health: What Does It Mean and Require of States?"Human Rights Law Review, Vol 9, 2009

WILLIAMS-BREAULT, Beth D. .Eradicating Female Genital Mutilation/Cutting"Health and Human Rights, Vol 20, 2018.

ZWINGEL, Susanne. Translating International Women's Rights: The CEDAW Convention in Context, Palgrave Macmillan, UK, 2016.

Regresar al Sumario

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

7. Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes en contexto de Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional, y en contexto de Conflicto Armado

Andrea Cecilia Rodríguez[1]

(1) - Abogada, Escribana (Universidad Católica de Santiago del Estero). Docente investigadora. Profesora en la Cátedra de Derechos Humanos de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Responsable del área de extensión y vinculación universitaria de la Facultad de Ciencias Políticas, Sociales y Jurídicas de la Universidad Católica de Santiago del Estero. Integrante del Centro de Estudios en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (CECPRI). Miembro de la mesa directiva del Consejo Federal de Estudios Internacionales (COFEI). Estudio elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) oficina para Costa Rica y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana.

7.1. Introducción

Cientos de miles de personas se desplazan de un país a otro por diversas razones: necesidad de empleo, mejorar las condiciones de vida, reunificación familiar, violencia, persecución por su orientación sexual o desastres naturales, entre otros motivos que se pueden resumir en la búsqueda de oportunidades y respeto a sus derechos.

Los flujos migratorios se componen por una proporción cada vez mayor de niños, niñas y adolescentes. Este crecimiento del número de niños, niñas y adolescentes migrando se asocia a diferentes causas, entre las que se cuentan la búsqueda de mejores oportunidades, mayores ingresos, la reunión con familiares que ya han migrado con anterioridad o para huir de la violencia. Muchos de los niños, niñas y

adolescentes migrantes y sobre todo aquellos que migran irregularmente, viajan sin compañía de adultos que puedan brindarles protección y asistencia. Otros comparten la totalidad o parte de su viaje con personas inescrupulosas que pueden poner en riesgo su seguridad e integridad y que en los peores casos, les explotan, les victimizan y les violentan. La situación se agrava con los retos en ruta migratoria: secuestros, abusos sexuales, robos, trata de personas y otras amenazas, coloca estos niños, niñas y adolescentes en condiciones de extrema vulnerabilidad[1].

Las niñas, niños y los adolescentes se han transformado en un nuevo actor de los fenómenos migratorios contemporáneos a escala global y dentro de la región latinoamericana. Sin embargo, lo que denominamos infancia migrante no es un grupo homogéneo. En esta categoría podríamos incluir a niñas y niños que participan en migraciones familiares, nacen en los países de destino, viven una filiación transnacional, proyectos migratorios autónomos (no acompañados) o retornan a sus países de origen, entre otras.[2]

7.2. Alcances del capítulo

El propósito del presente capítulo es analizar algunas de las principales relaciones entre migración, infancia y adolescencia, desde una perspectiva de derechos. Así, en el esquema de trabajo, se hace una breve revisión de la migración internacional, marco desde el cual se aborda específicamente la migración de niñas, niños y adolescentes; se describen los principales escenarios relacionados con la migración en los que los niños, las niñas y los adolescentes se ven expuestos a situaciones que pueden violar sus derechos; se introducen los principios jurídicos de derechos humanos que los Estados deben observar en todo momento, y se puntualizan las obligaciones de los Estados en relación a los derechos de la niñez migrante.

7.3. Las Migraciones

Las migraciones son un proceso multidimensional que entraña un complejo contrapunto de riesgos y oportunidades para las personas, las comunidades y los Estados, y por ello, puede ser analizada desde distintas perspectivas, así como en

[1]Estudio elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) Oficina Regional, Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) oficina para Costa Rica y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) oficina para Centroamérica, Haití, Panamá y República Dominicana.

[2]Ceriani, Pablo, García, Lila, Gómez, Ana, "Niñez y adolescencia en el contexto de la migración: Principios, avances y desafíos en la protección de sus derechos en América Latina y El Caribe", Revista Interdisciplinaria de Movilidad Humana, 2014, pp. 9-28.

función de las diversas dinámicas sociales, económicas, políticas y jurídicas que están involucradas.

Desde el ámbito jurídico, que es el que nos interesa en el presente capítulo, lo primero que se debe tener presente es que migrar es un derecho humano. El mismo se encuentra reconocido en los principales instrumentos universales y regionales de esa materia. Es un derecho humano universal, interdependiente e indivisible como lo son el derecho a la vida, a la propiedad privada, a la salud, la libertad de expresión o cualquiera del mismo orden. Por lo que, al igual que estos, no es absoluto y solo admite restricciones específicas que de ningún modo pueden llevar a desnaturalizar el derecho o poner en riesgo su núcleo esencial.

El derecho a migrar es un derecho universal reconocido a todo ser humano que, evidentemente, comprende el derecho a emigrar e inmigrar y, por tanto, el deber de la comunidad internacional de garantizar con acciones concretas su ejercicio. La evolución histórica de la normativa de derechos hu¬manos ha confirmado, tanto en instrumentos internacionales como en distintos ordenamientos jurídicos nacionales, la obligación de garantizar ese derecho a todas las personas sin distinción de ningún tipo, independientemente de la condición migratoria en la que se encuentren.

7.4. Revisión de la Migración Internacional

La migración forma parte de la historia del ser humano desde sus orígenes. La movilidad de las personas de una ciudad o región a otra dentro de un mismo país, o entre las fronteras de los países y regiones del mundo no es un fenómeno reciente. En toda la historia de la humanidad, en mayor o menor medida y bajo condiciones que pueden ser analizadas a partir de múltiples variables, "los seres humanos han migrado".

La movilidad humana ha sido una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Desde sus orígenes, los seres humanos han migrado en busca de mejores condiciones de vida, para poblar otros lugares del planeta, o para huir y sobrevivir a amenazas causadas por el hombre o la naturaleza[3].

Las diferentes formas que adoptan las migraciones pueden definirse, según **Lelio Marmora**, a partir de múltiples criterios[4], destacándose:

[3]Valeria Llamas; Seguridad humana y movilidad humana. Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y tesista de la Maestría en Cooperación Internacional. Oficial de Elegibilidad de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina.

[4]Torcuato DI TELLA y Otros, Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas. Buenos Aires, Emecé, 2001, p. 460.

- a) direccionalidad, ya sea que se trate de emigración o inmigración;
- b) tipo de migración, pueden ser forzadas (tales como refugiados o asilados) o voluntarias; La migración voluntaria se da cuando la persona migra voluntariamente, ejerciendo su derecho a la libertad de tránsito y al cambio de residencia, mientras que la **migración forzada** abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas. Estas migraciones forzadas se clasifican en dos grandes categorías: los desplazados internos y los que cruzan las fronteras (refugiados).
- c) territorialidad, de acuerdo a este criterio, las migraciones pueden ser internas o externas (internacionales);
- d) temporalidad, la permanencia del migrante en el país receptor puede ser transitoria, por tiempo previamente determinado, o permanente;
- e) legalidad, este factor tiene relación con la situación legal del migrante en el país de acogida, es decir si su residencia se ajusta o no a las normas internas, si tiene documentación emitida por el organismo respectivo que legalice su situación migratoria;
- f) calificación, distingue a las migraciones en función de la capacitación del migrante laboral o económico, y encontramos a la mano de obra calificada y no calificada.

7.5. Una distinción necesaria: Migrantes, Refugiados, Desplazados Internos y Apátridas

La **Organización Internacional para las Migraciones**[5], define al **migrante** como cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia habitual, independientemente de: 1) su situación jurídica; 2) el carácter voluntario o involuntario del desplazamiento; 3) las causas del desplazamiento; o 4) la duración de su estancia.

El término "**migrante internacional**" se utiliza para referirse a toda persona que se encuentre por fuera del Estado del cual es nacional; por ejemplo, el Migrante internacional laboral o económico es toda persona que traspasa las fronteras de su país de origen para establecerse (en forma temporal o definitiva) en otro país de su elección, al que denominaremos receptor. Los motivos de la decisión de emigrar pueden ser numerosos, pero el componente que no falta es la necesidad de mejorar las condiciones económicas, laborales y de vida del migrante o del grupo familiar. Mientras que el término "**Migrante interno**" se refiere a toda persona que se encuentre dentro del territorio del cual es nacional, pero por fuera del lugar en el que nació o donde reside habitualmente.

Para la "Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951", un **refugiado** es una persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él". La Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, contiene una definición más amplia que las del Convenio de 1951 y la del Estatuto del ACNUR. Esta definición se encuentra inspirada principal-

[5]La OIM, es actualmente, la principal organización que trabaja conjuntamente con migrantes, gobiernos y otros organismos internacionales, regionales y no gubernamentales, con el fin de atender a las necesidades y desafíos de la migración. Como antecedente inmediato de la OIM citamos al Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME), que fue creado en 1951 con el objeto de prestar asistencia a los refugiados, desplazados y migrantes europeos para su "reasentamiento" en ultramar. En 1980 el CIME pasó a ser el Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM), pues se reconoce su creciente labor de alcance mundial. En 1989 el CIM se convirtió en la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Actualmente la OIM cuenta con 90 Estados miembros (de todas partes del mundo) y 36 Estados, con estatuto de observador. Tiene su sede en Ginebra.

mente en el precedente de la Convención de la OUA. Se considera refugiado a las personas que: "...han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extrajera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público."

Los desplazados internos son a menudo mal llamados refugiados. A diferencia de éstos, los desplazados internos no han cruzado una frontera internacional para buscar seguridad, sino que han permanecido en sus propios países. Incluso, si han huido por las mismas razones que los refugiados (conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de derechos humanos, entre otras razones), los desplazados están legalmente bajo la protección de su propio gobierno, aun cuando el gobierno pueda ser la causa de su huida. Como ciudadanos, mantienen todos sus derechos y protección que contemplan tanto las normas de derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario. En favor de las personas desplazadas se invocan los **Principios Rectores de los desplazamientos internos de la ONU**. Estos Principios recogen muchos de los más importantes principios de protección internacional aplicados a los desplazados internos. Los Principios reflejan los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, con los que se avienen, y se inspiran en elementos pertinentes del derecho de los refugiados. Cubren todas las fases del desplazamiento interno e intentan dar pautas a los Estados, a los actores no estatales, a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Un **apátrida** es una persona a quien ningún Estado reconoce como nacional suyo. Al no contar con nacionalidad, no está protegida por ninguna legislación nacional y, por lo tanto, es vulnerable ante situaciones que la mayoría nunca ha considerado. Las posibles consecuencias de la apatridia son profundas y afectan a todos los aspectos de la vida. Ya sea a consecuencia de los conflictos armados, de la modificación de fronteras o de la manipulación de las leyes e instrumentos que administran la sociedad moderna, los apátridas no son deseados ni bienvenidos y quedan excluidos de la sociedad por fuerzas ajenas a su control. No sólo forman parte del grupo de personas más desprotegidas y marginadas del mundo, sino también de las más invisibles. **Hannah Arendt** en "**Los orígenes del totalitarismo**[6]" sostuvo que quitarle la nacionalidad y convertirle en apátrida, es quitarle la vida; es como regresar al mundo primitivo de los hombres de las cavernas o los salvajes... podrían vivir y morir sin dejar rastro.

[6]Los orígenes del totalitarismo es un libro de Hannah Arendt que describe y analiza los dos movimientos totalitarios más importantes del siglo XX: el nazismo y el estalinismo. Fecha de publicación original: 1951 Editorial: Schocken Books

Principales Definiciones relacionadas con la Niñez Migrante

A continuación se presentan las principales definiciones relacionadas con la niñez y adolescencia migrante[7]. Categorizar a la niñez y adolescencia migrante en alguna de las situaciones arriba mencionadas tiene como propósito conocer mejor sus necesidades y las características particulares de la situación que rodea la migración. No obstante, se debe enfatizar que una misma persona menor de edad puede ubicarse en más de una de esas categorías, lo cual obliga a optar por una visión holística que tenga como propósito fundamental la garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.

Migración: movimiento de población hacia el territorio de otro Estado o dentro del mismo que abarca todo movimiento de personas sea cual fuere su tamaño, su composición o sus causas; incluye migración de refugiados, personas desplazadas, personas desarraigadas, migrantes económicos.

Migración irregular: personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país.

Niños, niñas y adolescentes no acompañados: quienes están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

Niños, niñas y adolescentes separados: quienes están separados de ambos padres o tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes.

Niños, niñas y adolescentes refugiados: que han sido obligados a salir de su país de nacionalidad o de residencia habitual debido a fundados temores de ser perseguidos

[7] Siguiendo la Convención sobre los Derechos del Niño, se entiende por "niño", o "persona menor de edad" toda persona menor de 18 años. Además se diferencia entre niñez (período que llega hasta los 12 o 13 años, dependiendo de lo establecido por la legislación nacional) y adolescencia (período que va de los 12 o 13 años hasta los 18 años).

por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas y no puedan o, a causa de dichos temores, no quieran acogerse a la protección de tal país. O bien aquellas personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Niños, niñas y adolescentes solicitantes de la condición de refugiado (o solicitantes de asilo): aquellas personas que buscan protección internacional, ya sea individualmente o como parte de un grupo. Son consideradas solicitantes de asilo aquellas personas a las cuales aún no se les ha dado una resolución firme respecto al reconocimiento de la condición de refugiado.

Niños, niñas y adolescentes en condiciones de explotación laboral: quienes no han alcanzado la edad mínima de admisión al trabajo, a la luz del Convenio sobre la edad mínima (núm. 138), 1973, de la OIT y la legislación nacional. También comprende a personas adolescentes cuyo trabajo está al margen del régimen especial de protección establecido en las legislaciones nacionales. Finalmente, comprende a cualquier persona menor de 18 años que realiza alguna de las peores formas de trabajo infantil definidas por el Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, (núm. 182), 1999, de la OIT, así como por la legislación nacional.

Niños, niñas y adolescentes víctimas de trata: Según el artículo 3 del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, se define la trata de personas como la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos. Es importante enfatizar que al tratarse de "niños" (personas menores de 18 años) no es preciso recurrir a medios coercitivos para que se configure la trata de personas y el consentimiento de la víctima es irrelevante.

7.6. Principales Escenarios relacionados con la migración en los que los niños, las niñas y los adolescentes se ven expuestos a situaciones que pueden violar sus derechos

Niños, niñas y adolescentes involucrados en procesos migratorios y expuestos a una serie de situaciones que violan sus derechos

Los niños, las niñas y los adolescentes que están involucrados en procesos migratorios están expuestos a una serie de situaciones que violan sus derechos y ponen en peligro su integridad física, psicológica e, incluso, su vida. Al abordar estas situaciones es posible identificar escenarios que afectan sus vidas.

a) Niños y niñas que permanecen en el lugar de origen cuando sus familiares directos trasladan su residencia a otro país

El desplazamiento del padre, la madre o ambos a otro país implica la separación familiar, lo que violenta el derecho del niño, la niña y/o el adolescente a vivir en familia.

El Derecho Internacional reconoce a la familia como el grupo fundamental de la sociedad, además de ser el primer entorno de protección de derechos de los niños, donde se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social. Por esta razón, el Estado debe protegerla. Cuando los niños, las niñas y los adolescentes se quedan en el lugar de origen sin sus padres o familiares el principio de unidad familiar está siendo vulnerado. Este principio está conformado por algunos derechos consagrados en la CDN, como el derecho del niño a no ser separado de sus padres (artículo 9, párrafo 1), el derecho a la reagrupación familiar, 32 el derecho al contacto familiar, el derecho a la información sobre el paradero de los familiares en caso de separación (artículo 9, párrafo 3), el derecho a la protección de la familia y, a falta de ésta, al cuidado alternativo del Estado (artículo 20).

b) Niñas y niños que migran junto con su familia

Otro de los escenarios en el que se pueden ver afectados los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes se presenta cuando éstos marchan junto con sus padres o familiares hacia un país distinto. Padres e hijos emprenden un proceso de migración, generalmente bajo condiciones irregulares, que los expone a múltiples riesgos durante todo el proceso migratorio: desde la salida de sus lugares de origen, durante su desplazamiento, cuando son detectados por las autoridades migratorias –ya sea en el camino o en el país destino– y también al ser deportados o repatriados.

c) Niños y niñas que migran sin la compañía de sus padres o responsables

De acuerdo con la Observación General 6 del Comité de los Derechos del Niño, los "niños no acompañados" son aquellos que tienen menos de 18 años, que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.

En efecto, como señala la Observación General 6 del Comité de los Derechos del Niño, "las razones de que un menor esté en situación de no acompañado o separado

de su familia son variadas y numerosas y entre ellas figuran la persecución del menor o de sus padres, un conflicto internacional o una guerra civil, la trata en diversos contextos y manifestaciones, sin olvidar la venta por los padres y la búsqueda de mejores oportunidades económicas."

El Comité, en la misma Observación General, también señala algunos de los riesgos a los que este grupo está expuesto: explotación y abusos sexuales, reclutamiento en fuerzas armadas, trabajo infantil (también a beneficio de sus familias de adopción) y privación de la libertad.

d) Hijos e hijas de padres en situación de migración irregular, que nacen durante el trayecto o en el país destino

Los Estados deben garantizar medidas de protección a hijos e hijas de migrantes en situación de migración irregular nacidos en el país de tránsito o destino. Debido a la condición de sus padres, estos niños son víctimas de discriminación y no tienen acceso a servicios de salud, educación y protección social, lo que limita sus oportunidades de integración a la sociedad. Además, pueden convertirse en apátridas o ser separados de su familia cuando sus padres son deportados.

El derecho a la identidad, que se ejerce mediante el registro del nacimiento, implica el reconocimiento del Estado del niño o la niña como sujetos de derecho. En este sentido, el artículo 7 de la CDN establece que todos los niños deben ser inscritos en el registro civil inmediatamente después de su nacimiento, y que tienen, desde su nacimiento, derecho a un nombre y a una nacionalidad, derecho también establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El Estado debe velar por la garantía de este derecho, para lo cual tendrá que adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole que sean pertinentes (artículo 4 de la CDN).

Cuando en el país de tránsito o destino el Estado niega a los hijos de padres migrantes en situación de migración irregular su inscripción en el registro público, está negando el reconocimiento de su nacionalidad, y si en el país de origen el Estado también les niega dicho reconocimiento, entonces este niño o niña puede llegar a ser apátrida.

e) Niños y niñas que son refugiados o solicitantes de la condición de refugiado

La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados define refugiado como toda persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores,

no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él."

Ante estas circunstancias es indispensable garantizar la unidad familiar de los niños refugiados, sobre todo porque en los países anfitriones la unidad familiar incrementa la autosuficiencia de los refugiados, puede reducir el número de arribos desautorizados y peligrosos y promover soluciones duraderas para los refugiados, por ejemplo, la repatriación voluntaria, la integración local y el reasentamiento. Por esta razón, se deben tomar medidas para que los niños y las niñas se puedan reunir con su familia en el caso de que ellos obtengan la condición de refugiados y su familia no esté en el país de asilo (o viceversa).

Principios jurídicos para garantizar los derechos de la infancia

Los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes afectados por la migración están protegidos por la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), así como por el conjunto de tratados internacionales de derechos humanos. Estos tratados deben ser cabalmente cumplidos por los Estados Parte, independientemente del estatus migratorio del niño, su origen, su nacionalidad o su edad.

Estos tratados internacionales **establecen principios jurídicos para garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes**, que deben ser observados por los Estados Parte y tomados en cuenta para el diseño de políticas públicas, programas y en todas las acciones relacionadas con la migración y la infancia. Ellos son:

Principio de interés superior del niño

De acuerdo con el artículo 3 de la CDN "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Enfatiza la condición del niño como sujeto con opiniones y sentimientos propios, derechos civiles y políticos, a la vez que como beneficiario de protecciones especiales.

Como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño en el párrafo 6 de su observación general núm. 14, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se tenga en cuenta es un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento, y se aplica a los niños como individuos y como grupo. En esa observación general, que desde entonces se considera la principal orientación para los Estados partes sobre esa cuestión, el Comité también amplía

detalles sobre la aplicación del principio del interés superior del niño. Reconociendo que el interés superior del niño, una vez evaluado y determinado, puede entrar en conflicto con otros intereses o derechos (por ejemplo, los de otros niños, el público o los padres) y que los posibles conflictos tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado, el Comité destaca en el párrafo 39 de su observación general núm. 14 que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño.

En el **contexto de la migración** el interés superior del niño también debe estar en el fundamento de la toma de decisiones concernientes a los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que todos sus derechos sean garantizados independientemente de su nacionalidad o el estatus migratorio propio o el de sus padres.

Principio de no discriminación

Este principio obliga al Estado a respetar y garantizar los derechos de cada niño sujeto a su jurisdicción, independientemente de la raza, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales (artículo 2 de la CDN). Así, el Estado debe tomar las medidas necesarias para proteger a los niños y las niñas contra toda forma de discriminación.

No discriminación (artículos 1 y 7 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño). El principio de no discriminación es fundamental y se aplica en todas sus manifestaciones con respecto a los niños en el contexto de la migración internacional. Todos los niños que participan en la migración internacional o se ven afectados por ella tienen derecho al disfrute de sus derechos, con independencia de su edad, género, identidad de género u orientación sexual, origen étnico o nacional, discapacidad, religión, situación económica, situación de residencia o en materia de documentación, apatridia, raza, color, estado civil o situación familiar, estado de salud u otras condiciones sociales, actividades, opiniones expresadas o creencias, o los de sus padres, tutores o familiares.

Los Comités recomiendan a los Estados partes que adopten medidas adecuadas para combatir la discriminación por cualquier motivo y proteger a los niños frente a formas de discriminación múltiples y concomitantes, a lo largo del proceso de migración,

también en el país de origen y al regresar a él, o como consecuencia de su situación de residencia. Los Comités entienden que, si solo se lucha contra la discriminación de iure, no se garantizará necesariamente la igualdad de facto. Por consiguiente, los Estados partes harán efectivos los derechos reconocidos en las Convenciones para los niños en el contexto de la migración internacional adoptando medidas positivas para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que causen o perpetúen la discriminación de facto contra ellos. Deben registrar sistemáticamente los casos de discriminación contra niños o sus familias en el contexto de la migración internacional, e investigar y sancionar esas conductas de manera adecuada y eficaz.

Derecho a la participación

El derecho a la participación está compuesto por el derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan (párrafo 1 del artículo 12 de la Convención), el derecho a la información (artículo 13 y 17), a la asociación y la reunión, así como a participar en los procedimientos que le conciernen.

Los Estados Parte deben garantizar condiciones para que los niños expresen opiniones teniendo en cuenta la situación individual y social de cada uno, y en un entorno donde el niño se sienta respetado y seguro para opinar. Este derecho exige que los responsables de escuchar al niño o la niña le informen de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse, así como de sus consecuencias. El derecho a la información es, pues, fundamental para que los niños puedan tomar las decisiones que más les convengan. El artículo 12 de la Convención estipula que no basta con escuchar al niño; cuando éste sea capaz de formarse un juicio, sus opiniones tienen que ser tomadas en cuenta con la debida seriedad. En el caso de procedimientos judiciales o administrativos migratorios, el niño debe tener la oportunidad de ser escuchado cuando se deban tomar decisiones que le afecten.

El Comité de los Derechos del Niño, en su observación general núm. 12, subraya que, en el contexto de la migración internacional, deben aplicarse medidas adecuadas para garantizar el derecho del niño a ser escuchado, ya que los niños que llegan a un país pueden encontrarse en una situación especialmente vulnerable y desfavorecida. Por ese motivo, es fundamental aplicar medidas para hacer plenamente efectivo su derecho a expresar sus opiniones sobre todos los aspectos que afectan a sus vidas, también como parte integrante de los procedimientos de inmigración y asilo, y que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta.

Además, los Estados deben adoptar medidas destinadas a empoderar a los niños afectados por la migración internacional para que participen a diferentes niveles, mediante consultas, colaboraciones e iniciativas dirigidas por niños, y a garantizar

que las organizaciones de la sociedad civil, incluidas las asociaciones de niños y las organizaciones dirigidas por estos, puedan participar de manera efectiva en los diálogos y procesos en materia de políticas sobre la infancia en el contexto de la migración internacional, en los planos local, nacional, regional e internacional.

El derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo

Otro de los principios generales de la CDN es el derecho de los niños, las niñas y los adolescentes a la vida, la supervivencia y el desarrollo, incluido el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (artículo 6).

Algunas situaciones asociadas a la migración, como por ejemplo la separación de la familia, la trata, el tráfico de personas o la explotación laboral, no solamente afectan el desarrollo de los niños, sino también los deja desprotegidos e, incluso, ponen en riesgo su vida.

Los Comités reconocen que la falta de canales regulares y seguros para que migren los niños y las familias contribuye a que estos emprendan viajes migratorios que ponen en riesgo sus vidas y son sumamente peligrosos. Lo mismo cabe decir de las medidas de control y vigilancia de fronteras que se centran en la represión en lugar de facilitar, regular y gestionar la movilidad, especialmente las prácticas en materia de detención y expulsión, la falta de oportunidades de reunificación familiar en tiempo oportuno y la falta de vías de regularización.

A juicio de los Comités, la obligación de los Estados partes con arreglo al artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 9 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares incluye prevenir y reducir, en la máxima medida posible, los riesgos relacionados con la migración que afrontan los niños, los cuales pueden poner en peligro el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo.

Principio de unidad familiar: no separación y reunificación familiar

El preámbulo de la CDN afirma que la familia es el "medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños". En este sentido, reconoce que "para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". La familia es el primer entorno de protección de derechos de los niños, pues en su seno se sientan las bases para su pleno desarrollo emocional, físico, cognitivo y social; por ello, el Estado debe protegerla. El artículo 9 de la CDN consagra dos principios fundamentales relacionados con la unidad familiar. En primer lugar, establece que el

niño o la niña deben permanecer con sus padres, excepto cuando dicha permanencia sea contraria al interés superior del niño. En segundo lugar, reconoce el derecho del niño a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Cuando la separación del niño de uno o de ambos padres sea resultado de una decisión del Estado (por ejemplo, en caso de expulsión o encarcelamiento de los padres), éste tiene la obligación de proporcionar información básica acerca del paradero de los demás miembros de la familia. Por consiguiente, ese derecho debe ser plenamente respetado, protegido y aplicado en relación con todos los niños sin ningún tipo de discriminación, sea cual fuere su situación en lo que respecta a la residencia o la nacionalidad.

Los Comités opinan que la ruptura de la unidad familiar por la expulsión de uno o ambos progenitores a causa de una infracción de las leyes sobre la inmigración relacionadas con la entrada o la estancia es desproporcionada, ya que el sacrificio que supone la restricción de la vida familiar y la repercusión en la vida y el desarrollo del niño no se ve compensado por las ventajas obtenidas al obligar a uno de los padres a abandonar el territorio debido a la infracción cometida contra las normas sobre inmigración. Los niños migrantes y sus familias también deben estar protegidos en los casos en que las expulsiones constituyan una injerencia arbitraria en el derecho a la vida familiar y privada.

Principio de no devolución

En cumplimiento de las obligaciones resultantes de la CDN, y particularmente en atención al principio de no devolución, "el Estado no trasladará al niño, la niña o el adolescente a un país donde haya motivos racionales para pensar que existe un peligro real de daño irreparable que los afecte, como por ejemplo, tortura, tratos degradantes y privación de libertad."

7.7. Obligaciones de los Estados en relación a niñas y niños en contexto de Migración y/o necesitados de Protección Internacional

Garantías del debido proceso

De acuerdo con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el debido proceso legal se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acción del Estado que pueda afectarlos. Los órganos estatales involucrados en un proceso, ya sea administrativo sancionatorio

o jurisdiccional, deben respetar el debido proceso legal.

La CIDH considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. “El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo ratione materiae sino también ratione personae sin discriminación alguna”. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las niñas y niños migrantes”.

Debe garantizarse a la niñez migrante el derecho de:

- a) Acceder al territorio, cualquiera que sea la documentación que posean o de la que carezcan, y ser remitidos a las autoridades encargadas de evaluar las necesidades de protección de sus derechos, sin merma de las garantías procesales;
- b) Ser notificados de la existencia de un procedimiento y de la decisión adoptada en el contexto de los procedimientos de inmigración y asilo, sus implicaciones y las posibilidades de recurso;
- c) Contar con un funcionario o juez especializado que se ocupe del procedimiento de inmigración y poder realizar en persona cualquier entrevista con profesionales formados en cómo comunicarse con niños;
- d) Ser oídos y participar en todas las fases de los procedimientos y disponer de la asistencia gratuita de un traductor o intérprete;
- e) Tener acceso efectivo a la comunicación con funcionarios consulares y recibir asistencia consular, así como protección consular de sus derechos adaptada a las necesidades de la infancia;
- f) Contar con la asistencia de un procurador que tenga formación y experiencia en la representación de niños en todas las fases de los procedimientos y comunicarse libremente con su representante, y tener acceso a asistencia letrada gratuita;
- g) Conseguir que se considere una prioridad la aplicación de medidas y procedimientos relacionados con la infancia, y también disponer de tiempo suficiente para preparar esos procedimientos y contar con todas las garantías procesales;
- h) Recurrir la decisión ante un tribunal superior o una autoridad independiente, con efecto suspensivo;

- i) En el caso de niños no acompañados y separados de sus familias, recibir el nombramiento de un tutor competente, lo antes posible, que sirva de garantía procesal básica para el respeto de su interés superior;
- j) Ser plenamente informados durante todo el procedimiento, junto con su tutor y asesor jurídico, y recibir también información sobre sus derechos y cualquier otra información que pueda afectarles.

7.8. Derecho a la libertad (artículos 16 y 17 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Todo niño, en todo momento, tiene un derecho fundamental a la libertad y a no ser detenido como inmigrante. El Comité sobre los Derechos del Niño ha afirmado que la detención de cualquier niño por la situación de residencia de sus padres constituye una violación de los derechos del niño y una contravención del principio del interés superior de este.

Desde ese punto vista, ambos Comités han afirmado reiteradamente que nunca debe detenerse a niños por razones relacionadas con su situación migratoria o la de sus padres y que los Estados deben cesar o erradicar de manera rápida y completa la detención de niños como inmigrantes. La detención de cualquier tipo de niño como inmigrante debería estar prohibida por la ley y esta prohibición debería aplicarse plenamente en la práctica.

7.9. Derecho a un nombre, una identidad y una nacionalidad (artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

La falta de inscripción de los nacimientos puede tener repercusiones negativas en el disfrute de los derechos de los niños, como el matrimonio infantil, la trata de niños, los reclutamientos forzosos y el trabajo infantil. Las inscripciones de los nacimientos también pueden contribuir a lograr la condena de quienes hayan maltratado a un niño. Los niños no inscritos en un registro corren especial riesgo de convertirse en

apátridas cuando han nacido de padres que se encuentran en una situación migratoria irregular, debido a los obstáculos existentes para adquirir la nacionalidad en el país de origen de los padres y también de poder inscribirse en el registro y recibir la nacionalidad en su lugar de nacimiento.

Los Comités instan a los Estados partes a adoptar todas las medidas necesarias para que todos los niños sean inscritos inmediatamente en el registro civil al nacer y reciban certificados de nacimiento, cualquiera que sea su situación migratoria o la de sus padres. Deben eliminarse los obstáculos jurídicos y prácticos a la inscripción de los nacimientos, por ejemplo prohibiendo el intercambio de datos entre quienes prestan servicios de salud o los funcionarios encargados del registro y las autoridades de inmigración, y no exigiendo a los padres que presenten documentos relativos a su situación migratoria. También deben adoptarse medidas para facilitar la inscripción posterior de nacimientos y evitar sanciones pecuniarias por esta inscripción tardía. Los niños que no han sido inscritos en el registro deben tener igualdad de acceso a la atención de salud, la protección, la educación y otros servicios sociales.

Según el artículo 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, el término apátrida designa a "toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación".

Derecho a una nacionalidad y salvaguardias contra la apatridia

El artículo 7 sobre la Convención sobre los Derechos del Niño hace hincapié en la prevención de la apatridia especificando que los Estados partes velarán por la aplicación de los derechos del niño a ser inscrito en el registro, tener un nombre, adquirir una nacionalidad y conocer a sus padres y ser cuidado por ellos. Se consagra el mismo derecho para todos los hijos de trabajadores migratorios en el artículo 29 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

7.10. Derecho a la protección contra la explotación económica, incluidos los trabajos prematuros y peligrosos, a condiciones de empleo y a la seguridad social (artículos 25, 27, 52, 53, 54 y 55 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 26 y 32 de la Convención sobre los Derechos del Niño

Los Estados deben adoptar todas las medidas legislativas y administrativas oportunas, teniendo en cuenta una dimensión de género, para regular y proteger el empleo de los niños migrantes en lo que respecta a la edad mínima para trabajar y los trabajos peligrosos. En vista del riesgo concreto que corren los niños migrantes, los Estados deberán asegurarse también de que, tanto en la ley como en la práctica, las autoridades competentes adopten todas las medidas necesarias, incluida la imposición de sanciones apropiadas, con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y las normas internacionales pertinentes, y de que los niños migrantes:

- Tengan condiciones de empleo justas, así como condiciones de trabajo dignas, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas.
- Disfruten de medidas específicas de protección que regulen sus horas y condiciones de trabajo.
- Estén sujetos a exámenes médicos periódicos que certifiquen su aptitud para el trabajo.
- Tengan acceso a la justicia en caso violación de sus derechos por funcionarios públicos o particulares, incluidos mecanismos efectivos de presentación de denuncias y una separación clara entre los derechos laborales y la aplicación de las normas sobre inmigración.

7.11. Derecho a un nivel de vida adecuado (artículo 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Los Estados deben garantizar que los niños que se encuentran en el contexto de la migración internacional tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, psíquico, espiritual y moral. Tal como está previsto en el artículo 27, párrafo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables del niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, en particular con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

La Convención sobre los Derechos del Niño estipula que los Estados partes respetarán y garantizarán los derechos enunciados en la Convención para cada niño que esté dentro de su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación; esto incluye la discriminación de los niños a causa de su situación migratoria o la de sus padres

7.12. Derecho a la salud (artículos 28 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 23, 24 y 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Los Comités reconocen que la salud física y mental de un niño puede verse afectada por diversos factores, incluidos factores determinantes estructurales como la pobreza, el desempleo, la migración y los desplazamientos de población, la violencia, la discriminación y la marginación. También son conscientes de que los niños migrantes y los refugiados pueden experimentar graves tensiones emocionales y tener necesidades de salud mental especial y a menudo urgente. Todos los niños migrantes deben tener el mismo acceso que los nacionales a la atención de la salud, sea cual fuere su situación migratoria. Esto comprende todos los servicios de salud, ya sean preventivos o terapéuticos, y la atención mental, física o psicosocial que se presta en centros sociales o en instituciones de asistencia sanitaria.

7.13. Derecho a la educación y la formación profesional (artículos 30, 43 y 45 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; artículos 28, 29, 30 y 31 de la Convención sobre los Derechos del Niño)

Todos los niños en el contexto de la migración internacional, independientemente de su situación, tendrán pleno acceso a todos los niveles y todos los aspectos de la educación, incluida la educación para la primera infancia y la formación profesional, en condiciones de igualdad con los nacionales del país en el que vivan. Esta obligación implica que los Estados deben garantizar la igualdad de acceso a una educación inclusiva y de calidad para todos los niños migrantes, cualquiera que sea su situación migratoria. Los niños migrantes deben disponer de programas de aprendizaje alternativos cuando sea necesario, y participar plenamente en los exámenes y recibir certificados de sus estudios.

7.14. La Niñez Migrante en el Sistema Universal de Derechos Humanos

En las últimas décadas los niños y las niñas han sido objeto de una creciente protección por parte del derecho internacional de los derechos humanos. La amplia gama de instrumentos internacionales de protección se justifica en la vasta cantidad de temas que comprenden sus derechos. La situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y las niñas se puede configurar en diversos escenarios, como conflictos armados, violencia familiar, situaciones de desprotección –como en el caso de los niños de la calle, los niños privados de libertad, los niños indígenas, etc.–, la discriminación por género, raza, religión o por su sola condición de niños, o la falta de acceso a servicios básicos necesarios para su edad, como alimentación, salud, educación, entre otras muchas circunstancias.

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad. Si bien los niños y niñas tienen los mismos derechos humanos en general que los adultos, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. Por ello, requieren de derechos concretos que reconozcan sus necesidades de protección especial.

7.15. La Convención sobre los Derechos del Niño

El principal instrumento internacional de protección de los derechos de la infancia es la Convención sobre los derechos del niño (CDN), adoptada en 1990 y ampliamente ratificada. La CDN define el enfoque de protección integral de la infancia. De allí se deriva un conjunto de obligaciones específicas y complementarias para los Estados parte, que buscan proteger todos los derechos reconocidos a los niños y las niñas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. Ello evidentemente incluye a los niños y niñas migrantes, así como a los hijos e hijas de migrantes: la condición migratoria de ambos resulta irrelevante a los efectos de dar cumplimiento a las exigencias de la CDN.

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

La Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (CTM) constituye el principal instrumento internacional de protección de los derechos de las personas migrantes. Fue aprobada en 1990 pero entró en vigor en 2003. Aún presenta un bajo nivel de ratificaciones. En virtud de la CTM, se podría afirmar que niño o niña migrante será toda persona menor de 18 años que se encuentre fuera del Estado del cual es nacional con la intención o necesidad de residir allí o en otro Estado al cual se dirige, o que encontrándose en el país del que es nacional o residente, podría migrar en un futuro cercano. Esta interpretación reafirma que la configuración de una persona como niño o niña migrante significa una doble protección: por su condición de niño y de migrante. Es preciso comprender que la Convención no crea nuevos derechos para los migrantes (incluyendo a los niños y niñas), sino que busca garantizar el trato igualitario y las mismas condiciones "Todos los hijos de los trabajadores migratorios tendrán derecho a tener un nombre, al registro de su nacimiento y a tener una nacionalidad" (artículo 29).

Todos los hijos de los trabajadores migratorios gozarán del derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. El acceso de los hijos de trabajadores migratorios a las instituciones de enseñanza preescolar o las escuelas públicas no podrá denegarse ni limitarse a causa de la situación irregular en lo que respecta a la permanencia o al empleo de cualquiera de los padres, ni del carácter irregular de la permanencia del hijo en el Estado de empleo" (artículo 30). Al igual que sucede con otros tratados

internacionales de derechos humanos –como la Convención sobre los derechos del niño– la CTM también cuenta con un órgano conformado por expertos independientes, quienes se encargan de supervisar su aplicación. En virtud de la Convención, el Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Además de los dos instrumentos internacionales que regulan de forma específica los derechos de los niñas y las niñas –la Convención sobre los derechos del niño– y los derechos de los trabajadores migratorios y sus familiares –la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares– existen otros tratados internacionales de derechos humanos cuyas disposiciones también se aplican a los niños y las niñas migrantes en tanto seres humanos. Esto es así porque, como ya vimos, los niños y los jóvenes tienen los mismos derechos humanos básicos que los adultos, además de un conjunto de derechos concretos basados en sus necesidades especiales (y protegidos por la CDN). Además de los derechos específicos de la infancia, la CDN reúne derechos presentes en otros tratados internacionales, por lo que existen paralelismos entre dicha Convención y otros instrumentos. Los principales instrumentos internacionales de derechos humanos (aunque no los únicos) son: el Pacto internacional de derechos civiles y políticos; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

7.17. Observaciones Generales conjuntas del Comite de Derechos del Niño y del Comité de Trabajadores Migratorios y de sus familiares de Naciones Unidas

Se refieren a los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional y las obligaciones de los Estados en materia de derechos derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno.

Son documentos independientes por derecho propio, pero ambas se complementan y deben interpretarse y aplicarse de manera conjunta. El proceso de redacción incluyó una serie de consultas mundiales y regionales celebradas entre mayo y julio de 2017

con representantes de los principales interesados y expertos, incluidas organizaciones de niños y de migrantes, en Bangkok, Beirut, Berlín, Ciudad de México, Dakar, Ginebra y Madrid.

Los dos Comités de las Naciones Unidas han unido esfuerzos para establecer estándares sobre un tema tan complejo como la migración y sus impactos en los derechos de los niños y las niñas. Como lo precisa la OG n°3 y 22, estos documentos tienen como objetivo guiar a los Estados para el cumplimiento de las dos Convenciones, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en lo que se refiere a la protección y garantía de los derechos de los niños y las niñas en contexto de movilidad.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares y la Convención sobre los Derechos del Niño incluyen obligaciones jurídicamente vinculantes que se refieren en general y en términos específicos a la protección de los derechos de los niños y niñas en el contexto de la migración internacional.

Las dos Observaciones son aplicables a todos los Estados que hayan ratificado por lo menos una de las Convenciones y, es allí donde se ve una potencialidad muy grande de la aplicación de estándares en materia de niñez migrante a Estados que no han ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. En efecto, a diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño ratificada por todos los Estados miembros de las Naciones Unidas (con la excepción notoria de los Estados Unidos) la CMW ha sido ratificada solamente por 51 Estados.

Sobre el contenido de las 2 Observaciones Generales conjuntas, los Comités proponen un conjunto de principios y obligaciones amplios desde un enfoque de derechos humanos y género con clarificaciones sobre temas claves en materia de niñez en contexto de migración internacional.

El objetivo es proporcionar una orientación autorizada sobre las medidas legislativas y de políticas y otras medidas apropiadas que deben adoptarse para garantizar el pleno cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de las Convenciones, a fin de proteger plenamente los derechos de los niños en el contexto de la migración internacional. Hablan de “contexto migratorio internacional” y no de niñez migrante que permite a los Comités abarcar situaciones muy variadas, que van desde los niños no acompañados, hasta la realidad de los niños y las niñas, hijos de migrantes, residiendo en el país de origen. Es decir, los Comités plantean estándares para

cualquier niño o niña que tenga una relación con la migración.

En los estándares resaltantes de estas 2 OGs se:

- Reitera el principio que los niños y las niñas en contexto migratorio deben ser tratados ante todo como niños y niñas. No debe importar su condición migratoria o la de sus padres. (OG n°3)
- Recuerda que, de acuerdo a la Convención sobre Derechos del Niño, un niño o una niña lo es hasta sus 18 años. Para la determinación de la edad, los Estados no deben usar pruebas médicas basadas en exámenes dentarios y/o óseos. Recomienda a los Estados tomar medidas protectoras hasta pasado los dieciocho años. (OG n°4)
- Los Estados nunca pueden detener a un niño o una niña por motivos migratorios. Establece que la detención como último recurso posible solo es aplicable en caso de motivos penales. Ello implica que, de acuerdo al derecho a vivir en familia, los niños y niñas acompañados/as por sus familiares no deben ser privados de libertad por la situación migratoria de sus padres sino que toda la familia debe vivir en libertad. (OG n°4)
- Las instituciones de protección a la infancia deben ser los responsables en materia de niños y niñas en el contexto de migración. Cuando los niños o las niñas son identificados por parte de instituciones migratorias deben ser inmediatamente referidas a las autoridades de infancia competentes. (OG n°4)
- Las obligaciones de los Estados se aplican dentro de su jurisdicción lo que incluye a los niños y las niñas que todavía no han entrado al territorio. Aquí se entiende que las zonas internacionales de los aeropuertos forman parte de la jurisdicción de los Estados y, por lo tanto, los Estados deben cumplir con sus obligaciones de respeto y garantía a los derechos de estos niños y niñas. (OG n°3)
- Los Estados deben crear base de datos desde un enfoque de derechos sobre la realidad de los niños y las niñas en contexto de migración que incluya datos desglosados por nacionalidad, estatus migratorio, género, edad, grupo étnico, discapacidad y cualquier otro dato relevante para monitorear la discriminación interseccional. (OG n°3)
- Las políticas públicas deben ser interinstitucionales, es decir las políticas en materia de salud, educación, justicia, migración y género en todos los niveles (nacional, regional y local) deben incluir a la niñez en contexto de migración.

Adicionalmente, deben existir recursos y capacitación en la materia. (OG n°3)

- Las dos convenciones deben aplicarse según la interpretación dinámica (artículo 81 de la CMW y artículo 41 de la Convención sobre Derechos del Niño) es decir en un contexto migratorio tan complejo, si existen normas más favorables a los derechos de los niños y las niñas estas deben aplicarse. (OG n°3)
- Las dos OGs incluyen a lo largo de las directrices y estándares consideraciones de género y de discapacidad. (OG n°3 y 4)
- Reconocen los efectos de la falta de canales de migración regular, las políticas restrictivas migratorias y de asilo, la expulsión y detención por motivos migratorios en la migración de niños y niñas así como de sus familiares en condiciones peligrosas que pueden generar situación de violencia y abuso en los países de tránsito y destino. (OG n°3 y 4)
- Se establecen mecanismos para evitar la apatridia. (OG n°4)
- Tomando en cuenta los impactos de los obstáculos que sufren los migrantes en situación irregular en los niños y las niñas, los Estados deben tomar medidas para facilitar la regularización de niños y niñas y sus familiares (OG n°4).
- Además de plantear una serie de estándares en materia de derechos civiles y políticos, la OG n°4 explica los alcances de algunos derechos sociales, económicos y culturales como los derechos a la salud, a la vivienda y a la educación.

En virtud de sus mandatos complementarios y el compromiso común de reforzar la protección de todos los niños en el contexto de la migración internacional, los dos Comités decidieron elaborar esas observaciones generales conjuntas. Aunque la presente observación se basa en las disposiciones de las dos Convenciones, es importante subrayar que las normas de derechos humanos que se clarifican en ella se basan en las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por consiguiente, la orientación autorizada que figura en la presente observación general conjunta se aplica por igual a todos los Estados partes en la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

7.18. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes

Declaración en la que los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal, y a cumplir las obligaciones que les incumbían en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Jefes de Estado y de Gobierno y altos representantes, reunidos en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el 19 de septiembre de 2016 para examinar la cuestión de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, aprobaron la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes. En ella se reconoce que las mujeres y los niños son especialmente vulnerables durante el viaje del país de origen al país de llegada y pueden verse expuestos a la discriminación y la explotación, así como al abuso sexual y los malos tratos físicos y psicológicos, la violencia, la trata de personas y las formas contemporáneas de esclavitud. Se comprometen quienes la suscriben a proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los niños refugiados y migrantes, independientemente de su condición, teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño como consideración principal. Esto se aplicará en particular a los niños no acompañados y los que estén separados de sus familias; También se comprometen a cumplir las obligaciones que nos incumben en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño; y a procurar proporcionar servicios básicos de salud, educación y desarrollo psicosocial y servicios de inscripción de todos los nacimientos en sus territorios; decididos a asegurar que todos los niños estén estudiando en un plazo de unos meses después de su llegada, y dando prioridad a las asignaciones presupuestarias que contribuyan a ese propósito, incluso mediante el apoyo a los países de acogida, según sea necesario; esforzándose por brindar a los niños refugiados y migrantes un entorno propicio para la plena realización de sus derechos y capacidades.

7.19. Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular

Los Jefes de Estado y de Gobierno y Altos Representantes, reunidos en Marruecos los días 10 y 11 de diciembre de 2018, reafirmando la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes y decididos a contribuir de manera importante a la mejora de la cooperación sobre la migración internacional en todas sus dimensiones,

aprobaron el siguiente Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular: Este Pacto Mundial presenta un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional.

El presente Pacto Mundial ofrece un panorama completo de la migración internacional y reconoce que es necesario aplicar un enfoque integral para optimizar los beneficios generales de la migración, abordando al mismo tiempo los riesgos y desafíos a que se enfrentan las personas y las comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Ningún país puede encarar los retos de este fenómeno mundial y aprovechar sus oportunidades en solitario. Con este enfoque integral, pretendemos facilitar la migración segura, ordenada y regular, reduciendo la incidencia de la migración irregular y sus efectos negativos mediante la cooperación internacional y una combinación de medidas expuestas en este Pacto Mundial.

Este Pacto Mundial se basa en un conjunto de principios rectores, que son transversales e interdependientes, a saber:

- a) Centrarse en las personas. El Pacto Mundial tiene una importante dimensión humana, que es inherente a la experiencia misma de la migración. Por ello promueve el bienestar de los migrantes y los miembros de las comunidades en los países de origen, tránsito y destino. Así pues, el Pacto Mundial se centra en las personas;
- b) Cooperación internacional. El Pacto Mundial es un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que reconoce que ningún Estado puede abordar la migración en solitario por ser esta un fenómeno intrínsecamente transnacional que requiere cooperación y diálogo a nivel internacional, regional y bilateral. Su autoridad dimana de su carácter consensuado, su credibilidad, su titularidad colectiva y el hecho de que su aplicación, seguimiento y examen sean conjuntos;
- c) Soberanía nacional. El Pacto Mundial reafirma que los Estados tienen el derecho soberano a determinar su propia política migratoria y la prerrogativa de regular la migración dentro de su jurisdicción, de conformidad con el derecho internacional. Dentro de su jurisdicción soberana, los Estados podrán distinguir entre el estatus migratorio regular e irregular, incluso al decidir con qué medidas legislativas y normativas aplicarán el Pacto Mundial, teniendo en cuenta sus diferentes realidades, políticas y prioridades, y los requisitos para entrar, residir

y trabajar en el país, de conformidad con el derecho internacional;

- d) Estado de derecho y garantías procesales. El Pacto Mundial reconoce que el respeto del estado de derecho, las garantías procesales y el acceso a la justicia son fundamentales para todos los aspectos de la gobernanza migratoria. Esto significa que el Estado y las instituciones y entidades públicas y privadas, así como las propias personas, están sujetas a unas leyes que se promulgan públicamente, se hacen cumplir por igual y se aplican con independencia, y son compatibles con el derecho internacional;
- e) Desarrollo sostenible. El Pacto Mundial se basa en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, donde se reconoce que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo sostenible de los países de origen, tránsito y destino que exige respuestas coherentes e integrales. La migración contribuye a lograr resultados positivos en materia de desarrollo y a alcanzar los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, especialmente cuando se gestiona bien. El Pacto Mundial tiene por objeto aprovechar el potencial de la migración para alcanzar todos los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como la repercusión que este logro tendrá sobre la migración en el futuro;
- f) Derechos humanos. El Pacto Mundial se basa en el derecho internacional de los derechos humanos y defiende los principios de no regresión y no discriminación. La aplicación del Pacto Mundial asegurará el respeto, la protección y el cumplimiento efectivos de los derechos humanos de todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, durante todas las etapas del ciclo de la migración. También reafirmamos el compromiso de eliminar todas las formas de discriminación contra los migrantes y sus familias, como el racismo, la xenofobia y la intolerancia;
- g) Perspectiva de género. El Pacto Mundial garantiza que se respeten los derechos humanos de las mujeres, los hombres, las niñas y los niños en todas las etapas de la migración, que se comprendan y satisfagan adecuadamente sus necesidades específicas, y que se los empodere como agentes de cambio. Incorpora la perspectiva de género y promueve la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, reconociendo su independencia, su capacidad de actuar y su liderazgo, para dejar de percibir a las migrantes casi exclusivamente desde el prisma de la victimización;
- h) Perspectiva infantil. El Pacto Mundial promueve las obligaciones jurídicas internacionales vigentes en relación con los derechos del niño, y defiende el

principio del interés superior del niño en todo momento, como consideración primordial en cualquier situación que afecte a los menores en el contexto de la migración internacional, incluidos los menores no acompañados y separados;

- i) Enfoque pangubernamental. El Pacto Mundial considera que la migración es una realidad pluridimensional que no puede ser abordada por un solo sector normativo del gobierno. Para formular y aplicar políticas y prácticas migratorias eficaces, es necesario adoptar un enfoque pangubernamental que asegure la coherencia normativa horizontal y vertical en todos los sectores y niveles del gobierno;

- j) Enfoque pansocial. El Pacto Mundial promueve una amplia colaboración entre múltiples interesados para abordar la migración en todas sus dimensiones mediante la inclusión de los migrantes, las diásporas, las comunidades locales, la sociedad civil, los círculos académicos, el sector privado, los parlamentarios, los sindicatos, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación y otros interesados en la gobernanza migratoria.

Este Pacto tiene entre otros objetivos vinculados con la infancia y las migraciones los siguientes:
Objetivo 7: Abordar y reducir las vulnerabilidades en la migración: Se comprometen a responder a las necesidades de los migrantes que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad, que pueden derivarse de las circunstancias en que viajan o de las condiciones a que se enfrentan en los países de origen, tránsito y destino, prestándoles asistencia y protegiendo sus derechos humanos, de conformidad con nuestras obligaciones en virtud del derecho internacional.

Para cumplir este compromiso, recurriremos a las acciones siguientes:

- a) Examinar las políticas y prácticas pertinentes para asegurarnos de que no creen, exacerben ni aumenten involuntariamente la vulnerabilidad de los migrantes, incluso aplicando un enfoque basado en los derechos humanos que tenga en cuenta el género y la discapacidad, así como las cuestiones relacionadas con la edad y la infancia;

- b) Establecer políticas integrales y alianzas que proporcionen a los migrantes que se encuentren en situación de vulnerabilidad, independientemente de su estatus migratorio, el apoyo necesario en todas las etapas de la migración, mediante la identificación y la asistencia, así como la protección de sus derechos humanos, en particular cuando se trate de mujeres que corren riesgo, menores, especialmente los no acompañados o separados de sus familias, miembros de

minorías étnicas y religiosas, víctimas de la violencia, incluida la violencia sexual y de género, personas de edad, personas con discapacidad, personas discriminadas por cualquier motivo, pueblos indígenas, trabajadores que sufren explotación y abusos sexuales, trabajadores domésticos, víctimas de la trata de personas y migrantes que sufren explotación y abusos en el contexto del tráfico ilícito de migrantes;

- c) Elaborar políticas migratorias con perspectiva de género para responder a las necesidades y vulnerabilidades particulares de las mujeres, las niñas y los niños migrantes, por ejemplo, mediante asistencia, atención sanitaria y servicios de asesoramiento psicológico y de otro tipo, y acceso a la justicia y a vías de recurso eficaces, especialmente en los casos de violencia, abusos y explotación sexuales y por razón de género;
- d) Tener en cuenta a los menores migrantes en los sistemas nacionales de protección infantil estableciendo procedimientos sólidos para la protección de los menores migrantes en los correspondientes procesos y decisiones legislativos, administrativos y judiciales, y en todos los programas y políticas de migración que afecten a menores, incluidas las políticas y servicios de protección consular, así como los marcos de cooperación transfronteriza, a fin de que el interés superior del niño se integre debidamente y se interprete y aplique de manera coherente en la coordinación y cooperación con las autoridades de protección infantil;
- e) Proteger a los menores no acompañados y separados en todas las etapas de la migración mediante el establecimiento de procedimientos especiales para identificarlos, derivarlos y prestarles cuidados y reunificar a las familias, y darles acceso a los servicios de atención sanitaria, incluida la salud mental, la educación, la asistencia jurídica y el derecho a ser escuchado en los procesos administrativos y judiciales, incluso designando cuanto antes a un tutor legal competente e imparcial, como medio esencial para hacer frente a su particular vulnerabilidad y discriminación, protegerlos de todas las formas de violencia y facilitar el acceso a soluciones sostenibles que tengan en cuenta su interés superior;

Objetivo 10: Prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional: Se comprometen a adoptar medidas legislativas o de otra índole para prevenir, combatir y erradicar la trata de personas en el contexto de la migración internacional reforzando la capacidad y aumentando la cooperación internacional para investigar, enjuiciar y castigar la trata de personas, desalentando

la demanda que fomenta la explotación conducente a la trata, y poniendo fin a la impunidad de las redes de trata. Nos comprometemos además a mejorar la identificación y protección de los migrantes que han sido víctimas de la trata y prestarles más asistencia, teniendo en cuenta especialmente a las mujeres y los menores.

Para cumplir este compromiso recurren a las acciones siguientes: Aplicar medidas que aborden las vulnerabilidades particulares de las mujeres, los hombres, las niñas y los niños que se han convertido o corren el riesgo de convertirse en víctimas de la trata de personas y otras formas de explotación, independientemente de su estatus migratorio, facilitando su acceso a la justicia y a la posibilidad de denunciar sin temor a ser detenidos, deportados o castigados, centrándose en la prevención, la identificación y la protección y asistencia apropiadas, y haciendo frente a formas específicas de abuso y explotación;

Objetivo 12: Aumentar la certidumbre y previsibilidad de los procedimientos migratorios para la adecuada verificación de antecedentes, evaluación y derivación: Se comprometen a aumentar la certidumbre y previsibilidad jurídica de los procedimientos migratorios estableciendo y fortaleciendo mecanismos eficaces basados en los derechos humanos que permitan verificar los antecedentes de todos los migrantes y evaluarlos individualmente de manera adecuada y oportuna con el fin de determinar los procedimientos de derivación apropiados y facilitar el acceso a ellos, de conformidad con el derecho internacional.

Para cumplir este compromiso, recurriremos a las acciones siguientes: d) Velar por que los menores migrantes sean identificados lo antes posible en el lugar de llegada a los países de tránsito y destino y por qué los menores no acompañados o separados sean derivados rápidamente a las autoridades de protección infantil y otros servicios pertinentes, y por qué se les designe un tutor legal competente e imparcial, se proteja la unidad familiar y cualquier persona que afirme legítimamente que es menor sea tratada como tal a menos que se determine que tiene más edad mediante una evaluación multidisciplinar, independiente y con perspectiva infantil;

Objetivo 13: Utilizar la detención de migrantes solo como último recurso y buscar otras alternativas: Se comprometen a garantizar que cualquier detención en el contexto de la migración internacional cumpla las garantías procesales, no sea arbitraria, se base en la ley, la necesidad, la proporcionalidad y la evaluación individual, esté a cargo de funcionarios autorizados y dure lo menos posible, independientemente de que se produzca en el momento de la entrada, en tránsito o en el proceso de regreso, y del tipo de lugar donde ocurra. Nos comprometemos además a dar prioridad a las alternativas no privativas de libertad acordes con el

derecho internacional, y a adoptar un enfoque basado en los derechos humanos respecto de cualquier detención de los migrantes, utilizando la detención únicamente como último recurso.

Para cumplir este compromiso, recurren a las acciones siguientes: h) Proteger y respetar en todo momento los derechos y el interés superior del niño, independientemente de su estatus migratorio, asegurando la disponibilidad y accesibilidad de diversas alternativas viables a la detención en contextos no privativos de libertad, en especial las modalidades de atención comunitaria, que garanticen el acceso a la educación y la atención sanitaria y respeten el derecho del menor a la vida familiar y la unidad de la familia, y procurando poner fin a la práctica de la detención de menores en el contexto de la migración internacional.

Objetivo 15: Proporcionar a los migrantes acceso a servicios básicos, f) Proporcionar una educación inclusiva y equitativa de calidad a los niños y jóvenes migrantes, y facilitar: se comprometen a velar por que todos los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, puedan ejercer sus derechos humanos accediendo a los servicios básicos en condiciones de seguridad.

7.20. La niñez migrante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien no existe un tratado específico sobre los derechos de niños y niñas migrantes en el ámbito interamericano, esta protección surge del artículo 7 de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre y del artículo 19 de la Convención americana sobre los derechos humanos (CADH). Esas garantías han motivado la producción de una amplia cantidad de informes por parte de CIDH, así como una vasta jurisprudencia por parte de la Corte IDH, e incluso la emisión de una Opinión Consultiva específica sobre el tema.

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el deber estatal de respeto y garantía de los derechos humanos respecto de "toda persona que esté sujeta a la jurisdicción" del Estado de que se trate, es decir, que se encuentre en su territorio o que de cualquier forma sea sometida a su autoridad, responsabilidad o control, en este caso, al intentar ingresar al mismo, y ello sin discriminación alguna por cualquier motivo de los estipulados en la citada norma (art. 1.1); y el deber de supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (art. 2); obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud

de su condición de tal: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (art. 19).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes el Hombre consagra la obligación de adoptar medidas de protección a favor de toda niña o niño en virtud de su condición de tal: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales” (art. 7).

7.21. Los derechos de la niñez migrante en la jurisprudencia y en las Opiniones Consultivas de la Corte IDH

Corte IDH, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional”, OC 21/2014, Serie A N° 21, 19 de agosto de 2014

La OC-21/2014[8] fue solicitada en 2011 por los países que en ese entonces conformaban el Mercado Común del Sur (MERCOSUR): Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y se propuso esclarecer cómo se deben articular las leyes y políticas migratorias con los sistemas de protección de los derechos de la niñez, y qué condición de vulnerabilidad debe primar: la condición de niño o la condición de migrante.

Partiendo de la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran las niñas y niños migrantes en razón de su edad y condición migratoria, la OC 21/2014 analiza con precisión los estándares, principios y obligaciones que los Estados deben implementar con el propósito de garantizar la protección integral de sus derechos, como también para asegurar el acceso a la justicia de estos y sus familiares en condiciones de igualdad. En este sentido, a lo largo del desarrollo de la OC 21/2014, el Tribunal va reafirmando —ya sea de manera general o en situaciones concretas— el principio central de que niños y niñas son titulares, además de los derechos humanos que corresponden a todas las personas, de derechos especiales adicionales, al tratarse de personas que, en razón de su edad y su desarrollo físico y emocional, necesitan de protección especial. La Corte determina la importancia del deber de los Estados de respetar los derechos y garantías de toda persona sujeta a su jurisdicción, sin discriminación en razón de su condición migratoria. La OC 21/2014 se erige en una guía práctica, sencilla y sumamente detallada de las obligaciones de los Estados en la materia. Términos y definiciones precisas alrededor de problemáticas como

[8] Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva oc-21/14 de 19 de agosto de 2014 solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay.

la identificación de riesgos que enfrentan los niños migrantes, la prohibición de la detención, la conceptualización de la vida familiar en situación migrante, el principio de no devolución, y la precisión de las situaciones que exigen activar mecanismos de protección internacional, son solo algunos de los avances que contiene este documento.

La Corte IDH opino que:
"Es niña o niño toda persona menor de 18 años de edad, y que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos, desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y su desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio". (Régimen Jurídico de la Infancia por sobre el Migratorio).

Los Estados se encuentran obligados a identificar a las niñas y niños extranjeros que necesiten de "protección internacional dentro de sus jurisdicciones, a través de una evaluación inicial, con el fin de proporcionarles el tratamiento adecuado e individualizado que sea necesario acorde a su condición de niña o niño". (Protección Internacional)

Que debe regir en todo proceso migratorio, sea administrativo o judicial, que involucre a niñas o niños (Garantías del debido proceso):

- a) el derecho a ser notificado de la existencia de un procedimiento y de la decisión que se adopte en el marco del proceso migratorio;
- b) el derecho a que los procesos migratorios sean llevados por un funcionario o juez especializado;
- c) el derecho a ser oído y a participar en las diferentes etapas procesales;
- d) el derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor y/o intérprete;
- e) el acceso efectivo a la comunicación y asistencia consular;
- f) el derecho a ser asistido por un representante legal;
- g) el deber de designar a un tutor en caso de niñas o niños no acompañados o separados;
- h) el derecho a que la decisión que se adopte evalúe el interés superior de la niña o del niño y sea debidamente fundamentada;
- i) el derecho a recurrir la decisión ante un juez o tribunal superior con efectos suspensivos;
- j) y el plazo razonable de duración del proceso".

Utiliza una definición amplia de familia que no se restringe a la noción tradicional de familia biológica, sino que abarca también a otros, especialmente considerando el contexto migratorio en el cual los lazos familiares de un niño se pueden ver alterados.

En aquellas situaciones en que el niño tiene la nacionalidad del país, gracias al principio ius soli (el cual otorga la nacionalidad del lugar de nacimiento), y los padres son sujetos de una posible expulsión, los Estados no pueden expulsar a uno o ambos progenitores por infracciones migratorias de carácter administrativo, debiendo tomar otras medidas para que los padres permanezcan junto a sus hijos en el país de residencia. (Derecho a la vida familiar)

Además de la citada opinión consultiva, en el ámbito de la Corte IDH existe un importante cúmulo de jurisprudencia que contribuye a establecer los estándares de protección de los derechos de los niños y las niñas migrantes en el ámbito del continente americano. A continuación veremos algunas sentencias destacadas.

Los Estados deben diseñar e incorporar en sus respectivos ordenamientos internos un conjunto de medidas no privativas de libertad a ser aplicadas mientras se desarrollan los procesos migratorios, que propendan de forma prioritaria a la protección integral de los derechos de la niña o del niño, con estricto respeto de sus derechos humanos y al principio de legalidad en un procedimiento que respete determinadas garantías mínimas". (Protección integral del niño/a)

Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005

Este caso trata de la responsabilidad internacional del Estado de la República Dominicana por la negación de la emisión de las actas de nacimiento a favor de dos niñas de ascendencia haitiana, vulnerando así un conjunto de derechos de estas menores.

Tanto la CIDH como los representantes alegaron que las autoridades del Estado habrían tomado la posición –y la habrían hecho efectiva en la práctica– de que los niños de ascendencia haitiana nacidos en la República Dominicana no serían nacionales dominicanos, debido a que sus padres son trabajadores haitianos migratorios y se consideran "en tránsito". Considerando el derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana, la Corte consideró que: a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos; y c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la

única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

La Corte IDH consideró que no cabría bajo ninguna circunstancia que el Estado hubiese aplicado a las niñas la excepción referente a los hijos de una persona en tránsito, ya que las madres de las presuntas víctimas son dominicanas y las niñas nacieron en la República Dominicana (ésta última es la condición establecida en el artículo 11 de la Constitución para el otorgamiento de la nacionalidad dominicana). En definitiva, la Corte IDH estableció que al haber aplicado a las niñas otros requisitos distintos a los exigidos para los menores de 13 años de edad para la obtención de la nacionalidad, el Estado actuó de forma arbitraria, sin criterios razonables u objetivos, y de forma contraria al interés superior del niño, incurriendo en un tratamiento discriminatorio en perjuicio de las niñas. Esa condición determinó que ellas estuviesen al margen del ordenamiento jurídico del Estado y fuesen mantenidas como apátridas, lo que las colocó en una situación de extrema vulnerabilidad en lo que respecta al ejercicio y goce de sus derechos.

Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013

En este caso, la Corte IDH consideró tres temas relacionados entre sí: la expulsión de extranjeros del territorio de un Estado, el derecho a buscar y recibir asilo, y la situación de los niños migrantes. En lo que respecta al procedimiento de expulsión de la familia Pacheco Tineo relacionado con la calidad de extranjeros en situación irregular, la Corte recordó la relación intrínseca que existe entre el derecho a la protección de la familia y los derechos de niñas y niños. En ese sentido, estimó que el derecho a que se proteja la familia y a vivir en ella, reconocido en el artículo 17 de la CADH, conlleva que el Estado está obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. Por ello, la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de este derecho, pues inclusive las separaciones legales del niño de su familia (que solo pueden proceder si están debidamente justificadas en el interés superior del niño) son excepcionales y, en lo posible, temporales.

Además, la separación de niñas y niños de sus padres en ciertos contextos puede poner en riesgo su supervivencia y desarrollo, los cuales deben ser garantizados por el Estado según lo dispuesto en el artículo 19 de la CADH y en el artículo 6 de la CDN, especialmente a través de la protección a la familia y la no injerencia

ilegal o arbitraria en la vida familiar de los niñas y niños, entendiendo que la familia tiene un rol esencial en su desarrollo. La participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, ya que este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la consecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados. En este caso, la Corte IDH consideró que los niños involucrados tenían derecho a que se protegieran de manera especial sus garantías del debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos que derivaron en su expulsión y en la de sus padres. La Corte advirtió que los niños debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de no devolución, y por el principio de unidad familiar, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y para adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión.

En conclusión, la Corte consideró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 de la misma, en perjuicio de Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo.

7.22. Niñez en Contexto de Conflicto Armado

El derecho a ser protegido y cuidado es un derecho de todos los niños y niñas que son afectados por el conflicto armado y está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 38); esto incluye la prevención y la respuesta al reclutamiento de niños y niñas.

Sin embargo, y a pesar de la creciente atención internacional y de la amplia condena a esta práctica, el reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos armados continúa en todo el mundo. Los niños y niñas son utilizados de diversas maneras, incluso como combatientes directos y en roles de apoyo activo como espías, informantes, o para propósitos sexuales. Muchos niños y niñas reclutados en grupos armados mueren o quedan discapacitados permanentemente como resultado de sus

experiencias. Para la mayoría, el daño físico, emocional y de desarrollo es perdurable.

En algunas situaciones, los niños y niñas toman parte "voluntariamente" en el conflicto cuando son vulnerables a las falsas promesas de alistamiento y no son conscientes de los peligros y abusos a los que serán sometidos. En otras situaciones son obligados a entrar en grupos armados a través de amenazas y violencia. En cualquier caso, las consecuencias son perjudiciales y duraderas.

Debido a la proliferación de los conflictos armados en el mundo, cada vez hay un mayor número de niños y niñas expuestos a la brutalidad de la guerra. En numerosos países, fuerzas y grupos armados reclutan a jóvenes de ambos sexos como soldados, tanto a la fuerza como de forma voluntaria. Muchas veces los grupos o fuerzas militares reclutan a los menores de edad utilizando técnicas de manipulación, o la pobreza y la discriminación llevan a estos jóvenes a convertirse en soldados.

A los niños y niñas se les recluta a veces por distintas razones. En los países que ya son pobres de por sí, la guerra deteriora la situación económica y social, y agrava las dificultades económicas de las familias. Como resultado, los niños y las niñas se integran en las fuerzas o grupos armados para asegurar su alimentación cotidiana y su supervivencia. Cuando el conflicto es prolongado, las fuerzas y los grupos armados suelen utilizar a los niños y las niñas para reponer sus efectivos. La disponibilidad de armas de pequeño calibre y armas ligeras y baratas, que un niño o una niña de 10 años o menos pueden manejar con facilidad, contribuye aún más a reforzar esta tendencia en el reclutamiento. Los niños y niñas utilizados como soldados pierden su infancia y son víctimas a menudo de una extrema brutalidad. Hay numerosos casos en que los grupos armados han drogado a estos niños y niñas antes de enviarlos al combate, y les han obligado a cometer atrocidades contra sus propias familias a fin de destruir sus lazos familiares y comunitarios. Las niñas tienen que participar a menudo en actividades sexuales, por lo general al servicio de un comandante, pero a veces son víctimas de violaciones en grupo.

Móviles que llevan a los niños y las niñas a vincularse a los actores armados

Los niños y las niñas se vinculan a los actores armados por una pluralidad de causas dentro de las que se identifican:

- La precariedad de la situación económica de las familias de los niños y niñas.
- La ausencia de alternativas de futuro en el proyecto de vida de los niños y las niñas, evidenciada en la carencia de posibilidades de educación y de sostenimiento.

- El contacto y la familiaridad desde temprana edad con actores armados que se han consolidado en la región por largos períodos.
- Los lazos de parentesco, amistad o afecto con miembros de movimientos armados.
- Por violencia intrafamiliar que padecen los niños y las niñas.
- La seducción de los niños y las niñas mediante las armas, bajo el entendimiento de que les otorgan poder y prestigio.
- El temor a las amenazas proferidas por los actores armados de atentar contra la vida de los miembros de sus familias.
- La necesidad de protegerse de otros actores armados.
- El resentimiento y el deseo de vengarse de atropellos causados por otros actores armados.
- La violencia desplegada por los actores armados en operativos en los que son reclutados a la fuerza.
- La seducción de los niños y las niñas mediante ideologización por parte de los actores armados.

Conceptos esenciales

Niños y niñas asociados con fuerzas armadas o grupos armados
Se refiere a "cualquier persona menor de 18 años de edad que haya sido reclutada o utilizada por una fuerza armada o un grupo armado en cualquier tipo de función, incluidos, aunque no limitados, los niños, niñas utilizados como combatientes, cocineros, mensajeras, espías o con fines sexuales. No se refieren solamente a un niño o niña que esté participando, o haya participado, directamente en las hostilidades". (Principios de Paris, 2007).

Reclutamiento
Se refiere a la manera en que las personas se convierten en miembros de las fuerzas armadas o grupos armados. El reclutamiento incluye: alistamiento o reclutamiento voluntario (las personas no enfrentan amenazas o penas al unirse por su propia voluntad); conscripción (reclutamiento obligatorio); reclutamiento forzado (sin el consentimiento de la persona, mediante coerción); y reclutamiento ilícito (de niños y niñas menores de la edad estipulada en tratados internacionales).

Fuerzas Armadas y Grupos Armados
Se refieren a la institución militar de un Estado con base legal, y apoyada por

una infraestructura institucional (sueldos, prestaciones, servicios básicos, etc.). Los grupos armados se refieren a grupos distintos de las fuerzas armadas, tal como se define en el artículo 4 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados.

Desarme, Desmovilización y Reintegración
Se refiere a tres fases distintas que ocurren durante la salida de las fuerzas combatientes para regresar a la vida civil. El desarme implica la reunificación de combatientes y el desarrollo de programas de gestión de armas. Dado que muchos niños y niñas utilizados por las fuerzas o grupos armados no llevan armas, el desarme no debería ser un requisito previo para la desmovilización y reintegración de los niños y niñas. La desmovilización se refiere en términos generales al licenciamiento formal de los combatientes de fuerzas u otros grupos armados. Para los niños y niñas, suele preferirse el término "liberación" al de "desmovilización", ya que se reconoce que la mayoría de los niños y niñas salen de los grupos o fuerzas de otras formas diferentes al proceso de DDR. La reintegración es un proceso a largo plazo que ayuda a los niños y niñas, y con frecuencia a sus familiares, a reanudar su vida normal. Siempre que sea posible, la liberación y desmovilización de los niños y niñas deben ser gestionadas separadamente de los adultos y deben integrarse con otros planes destinados a reintegrar a los niños y niñas en situación de riesgo a fin de evitar la estigmatización.

Marco jurídico
Los instrumentos jurídicos más importantes que se refieren a la edad de reclutamiento y participación de niños y niñas en conflictos armados son los siguientes:

- Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales I y II de 1977: prohíben el reclutamiento de niños y niñas menores de 15 años y su participación directa en hostilidades.

  El DIH brinda protección a los niños y las niñas en situaciones de conflicto armado mediante dos formas. La primera radica en una protección general, donde se benefician de la protección en favor de las personas civiles que no participan en las hostilidades, y la segunda que estipula una protección especial, dada su particular vulnerabilidad.

  Protección general
  En caso de conflicto armado internacional, el niño y la niña que no participa en las hostilidades gozan de las garantías fundamentales estipuladas en el IV Convenio y en el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos

Armados Internacionales (en adelante, Protocolo I), especialmente el derecho al respeto de la vida y de la integridad corporal y moral, y la prohibición de coacción, penas corporales, tortura, penas colectivas y represalias. En caso de conflicto armado no internacional, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados No Internacionales (en adelante, Protocolo II), establece que el niño y la niña se benefician de las garantías fundamentales dadas en favor de las personas que no participan directamente en las hostilidades (artículo 4 del Protocolo II y el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra) y del principio según el cual "no serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles" (artículo 13 del Protocolo II).

Protección especial

Para el caso del conflicto armado internacional, el IV Convenio refiere la atención especial que debe recibir el niño y la niña y el párrafo 1 del artículo 77 del Protocolo I enuncia a la letra: "Los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor". Asimismo, para el caso del conflicto armado no internacional, el artículo 4 párrafo 3 del Protocolo II establece que las Partes en conflicto "proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten".

Las disposiciones que definen esta protección especial se resumen así: evacuación, zonas especiales, asistencia y cuidados, identificación y reunión de familiares, recién nacidos y niños/as no acompañados (los primeros forman parte de la categoría de personas "heridas"), arrestado, detenido o internado y la no ejecución de la pena de muerte.

- El artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ONU (1989), establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (en vigor desde 2002):
  El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de los niños en los conflictos armados–que se puso en vigor el 12 de febrero de 2002- fortalece la protección jurídica de los niños y las niñas y contribuye a impedir su utilización en los conflictos armados.

  En el Protocolo Facultativo se aumenta a 18 años la edad mínima para la participación directa en las hostilidades, en comparación con la edad mínima

anterior de 15 años especificada en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos jurídicos.

El tratado prohíbe también que las fuerzas gubernamentales recluten obligatoriamente a cualquier persona menor de 18 años, insta a los Estados Parte a aumentar la edad mínima para el reclutamiento voluntario por encima de los 15 años, y les obliga a poner en vigor disposiciones estrictas allí donde se permita el reclutamiento voluntario de menores de 18 años.

En el caso de los grupos armados no estatales, el tratado prohíbe todo tipo de reclutamiento –voluntario y obligatorio– de menores de 18 años.

Artículo 1

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades. El artículo 1 aumenta la edad mínima para la participación directa en cualquier tipo de hostilidades desde los 15 años hasta los 18 años. Inicialmente, en el Protocolo I –Protocolo Adicional a las Convenciones de Ginebra de 1949– y en la Convención sobre los Derechos del Niño se establecían los 15 años como la edad mínima para la participación directa en las hostilidades. El Protocolo II de la Convención de Ginebra estableció también los 15 años como edad mínima, pero no distinguía entre la participación directa o indirecta. La definición de "niño soldado" aprobada dice lo siguiente: Un niño soldado es "cualquier persona menor de 18 años que forma parte de cualquier tipo de fuerza armada regular o irregular en cualquier capacidad, inclusive, pero no sólo, como cocinero, porteador, mensajero, y cualquiera que acompaña a estos grupos, excepto los familiares. La definición incluye niñas reclutadas para realizar actividades sexuales y contraer matrimonios por la fuerza". Por tanto, "niño soldado" no solamente se refiere a un niño o una niña que porta o ha portado armas. La definición es intencionalmente amplia para que la protección abarque a la mayor cantidad posible de niños y niñas, y asegurar su inclusión en los programas de desmovilización y reintegración.

El elemento esencial en todos los casos es asegurar que los niños y las niñas reciban la mayor protección posible bajo los derechos humanos internacionales y la ley humanitaria. Por reclutamiento se entiende cualquier mecanismo por el cual una persona se convierte en miembro de las fuerzas armadas nacionales o de un grupo armado. El Protocolo Facultativo establece dos diferencias importantes con respecto al reclutamiento por parte de los Estados Parte y los grupos o entidades armados no estatales; y las implicaciones del reclutamiento obligatorio y el voluntario. Estas distinciones y las razones que las sustentan

se analizan en detalle más adelante.

1) Reclutamiento por las fuerzas armadas

Artículo 2

Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 3

1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar este Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:

   - (a) Ese reclutamiento es auténticamente voluntario;
   - (b) Ese reclutamiento se realiza con el consentimiento informado de los padres o de las personas que tengan su custodia legal;
   - (c) Esos menores están plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
   - (d) Presentan pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

II) Reclutamiento por grupos armados no estatales

Artículo 4

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a

menores de 18 años.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y castigar esas prácticas.

3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

El artículo 4 del Protocolo Facultativo prohíbe a los grupos armados reclutar a menores de 18 años por la fuerza o de manera voluntaria y de utilizarlos en las hostilidades. La cláusula que impide a los grupos armados el reclutamiento y la utilización de menores de edad es un elemento importante del Protocolo Facultativo, dado que la mayoría de los conflictos armados hoy en día son conflictos internos en los que participan facciones en lucha, y que la mayoría de los niños y las niñas que intervienen en conflictos armados son reclutados –a menudo por la fuerza– por grupos armados no estatales.

Sin embargo, el artículo 4 no exige que los grupos armados estén participando de manera activa en un conflicto armado para que se pongan en vigor sus disposiciones.

También se prohíbe el reclutamiento de los niños y niñas menores de 18 años antes de que estallen las hostilidades.

Además de prohibir el reclutamiento de menores de edad por parte de grupos armados no estatales, el artículo 4(2) impone a todos los Estados Parte la obligación de regular el comportamiento de los grupos armados mediante disposiciones que incluyen la prohibición y la penalización del reclutamiento y la utilización de menores de 18 años. Esta regulación de las actividades podría incluir la aprobación de leyes nacionales a tal efecto.

Es importante señalar que el Protocolo Facultativo permite a los Estados Parte reclutar de manera voluntaria a menores de 18 años, siempre que se tomen ciertas garantías, mientras que se prohíbe a los grupos armados no estatales todo tipo reclutamiento de menores de 18 años.

- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (que entró en vigor en 2002): establece la responsabilidad penal individual por crímenes de guerra el reclutar y alistar a niños y niñas menores de 15 años para participar activamente en las hostilidades.

El Estatuto de Roma, donde se establece la Corte Penal Internacional, es

un documento histórico en la campaña contra la utilización de los niños y las niñas en los conflictos armados. El Estatuto define los actos siguientes como crímenes de guerra: “reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades” de un conflicto armado internacional, y “reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o utilizarlos para participar activamente en hostilidades” de un conflicto armado no internacional.

“Crimen de guerra”, en un sentido jurídico estricto, designa una infracción a una norma del derecho internacional humanitario (DIH), cuya punibilidad se encuentra prevista directamente por disposiciones del Derecho Internacional De interés es el crimen de reclutamiento de niños menores de 15 años y su utilización para participar activamente en las hostilidades. El artículo 8.2.b.xxvi ECPI prohíbe el reclutamiento durante un conflicto armado internacional, mientras que el artículo 8.2.e.vii ECPI establece la prohibición de las conductas mencionadas para el caso de un conflicto armado no internacional.

Desde 1999, el **Consejo de Seguridad ha aprobado distintas resoluciones** sobre los niños y los conflictos armados: 1261 (1999), 1314 (2000), 1379 (2001) y 1460 (2003), 1612 (2005), 1882 (2009) y 2427 (2018). Estas medidas representan un gran avance en los esfuerzos encaminados a poner fin a la utilización de los niños y las niñas en los conflictos armados y asegurar que ocupen un lugar prominente en el temario del Consejo de Seguridad.

En la resolución 1261 del Consejo de Seguridad, éste “condena con firmeza” el secuestro y reclutamiento de niños y niñas en conflictos armados. Al año siguiente, el Consejo instó a los Estados Miembros en la resolución 1314 “a que firmen y ratifiquen el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. La Resolución 1379 introdujo una medida sin precedentes en la verificación del reclutamiento y el uso de menores de edad en las hostilidades. En este documento, el Consejo de Seguridad pidió al Secretario General que adjuntara a su informe una lista de las partes en conflicto armado que habían reclutado o utilizado niños en violación de las obligaciones internacionales. En enero de 2003, el Secretario General presentó por primera vez esta lista como un anexo de su Informe sobre la infancia y los conflictos armados. Nunca se había “señalado” de esta manera a las partes en un conflicto armado que reclutan y utilizan a niños y niñas soldados. En 2003, la resolución 1460 instó a la preparación de un informe para establecer si las partes señaladas en el informe anterior habían logrado algún progreso en su obligación de poner fin a

la utilización de los niños y niñas soldados. El Consejo de Seguridad indicó también que consideraría la toma de “medidas apropiadas” para abordar la cuestión sí, después de analizar el informe siguiente del Secretario General, se llegaba a la conclusión de que el progreso alcanzado era insuficiente.

En 2005, en su Resolución 1612 el Consejo observando que se ha avanzado en la protección de los niños afectados por conflictos armados, especialmente en los aspectos de la promoción y la formulación de normas y principios, pero observando aún con profunda preocupación que en general no ocurre así en el terreno, donde las partes en conflicto siguen contraviniendo con impunidad las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable relativo a los derechos y a la protección de los niños en los conflictos armados, Recalcando que incumbe a los gobiernos nacionales la función primordial de proporcionar protección y socorro eficaces a todos los niños afectados por conflictos armados, Recordando la responsabilidad de los Estados de poner fin a la impunidad y llevar ante la justicia a los responsables de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y otros crímenes atroces perpetrados contra los niños.

En 2018, en su Resolución 2427 el Consejo reafirmando sus resoluciones 1261 (1999), de 25 de agosto de 1999, 1314 (2000), de 11 de agosto de 2000, 1379 (2001), de 20 de noviembre de 2001, 1460 (2003), de 30 de enero de 2003, 1539 (2004), de 22 de abril de 2004, 1612 (2005), de 26 de julio de 2005, 1882 (2009), de 4 de agosto de 2009, 1998 (2011), de 12 de julio de 2011, 2068 (2012), de 19 de septiembre de 2012, 2143 (2014), de 7 de marzo de 2014, 2225 (2015), de 18 de junio de 2015, y todas las declaraciones pertinentes de su Presidencia, que contribuyen a establecer un marco integral para la protección de los niños afectados por los conflictos armados.

Reiterando su responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y, a este respecto, su compromiso de hacer frente a las repercusiones generalizadas que los conflictos armados tienen sobre los niños, y las consecuencias a largo plazo que ello tiene para la paz, la seguridad y el desarrollo duraderos, Convencido de que la protección de los niños afectados por los conflictos armados debe ser un aspecto importante de cualquier estrategia integral para la solución de conflictos y el sostenimiento de la paz, y destacando también la importancia de adoptar una estrategia amplia de prevención de los conflictos, que aborde las causas profundas de los conflictos armados de una manera integral con el fin de mejorar la protección de los niños a largo plazo, Condena enérgicamente todas las violaciones del derecho internacional aplicable que entrañen el reclutamiento y la utilización de niños por las partes

en un conflicto armado, así como los casos de reclutamiento repetido, muerte y mutilación, violación y otros actos de violencia sexual, secuestros, ataques contra escuelas y hospitales y denegación del acceso humanitario por las partes en un conflicto armado, y todas las demás violaciones del derecho internacional, incluido el derecho internacional humanitario, el derecho de los derechos humanos y el derecho de los refugiados, cometidas contra los niños en situaciones de conflicto armado, y exige a todas las partes interesadas que pongan fin de inmediato a tales prácticas y que adopten medidas especiales para proteger a los niños; Reafirma que el mecanismo de vigilancia y presentación de informes seguirá utilizándose

7.23. Reflexión Final

Este capítulo se propuso mostrar el proceso histórico de visibilización de los derechos de estos seres humanos doblemente y triplemente vulnerables.

Buscó enfatizar la idea de que los niños y las niñas migrantes se encuentran en una situación de doble vulnerabilidad, dada por la combinación de su condición de niños y su condición de migrantes, situación de doble vulnerabilidad que ha justificado una multiplicidad de instrumentos e iniciativas universales y regionales orientados a proteger a los niños y las niñas migrantes ante las amenazas al goce de sus derechos humanos, consolidando progresivamente su estatus de sujetos de derecho. Busco enfatizar también la vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes en contexto de conflicto armado.

Regresar al Sumario

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

8. Protección de los refugiados en el Derecho Internacional – Refugiados en la normativa Argentina

Ricardo Marcelo Tahhan(1)

(1) - Tahhan, Ricardo Marcelo. Abogado. (Universidad Nacional de Tucumán). Especialista en Gestión Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero). Magister en Administración Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero). Se desempeña como Secretario Judicial del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero). Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero).

8.1. Introducción

El problema de los éxodos masivos de población a los que asistimos con pesar en estos tiempos: torrentes de personas sufrientes forzadas a abandonar sus zonas de residencia y prácticamente invadir a otros Estados, mayoritariamente, debido a violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en sus países de origen, es para **Zlata Drnas de Clément**[1], una cuestión muy grave en la que se observan debilidades institucionales, particularmente a nivel internacional, incompatibilidades y grandes esfuerzos desaprovechados.

La gravedad de esas debilidades institucionales salta a la vista cuando altas fuentes de Naciones Unidas (Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), especializadas en el tema de refugiados señalan que en este momento hay 65 millones

[1]Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina

de refugiados en el Mundo[2] y que se espera que esa cifra ascienda a 125 millones.

El refugiado se ve obligado a sobrevivir en los límites, en el umbral de las paradójicas contradicciones que vinculan el derecho con la vida humana. Siendo habitante de los límites, el refugiado sobrevive como un resto. Él representa aquello que resta de la condición humana cuando la persona se ve obligada a vivir en los límites del derecho, en los espacios fronterizos donde la excepción se tornó norma y el campo opera como dispositivo biopolítico de control. Los refugiados invaden el mundo. Su presencia se globaliza sin que las actuales instituciones puedan evitar esta condición humana forzada a existir[3].

Ya hace más de cincuenta años que **Hannah Arendt**[4] definió el siglo pasado como el siglo de los refugiados; el de aquellos individuos que huyen ante un peligro inminente, ante una situación que se torna objetiva y subjetivamente insoportable[5]. La Humanidad es testigo de un fenómeno sin precedentes: **la presencia de miles de refugiados que huyen buscando protección**[6]. La protección internacional de las personas refugiadas continua siendo en el Siglo XXI uno de los grandes desafíos humanitarios a nivel global. Millones de personas se ven obligadas a permanecer lejos de sus hogares debido a la persecución, los conflictos armados y las graves violaciones de sus derechos humanos, entre otros flagelos.

Sumado a ese fenómeno de millones de personas que huyen ante un peligro inminente para sus vidas, en las últimas décadas se ha evidenciado en los países de destino de refugiados, un viraje casi generalizado hacía políticas públicas, leyes y prácticas más restrictivas, y en muchos casos, ya no sólo enfocadas a controlar los movimientos migratorios sino incluso a prevenirlos a través de la externalización de las fronteras,

[2] `www.acnur.org/recursos/estadisticas` - Al finalizar 2016, había 65,6 millones de personas desplazadas forzosamente en todo el mundo a consecuencia de la persecución, los conflictos, la violencia o las violaciones de derechos humanos. Eso representaba un aumento de 300.000 personas respecto del año anterior, por lo que la población desplazada forzosamente en el mundo siguió en máximos históricos

[3] Castor M.M. Bartolomé Ruiz Los refugiados, umbral ético de un nuevo derecho y una nueva política revdh.revues.org/988

[4] Hannah Arendt, nacida Johanna Arendt, fue una teórica política alemana, posteriormente nacionalizada estadounidense, de origen judío y una de las más influyentes del siglo XX

[5] Refugiados en Cuarentena.- Jorge Armando Cruz Buitrago; Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid–España. Licenciado en Derecho, Universidad Santiago de Cali–Colombia.

[6] `www.elmundo.es/internacional`; El número total de refugiados en el mundo ha aumentado por quinto año consecutivo, hasta llegar a los 65,3 millones. Es una de las conclusiones que revela hoy el informe anual del Alto Comisionado de la ONU para los Refugiados (ACNUR), 'Tendencias Globales', que desglosa las claves de desplazamiento forzado a nivel mundial. Unas cifras que crecen cada día mientras el espacio de asilo se va restringiendo en Europa y en otras regiones.

mayor securitización de las fronteras[7] y la criminalización de la migración, a través de la implementación generalizada de políticas públicas enfocadas en la detención migratoria y la deportación, todo lo cual ha disminuido sensiblemente la protección internacional de quienes se ven obligados a buscar refugio.

La concurrencia de las tendencias antes mencionadas ha contribuido al deterioro de la ya grave situación de los refugiados. El Estado limita la vigencia de su derecho a sus ciudadanos, y los otros, no pasan de meros seres humanos que existen en los límites de su derecho.

8.2. Alcances

En el presente capítulo de esta obra, se pretende aportar conocimiento en relación a la problemática actual de los refugiados, y hacerlo desde una perspectiva jurídica, proponiendo como objetivo general analizar los instrumentos internacionales de protección que integran el Derecho de los Internacional de los Refugiados, suscriptos a nivel universal y regional; y la actualidad normativa de nuestro país en relación al derecho y protección de los refugiados, describiendo las disposiciones relativas a su condición jurídica, al proceso de determinación de la calidad de refugiado tanto en sede administrativa como en sede judicial, a las garantías del debido proceso legal, a los órganos competentes establecidos, a sus funciones, así como cuales son los principios que informan el tratamiento de los refugiados en nuestro país.

8.3. La Movilidad Humana

La movilidad de las personas de una ciudad o región a otra dentro de un mismo país, o entre las fronteras de los países y regiones del mundo no es un fenómeno reciente. En toda la historia de la humanidad, en mayor o menor medida y bajo condiciones que pueden ser analizadas a partir de múltiples variables, "los seres humanos han migrado".

La movilidad humana ha sido una característica inherente de los seres humanos a lo largo de la historia de la humanidad. Desde sus orígenes, los seres humanos

[7] Roxana Rodríguez Ortiz; Libro Cartografía de las fronteras. Diario de campo; noviembre 2016; "El término de securitización de la migración hace referencia a la apropiación de un modelo epistémico sobre la seguridad nacional, construido desde la criminología y el campo de estudio de las relaciones internacionales. En concreto, es un término acuñado y progresivamente densificado por la Copenhagen School of Critical Security Studies, que propone entenderlo como un proceso epistémico en el que la "óptica securitaria" se inserta como paradigma en la gubernamentalidad de diferentes fenómenos sociales contemporáneos. Nosotros decimos, entre ellos, la migración de personas"

han migrado en busca de mejores condiciones de vida, para poblar otros lugares del planeta, o para huir y sobrevivir a amenazas causadas por el hombre o la naturaleza[8].

El concepto de movilidad humana se refiere a las actividades que cualquier persona, familia o grupo humano experimenta para establecerse temporal o permanentemente en un sitio diferente a aquel en donde ha nacido o vivido. Esta definición toma en cuenta a personas emigrantes, inmigrantes, solicitantes de refugio, refugiadas, asiladas, apátridas, migrantes y desplazadas internas, víctimas de trata y tráfico de personas y sus familias, entre otras.

La migración es un hecho social que hace referencia a los diferentes movimientos de las personas de un lugar a otro y conlleva un cambio de una delimitación administrativa y/o política. Siendo así, la migración puede darse dentro de un país o fuera de él y tiene ciertas especificidades que la diferencian de otras formas de movilidad humana como el refugio y el desplazamiento forzado.

8.4. Las Migraciones

La Organización Internacional para las Migraciones, **OIM**[9], define migración como un "término genérico" de carácter descriptivo: ...se utiliza para describir un movimiento de personas en el que se observa la coacción, incluyendo la amenaza a la vida y su subsistencia, bien sea por causas naturales o humanas. (Por ejemplo, movimientos de refugiados y de desplazados internos, así como personas desplazadas por desastres naturales o ambientales, desastres nucleares o químicos, hambruna o proyectos de desarrollo).

En su definición, la OIM condensa una serie de situaciones que originan o son originadas por los procesos de movilidad humana que tienen lugar dentro o fuera de los estados nacionales. En lo que atañe a las situaciones relacionadas con los orígenes

[8]Valeria Llamas; Seguridad humana y movilidad humana. Licenciada en Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires y tesista de la Maestría en Cooperación Internacional. Oficial de Elegibilidad de la Comisión Nacional para los Refugiados de Argentina.

[9]La OIM, es actualmente, la principal organización que trabaja conjuntamente con migrantes, gobiernos y otros organismos internacionales, regionales y no gubernamentales, con el fin de atender a las necesidades y desafíos de la migración. Como antecedente inmediato de la OIM citamos al Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas (CIME), que fue creado en 1951 con el objeto de prestar asistencia a los refugiados, desplazados y migrantes europeos para su "reasentamiento" en ultramar. En 1980 el CIME pasó a ser el Comité Intergubernamental para las Migraciones (CIM), pues se reconoce su creciente labor de alcance mundial. En 1989 el CIM se convirtió en la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Actualmente la OIM cuenta con 90 Estados miembros (de todas partes del mundo) y 36 Estados, con estatuto de observador. Tiene su sede en Ginebra

de la migración, la OIM incluye a los "refugiados", y los "desplazados internos"[10].

De acuerdo a Castles[11], los procesos migratorios se explican por tres grupos de factores. Primero, aquellos derivados de la dinámica social del proceso migratorio: la migración en cadena y las redes, el rol de la familia y la comunidad, la posición de la persona migrante dentro de su ciclo de vida, la industria de la migración, la agencia migrante y la dependencia estructural de la migración. Segundo, los factores vinculados con la globalización, el transnacionalismo y las relaciones Norte-Sur: la brecha Norte-Sur, la creación del capital cultural y la técnica necesaria para migrar, las comunidades trasnacionales, la lógica trasnacional en sí y otras políticas no vinculadas con la migración tales como las de derechos humanos, comercial y de prevención de conflictos. Por último, existen factores internos a los sistemas políticos: conflictos en países emisores, intereses en países receptores, agendas ocultas, contradicciones, derechos y distintos actores.

Como puede apreciarse, los factores estructurales tienen una importancia central, al punto de condicionar incluso la decisión individual de migrar. En este sentido, **Sassen** [12] señala que la propia opción de migrar es un producto social y que, con frecuencia, subyacen a ella varias vulneraciones de derechos. Asimismo, aunque existen factores políticos (derivados por ejemplo de las rupturas democráticas), se señala que son los factores económicos los que más comúnmente explican las dinámicas migratorias extra e intrarregionales[13].

La OIM[14] distingue entre dos tipos de movimientos migratorios que define en relación con las fronteras entre los estados nacionales: "Emigración: Acto de salir de un Estado

[10]Jorge Castillo Guerra. Teología de la migración: movilidad humana y transformaciones teológicas. Investigación desarrollada en el marco del proyecto "Cristianismo mundial y migración" (2012-2015) de la cátedra Estudios Prácticos y Empíricos de las Ciencias de la Religión, Facultad de Filosofía, Teología y Ciencias de la Religión y del Instituto de Ciencias de la Misión de Nimega, ambos en la Universidad Radboud de Nimega, Países Bajos.

[11]Castles, Stephen y Miller, Mark La era de la migración. Movimientos internacionales de población en el mundo moderno, Zacatecas, Porrúa-SEBOG-INM, 2004.

[12]Sassen, Saskia, "La formación de las migraciones internacionales: implicaciones políticas", en: Revista Internacional de Filosofía Política, Nro. 27, 2006, pp. 19-39.

[13]Migración, derechos humanos y política migratoria. Equipo de trabajo Redacción Lila García Coordinación Javier Palummo Luciana Vaccotti . Serie Migración y Derechos Humanos. Primera edición. 2016. Ciudad de Buenos Aires, Argentina. Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR

[14]Los principales objetivos de la OIM son: A) Asistir en el cumplimiento de las formalidades y traslado de refugiados a países que les ofrecen oportunidades de "reasentamiento"; B) Atender las necesidades específicas de los países de emigración e inmigración, mediante una migración ordenada y planificada; C) Llevar a cabo programas de transferencia de tecnología mediante el traslado de personal calificado con el fin de fomentar el progreso económico y social de los países en desarrollo. D) El servicio médico de la OIM ayuda a migrantes y refugiados a satisfacer los

con el propósito de asentarse en otro." "Inmigración: Proceso por el cual personas no nacionales ingresan a un país con el fin de establecerse en él.

Según **Lelio Mármora**[15], las diferentes formas que adoptan las migraciones pueden definirse a partir de múltiples criterios, destacándose: A) direccionalidad, ya sea que se trate de emigración o inmigración; B) tipo de migración, pueden ser forzadas (tales como refugiados o asilados) o voluntarias; C) territorialidad, de acuerdo a este criterio, las migraciones pueden ser internas (campo–ciudad) o externas (internacionales); D) temporalidad, la permanencia del migrante en el país receptor puede ser transitoria, por tiempo previamente determinado, o permanente; e) legalidad, este factor tiene relación con la situación legal del migrante en el país de acogida, es decir si su residencia se ajusta o no a las normas internas, si tiene documentación emitida por el organismo respectivo que legalice su situación migratoria; f) calificación, distingue a las migraciones en función de la capacitación del migrante laboral o económico, y encontramos a la mano de obra calificada y no calificada.

8.5. Migración internacional y migración interna

La movilidad humana comprende la migración internacional y la migración interna. La migración internacional implica el cruce de una persona o grupo de personas de una frontera estatal internacionalmente reconocida de su país de origen, mientras que la migración interna se da cuando una persona o grupo de personas se desplazan de un lugar a otro del país del que es nacional.

Como cualquier tema, la migración internacional tiene su propia terminología: El término emigración se refiere a las personas que dejan su país por largos periodos o en forma permanente; inmigración tiene que ver con la gente que llega a un sitio; migración internacional, o algunas veces sólo migración, son términos generales que cubren ambos fenómenos. Migración permanente significa que las personas piensan

requisitos de admisión de sus nuevos países de residencia. Además ayuda a aquellos refugiados que necesitan atención individual, trabaja con minusválidos y con refugiados con riesgo de salud. Implementa programas de educación sanitaria en los campos de refugiados. e) Imparte cursos de idioma y orientación cultural para proporcionar a migrantes y refugiados conocimientos básicos del idioma y del país de acogida) F) Tiene un programa de retorno de talentos, que tiene como objetivo aliviar los efectos adversos de la "fuga de cerebros" en los países en desarrollo. Con este propósito ayuda a los profesionales y técnicos a regresar a sus países de origen. h) El programa de Cooperación Intrarregional de la OIM, facilita el intercambio de expertos gubernamentales y la transferencia de personal especializado. i) La Organización también provee asesoramiento sobre políticas, legislación e información sobre las migraciones. Constituye un foro para el intercambio de ideas e investigaciones en la materia.

[15]Torcuato DI TELLA y Otros, Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas. Buenos Aires, Emecé, 2001, p. 460.

establecerse en otro país “para siempre”; migración temporal cubre a aquellos que se proponen volver a casa, a menudo en un periodo de un año, así como aquellos que usualmente viajan para trabajar (algunas veces de manera estacional, como los cosechadores de frutas), para recibir una capacitación o para pasar un largo periodo de vacaciones.

La migración internacional es un fenómeno que se presenta desde la aparición de los seres humanos sobre el planeta. El movimiento de personas se ha generado por diversos factores que van desde la búsqueda de alimentos y de mejores condiciones climáticas para sobrevivir hasta el traslado a otros países con el afán de aventurarse por territorios desconocidos. Exploración y ocupación de nuevos territorios, guerras, conflictos religiosos y políticos, crisis agrarias, el cambio tecnológico, el comercio de bienes exóticos o, en palabras de Aristóteles, el deseo humano de vivir bien, han impulsado desplazamientos en todas las épocas[16].

8.6. Migración Voluntaria y migración forzada

Esa movilidad humana, ya sea como migración internacional o interna puede darse de manera voluntaria o forzada. La migración voluntaria se da cuando la persona migra voluntariamente, sin ningún tipo de coacciones, mientras que la migración forzada abarca aquellas situaciones en las que la persona se ha visto forzada a migrar porque su vida, integridad o libertad han sido amenazadas como consecuencia de diversas formas de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de los derechos humanos, otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público o desastres naturales o provocados por el ser humano, entre otras causas.

Las causas de la migración se agrupan entonces en dos tipos: las migraciones forzadas y las migraciones voluntarias. La migración voluntaria se refiere a la decisión libre de los individuos de migrar, dicha decisión viene condicionada por las posibilidades existentes en la legislación para cambiar de residencia en donde la migración se considera una vía de escape de la pobreza. El fenómeno de la pobreza se ha vuelto persistente en el mundo, tanto para los países desarrollados como en los países en desarrollo, esto debido a que la población afectada por los problemas de empleo y recursos económicos en los países de mayor atraso relativo, se ve forzada a migrar a

[16] Universidad de Costa Rica, Sistema de estudios de posgrado migraciones de nicaragüenses hacia Costa Rica: análisis de dos redes sociales; Tesis sometida a la consideración de la Comisión del Programa de Estudios de Posgrado en Gobierno y Políticas Públicas para optar al grado de Doctor ; Nombre Dalia Borge Marín, Ciudad Universitaria Rodrigo Facio, Costa Rica-2004

los países desarrollados.

Las migraciones forzadas en la mayoría de los casos no se originan en opciones de mejoramiento, sino en presiones de supervivencia material y de empleo que tiene también carácter forzado. Se define la migración forzada cuando determinadas personas o grupos sociales toman la decisión de dejar su lugar de residencia para evitar consecuencias punitivas o relacionadas con éstas, que pueden ocurrir al permanecer en ese lugar. Estas migraciones forzadas se clasifican en dos grandes categorías: los desplazados internos y los que cruzan las fronteras (refugiados). El concepto de migración forzada es la contraparte al concepto de la migración voluntaria. Esta última hace referencia al movimiento de población en las personas que tienen la libertad de elección ante la posibilidad de su desplazamiento.

8.7. Definiciones de las categorías de personas en el contexto de la Movilidad Humana

Migrantes, desplazados y refugiados, en cuanto personas, son el centro del análisis en el contexto de la movilidad humana.

A los fines de tener claridad sobre esas distintas categorías de las personas en el contexto de la movilidad humana, "**migrante**" hace relación como cualquier persona que se desplaza o se ha desplazado a través de una frontera internacional o dentro de un país, fuera de su lugar habitual de residencia; "**refugiado**" hace relación a la persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentra fuera del país de su nacionalidad; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, fuera del país donde tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él; y "**desplazados internos**" a las personas o grupos de personas que han sido forzados u obligados a huir de sus hogares o lugares de residencia habitual, o a abandonarlos, en particular a causa de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o desastres naturales o causados por el ser humano, y que aún no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

8.8. Migrante Económico

Migrante internacional laboral o económico es toda persona que traspasa las fronteras de su país de origen para establecerse (en forma temporal o definitiva) en otro país de su elección, al que denominaremos receptor. Los motivos de la decisión de emigrar pueden ser numerosos, pero el componente que no falta es la necesidad

de mejorar las condiciones económicas, laborales y de vida del migrante o del grupo familiar[17].

Debe distinguirse entre el migrante económico y el refugiado, y entre el refugiado y el desplazado interno. En principio, un migrante se distingue de un refugiado debido a que no decide salir de su país por un temor fundado de persecución y por esta misma razón, puede reclamar la protección de su país de origen aún fuera de su territorio.

Un migrante abandona su país voluntariamente, en busca de una vida mejor. Para un refugiado, las condiciones económicas del país de asilo son menos importantes que su seguridad.

En la práctica, la distinción puede ser, en ocasiones, difícil de establecer, pero es fundamental: un migrante disfruta de la protección del gobierno de su país de origen, el refugiado no. Migrante económico es la persona que habiendo dejado su lugar de residencia o domicilio habitual, busca mejorar su nivel de vida, en un país distinto al de origen. Este término se distingue del de refugiado"que huye por persecución o del refugiado de facto que huye por violencia generalizada o violación masiva de los derechos humanos Los migrantes económicos son personas que voluntariamente deciden mudarse con el fin de mejorar las perspectivas de futuro de sí mismos y sus familias. Por lo tanto, una persona que viaja al exterior para acceder a un puesto laboral más alto que el que tenía, no puede ser considerada refugiado. Diferenciar estos conceptos constituye imprescindible a fin de analizar las causas reales de la movilidad de cada persona o grupo de per¬sonas y la protección que requiere cada situación[18].

Para los gobiernos esta distinción es importante. Los países tratan a los migrantes de conformidad con su propia legislación y procedimientos en materia de inmigración, mientras tratan a los refugiados aplicando normas sobre la protección de los refugiados, que están definidas tanto en su legislación nacional, como en el derecho internacional. Los países tienen responsabilidades específicas hacia cualquier persona que solicite refugio en su territorio o en sus fronteras.

Confundir refugiados y migrantes puede tener serias consecuencias en la vida y

[17]Laura Lucía Bogado Bordazar.- Migraciones internacionales, influencia de la migración China en el Río de la Plata. Tesis presentada en la Universidad Nacional de La Plata para la obtención del grado académico de magister en relaciones internacionales.- Facultad de ciencias jurídicas y sociales, instituto de relaciones internacionales, La Plata.- 2002.

[18]Marisa Gabriela Alzamendi; «Análisis y perspectiva de la normativa argentina sobre refugiados», en Papeles del Centro de Investigaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 11–22.

la seguridad de los refugiados. Mezclar los dos términos desvía la atención de las salvaguardas legales específicas que los refugiados requieren. Puede perjudicar el apoyo público hacia los refugiados y la institución del refugio en un momento en que más refugiados que nunca necesitan dicha protección. Necesitamos tratar a todos los seres humanos con respeto y dignidad. Necesitamos asegurarnos de que los derechos humanos de los migrantes sean respetados. Al mismo tiempo, también necesitamos proveer una respuesta legal adecuada para los refugiados, debido a su problemática particular.

8.9. Refugiados

Refugiado ha sido definido como "toda persona que se ha visto obligada por temor fundado a persecución, a abandonar su lugar de residencia habitual". Esta definición pertenece al **ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados**[19], organismo de las Naciones Unidas creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950, encargado de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos.

Para la "**Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951**", un refugiado es una persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él".

La Convención de la Organización de la Unidad Africana OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969 ha definido al refugiado como "toda persona que, temiendo fundadamente ser perseguida por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país cuya nacionalidad posee y no pueda, o por razón de dicho temor no quiera acogerse a ese país, o que, en caso de que no tenga nacionalidad se encuentra fuera del país en que tenía su residencia habitual no pueda, o por razón de dicho temor, no quiera volver a él", y también, "cualquier persona,

[19] El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un organismo de las Naciones Unidas creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 (Res. 428/V), encargado de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, y promover soluciones duraderas a su situación, mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida. Tiene su sede en Ginebra-Suiza.

que por el hecho de una agresión, de una ocupación exterior, de una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de origen o del país cuya nacionalidad posee, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país cuya nacionalidad posee".

8.10. Desplazados internos

Los desplazados internos son a menudo mal llamados refugiados. A diferencia de éstos, los desplazados internos no han cruzado una frontera internacional para buscar seguridad, sino que han permanecido en sus propios países. Incluso, si han huido por las mismas razones que los refugiados (conflicto armado, violencia generalizada, violaciones de derechos humanos, entre otras razones), los desplazados están legalmente bajo la protección de su propio gobierno, aun cuando el gobierno pueda ser la causa de su huida. Como ciudadanos, mantienen todos sus derechos y protección que contemplan tanto las normas de derechos humanos como el Derecho Internacional Humanitario.

Se ha definido a los desplazados internos[20] como personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a huir o dejar sus hogares o su residencia habitual, particularmente como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, situación de violencia generalizada, violación de los derechos humanos o desastres naturales o humanos y que no han atravesado una frontera de un Estado internacionalmente reconocido.

Hay en el mundo unos 20 a 25 millones de personas desplazadas en el interior de su país. Se trata de personas que han huido de su hogar, a menudo durante una guerra civil, pero que no han buscado protección en otro país. Por regla general, las personas desplazadas tienen las mismas necesidades que los refugiados en materia de protección pero no están cubiertas por la Convención de 1951 ni por el Estatuto del ACNUR, pues no han cruzado una frontera internacional. El desplazamiento interno casi siempre tiene un impacto devastador sobre las familias y la sociedad, con frecuencia afectando también a los países vecinos. Sobre todo, el desplazamiento interno niega a personas inocentes el acceso a alimentos, alojamiento, medicina y las expone a todas las formas de violencia.

En favor de las personas desplazadas se invocan los **Principios Rectores de los desplazamientos internos de la ONU**[21]. Estos Principios recogen muchos de los

[20](Principios Rectores de los desplazamientos internos, Doc. ONU, E/CN.4/1998/53/Add.2.).

[21]Los Principios Rectores de los desplazamientos internos fueron presentados a la Comisión de Derechos Humanos en 1998 por el entonces Representante del Secretario General de las Naciones

más importantes principios de protección internacional aplicados a los desplazados internos. Los Principios reflejan los derechos humanos y el derecho humanitario internacional, con los que se avienen, y se inspiran en elementos pertinentes del derecho de los refugiados. Cubren todas las fases del desplazamiento interno e intentan dar pautas a los Estados, a actores no estatales, a otras autoridades y a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales.

Los Principios Rectores contemplan las necesidades específicas de los desplazados internos de todo el mundo. Definen los derechos y garantías pertinentes para la protección de las personas contra el desplazamiento forzado y para su protección y asistencia durante el desplazamiento y durante el retorno o el reasentamiento y la reintegración[22].

A los efectos de estos Principios, se entiende por desplazados internos las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida.

El Principio 1 dispone que los desplazados internos disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país. No serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertades por el mero hecho de ser desplazados internos.

El Principio 2 que los mismos serán observados por todas las autoridades, grupos y personas independientemente de su condición jurídica y serán aplicados sin distinción alguna. La observancia de estos Principios no afectará a la condición jurídica de las autoridades, grupos o personas involucradas. Estos Principios no podrán ser interpretados de una forma que limite, modifique o menoscabe las disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos concedidos a la persona por el derecho interno. En particular, estos

Unidas sobre la cuestión de los desplazados internos, Francis Deng. En septiembre de 2005, los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en la Cumbre Mundial en Nueva York reconocieron los Principios Rectores como ün marco internacional de importancia para proteger a las personas desplazadas dentro de sus países."(G.A. Res. 60/L.1, 132, U.N. Doc. A/60/L.1).

[22]Los Principios Rectores se basan en el derecho internacional humanitario y el derecho de los derechos humanos y, por analogía, el derecho de los refugiados. Tienen por objeto servir de norma internacional para orientar a los gobiernos, organizaciones regionales y todos los otros actores pertinentes en la provisión de asistencia y protección a los desplazados internos.

Principios no afectarán al derecho de solicitar y obtener asilo en otros países.

El Principio 3 dispone que las autoridades nacionales tienen la obligación y la responsabilidad primarias de proporcionar protección y asistencia humanitaria a los desplazados internos que se encuentren en el ámbito de su jurisdicción, quienes tienen derecho a solicitar y recibir protección y asistencia humanitaria de esas autoridades. No serán perseguidos ni castigados por formular esa solicitud.

El Principio 6 que todo ser humano tendrá derecho a la protección contra desplazamientos arbitrarios que le alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual. La prohibición de los desplazamientos arbitrarios incluye los desplazamientos basados en políticas de apartheid , «limpieza étnica» o prácticas similares cuyo objeto o cuyo resultado sea la alteración de la composición étnica, religiosa o racial de la población afectada; en situaciones de conflicto armado, a menos que así lo requiera la seguridad de la población civil afectada o razones militares imperativas; en casos de proyectos de desarrollo en gran escala, que no estén justificados por un interés público superior o primordial; en casos de desastres, a menos que la seguridad y la salud de las personas afectadas requieran su evacuación; y cuando se utilicen como castigo colectivo.

El Principio 7 establece que antes de decidir el desplazamiento de personas, las autoridades competentes se asegurarán de que se han explorado todas las alternativas viables para evitarlo. Cuando no quede ninguna alternativa, se tomarán todas las medidas necesarias para minimizar el desplazamiento y sus efectos adversos. Las autoridades responsables del desplazamiento se asegurarán en la mayor medida posible de que se facilita alojamiento adecuado a las personas desplazadas, de que el desplazamiento se realiza en condiciones satisfactorias de seguridad, alimentación, salud e higiene y de que no se separa a los miembros de la misma familia.

El Principio 8 que el desplazamiento no se llevará a cabo de forma que viole los derechos a la vida, dignidad, libertad y seguridad de los afectados.

8.11. Apátridas

En esa distinción conceptual entre migrante, refugiado y desplazado interno, puede agregarse también la figura del apátrida. **Apátrida** es aquella persona que no es considerada como nacional propio por ningún Estado.

El término apátrida se refiere a alguien no considerado nacional, según las leyes del país, de ningún estado (también conocido como apátrida de jure). Una segunda categoría con una definición menos rígida es la de apátrida de facto, que no disfruta

de los mismos derechos que los demás ciudadanos (por ejemplo, su país no le concede el pasaporte o no le permite regresar) o que es incapaz de demostrar su nacionalidad.

La apatridia puede ser resultado de diversas circunstancias. Es posible que sencillamente los Estados dejen de existir y las personas no puedan obtener la ciudadanía de los Estados que les suceden; consideraciones políticas pueden motivar cambios en la forma en que se aplican las leyes sobre ciudadanía; puede que se persiga a una minoría étnica denegándole la ciudadanía; o es posible que un grupo viva en zonas fronterizas o transfronterizas y que ninguno de los Estados afectados les concedan la ciudadanía. Asimismo, hay personas que se convierten en apátridas debido a circunstancias personales y no porque se persiga al grupo al que pertenecen. Asimismo, la apatridia puede surgir a raíz de las diferencias jurídicas entre países, porque las personas renuncien a una nacionalidad sin haber adquirido otra o, simplemente, porque no se haya registrado el nacimiento de una persona. Además, quizá surja una categoría nueva: la de las pequeñas islas que, condenadas por el cambio climático a ser engullidas por el mar, vean cómo toda su población se convierte en apátrida.

La **nacionalidad** es el vínculo legal que une a un estado y un individuo. Incluye derechos así como responsabilidades políticas, sociales y económicas, tanto del gobierno como del ciudadano. La nacionalidad se concede generalmente a través del registro de nacimientos en el territorio de un país, la descendencia de otro ciudadano o la nacionalización por matrimonio con un ciudadano. La nacionalidad puede también concederse tras residir durante un periodo de tiempo establecido o por otras razones específicas. Las normas varían según el país. La mayoría no pensamos jamás en nuestra nacionalidad porque la adquirimos de forma automática al nacer. De hecho, los dos principios que se emplean con mayor frecuencia para conceder la ciudadanía se aplican en el momento del nacimiento: en terminología legal ius soli y ius sanguinis; el "derecho del suelo" y el "derecho de sangre" respectivamente. El ius soli estipula que los nacidos en el territorio de un país tienen derecho a la ciudadanía del mismo, salvo excepciones como el caso de los hijos de los diplomáticos extranjeros. El ius sanguinis confiere la ciudadanía a los hijos cuyos padres sean ciudadanos de un país determinado. El derecho internacional no ha expresado preferencia por ninguno de los dos principios a la hora de conceder la ciudadanía y el régimen jurídico de muchos países es, en realidad, una mezcla de ambos. Para los que no reciben la ciudadanía al nacer o para los que necesitan cambiarla, la mayoría de los países permiten, por lo menos en principio, adquirirla mediante la naturalización[23].

[23]Revista Migraciones Forzadas; foro de intercambio de experiencias, información e ideas entre investigadores, refugiados y desplazados internos, así como personas que trabajan con ellos. El

Un apátrida es entonces una persona a quien ningún Estado reconoce como nacional suyo. Al no contar con nacionalidad, no está protegida por ninguna legislación nacional y, por lo tanto, es vulnerable ante situaciones que la mayoría nunca ha considerado. Las posibles consecuencias de la apatridia son profundas y afectan a todos los aspectos de la vida; así puede no ser posible trabajar legalmente, tener propiedades o abrir una cuenta bancaria. Las personas apátridas pueden ser presa fácil de la explotación como mano de obra barata, a menudo no están autorizados a asistir a la escuela o la universidad, pueden, incluso, tener prohibido casarse y no tener la posibilidad de registrar los nacimientos y las defunciones. La apatridia a menudo significa que llevar una vida como los demás en la sociedad no es posible.

Ya sea a consecuencia de los conflictos armados, de la modificación de fronteras o de la manipulación de las leyes e instrumentos que administran la sociedad moderna, los apátridas no son deseados ni bienvenidos y quedan excluidos de la sociedad por fuerzas ajenas a su control. No sólo forman parte del grupo de personas más desprotegidas y marginadas del mundo, sino también de las más invisibles.

Hannah Arendt en "**Los orígenes del totalitarismo**"[24] sostuvo que quitarte la nacionalidad y convertirte en apátrida, es quitarte la vida; es como regresar al mundo primitivo de los hombres de las cavernas o los salvajes... podrías vivir y morir sin dejar rastro.

Los refugiados pueden ser apátridas de jure, pero la mayoría no lo son. Hay grupos o individuos a los que se desposee de su nacionalidad como parte de un proceso de persecución, y que luego huyen como refugiados. O al contrario, son castigados por haber huido privándoseles de la nacionalidad. Pero muchos apátridas no sufren persecución y muchos refugiados conservan su nacionalidad durante su terrible experiencia en el extranjero.

Los Estados están facultados para reglamentar el alcance y aplicación de los derechos, incluido el derecho a la nacionalidad. No obstante, las restricciones o requisitos que se establezcan para obtener la nacionalidad deben estar sujetos a estrictos principios, como son el de necesidad y proporcionalidad, es decir, las restricciones deben estar orientadas a satisfacer un interés público imperativo y deben ser proporcionales al interés que la justifica. Asimismo, estas restricciones deben estar prescritas en la ley,

---

Centro de Estudios sobre Refugiados edita esta revista, en colaboración con el Instituto Universitario de Desarrollo Social y Paz de la Universidad de Alicante. Editores Marion Couldrey y Maurice Herson.- Número 32, junio 2009

[24] Los orígenes del totalitarismo es un libro de Hannah Arendt que describe y analiza los dos movimientos totalitarios más importantes del siglo XX: el nazismo y el estalinismo. Fecha de publicación original: 1951 Editorial: Schocken Books

no tener un carácter discriminatorio y perseguir un objetivo legítimo. Por otra parte, tampoco pueden implicar una privación arbitraria del derecho a la nacionalidad De acuerdo al desarrollo actual del derecho internacional de los derechos humanos, la Corte Interamericana ha establecido que es necesario que al regular el otorgamiento de la nacionalidad los Estados, tengan en cuenta: A) su deber de prevenir, evitar y reducir la apatridia y B) su deber de brindar a los individuos una protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación.

La Corte Interamericana ha sostenido que: A) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos; B) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos; y C) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron.

Al respecto, en el caso de las niñas **Yean y Bosico vs. República Dominicana**[25], la Corte Interamericana ha señalado que el derecho a la nacionalidad y a la igualdad ante la ley, impiden a los Estados establecer regulaciones discriminatorias para otorgar la nacionalidad o que tengan un impacto discriminatorio a pesar de ser neutrales en su texto.

La Corte entendió que la nacionalidad es la expresión jurídica de un hecho social de conexión de un individuo con un Estado. La nacionalidad es un derecho fundamental de la persona humana que está consagrado en la Convención Americana, así como en otros instrumentos internacionales, y es inderogable (...). Que la importancia de la nacionalidad reside en que ella, (...), permite que el individuo adquiera y ejerza los derechos y responsabilidades propias de la pertenencia a una comunidad política. Como tal, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de determinados derechos.

Sostuvo la Corte que la Convención Americana recoge el derecho a la nacionalidad en un doble aspecto: el derecho a tener una nacionalidad desde la perspectiva de dotar al individuo de un mínimo de amparo jurídico en el conjunto de relaciones, al establecer su vinculación con un Estado determinado, y el de proteger al individuo contra la privación de su nacionalidad en forma arbitraria, porque de ese modo se le estaría privando de la totalidad de sus derechos políticos y de aquellos derechos

[25] Corte IDH. Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130 párr. 140.

civiles que se sustentan en la nacionalidad del individuo.

La Corte considera que el principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación determina que los Estados, al regular los mecanismos de otorgamiento de la nacionalidad, deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos. (. . . .); y que los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad. Que la Convención para Reducir los Casos de Apatridia (. . .) en su artículo determina que los Estados deben conceder su nacionalidad a la persona nacida en su territorio, que de otro modo quedaría en condición de ser apátrida. (. . .).

De acuerdo a los hechos del presente caso, las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico nacieron en la República Dominicana, el 15 de abril de 1996 y el 13 de marzo de 1985, respectivamente, y ahí han vivido y crecido. Igualmente, sus madres, las señoras Leonidas Oliven Yean y Tiramen Bosico Cofi, son de nacionalidad dominicana y han vivido en la República Dominicana, y los padres de las niñas son haitianos.

El Estado adoptó diferentes posturas durante el trámite del caso ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en relación con los requisitos que las niñas debieron cumplir. Esta situación refleja que en la República Dominicana no existe un criterio uniforme para la exigencia y aplicación de los requisitos para la inscripción tardía de nacimiento de los menores de 13 años de edad. La República Dominicana establece el principio del ius soli para determinar quiénes son titulares de la nacionalidad. Sin embargo, para adquirir dicha nacionalidad por nacimiento, es preciso que el niño no se incluya en una de las excepciones constitucionales, que se refieren a los hijos de personas en representación diplomática o en tránsito en el país.

La Corte consideró necesario señalar que el deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado, y considera que no cabría bajo ninguna circunstancia que el Estado hubiese aplicado a las niñas Yean y Bosico la excepción referente a los hijos de una persona en tránsito, ya que las madres de las presuntas víctimas son

dominicanas y las niñas nacieron en la República Dominicana, esta última siendo la condición establecida en el artículo 11 de la Constitución para el otorgamiento de la nacionalidad dominicana.

En atención a la condición de niñas de las presuntas víctimas, la Corte considera que la vulnerabilidad derivada de la apatridia comprometió el libre desarrollo de su personalidad, ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares se vio imposibilitado. En consideración del deber del Estado de otorgar la nacionalidad a quienes nacieron en su territorio, la República Dominicana debió adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar que Dilcia Yean y Violeta Bosico, como niñas dominicanas de ascendencia haitiana, pudieran acudir al procedimiento de inscripción tardía en condiciones de igualdad y no discriminación y ejercer y gozar en plenitud su derecho a la nacionalidad dominicana. El Tribunal encuentra que en razón del tratamiento discriminatorio aplicado a las niñas, el Estado les denegó su nacionalidad y las dejó apátridas, lo cual, a su vez, les impuso una situación de continua vulnerabilidad que perduró hasta el 25 del septiembre de 2001 (. . .). La Corte encuentra que por razones discriminatorias y contrarias a la normativa interna pertinente, el Estado dejó de otorgar la nacionalidad a las niñas, lo que constituyó una privación arbitraria de su nacionalidad, y las dejó apátridas por más de cuatro años y cuatro meses, en violación de los artículos 20 y 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 19 de la misma, y también en relación con el artículo 1.1 de este instrumento, en perjuicio de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico.

Una persona apátrida, dijo la Corte, no tiene personalidad jurídica reconocida, ya que no ha establecido un vínculo jurídico-político con ningún Estado, por lo que la nacionalidad es un prerrequisito del reconocimiento de la personalidad jurídica. Estima que la falta del reconocimiento de la personalidad jurídica lesiona la dignidad humana, ya que niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares.

En el caso concreto, el Estado mantuvo a las niñas Yean y Bosico en un limbo legal en que, si bien las niñas existían y se hallaban insertadas en un determinado contexto social, su existencia misma no estaba jurídicamente reconocida.

Definición de Refugiado:
En un exhaustivo recorrido histórico, **Badilla Aceituno**[26], con la guía de Hernán

[26]Paula Javiera Badilla Aceituno "Análisis del derecho de los refugiados en Chile y la ley 20.430 a la luz del derecho internacional (tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia

Salinas Burgos, nos dice que en sus orígenes, la definición de refugiado era muy acotada y, en general, referida a un grupo específico de personas de una nacionalidad. Este es el caso de la definición contenida en el **Acuerdo provisional de 1926**, ratificado en el seno de la Liga de las Naciones, que define a los refugiados como "cualquier persona de origen ruso que no cuente o no siga contando con la protección del Gobierno de la Unión de las Repúblicas Soviéticas Socialistas y que no ha adquirido otra nacionalidad".

Con algo de mayor amplitud, en **1943 la Conferencia de Bermuda** expandió el mandato del **Comité Intergubernamental para Refugiados** para que atendiera a "todas las personas, de donde quiera que sean, quienes, como resultado de los eventos en Europa, hayan tenido que abandonar, o podrían tener que abandonar, su país de residencia a consecuencia del peligro de sus vidas o libertades por motivo de su raza, religión o convicciones políticas".

En 1949 se establece en el Estatuto del **Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)**[27] que tendrá competencia respecto a tres grupos: en primer lugar, respecto de los denominados refugiados estatutarios, que corresponde a aquellas personas a las que se les haya reconocido esta calidad "en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados"; en segundo lugar, a las personas víctimas de persecución por acontecimientos ocurridos con anterioridad al 1° de Enero de 1951; y, en tercer lugar, "cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual." Esta definición no contiene una limitación temporal o geográfica y, en consecuencia, "toda persona que responda a los criterios del Estatuto del ACNUR reúne las condiciones necesarias para recibir la protección de las Naciones Unidas proporcionada por el Alto Comisionado,

Universidad Católica de Chile); profesor guía: Hernán Salinas Burgos; .- Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho.

[27] El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un organismo de las Naciones Unidas creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 (Res. 428/V), encargado de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, y promover soluciones duraderas a su situación, mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida. Tiene su sede en Ginebra-Suiza.

independientemente de que se encuentre o no en un país que sea parte en la Convención de 1951 o en Protocolo de 1967 o de que su país de acogida le haya reconocido o no la calidad de refugiado en virtud de cualquiera de esos instrumentos".

En **1951, con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados**, se consolida una definición que posteriormente, con la modificación hecha por el Protocolo de 1967, se transformaría en la que los países utilizarían en sus legislaciones nacionales. La definición de refugiado, según el artículo 1° de la Convención es toda persona: "A 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados. 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. B. 1) A los fines de la presente Convención, las palabras .ªcontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951", que figuran el artículo 1 de la sección A, podrán entenderse como: A) .ªcontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa", o como B) .ªcontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, en Europa o en otro lugar"; y cada Estado Contratante formulará en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, una declaración en que precise el alcance que desea dar a esa expresión, con respecto a las obligaciones asumidas por él en virtud de la presente Convención".

Así, la definición de la Convención de 1951 incluye, al igual que el Estatuto de ACNUR, tanto a los llamados refugiados estatutarios como a aquellos que hubiesen tenido fundados temores de ser perseguidos a consecuencia de eventos ocurridos con anterioridad al 1° de Enero de 1951, ya sea en Europa como en cualquier lugar, según la declaración que haga cada país signatario.

El año 1967, **el Protocolo de Nueva York**[28] eliminó tanto la limitación temporal como la limitación geográfica para los acontecimientos que hubiesen dado pie a la persecución alegada, de modo que los Estados que ratificaron dicho instrumento reconocerían la calidad de refugiado a quien correspondiese, independiente de dónde

[28]Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967: Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII. Serie Tratados de Naciones Unidas Nº 8791, Vol. 606, p. 26

y cuándo hubiesen ocurrido los hechos alegados, cumpliéndose los demás requisitos.

La definición de refugiado vive un segundo cambio antes de finalizar la década del 60. Asociado al mismo proceso histórico que llevó a la elaboración del Protocolo de 1967– la descolonización y procesos de independencia del continente africano – se suma una nueva perspectiva a la definición de refugiado, acercándose a la visión existente a principio del siglo XX, en los primeros instrumentos regulatorios en la materia en los que se otorgaba la calidad de refugiados a personas pertenecientes a un colectivo que sufría las consecuencias de un conflicto armado o político y no sólo a una persona que, a título individual, manifestara fundado temor a ser perseguido.

De este modo, la Organización para la Unidad Africana ratificó la **Convención relativa a Aspectos Específicos del Problema de los Refugiados en África**[29], cuyo artículo 1 establece que: "a los efectos de la presente Convención, el término refugiado"se aplicará a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a dicho país.

El término refugiado"se aplicará también conforme la citada Convención, a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad."

Si bien la Convención de 1969 se asimila a las definiciones contenidas tanto en el Estatuto del ACNUR, como en la de la Convención de 1951 –incluyendo las modificaciones del Protocolo de 1967-, es evidente la extensión que propone, por cuanto se amplía el término refugiados a personas que, sin ser víctimas individuales de persecución, se ven involucradas en una situación de violencia e inestabilidad en su país que les obliga a abandonarlo. Esta hipótesis de definición de refugiados es también posteriormente recogida, en esencia, en la Declaración de Cartagena de

[29]Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África; aprobada por la asamblea de jefes de estado y de gobierno en su sexto período ordinario de sesiones (Addis Abeba, 10 de setiembre de 1969). Entrada en vigor: el 20 de junio de 1974, conforme con lo dispuesto en el artículo 2 texto: serie de tratados de las Naciones Unidas, 1, 14 691

1984, la que a su vez e independiente de su carácter no vinculante, influye en las legislaciones latinoamericanas, entre ellas, la argentina.

En Latinoamérica, la **Declaración de Cartagena sobre los Refugiados**, aprobada por un coloquio de expertos de las Américas en noviembre de 1984, también contiene una definición más amplia que las del Convenio de 1951 y la del Estatuto del ACNUR. Esta definición se encuentra inspirada principalmente en el precedente de la Convención de la OUA, y en la doctrina utilizada en los informes de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.

En 1984 se organizó un Coloquio en Cartagena de Indias sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios en donde se elaboró la Declaración de Cartagena en cuya conclusión tercera se incluyó la "definición de Cartagena" conocida también como "definición regional" o "definición ampliada". En virtud de ésta, se entiende por Refugiado: Las personas que han huido de su país porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos y otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público. La definición transcrita resalta las condiciones objetivas imperantes en el país de origen, por lo que basta la constatación de que alguno de esos eventos objetivos hayan amenazado la vida, seguridad y libertad de las personas para que constituya un caso de refugio. Las situaciones objetivas que recoge la definición de Cartagena responden a varios niveles de violencia que deben tener lugar en el país de origen del solicitante y son las siguientes: **La violencia generalizada**: Es el nivel más alto de violencia y se refiere a los conflictos armados entendidos como tales por el Derecho Internacional Humanitario. De conformidad con el documento sobre Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, producto de la **Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA)**:
La agresión extranjera: La interpretación que hace la CIREFCA recoge lo que por agresión extranjera se definió en la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas: "el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier manera incompatible con la Carta de las Naciones Unidas.

Los conflictos internos: En el Derecho Internacional Humanitario son dos los cuerpos jurídicos que abordan la temática de los "conflictos internos o conflictos armados no internacionales". Por un lado, el artículo 3 común a las cuatro

Convenciones de Ginebra que establece una serie de obligaciones que los Estados parte deberán aplicar, como mínimo, en el contexto de un conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes. Por otro lado, el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, mismo que completa las disposiciones del artículo 3 común y que intenta dar una definición del conflicto armado al indicar que: .este Protocolo se aplicará en los conflictos armados que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos organizados, que bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente protocolo".

La violación masiva de los derechos humanos: Para la constatación de este evento se utilizan criterios cualitativos, conforme lo señala la CIREFCA: "Se considera cumplido este elemento cuando se producen violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos relevantes. En particular, pueden considerarse como violaciones masivas de Derechos Humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática.

Otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público: De acuerdo con la CIREFCA, párrafos 31 y 33, este evento se da cuando "la violencia no constituye un conflicto armado y la cual incluye disturbios como mínimo, las siguientes disposiciones: 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

8.12. Elementos de inclusión en la definición de Refugiado

Para que una persona sea merecedora de protección internacional y por lo tanto reciba el estatus de refugiado es imprescindible que su caso reúna lo que se conoce como elementos de inclusión, que pueden resumirse en 5 elementos. Entre los elementos que constituyen el refugio:

Tener un fundado temor: La expresión, "fundados temores" se compone de dos elementos: uno subjetivo; es decir, el temor como sentimiento de la persona, y

otro objetivo, referente al temor basado en una situación objetiva; es decir que sea fundado. Así, el concepto involucra un elemento subjetivo en relación al estado de ánimo y la condición personal del individuo que solicita ser reconocido como refugiado; sin embargo, para que éste sea fundado es necesario conocer las causas en las cuales se asienta la declaración de quien solicita el refugio. Esto supone que no solo el estado de ánimo de la persona es fundamental para determinar su condición de refugiado, sino también que ese temor esté basado en una situación objetiva.

Persecución: de conformidad con el artículo 33 de la Convención de 1951 se ha entendido que toda amenaza contra la vida o la libertad de las personas, por lo motivos indicados en la definición, es siempre persecución. Asimismo, el ACNUR ha señalado, en su Manual para la determinación de refugio que "también constituirían persecución otras violaciones graves de los derechos humanos por la mismas razones raza, religión, etc. Responde a un entendimiento general de que la persecución abarca todas las violaciones serias o graves a los derechos humanos. El Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, da una aproximación señalando en su artículo 7.2 inciso G) que persecución es "la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o la colectividad".

Por alguno de los siguientes motivos.- La Convención establece la necesidad de que exista un vínculo entre el temor de persecución y uno de los cinco motivos enunciados en la definición. Antes de abordar, brevemente, cada uno, es importante indicar que no es necesario que la persecución sea por todos los motivos, basta uno de ellos; sin perjuicio de que pueda ser por más de un motivo: A) Raza.- De conformidad con el párrafo 68 del Manual para la determinación de refugiados del ACNUR "el concepto de raza debe entenderse en su sentido más amplio, que abarca todos los grupos étnicos habitualmente denominados "razas". En este sentido, este mismo Manual indica que siendo la discriminación por motivos de raza condenada universalmente como una de las violaciones más palmarias a los derechos humanos la discriminación racial puede equivaler, muchas veces, a persecución. B) Religión.- En virtud del derecho que todas las personas tenemos a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión así como a la manifestación de la misma, sea de manera pública o privada, las medidas de discriminación o de persecución por este motivo pueden constituir una causal para el reconocimiento de refugio. C) Nacionalidad.- Este motivo se refiere no sólo a la ciudadanía sino también a la pertenencia a un grupo étnico o lingüístico. Así, la discriminación o persecución contrarios "a una minoría nacional (ya sea étnica, lingüística, etc.) y, en determinadas circunstancias, el hecho de pertenecer a esa minoría puede de por sí suscitar fundados temores de persecución". D) Pertenencia

a un determinado grupo social.- La interpretación del significado y contenido que sobre este motivo se ha hecho, ha dado lugar a dos tipos de elucidaciones: el enfoque de las características compartidas y el enfoque de la percepción social. e) Opiniones políticas.- Para considerar la existencia de una opinión política, es necesario que confluyan ciertos elementos: 1) sostener opiniones contrarias, o ser crítico a cualquier política o método en el cual la maquinaria del Estado esté involucrado20. 2) las autoridades deben tener noticia de esas opiniones o atribuírselas al solicitante de refugio; en este sentido, lo importante es establecer la percepción que el agente tenga sobre quien persigue. 3) Así, pueden darse circunstancias en las que se no haya manifestado de ningún modo opiniones políticas.

Encontrarse fuera del país de su nacionalidad: Es imprescindible que la persona se encuentre fuere del país de su nacionalidad, "no hay excepciones a esta regla toda vez que la protección internacional no puede entrar en juego mientras la personase encuentre bajo la jurisdicción territorial de su país". En el caso de la apatridia se tomará en cuenta el último país donde antes tenía su residencia habitual.

La persona no puede o no quiere acogerse a la protección de su país, o regresar a él a causa de dichos temores: En efecto, para que se pueda determinar favorablemente el establecimiento del estatus de refugiado, "el solicitante tiene que abrigar temores fundados de ser perseguido en relación con el país de su nacionalidad". Lo que quiere decir que si el peticionario no guarda temores en relación al país de su nacionalidad, es de esperarse que se acoja a la protección de ese país. De este modo, "el criterio decisivo que se debe establecer como fundamento para brindar protección internacional es la ausencia de protección nacional contra la persecución, sin tener en cuenta si esta falta de protección pueda ser atribuida o no a un acto del Estado que busca intencionalmente ocasionar un daño". En consecuencia, el solicitante no puede regresar a su país ya sea porque el Estado no puede protegerle, por ejemplo porque no tiene los medios, o porque no quiere hacerlo, por ejemplo cuando forma parte de la persecución de la que la o el solicitante huye.

Algunos casos particulares que generan dudas

¿Puede un soldado ser refugiado? Un refugiado es un civil. Una persona que prosigue la lucha armada contra su país de origen desde el país de asilo no puede ser considerada como refugiado.

¿Puede un desertor ser refugiado? Todos los países tienen el derecho de llamar a filas a sus ciudadanos en caso de emergencia nacional. Sin embargo, los ciudadanos también tienen el derecho justo a la objeción de conciencia. Si ese derecho no es respetado o si el conflicto que se libra viola manifiestamente las normas internacionales, los desertores que temen ser perseguidos (por ejemplo, debido a las opiniones políticas

que las autoridades pudieran imputarles) pueden beneficiarse de la condición de refugiado.

¿Puede un criminal ser refugiado? Una persona que huye de la acción penal emprendida contra ella por un delito de derecho común no huye de la persecución. Sin embargo, una persona acusada – sea inocente o culpable- de infracciones penales o de crímenes no políticos, puede ser perseguida a veces por razones políticas o de otra índole, y no se deben excluir necesariamente de la condición de refugiado. Además, las personas condenadas por activismo político pueden pedir la condición de refugiado.

¿Puede un criminal de guerra ser refugiado? Los responsables de crímenes de guerra, de violaciones graves de los derechos humanos y de crímenes contra la humanidad – particularmente el de genocidio se excluyen específicamente de la protección y asistencia que se otorga a los refugiados. No se conferirá protección como refugiado a ninguna persona respecto de la cual existan motivos fundados para considerar que ha cometido actos de esa índole.

¿Puede una mujer perseguida por su rechazo a observar algunas normas sociales solicitar la condición de refugiado? Las mujeres pueden, desde luego, ser perseguidas por razones políticas, étnicas o religiosas, sobre la base de su raza o debido a su pertenencia a diferentes grupos sociales. Además, el ACNUR considera que una mujer que se niega a plegarse a normas sociales muy rígidas y debe por ello exiliarse para escapar a las represalias, a la discriminación y otros tratos inhumanos (equivalentes a la persecución) tiene fundados motivos para que se le reconozca la condición de refugiado. Tal persecución puede provenir de una autoridad gubernamental o –si el Estado no cumple adecuadamente su función de protección- de agentes no estatale.

¿Puede una persona que teme ser perseguida por su homosexualidad pedir la condición de refugiado? Los homosexuales pueden acceder a la condición de refugiado si son perseguidos debido a su pertenencia a un determinado grupo social. El ACNUR considera en general que toda persona víctima de agresión física, trato inhumano o discriminación grave a causa de su homosexualidad debe ser reconocida como refugiada si su Estado no puede o no quiere protegerla.

8.13. ¿Es posible hablar de Refugiados económicos y ambientales?

Hasta ahora he argumentado y definido al refugiado apoyándonos en el concepto clásico de refugiado establecido por la Convención sobre refugiados de 1951, por la Acnur , y por otros instrumentos internacionales.

Siguiendo a **Daniel Loewe**[30]; podemos preguntarnos si hay razones para entender el alcance de la definición de refugiado de un modo tan estrecho para el mundo actual, como el que se desprende de la definición de refugiado en base al solo concepto de "persecución".

Este autor señala en su obra que los náufragos de nuestro mundo son variados. Ciertamente lo son no sólo los perseguidos por estados o aquellos cuya persecución es tolerada por sus estados, sino también todos aquellos que, por diversas razones, no son protegidos por estos estados. Se aplica a los seres humanos cuanto tales, y no en cuanto ciudadanos de un estado, y de este modo esta protección debe extenderse incluso a casos en los que el poder estatal ha colapsado (como, por ejemplo, Somalia).

Más allá de esto, los refugiados de nuestro mundo no sólo huyen del arbitrio de otros individuos, es decir, son perseguidos por otros. Ellos huyen también de desastres naturales. Como es ampliamente reconocido en las ciencias sociales, probablemente la mayoría de las migraciones en un futuro mediato se deberán a razones medioambientales. El calentamiento global, con los problemas relativos a la falta de agua en muchas regiones, así como los problemas relativos a la subida del nivel de los mares, producirán presiones migratorias que conllevarán conflictos políticos de difícil solución. En el mundo habitan más de 600 millones de personas en zonas costeras amenazadas por la crecida del nivel del mar. Unos 100 millones viven en territorios bajo el nivel del mar. Muchos de estos territorios están bajo la soberanía de estados pobres y débiles como, por ejemplo, Bangladesh. El concepto de "refugiados ecológicos" parece ser más acertado para describir el fenómeno que el comúnmente utilizado de "desplazados".

El derecho de hospitalidad kantiano, que en razón de la posesión original común de la tierra permite ofrecerse al contacto con los otros sin recibir por esto un trato hostil y que establece que no es posible expulsar a un hombre en cuanto ciudadano del mundo si esto conlleva su ruina, implicaría que las olas de refugiados ecológicos deberían no sólo no ser expulsados, sino también que éstos deberían poder acceder a otros estados.

Otros individuos que cruzan fronteras políticas en nuestro mundo son usualmente categorizados como migrantes económicos. En ocasiones, tratan de dejar detrás de sí condiciones de vida miserables buscando mejorarlas en otro país.

En los debates públicos y en la política es usual realizar una diferenciación tajante

[30] Daniel Loewe; Universidad Adolfo Ibáñez - Santiago de Chile; Los náufragos de nuestro mundo: el caso de los Refugiados; ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura; CLXXXVI 744 julio-agosto (2010) 555-570 ISSN: 0210-1963 doi: 10.3989/arbor.2010.744n1217

entre los perseguidos políticos y los migrantes económicos. Y, en cierto sentido, esta diferenciación es moralmente relevante: mientras que los perseguidos no abandonan su nación por motivos voluntarios, sino que son obligados por el arbitrio de los otros, los migrantes económicos decidirían abandonar su nación en busca de mejores perspectivas. La falta de autonomía de los primeros implicaría que no pueden ser considerados como responsables de sus acciones y que, por lo tanto, deben ser acogidos, mientras que la autonomía de los segundos implicaría que sí lo serían, lo que liberaría a otros estados de la obligación de aceptarlos.

Sin embargo, para Loewe, si reconsideramos esta distinción, notamos que no es una diferenciación categorial, sino más bien un continuo. En este continuo encontramos, primero, a perseguidos de índole diversa –política, racial, cultural, de género o en razón de preferencias sexuales– que huyen, en un sentido literal, por temor a perder su vida. Pero en muchos casos también los migrantes económicos huyen por defender su vida. Aunque ellos no son "perseguidos por terceros", es difícil considerar su decisión de emigrar como autónoma, cuando la alternativa disponible es hambre, inanición o enfermedades. De este modo, el concepto de "refugiados económicos" tiene completo sentido. Restringe el campo de validez de este concepto al caso en que, utilizando las palabras de **Kant**[31], el rechazo implicaría la ruina de su vida. Aquellos que no huyen por riesgo de su vida, en el sentido especificado, sino que buscan mejores expectativas de vida, serían "emigrantes económicos".

8.14. ¿Quién está excluido de la protección de la Convención de los Refugiados? ¿Están excluidos los terroristas?

En determinados casos, la Convención de los Refugiados no se aplica y por tanto no ofrece su protección. Esas excepciones se estipulan en el apartado F del artículo 1 de la Convención.

Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

- A) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;
- B) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada;

[31] Kant, Immanuel (1989): La Metafísica de las Costumbres [1797], Tecnos, Madrid. – (1999): Hacia la Paz Perpetua [1795], Biblioteca Nueva, Madrid.

- C) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a los propósitos y a los principios de las Naciones Unidas.

En cuanto a si la Convención de los Refugiados protege a las personas que se cree han cometido actos de terrorismo, es importante observar que la resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad explícitamente "declara que los actos, métodos y prácticas terroristas son contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas y que financiar intencionalmente actos de terrorismo, planificarlos e incitar a su comisión también es contrario a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

Según el apartado F del artículo 1 de la Convención de los Refugiados, una persona respecto de la cual existan razones fundadas para considerar que "se ha hecho culpable de actos contrarios a los propósitos y a los principios de las Naciones Unidas" queda excluida de la protección que brinda la Convención de los Refugiados.

En consecuencia, tomando como base lo estipulado en la resolución 1373 (2001), una persona que se crea es responsable de actos, métodos y prácticas de terrorismo queda fuera del ámbito de protección que proporciona la Convención de los Refugiados[32].

Tales actos de terrorismo pueden entrar en el ámbito de aplicación del inciso A), como por ejemplo un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad. En tal caso, la persona sospechosa de haber cometido un acto de tal índole no será protegida por la Convención de los Refugiados, independientemente de si hubiera cometido tales actos antes de convertirse en un refugiado o después de habérsele concedido el estatuto de refugiado.

Un acto de terrorismo tal como se define en los convenios, las convenciones y los protocolos internacionales relativos a la prevención del terrorismo también puede constituir un delito no político grave y por tanto entra en el ámbito de aplicación del inciso B). En conclusión, una persona que haya cometido un delito de terrorismo grave ya sea en el país de asilo o fuera de éste no puede ser considerada un refugiado según dispone la Convención de los Refugiados y no puede beneficiarse del estatuto de refugiado.

[32]Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito – Viena; Preguntas frecuentes sobre cuestiones de derecho internacional de la lucha contra el terrorismo.- Naciones Unidas 2009.-

8.15. Convergencia y Complementariedad de las tres vertientes de protección de la persona humana

La mayoría de los derechos esenciales para la protección de los refugiados, que integran el **derecho internacional de los refugiados**, rama del derecho internacional público, coincide con los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos jurídicos del **derecho internacional de los derechos humanos**: derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, garantía contra la tortura, las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, garantía contra la esclavitud y la servidumbre, reconocimiento de la personalidad jurídica, libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y garantía contra las detenciones y los arrestos arbitrarios, garantía contra las injerencias arbitrarias en la vida privada, la familia y el domicilio, libertad de opinión y de expresión, derecho a la educación, derecho a tomar parte en la vida cultural de la comunidad. Asimismo coincide con alguno de los derechos consagrados en las normas que integran el derecho internacional humanitario, otra de las ramas del derecho internacional público.

El derecho internacional de los refugiados forma parte entonces de un mosaico más amplio que comprende el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, todas ellas ramas del **derecho internacional público**[33].

A propósito de ello, cabe remarcar con **Cancado Trindade**[34], que "una revisión crítica de la doctrina clásica revela que ésta padeció de una visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana –Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Humanitario- en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas". Sin embargo, "esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de

[33]Puede definirse al Derecho Internacional Público, como la rama del Derecho que está compuesta por normas, principios y doctrinas, que regulan las relaciones entre los Estados y otros sujetos de carácter internacional con el objeto de lograr el bien común en la sociedad internacional. El orden internacional requiere de ciertas reglas que sean vinculantes para los Estados, sin afectar su soberanía y que con ellas se estructure las relaciones de los mismos, teniendo como objetivo principal la protección del individuo.

[34]Cancado Trindade, Antonio Augusto, "Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario", en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, p. 140.

protección, o dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias"; y es importante que los regímenes antes mencionados sean interpretados de manera complementaria, teniendo el principio pro persona como criterio rector de interpretación.

Las convergencias de aquellas tres vertientes que hoy se manifiestan, al modo de ver de **Cancado Trindade**[35] de forma inequívoca, ciertamente no equivalen a una uniformidad total en los planos tanto sustantivo como procesal; de otro modo, ya no cabría en opinión del tal distinguido autor, hablar de vertientes o ramas de protección internacional de la persona humana.

Tal vez la más notoria distinción resida en el ámbito personal de aplicación –la legitimatio ad causam-, por cuanto el derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido el derecho de petición individual (titularidad de los individuos), que no encuentra paralelo en el derecho internacional humanitario ni en el derecho internacional de los refugiados. Pero esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias.

Y, aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La práctica internacional se encuentra repleta de casos de operación simultánea o concomitante de órganos que pertenecen a los tres sistemas de protección. En el plano sustantivo o normativo, la interacción es manifiesta. Se pueden recordar varios ejemplos. El famoso artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, v.g., recoge derechos humanos básicos, aplicables en tiempos tanto de conflictos armados como de paz. Del mismo modo, determinadas garantías fundamentales de la persona humana se encuentran consagradas en los dos Protocolos Adicionales de 1977 a las Convenciones de Ginebra (Protocolo I, artículo 75, y Protocolo II, artículo 4-6).

En la misma línea de pensamiento, Cancado Trindade sostiene es hoy ampliamente reconocida la interrelación entre el problema de los refugiados, a partir de sus causas principales (las violaciones de derechos humanos), y, en etapas sucesivas, los derechos humanos: así, deben éstos últimos respetarse antes del proceso de solicitud de asilo o refugio; durante el mismo y después de él. Del mismo modo, preceptos del derecho de

[35] Cançado Trindade, Antônio Augusto, "Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario", en Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, San José de Costa Rica, Editorama, 2005, p. 140.

los refugiados se aplican también en el dominio de los derechos humanos, como es el caso del principio de no devolución (Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, artículo 33; Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, artículo 3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22).

Es incuestionable que hay aquí un propósito común, el de la salvaguardia del ser humano. Ni el derecho internacional humanitario, ni el derecho internacional de los refugiados, excluyen la aplicación concomitante de las normas básicas del derecho internacional de los derechos humanos. Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana.

8.16. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Es fundamento de los derechos humanos la dignidad humana, a través de cual entendemos que todas las personas nacen libres e iguales. Entendemos a la libertad como la capacidad de las personas para decidir, en los diferentes ámbitos de su vida, lo que mejor convenga al desarrollo de su de proyecto vida. Las personas tienen la libertad de ejercer sus derechos de diferentes maneras ya sea activa o pasivamente. Entendemos a la igualdad como la posibilidad de cada persona para ejercer sus derechos en consideración a sus particulares necesidades y caracterís¬ticas. En suma, todas las personas debemos tener las mismas posibilidades de ejercer nuestros derechos[36].

El principio fundacional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es que los derechos humanos no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana. En ese orden de ideas, las personas en el contexto de la búsqueda de refugio tienen derecho al respeto y garantía de sus derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos constituye el marco general en el que se inscriben las disposiciones del derecho de los refugiados. Los refugiados disfrutan de dos conjuntos de derechos parcialmente convergentes: los derechos que se les conceden como personas y que se garantizan en aplicación de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho nacional, así como los derechos específicos relacionados con su estatuto de refugiados.

En el análisis de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, a nivel universal y regional, Zlata Drnas de Clément nos enseña que todos los convenios

[36]Guía de Derechos Humanos y Movilidad Humana. `www.flacsoandes.edu.ec`

universales y regionales generales de derechos humanos contienen como derechos de base a la no discriminación y a la igualdad, y que el propio Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, en su artículo 5, señala que ninguna disposición de la Convención podrá interpretarse en menoscabo de otros derechos y beneficios independientes de la Convención. Entre ellos, están los consagrados en el **sistema universal de protección de los derechos humanos**.

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos** 1948 consagra el derecho a "buscar" asilo y "disfrutar" de él. El artículo 14 de la Declaración Universal establece el derecho de asilo como un derecho humano universal, y el texto preceptúa lo siguiente: 1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y disfrutar de él, en cualquier país; 2. 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 "**Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**", en su artículo 14, establece que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente.

El artículo 3 del "**Protocolo n° 4 de 1963 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales**", establece que nadie podrá ser expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional, ni verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.

La "**Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes**" de 1984 consagra en su art. 3.1, de modo absoluto, sin condicionamientos, el non-refoulement, a diferencia de los acuerdos regionales, que exigen que la protección esté ligada al temor de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia de una persona a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. Además, no contiene causa alguna de suspensión de la obligación de no devolución.

La "**Convención sobre los Derechos del Niño**" de 1990, en la que son partes casi todos los Estados del mundo, se aplica a todos los niños sin discriminación, incluidos los niños refugiados y solicitantes de asilo. La Convención estipula específicamente que cada niño que solicita la condición de refugiado debe beneficiarse de protección y

asistencia humanitaria en el disfrute de los derechos enunciados en esta Convención y en otros tratados en el que el Estado es parte.

8.17. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos fue lanzado formalmente con la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948 bajo la Carta Orgánica de la Organización de Estados Americanos ("OEA"), del mismo año. El SIDH asimismo se conforma con otros instrumentos interamericanos de derechos humanos, incluyendo la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y sus protocolos, así como también las convenciones sobre temas especializados, como la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985; el protocolo Adicional a la CADH de 1988 en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ("Protocolo de San Salvador"); la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994; y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer de 1994 ("Convención de Belem do Para")[37].

En el plano orgánico el SIDH se conforma con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El rol principal de la Comisión es promover la observancia y protección de derechos humanos y servir como órgano asesor de la OEA. La Comisión posee competencias con dimensiones políticas, bajo las cuales puede realizar visitas in loco; mantener audiencias temáticas o por país; establecer relatorías especiales; e informar sus opiniones sobre la situación de los derechos humanos en los Estados Miembro. Adicionalmente, desempeña funciones con una dimensión cuasi-judicial, bajo la cual recibe denuncias sobre violaciones de derechos humanos. Los derechos humanos protegidos por la Comisión, y por lo tanto elegibles para que los individuos peticionen su protección, son aquellos enumerados en la Declaración Americana. Adicionalmente, los Estados que han ratificado la Convención Americana están obligados a respetar los derechos humanos ahí garantizados y, de este modo, estos derechos también son monitoreados por la Comisión.

La Corte posee dos funciones primarias: decisoria y asesora. Su función decisoria es el mecanismo por medio del cual la Corte determina si un Estado parte de la CADH ha incurrido en responsabilidad internacional por causa de la violación de cualquiera

[37] "Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica"; Martín Lettieri, Editor; Víctor Abramovich ... Serie de derechos humanos.- Ediciones de la UNLa.

de los derechos contenidos en la Declaración y/o la CADH. En su función asesora la Corte responde consultas de los Estados Miembro de la OEA o de alguno de sus órganos, referidas a asuntos que surgen de la aplicación de la Convención Americana o la Declaración, de otros instrumentos internacionales y de las leyes nacionales. La jurisdicción de la Corte es limitada: solo puede conocer causas donde el Estado involucrado ha ratificado la CADH y ha aceptado su jurisdicción opcional[38].

Entre los instrumentos del Sistema Interamericano, la "**Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre**" incluye el derecho de asilo en su artículo XXVII: Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales.

La "**Convención Americana sobre Derechos Humanos**" de 1969 consagra el derecho de no expulsión, el derecho de buscar y recibir asilo. El artículo 22.7 (libertad de movimiento) de la Convención Americana incluye el derecho de asilo: Toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución por delitos políticos o comunes conexos con los políticos y de acuerdo con la legislación de cada estado y con los convenios internacionales. En el artículo 22.8. dispone que, en ningún caso, el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no el de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de su raza, religión, nacionalidad, condición social o de sus opiniones políticas. El artículo 22.9 prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. El art. 22.3 establece que el ejercicio de los derechos no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

La "**Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura**" declara en su artículo 13.4: que no se concederá la extradición ni se procederá a la devolución de la persona requerida cuando haya presunción fundada de que corre peligro su vida, de que será sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, o de que será juzgada por tribunales de excepción o ad hoc en el Estado requirente.

En cuanto a los órganos de protección del Sistema Interamericano, la "**Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)**, ha interpretado que el

[38] "Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica"; Martín Lettieri, Editor; Víctor Abramovich ... Serie de derechos humanos.- Ediciones de la UNLa.

artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre, establece un doble requisito, ya que el ejercicio de este derecho debe hacerse "de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales". Respecto de los "convenios internacionales" que el articulo menciona, la Comisión ha indicado que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967 constituyen unos de los instrumentos a que refiere la formula.

La Comisión ha abordado también el tema de la no devolución, tanto en la emisión de decisiones de fondo como en la concesión de varias medidas cautelares. En primer lugar la Comisión ha destacado el carácter de ius cogens de este principio, se ha referido al artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 en relación con su interpretación y ha reiterado que no establece ninguna limitación geográfica a su existencia enfatizando el carácter extra-territorial de la no devolución; y ha solicitado que los Estados respeten los derechos a un debido proceso en las solicitudes de asilo, incluyendo el derecho a la no devolución y el derecho a un proceso de determinación de asilo (incluyendo una audiencia), aun cuando el caso este siendo examinado. La Comisión ha indicado además, que aun cuando una persona no reúna las condiciones de refugiado o sea considerada como un peligro para la seguridad de un país, no podría ser trasladada a otro país si, una vez allí, su vida o libertad personal se encontrarían en peligro a causa de su raza, nacionalidad.

La "**Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH)**" trató el tema de los Refugiados y Migrantes en varias oportunidades. Así, la OC 18/03 sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados de 17 de septiembre de 2003, a más de consagrar los derechos de igualdad y no discriminación, establece que "las políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos"; que "las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables".

Asimismo, observa que "existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra". Agrega que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral, si bien reconoce que no hay obligación de brindar trabajo a los migrantes indocumentados.

La Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional de 19 de agosto de 2014 señala que el asilo asumió la figura del refugiado, implicando un

cambio para la tradición latinoamericana. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse, en principio, si redunda en el "interés superior" del niño por lo que se encuentra prohibido cuando produce un 'riesgo razonable' de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño.

Varios casos contenciosos se ocupan del tema, vg: **Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**, sentencia de 23 de noviembre de 2010 en el que la Corte establece que los Estados tienen facultad de fijar políticas migratorias, pero deben respetar los derechos humanos. Más adelante señala que "sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes". La Corte enfatiza la vulnerabilidad de los migrantes en condición irregular y su constante exposición a violaciones potenciales o reales de sus derechos fundamentales, sosteniendo que los Estados deben garantizar y respetar sus derechos humanos, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.

En el **Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas**, sentencia de 25 de noviembre de 2013, la Corte establece que la prohibición de devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo y que ese principio constituye norma consuetudinaria de Derecho Internacional.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte la petición respecto del Estado de Bolivia, refiriendo la devolución de la familia Pacheco Tineo desde ese Estado al Estado del Perú, como consecuencia del rechazo de una solicitud de reconocimiento de la condición de refugiados en Bolivia, alegando que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado fue denegada de manera sumaria y en violación de varias garantías de debido proceso, luego de lo cual los miembros de la familia fueron expulsados al Perú. La Corte declara al Estado de Bolivia responsable por la violaciones del derecho a la integridad física, psíquica y moral (artículo 5.1), derecho a las garantías judiciales (artículo 8), derecho a la protección de la familia y los derechos de las niñas y los niños (artículos 17 y 19), derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7), del principio de no devolución (artículo 22.8) y al derecho a la protección judicial (artículo 25) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como resultado de la violación al derecho a buscar y recibir asilo, al principio de no devolución y al derecho a las garantías judiciales, la Corte ordenó al Estado de Bolivia implementar programas

de capacitación permanentes dirigidos a los funcionarios de la Dirección Nacional de Migración y la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE), así como para otros funcionarios que en razón de sus funciones tengan contacto con personas migrantes o solicitantes de asilo.

En esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala tres aspectos. Primero, la aplicación de los criterios establecidos en decisiones previas sobre las garantías en caso de expulsión de extranjeros y su relación con el principio de no devolución. Segundo, la consideración que hace la Corte por primera vez sobre el derecho a buscar y recibir asilo reconocido convencionalmente. Tercero, la atención que se presta a la especial protección de la que es merecedora la niñez migrante, tanto en relación con la expulsión del territorio del Estado como en relación con el derecho al asilo, en vistas a la protección de su interés superior[39].

En el caso, la Corte halló que del conjunto de infracciones procedimentales; falta de notificación de la apertura del procedimiento de expulsión y de los cargos bajo el régimen migratorio; falta de audiencia de los interesados; falta de motivación de la decisión de expulsión y del país de destino elegido para ejecutarla; el plazo irrazonablemente corto en el que la decisión fue adoptada y ejecutada) y de la falta de consideración de los riesgos que implicaba la devolución se colegía una violación del derecho a buscar y recibir asilo (artículo 22.7 de la CADH) y el principio de no devolución (artículo 22.8), en relación con los principios del debido proceso (artículo 8). Además, existía violación del derecho a la efectiva protección judicial (artículo 25), ya que por las circunstancias del caso los recursos teóricamente existentes no resultaban efectivos.

Uno de los aspectos más importantes de esta sentencia es que la Corte se refirió por primera vez, en forma directa, a la institución del asilo. Dos cuestiones resultaban tradicionalmente controvertidas en el contexto del sistema interamericano. La primera era si las garantías de los artículos 8 y 25 eran también aplicables a los procedimientos de asilo. La Corte dio una respuesta positiva. La segunda era si la obtención del asilo es un verdadero derecho. Al respecto la Corte deja la decisión sobre el fondo de la solicitud de asilo en manos del Estado, sugiriendo así que lo único que exige el régimen interamericano es que la solicitud sea considerada bajo las debidas garantías, no que el asilo sea efectivamente otorgado.

Para la Corte, el artículo 19 de la CADH establece una obligación a cargo del Estado

[39]Fernando Arlettaz; Universidad de Zaragoza, España-UNISANGIL, Colombia; Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza – " El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo" anuario de derechos humanos, issn 0718-2058 no. 11, 2015 pp. 85-94

de respetar y asegurar los derechos reconocidos a los niños en otros instrumentos internacionales aplicables. En lo que aquí interesa, los niños habrían debido ser escuchados tanto en relación con la solicitud de refugio como en el contexto del procedimiento de expulsión. En cuanto a la solicitud de refugio, la Corte dijo que los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas para proteger su superior interés, tanto si son ellos mismos solicitantes de asilo como si el solicitante de asilo es uno de los miembros de su familia y ellos se ven indirectamente beneficiados en razón del principio de unidad familiar.

El principio general es que los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de los niños, de modo que su protección y desarrollo integral deben primar por sobre cualquier consideración de nacionalidad o estatus migratorio[40].

De conformidad con el artículo 29 de la Convención (ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad reconocida en otra convención en que sea parte el Estado), la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR.

Así, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos.

8.18. Derecho Internacional Humanitario

De conformidad con el derecho internacional humanitario, conjunto de normas de origen convencional o consuetudinario, que se aplica en caso de conflictos armados de tipo internacional o de tipo interno, buscando regular los medios y métodos

[40]Fernando Arlettaz; Universidad de Zaragoza, España-UNISANGIL, Colombia; Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza – " El caso Familia Pacheco Tineo: expulsión de extranjeros, niñez migrante y asilo" anuario de derechos humanos, issn 0718-2058 no. 11, 2015 pp. 85-94

de combate y mitigar las consecuencias para los que son víctimas de los mismos (población civil, prisioneros de guerra), las víctimas de conflictos armados, sean o no desplazadas, deben ser respetadas y protegidas contra los efectos de la guerra, y deben beneficiarse de una asistencia imparcial.

Swinarski[41] en su "Introducción al Derecho Internacional Humanitario" lo define como el cuerpo de normas internacionales de origen convencional y consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados internacionales o no internacionales y que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra o que protege a las personas y los bienes afectados o que pueden estar afectados por el conflicto".

Sin lugar a dudas podemos afirmar que el objetivo primordial del Derecho Internacional Humanitario "es la protección de la persona, por razones de humanidad, durante los conflictos armados, internacionales o internos. Esta rama del derecho internacional ha sido dividido en dos grandes ramas llamadas "Derecho de Ginebra" y "Derecho de La Haya", sin que esto signifique que sean opuestas una con respecto a la otra, sino por el contrario, se interrelacionan y complementan recíprocamente. El Derecho de Ginebra está dirigido fundamentalmente a "la protección internacional de las víctimas de los conflictos armados y su fuente se encuentra en el proceso de evolución iniciado con el Convenio de Ginebra de 1864. Pero sus fuentes convencionales son hoy los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos Adicionales de 1977." En tanto que el Derecho de La Haya está "dirigido a la limitación de los medios y los métodos de combate," en otras palabras, limita la guerra, al determinar las armas que pueden utilizarse, los métodos y la forma.

En las situaciones específicas previstas por el Derecho Internacional Humanitario, "las personas a que éste aplica gozan, ab initio de las garantías propias del Derecho Humanitario, sin perjuicio de que, subsidiariamente, estas mismas personas estén asimismo protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se mantiene en vigor"[42]. El Derecho Internacional Humanitario es una rama paralela y al mismo tiempo complementaria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que ambos persiguen el mismo fin: "la protección internacional de la persona humana" en su integridad y en sus derechos básicos".

El IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (1949) contiene un artículo específicamente dedicado a los

[41] Christophe Swinarski, Asesor Jurídico del Comité Internacional de la Cruz Roja

[42] Gros Espiell, Héctor. Derechos humanos, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los refugiados. p. 240.

refugiados y los desplazados internos (art. 44).

El Protocolo adicional I (1977) estipula que los refugiados serán protegidos en el sentido de los Títulos I y III del IV Convenio.

Conflicto y persecución pueden ir aparejados: de hecho, la guerra puede ser el método que utiliza el agente de persecución para ejercer una represión o eliminar a ciertos grupos. En los más de los casos, las personas que escapan de un conflicto armado corresponden a los grupos definidos en la Convención de 1951. Esto significa, que además de estar confrontadas con una guerra, temen con razón de ser perseguidas por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a cierto grupo social u opiniones políticas. Las personas que huyeron de la "limpieza étnica" en ex Yugoslavia o del genocidio de Ruanda, por ejemplo, intentaban escapar de una persecución fundada en uno de los motivos enunciados en la Convención; el medio de persecución utilizado era la propia guerra. Se trata de ejemplos de persecución en gran escala llevada a cabo paralelamente a una campaña militar o en el marco de la misma. En caso de conflicto armado, las personas pueden ser objeto de persecuciones por los motivos a que se alude en la Convención de 1951.

Los que huyen de un conflicto armado no siempre son reconocidos como refugiados en los países de asilo, que no aplican la definición más amplia de refugiado consagrada en la Convención de la OUA y en la Declaración de Cartagena. No obstante, en la práctica, se reconoce que toda persona que huye de una guerra no puede ser devuelta a su país de origen. La mayoría de los Estados les otorga algún tipo de permiso para permanecer en el territorio, en aplicación de la legislación nacional o de una decisión administrativa.

Es preciso tener presente, además, que en casos de conflicto armado, la aplicación del Derecho Internacional Humanitario no excluye necesariamente la aplicación de las normas generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La persona humana puede considerarse protegida por ambos sistemas de normas. En las situaciones no reguladas por el Derecho Internacional Humanitario, todos los seres humanos están amparados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin perjuicio de que "en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación", como pueden ser los casos de conflicto armado interno o internacional, pueda suspenderse, "en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación", la obligación de garantizar el ejercicio de ciertos derechos.

Pero este régimen excepcional no habrá de permitir nunca la suspensión del deber de todo Estado de respetar siempre, por ejemplo, el derecho a la vida, de no aplicar torturas, penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes, de no

permitir la esclavitud o la servidumbre y de reconocer a todo ser humano su personalidad jurídica. Estos derechos absolutamente fundamentales e inderogables, que deben respetarse siempre, en cualquier situación o circunstancia, constituyen el núcleo esencial del respeto de los derechos humanos. Son verdaderos casos, en el mundo actual, de jus cogens, expresión de un principio imperativo aceptado por la Comunidad Internacional en su conjunto, cuya violación apareja la nulidad del acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, que infrinja ese principio imperativo.

En las situaciones específicas previstas por el Derecho Internacional Humanitario, las personas a que éste se aplica gozan, ab initio de las garantías propias del Derecho Humanitario, sin perjuicio de que, subsidiariamente, estas mismas personas estén asimismo protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se mantiene en vigor, en esas situaciones, también para los individuos que ratione personae, no estuvieran protegidos expresamente por el Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho Internacional de los Refugiados, posee, sin duda, caracteres especiales y requiere medios de aplicación específicos que suponen procedimientos y órganos propios. Pero los principios en que se fundamenta son principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque algunos de ellos, como el de no devolución, de esencial importancia en el caso de los refugiados, deben considerarse obligatorios con especial fuerza en el caso de los refugiados, en cuanto principio reconocido por la Comunidad Internacional, y por tanto, aplicable a los refugiados no sólo entre los países partes en la Convención de 1951 y/o en el Protocolo de 1967.

Entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario. En primer término, hay una relación de causa efecto, porque las situaciones encaradas por el Derecho Internacional Humanitario (conflictos armados internos o internacionales y ocupación extranjera) pueden generar, y normalmente generan, desplazamientos humanos y afluencia de refugiados. En segundo lugar, porque estos refugiados o desplazados han estado protegidos por las Convenciones de Ginebra y/o por los Protocolos de 1977, pero al buscar refugio o al desplazarse hacia otros países, caen básicamente en el ámbito de aplicación del Derecho Internacional de Refugiados.

Es por eso que la diversidad de regímenes normativos, las diferencias terminológicas, la existencia de distintos órganos de aplicación y control y el reconocimiento de los caracteres particulares que individualizan a las tres ramas del Derecho Internacional a que nos hemos venido refiriendo, no deben hacer olvidar su unidad esencial. Esta unidad es la consecuencia de principios generales comunes y del hecho de que la defensa, garantías y protección de los derechos del hombre, con carácter general o

ante situaciones específicas que requieren un tratamiento especial, fundamentan la existencia de todas ellas. El Derecho Internacional de hoy, en un enfoque común y global, aunque por medios y procedimientos diferentes según los casos, a través del Derecho Internacional de los derechos humanos strictu sensu, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados, busca asegurar en todo momento y en toda situación la vigencia efectiva de los derechos del hombre.

8.19. El Derecho Internacional de los Refugiados

El derecho de los refugiados puede identificarse como un sistema jurídico autónomo de protección de una categoría especial de personas desde mediados del siglo XX, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la firma de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Como sistema jurídico de protección de una categoría especial de personas, el derecho de los refugiados se ha construido de la mano de los avances que han tenido otras áreas del derecho internacional, como el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. Sin embargo, el derecho de los refugiados no pertenece a ninguna de estas dos otras áreas, pues presenta características que lo determinan como un modelo regulatorio autónomo[43].

En primer lugar, el derecho de los refugiados no forma parte del sistema de protección establecido por el derecho internacional humanitario. Si así lo fuera, para poder reconocer el estatuto de refugiado a una persona, sería necesario que la persecución se diese exclusivamente en el contexto de un conflicto armado, pues el derecho humanitario comprende todas las normas diseñadas para proteger a las personas en un conflicto de este tipo, requisito que ni en los términos de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, ni en su Protocolo de 1967 y menos aún en las interpretaciones realizadas por Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) de la definición de refugiado, es exigido.

Por otra parte, y sin perjuicio de que los aportes de esta rama del derecho al sistema de protección de los refugiados son indudables, el derecho de los refugiados tampoco pertenece al derecho internacional de los derechos humanos. De pertenecer a esta rama, y según su lógica, el estándar de prueba para determinar el temor fundado a la persecución se elevaría y exigiría además, para poder hacer efectivo el derecho a refugio frente a otro Estado, la violación efectiva de algún derecho humano, así

[43] Paula Javiera Badilla Aceituno; Análisis del derecho de los refugiados en Chile y la Ley 20.430 a la luz del Derecho Internacional; Pontificia Universidad Católica de Chile - Facultad de Derecho.

como el requisito de agotamiento de recursos internos, presente en todo el sistema de protección de los derechos humanos, lo que vulneraría las bases mismas del sistema de protección a los refugiados que por regla general, se construye desde la premisa de la falta de protección que la persona sufre en su propio país y, en particular, a manos de los órganos de los poderes del Estado.

Así, el derecho de los refugiados constituye un sistema distinto de protección de un sujeto particular: el que tiene fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. No obstante, como se dijera al principio de este punto, el desarrollo de estas tres áreas del derecho internacional se dio de forma paralela, y existen al menos tres convergencias entre ellas: primero, la identidad de propósito, que consiste en la protección de la persona humana; segundo, la convergencia normativa, que permite la aplicación de varios de los Tratados Internacionales de estas áreas a una misma situación; y, en tercer lugar, la convergencia operativa, que se da principalmente en terreno por parte de las agencias de organismos internacionales que tienen como misión velar por el cumplimiento de estas normas, como es el caso de la ACNUR y el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Origen del Derecho internacional de Refugiados

El derecho internacional de refugiados se compone de un conjunto de normas que regulan la protección que los Estados deben proporcionar a aquellas personas que tienen un temor fundado de persecución en su Estado de origen y que se han visto forzadas a huir de su territorio.

Su principal objeto es suplir la falta de protección del Estado de origen del refugiado, en cuyo territorio teme ser perseguido, teniendo en consideración la especial condición de vulnerabilidad en que se encuentra. A su vez, el establecimiento de este tipo de normas busca regular la carga que significa para los Estados acoger a las personas desplazadas, restringiendo la protección a quienes cumplan con los requisitos previamente definidos.

En su exhaustiva obra, a la que me remito, María Eugenia Moreira Ceballos[44], nos dice que hasta antes del siglo XX, no existía mayor preocupación a nivel internacional por establecer normas u obligaciones relativas a la protección de los refugiados, dado que el otorgar asilo a las personas perseguidas no era un acto que los Estados percibieran como una carga y más bien, se concebía como un derecho de los Estados,

[44]María Eugenia Moreira Ceballos; Profesor Guía: Ximena Fuentes Torrijos; La determinación de la condición de refugiado en el derecho internacional.- Universidad de Chile.- Facultad de Derecho-Departamento de Derecho Internacional.-

como una manifestación propia de su soberanía y fuente de enriquecimiento cultural y material.

Concuerda con distintos autores, que el derecho internacional de refugiados propiamente como tal surge en Europa al finalizar la Primera Guerra Mundial, como consecuencia del éxodo masivo al fin de la primera guerra mundial, que aceleró la caída de estos imperios multiétnicos, que se convirtieron en pequeños Estados más homogéneos, lo que provocó la huida de millones de personas que fueron privadas de su ciudadanía en los nuevos estados por motivos de idioma, etnia o afiliación religiosa, debiendo emigrar hacia otros territorios.

Este desplazamiento coincidió con la proliferación de normas de carácter proteccionistas y mecanismos de control creados por los nuevos Estados europeos con el objeto de frenar la llegada de inmigrantes y proteger el bienestar de los nacionales. En este contexto, muchas personas que fueron forzadas a emigrar de sus países de origen, debieron entrar al territorio de otros países en la clandestinidad, atendido que no contaban con la documentación necesaria de su país de origen para poder ser admitidos en el territorio de otro Estado.

A su vez, las personas desplazadas se veían privadas de solicitar la protección diplomática que regularmente se le otorgaba a los nacionales de un Estado en el extranjero. Esto, porque a quienes lograban huir de estas situaciones de persecución, se les había cancelado expresamente la nacionalidad en su país de origen o porque en la práctica, el Estado del que eran nacionales se negaba o no era capaz de entregarles la debida protección tanto dentro como fuera de su territorio. De esta manera, el refugiado que lograba huir de su Estado de origen, se transformaba en "un extranjero en cualquier lugar", situándose en una especial condición de vulnerabilidad y desprotección.

Además, el enorme flujo de refugiados se convirtió en una importante fuente de tensión entre los Estados al exceder la capacidad de estos y de las organizaciones humanitarias de la época para hacerle frente y entregarles un mínimo para su subsistencia en el país de acogida. En este contexto, los Estados acordaron crear los primeros instrumentos de protección a los refugiados a nivel internacional, a fin de poder aunar esfuerzos para contener los problemas que estos desplazamientos generaban.

Primeros Instrumentos y Órganos del Derecho Internacional de Refugiados

Los primeros acuerdos que trataron el problema de los refugiados, surgieron al alero de la Liga de las Naciones, por iniciativa del Alto Comisionado para los Refugiados, a partir de 1922. Su objeto era facilitar la entrega de documentos de identidad y de

viaje a los refugiados rusos y armenios, turcos, asirios y asirio-caldeos, que debieron huir de la persecución, cuya documentación les había sido cancelada en sus países de origen, a fin de que pudiesen circular hacia los países de acogida, previendo los obstáculos que significaba para ellos no contar con documentación.

Las primeras normas del derecho internacional de refugiados fueron configuradas como una excepción humanitaria a las normas proteccionistas que establecían restricciones a la llegada de inmigrantes. De esta manera, estos instrumentos permitieron regular el estatuto jurídico de ciertos refugiados en los Estados de acogida, calificados con parámetros objetivos y de fácil determinación, a fin de asegurarles el ejercicio de ciertos derechos básicos, atendida la anómala condición en que se encontraban, al carecer de la protección de su Estado de origen.

Todos los acuerdos relativos a la protección los refugiados que se crearon en este periodo se caracterizaron por ser una construcción jurídica ad hoc y de excepción, que regulaba la protección de grupos de personas perseguidas de nacionalidades determinadas y en un contexto bélico especial.

El primero de estos instrumentos fue el **Acuerdo de 5 de julio de 1922 relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos**, completado por el **Acuerdo provisional de 12 de mayo de 1926**, que define con mayor precisión el concepto de refugiado. Ambos instrumentos regulaban la entrega de documentos de identidad y de visas especiales para los nacionales rusos y armenios que habían dejado de tener la protección de sus Estados de origen.

Poco tiempo después, se celebró el **Acuerdo relativo al Estatus legal de Refugiados Rusos y Armenios de 30 de junio de 1928**, que contiene normas relativas al estatuto personal de los refugiados, se establece la excepción de reciprocidad respecto de ellos, y recomendaciones para evitar expulsarlos cuando no se encuentren en condiciones de entrar en un país vecino de manera regular.

Posteriormente, en **1933, se crea la Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados**, la que por primera vez establece obligaciones para los Estados relativas a la protección de los refugiados y no meras recomendaciones como los acuerdos anteriores. Este instrumento fue el primero en establecer la obligación de no devolución de los refugiados. También reguló el ejercicio de otros derechos sociales y económicos y estableció la excepción de reciprocidad.

Poco tiempo después, **en 1938, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados procedentes de Alemania**, amplió la protección otorgada por la Convención de 1933, incorporando a las personas perseguidas por el régimen nazi. Pese

al aporte que significaron estos los instrumentos revisados, al definir con mayor claridad las obligaciones en materia de protección a los refugiados, tanto la Convención de1933 como la de 1938 gozaron de muy poca adhesión de los Estados y resultaron insuficientes para dar solución al problema generado por el desplazamiento forzado en Europa.

Con el objeto de hacer operativas las disposiciones de estos instrumentos, se crearon también distintos órganos de carácter internacional, a los que se les encomendó otorgar los documentos de identidad contemplados en los acuerdos a los refugiados y facilitar su entrada en los países de acogida. Así, en **1921, la Liga de las Naciones crea el cargo de Alto Comisionado para los Refugiados**, nombrándose a Fridjoff Nansen, explorador, científico y diplomático noruego, quien había demostrado anteriormente una especial preocupación por la situación de los desplazados, desempeñando un papel activo, promoviendo su acogida en los Estados europeos. Al Alto Comisionado se le encargó la tarea de organizar la repatriación y prestar ayuda a los refugiados provenientes principalmente de Rusia, al finalizar la primera guerra mundial. Al finalizar su mandato, se creó la Oficina Internacional Nansen, que opera entre 1931 y 1938 y posteriormente el **Alto Comisionado para los refugiados provenientes de Alemania** por el período de 1933 a 1938.

Años más tarde, al agudizarse el problema de los refugiados en el contexto de la segunda guerra mundial, los Estados estimaron necesario crear nuevos órganos de protección a los que se encomendaron nuevas funciones. Así, en 1938, se crea el Comité Intergubernamental de Refugiados dedicado a buscar alternativas de reasentamiento y en **1943 la Administración de ayuda y rehabilitación de las Naciones Unidas**, cuyo mandato se concentró en promover y favorecer la repatriación de los refugiados hacia sus países de origen. A su vez, luego de finalizada la segunda guerra mundial, **en 1946, se crea la Organización Internacional para los Refugiados**, financiada en gran parte por Estados Unidos, organismo que se hace cargo principalmente de la relocalización de más de un millón de desplazados fuera del continente europeo, con un mandato de duración limitado hasta 1950.

Pese a todos los esfuerzos desplegados, las medidas adoptadas fueron insuficientes para contener el problema de los refugiados en la región, al finalizar la segunda guerra mundial. Así, al terminar el mandato de la Organización Internacional de Refugiados, comenzó a discutirse entre los países aliados la creación de un nuevo sistema de protección a los refugiados, más amplio y efectivo. En un principio, Estados Unidos se opuso a la creación de un nuevo órgano internacional de protección, por los altos costos que implicaría su establecimiento y por la inversión en que ya había incurrido este país para hacer operativa la Organización Internacional de Refugiados, pero

finalmente primó la postura de la mayoría de los países de Europa occidental, que insistían en la creación de un órgano independiente que les permitiera, compartir la carga de acoger a los solicitantes de refugio con la comunidad internacional.

En este contexto, en diciembre de 1949, se aprueba finalmente por la Asamblea General de Naciones Unidas la creación de la **Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR)**, como un órgano dependiente de la Asamblea General de las Naciones Unidas y en 1951, se celebra la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas, convocada por la Asamblea General, en la que se adopta la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

Ambos instrumentos constituyen hasta hoy el eje central en torno al cual se estructura el derecho internacional de refugiados vigente. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados como un anexo a la Resolución Nº 428 que crea este organismo, el 14 de diciembre de 1950.

Las Naciones Unidas y los refugiados

Durante todo el siglo XX la violencia paso a ser el factor principal de instigación a la salida involuntaria de los lugares de origen. Dos guerras mundiales y unos 130 conflictos armados desde 1945 han dado lugar a millones de desplazamientos y éxodos en masa en todo el mundo. Quienes redactaron la Carta de las Naciones Unidas tuvieron en cuenta los dolorosos recuerdos de violencia generalizada y sufrimientos masivos y pidieron a sus signatarios que preservaran .ª las generaciones venideras del flagelo de la guerra". Pidieron a las Naciones Unidas que contribuyeran a realizar la çooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitarioz a desarrollar y estimular el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión". Una de las primeras cuestiones tratadas en el programa de las Naciones Unidas fue el destino de los refugiados, las personas desplazadas, los apátridas y los repatriados", todos ellos desarraigados por la guerra y necesitados de asistencia.

En su segundo período de sesiones, celebrado a fines de 1946, la Asamblea General creó la **Organización Internacional de Refugiados**, que asumió las tareas de la Administración de Socorro y Rehabilitación de las Naciones Unidas (ASRNU) y recibió el mandato provisional de inscribir, proteger, reasentar y repatriar a los refugiados. Los refugiados procedían de unos 130 países, principalmente de Europa oriental. Entre julio de 1947 y enero de 1952 la Organización Internacional de Refugiados ayudó a reasentar a más de un millón de refugiados en terceros países,

repatrió a 73.000 e hizo gestiones en favor de 410.000 que permanecieron desplazados en sus países de origen.

Como consecuencia de las tensiones políticas de la posguerra, las operaciones de la Organización Internacional de Refugiados fueron discutibles y no contaron con una financiación adecuada. Sólo 18 de los 54 Estados miembros contribuían al presupuesto de la Organización. Además, el costo de financiación de las operaciones aumentó rápidamente y para 1951 había alcanzado los 400 millones de dólares. Pronto se hizo evidente que la responsabilidad de atender a los refugiados merecía un mayor esfuerzo internacional con los auspicios de las propias Naciones Unidas. En consecuencia, mucho antes de expirar el mandato de la Organización Internacional de Refugiados se iniciaron conversaciones sobre el establecimiento de una organización quela sucediera.

Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR)

El 3 de diciembre de 1949, la Asamblea General de la ONU, ante la imposibilidad de lidiar con el creciente número de refugiados, y considerando que el problema de los refugiados tiene alcance y carácter internacionales y que su solución definitiva sólo puede encontrarse en la repatriación voluntaria de los refugiados o en su asimilación en las nuevas comunidades nacionales, decide crear la Oficina del Alto Comisionado para los Refugiados (ACNUR), la que –conforme a la resolución 428 de la misma Asamblea– tendrá como principal función proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el Estatuto, y de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados, ayudando a los gobiernos y, con sujeción a la aprobación de los gobiernos interesados, a las organizaciones privadas, a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales.

Respecto de la competencia de la ACNUR, ésta está determinada en el Estatuto en relación a las personas que busca proteger. El artículo 6 de dicho cuerpo legal, determina que: "El Alto Comisionado tendrá competencia respecto a:
A) i) Cualquier persona que haya sido considerada como refugiado en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados; ii) Cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera acogerse a la protección de ese país o que

por carecer de nacionalidad y estar fuera del país donde antes tenía su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores o de razones que no sean de mera conveniencia personal, no quiera regresar a él. B) Cualquier otra persona que se halle fuera del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, fuera del país en el cual tenía su residencia habitual, por tener o haber tenido temores fundados de ser víctima de persecuciones por motivos de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, y no pueda o, debido a ese temor, no quiera acogerse a la protección del gobierno del país de su nacionalidad o, si carece de nacionalidad, no quiera regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

De conformidad con el artículo 1 del Estatuto de la Oficina, la función principal del Alto Comisionado es proporcionar protección internacional a los refugiados y buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados ayudando a los gobiernos a facilitar la repatriación voluntaria de tales refugiados por su asimilación en nuevas comunidades nacionales. La función del Alto Comisionado se califica de carácter .enteramente apolíticoƶ "humanitaria y social".

El Alto Comisionado cumple su función de protección de conformidad con el Estatuto, por los medios siguientes: A) promoviendo la conclusión y ratificación de convenios internacionales para proteger a los refugiados, vigilando su aplicación y proponiendo modificaciones a dichos convenios; B) promoviendo medidas destinadas a mejorar la situación de los refugiados y a reducir el número de los que requieren protección; C) asistiendo en los esfuerzos por fomentar la repatriación voluntaria de los refugiados o su asimilación en nuevas comunidades nacionales; D) promoviendo la admisión de refugiados en los territorios de los Estados; E) facilitando el traslado de los haberes de los refugiados; obteniendo de los gobiernos información acerca del número y la situación de los refugiados que se encuentran en sus territorios y de las leyes y reglamentos que les conciernen; F) manteniéndose en contacto permanente con los gobiernos y las organizaciones intergubernamentales interesadas; G) estableciendo contacto con las organizaciones privadas que se ocupen de cuestiones de refugiados; H) facilitando la coordinación de los esfuerzos privados.

El ACNUR trata de consolidar la reintegración de los repatriados en su país de origen, con el fin de evitar que nuevos movimientos de refugiados surjan a causa de situaciones inestables. Presta protección y asistencia a las personas de su competencia de manera imparcial, en función de sus necesidades y sin distinción de raza, religión, opinión política o género. Presta también una atención especial a las necesidades de los niños e intenta promover la igualdad de derechos de la mujer.

En sus esfuerzos por proteger a los refugiados y buscar soluciones duraderas, el

ACNUR colabora estrechamente con los gobiernos, organizaciones regionales, internacionales y no gubernamentales. La participación de los refugiados en las decisiones que atañen a su vida es un principio fundamental de la acción del Alto Comisionado.

8.20. Principales Instrumentos Jurídicos de Protección a Nivel Universal

Millones de personas están obligadas actualmente a huir de sus hogares como resultado de conflictos, discriminación sistemática u otras formas de persecución. Los instrumentos fundamentales que garantizan la protección internacional son la **Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967**.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 son la moderna representación legal de la antigua tradición universal de conceder asilo a quienes se encuentran en peligro y en riesgo. Ambos instrumentos reflejan un valor humano fundamental sobre el cual existe un consenso global, y son los primeros y únicos instrumentos de rango mundial que regulan específicamente el trato dado a quienes se ven forzados a abandonar sus hogares por una ruptura con su país de origen[45].

La **Convención de 1951**[46] marcó un hito en la elaboración de las normas relativas al trato debido a los refugiados. Este instrumento define los conceptos fundamentales del régimen de protección de los refugiados, del que sigue siendo hoy la piedra angular. Cuando se aprobó la Convención el 28 de julio de 1951, su objetivo era afrontar las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial en Europa, en un momento en que sin embargo comenzaba a intensificarse la guerra fría. La Convención se apoyaba en la firme voluntad de la comunidad mundial de velar por que no se repitieran los desplazamientos y el trauma causados por la persecución y la desolación de los años de guerra. No obstante, en los decenios posteriores el problema siguió agudizándose y hubo que aprobar el Protocolo de 1967 para ampliar el ámbito de aplicación de la Convención mientras el problema de los desplazamientos se propagaba por todo el

[45] Volker Türk y Frances Nicholson; "Protección de los refugiados en el derecho internacional: una perspectiva general.- en protección de los refugiados en el derecho internacional - consultas globales del Acnur sobre protección internacional; Editorial Icaria

[46] Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950 - Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43

mundo. En estos orígenes halla la Convención su índole abiertamente humanitaria, que garantiza la validez intrínseca de los conceptos fundamentales en ella contenidos[47].

8.21. La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados

La Convención de 1951 reconoce el alcance internacional del problema de los refugiados, y la necesidad de la cooperación internacional para su solución. Constituye la piedra angular del Derecho Internacional de los Refugiados.

La convención en cuestión adopta una definición de refugiado, reconoce el derecho de recibir protección a las personas cuyas circunstancias encuadren en la definición, les reconoce una serie de derechos vinculados con su estatuto personal, documentación, libertad de circulación, educación, salud, trabajo, acceso a la justicia, derechos de propiedad y asociación, además de establecer obligaciones para los Estados parte.

En su Preámbulo, las Partes Contratantes, consideraron que la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General, han afirmado el principio de que los seres humanos, sin distinción alguna deben gozar de los derechos y libertades fundamentales; que las Naciones Unidas han manifestado en diversas ocasiones su profundo interés por los refugiados y se han esforzado por asegurar a los refugiados el ejercicio más amplio posible de los derechos y libertades fundamentales; y que era conveniente revisar y codificar los acuerdos internacionales anteriores referentes al estatuto de los refugiados y ampliar mediante un nuevo acuerdo la aplicación de tales instrumentos y la protección que constituyen para los refugiados,

A los efectos de la Convención de 1951, el término refugiado"se aplicaba a toda persona: 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados; 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la

[47] Protección de los refugiados: guía sobre el derecho internacional de los refugiados; redactoras: Kate Jastram y Marilyn Achiron (Acnur) Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados - Unión Interparlamentaria

protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Las partes contratantes establecen que la Convención cesará de ser aplicable a toda persona que: 1) se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad, o 2) habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o 3) Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o 4) Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o 5) Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad; 6) Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

La Convención no se aplica a las personas que reciben protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados; a las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país; respecto de la cual existan motivos fundados para considerar: A) Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; B) Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiada; C) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas. Establece la convención que todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.

Los Estados Contratantes se comprometen a conceder a todo refugiado el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente a los extranjeros en iguales circunstancias, respecto a la adquisición de bienes muebles e inmuebles y otros derechos conexos, arriendos y otros contratos relativos a bienes muebles e inmuebles. En cuanto a la protección a la propiedad industrial, y en particular a inventos, dibujos y modelos le conceden a todo refugiado, en el país en que resida habitualmente, la misma protección concedida a los nacionales de tal país. En lo que respecta a las asociaciones no políticas ni lucrativas y a los sindicatos,

los Estados Contratantes les concederán a los refugiados que residan legalmente en el territorio de tales Estados el trato más favorable concedido en las mismas circunstancias a los nacionales de un país extranjero; y todo refugiado tendrá libre acceso a los tribunales de justicia.

Los Estados Contratantes se comprometen a no expulsar a refugiado alguno que se halle legalmente en el territorio de tales Estados, a no ser por razones de seguridad nacional o de orden público. La expulsión del refugiado únicamente se efectuará, en tal caso, en virtud de una decisión tomada conforme a los procedimientos legales vigentes. Asimismo ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas. Los Estados Contratantes facilitarán en todo lo posible la asimilación y la naturalización de los refugiados. Se esforzarán, en especial, por acelerar los trámites de naturalización y por reducir en todo lo posible derechos y gastos de tales trámites.

8.22. Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados

Tanto la visión que los países tenían respecto del problema de los refugiados, como la definición establecida en la Convención de 1951 que la reflejaba, fueron quedando rápidamente obsoletas ante el aumento constante de refugiados, principalmente por los procesos históricos vividos tanto en África como en Latinoamérica. Aun cuando los gobiernos eran generalmente liberales en la interpretación de los términos 'eventos ocurridos antes del 1 de Enero de 1951', la naturaleza limitante de esta fecha fue cada vez más aparente a medida que el tiempo avanzaba y que nuevas situaciones de refugiados aparecían. La mayoría de estos 'nuevos' refugiados no podían, incluso con una interpretación liberal de los términos, ser considerados como cubiertos por la Convención.

Además del problema que producía la limitación temporal, también se presentó la dicotomía existente entre la definición de refugiado de la Convención de 1951 y la del Estatuto de la ACNUR, en particular por la amplitud de esta última y la inexistencia de limitaciones temporales o geográficas, lo que permitía al Alto Comisionado actuar en razón de la persona y no de situaciones históricas o conflictos específicos. Ante esta situación, en el marco de la XXI Asamblea General de Naciones Unidas, el Tercer Comité (Social, Humanitario y Cultural) de la Asamblea estudió y aprobó el borrador del protocolo que luego fue aprobado por la Asamblea General y que comenzó a regir el año 1967, conocido como el Protocolo de Nueva York de 1967.

El Protocolo de 1967[48] es un instrumento independiente de la Convención de 1951, aunque íntegramente relacionado con ella. El Protocolo anula los límites geográficos y temporales contenidos en la definición de refugiado de la Convención. La Convención y el Protocolo cubren conjuntamente tres grandes temas: La definición del término refugiado, el estatuto jurídico de los refugiados en su país de asilo, y sus derechos y obligaciones, incluido el derecho de ser protegido contra una expulsión o devolución a un territorio donde su vida o su libertad peligre y las obligaciones de los Estados.

Los Estados Partes en el Protocolo, considerando que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra en 1951, sólo se aplicaba a los refugiados que habían pasado a tener tal condición como resultado de acontecimientos ocurridos antes del primero de enero de 1951, y considerando que habían surgido nuevas situaciones de refugiados desde que la Convención fue adoptada y que podían por consiguiente, no quedar comprendidos en el ámbito de la Convención de 1951convinieron que el término refugiado"denotará toda persona comprendida en la definición del artículo primero de la Convención sobre refugiados, pero que se darán por omitidas las palabras çomo resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951ƶ las palabras "... a consecuencia de tales acontecimientos"; y que Protocolo sería aplicado por los Estados Partes en el mismo sin ninguna limitación geográfica.

Así, con la eliminación de los límites geográficos y temporales contenidos en un principio por la Convención de 1951, se fundan sólidamente las bases del actual derecho de los refugiados, el que tiene como sustento tres instrumentos como pilares: La Convención de 1951, el Protocolo de 1967 y el Estatuto del ACNUR. Hoy, según estadísticas de este último organismo, más de 140 países son parte de la Convención de 1951, del Protocolo de 1967, y más de 145 estados son parte de ambos.

Los Estados Partes en el Protocolo se obligan también a cooperar en el ejercicio de sus funciones con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas que le sucediere; en especial en su tarea de vigilar la aplicación de las disposiciones del Protocolo; y que a fin de permitir a la Oficina del Alto Comisionado, o cualquier otro organismo de las Naciones Unidas, presentar los informes pertinentes se obligan a suministrarle en forma adecuada las informaciones y los datos estadísticos que soliciten acerca de: A) La condición de los refugiados; B) La ejecución del presente Protocolo; C) Las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entraren en vigor, concernientes a los refugiados; así como que se obligan a comunicar al Secretario General de las Naciones Unidas el

[48] Firmado en Nueva York el 31 de enero de 1967 - Entrada en vigor: 4 de octubre de 1967, de conformidad con el artículo VIII

texto de las leyes y los reglamentos que promulgaren para garantizar la aplicación del Protocolo.

Básicamente, el Convenio de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967, comprenden tres tipos de disposiciones: Primero, las que contienen la definición básica de quién es y quien no es un refugiado. Segundo, las que definen el estatuto jurídico de los refugiados, sus derechos y obligaciones en su país de acogida, y tercero, las disposiciones sobre la aplicación de los instrumentos desde los puntos de vista administrativo y diplomático.

Según la doctrina, posiblemente las garantías más elementales para el refugiado sean: A) la ausencia de sanción en caso de entrada irregular; B) las garantías de procedimiento y de fondo en caso de expulsión y C) la no devolución. Este trinomio se ha vuelto un verdadero rompecabezas para los Estados que vienen cerrando sus puertas a la migración económica irregular, fenómeno que ha propiciado un importante incremento de las denominadas solicitudes de asilo falsas, abusivas o fraudulentas, y ha significado para algunos expertos la crisis del modelo de protección jurídica del refugio.

8.23. Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes

El 19 de septiembre de 2016, la Asamblea General de las Naciones Unidas organizó una **Cumbre de Alto Nivel para Refugiados y Migrantes**[49] con el objetivo de mejorar la forma en que la comunidad internacional responde a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. En la Cumbre, todos los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas adoptaron en forma unánime la **Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (Resolución 71/1)**.

La Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes aborda las situaciones a las que se enfrentan los refugiados y los migrantes. Establece

[49] La Asamblea General de las Naciones Unidas acogió una reunión de alto nivel para analizar los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, con el fin de unir a los países en torno a un enfoque más humanitario y coordinado. Esta es la primera vez que la Asamblea General ha convocado una reunión a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno sobre los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, oportunidad histórica para elaborar un plan detallado que permita formular una mejor respuesta internacional. Se trata de un momento decisivo para reforzar la gobernanza de la migración internacional y una oportunidad única para crear un sistema más responsable y predecible de respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes. La jornada se celebró el lunes 19 de septiembre de 2016 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York

compromisos sólidos que se aplican por igual a los refugiados y a los migrantes (sobre temas como el racismo, xenofobia y trata de personas), así como compromisos distintos para los refugiados y para los migrantes. Además, la Declaración de Nueva York establece las bases para llevar a cabo nuevas acciones para mejorar la situación de los refugiados y migrantes al establecer un proceso para el desarrollo de dos "pactos mundiales", uno sobre refugiados y el otro para una migración segura, ordenada y regular, que se adoptarían a finales de 2018. Los Estados también se comprometieron a analizar el desarrollo de principios rectores no vinculantes para los migrantes en situaciones vulnerables.

La Declaración de Nueva York del 2016 es un hito para la solidaridad mundial y para la protección de las personas refugiadas en este momento donde ocurre un desplazamiento sin precedentes. El conjunto de compromisos, acordados por los Estados Miembros, reflejan el entendimiento de proteger a aquellas personas que se han visto forzadas a huir y apoyar a los países que las acogen, son responsabilidades compartidas a nivel internacional que se deben brindar de forma más previsible y sostenible. En la Declaración, todos los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas reafirmaron la importancia continua del régimen de protección internacional de los refugiados, se comprometieron plenamente a respetar los derechos de los refugiados y de los migrantes, se comprometieron a brindar un apoyo más previsible y sostenible a los refugiados y a las comunidades que los acogen, y acordaron ampliar las oportunidades para lograr soluciones duraderas para los refugiados. Entre los nuevos elementos principales figuran los compromisos de los Estados de: A) Fortalecer y facilitar las respuestas de emergencia a los desplazamientos de los refugiados y una transición sin obstáculos hacia enfoques sostenibles que inviertan en la resiliencia tanto de los refugiados como en las comunidades que los acogen; B) Proporcionar financiamiento humanitario adicional y predecible, y apoyo al desarrollo de los países de acogida; C) Explorar vías adicionales para que los refugiados puedan ser admitidos en terceros países, incluso mediante el aumento del reasentamiento; y D) Apoyar el desarrollo y la aplicación del **marco de respuesta integral para los refugiados (CRRF, por sus siglas en inglés)** para los grandes desplazamientos de refugiados, aplicables tanto a situaciones prolongadas como a las nuevas.

La Declaración de Nueva York aborda los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, y abarca a todos los refugiados. Se entiende por refugiado en el derecho internacional a una persona que se encuentre fuera de su país de origen y que no pueda regresar debido a un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. La persona necesita protección internacional cuando su país de origen no

puede o no quiere brindarle protección internacional contra el daño temido. Hay algunas situaciones donde los migrantes y los refugiados enfrentan riesgos similares. Estas incluyen: Explotación o abuso por parte de traficantes/tratantes o patronos inescrupulosos; y, Riesgo de daño debido a circunstancias personales. Las personas en esta categoría pueden incluir, por ejemplo, niños no acompañados o separados, mujeres en riesgo, adultos mayores, personas con discapacidad o necesidades médicas, o sobrevivientes de tortura o trauma. Mientras que los refugiados con frecuencia comparten las mismas vulnerabilidades de los migrantes cuando viajan en condiciones similares y por las mismas rutas, es importante tener en cuenta que los refugiados tienen una vulnerabilidad adicional que no tienen los migrantes, específicamente el fundado temor de persecución que los convierten en refugiados. Ellos no pueden acogerse a la protección del Estado que han huido, razón por la cual la comunidad internacional ha reconocido desde hace tiempo derechos adicionales pertenecientes a los refugiados, consagrados en la Convención sobre Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, en instrumentos regionales y en las correspondientes normas del derecho internacional consuetudinario.

La Declaración de Nueva York establece los elementos fundamentales del **marco de respuesta integral para los refugiados**. El marco presenta una respuesta integral diseñada para garantizar A) medidas de recepción y admisión rápidas y bien fundamentadas, B) apoyo a las necesidades inmediatas y persistentes (por ejemplo, protección, salud, educación); C) asistencia a instituciones nacionales y locales y a las comunidades receptoras de refugiados; y D) mayores oportunidades para las soluciones duraderas. Estos elementos fueron diseñados para cumplir con cuatro objetivos; aliviar las presiones de los países que acogen a un gran número de refugiados, fomentar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar el acceso a las soluciones en terceros países y apoyar las condiciones en los países de origen para posibilitar un retorno en condiciones de seguridad y dignidad. En lugar de responder al desplazamiento de los refugiados simplemente a través de una óptica humanitaria y con frecuencia poco financiada, los elementos del CRRF fueron diseñados para brindar una respuesta más sistemática y sostenible que beneficie tanto a los refugiados como a las comunidades que los acogen. Involucra un grupo mucho más amplio de interesados: gobiernos a nivel nacional y local, instituciones financieras internacionales y regionales, organismos de la ONU y ONG socias, los refugiados, el sector privado y los actores de la sociedad civil. Procura garantizar más respuestas sostenibles al vincular los esfuerzos humanitarios y de desarrollo desde el comienzo de la crisis, y fortaleciendo y llevando a cabo una prestación de servicios más inclusive, incluso a través de la inversión en los sistemas nacionales y locales en la medida de lo posible. También solicita una planificación más sólida y amplia, y

oportunidades para obtener soluciones duraderas. La Declaración de Nueva York vislumbra que en el futuro, este marco se aplicará situaciones de emergencia y a situaciones de refugiados prolongadas en una forma sistemática y predecible.

Por último, la Declaración de Nueva York además de exponer el CRRF y solicitar que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados comience su aplicación práctica, insta al Alto Comisionado a que proponga un **pacto mundial sobre refugiados**[50] en su informe anual ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2018. La idea esencial del pacto es de mejorar la forma en que la comunidad internacional responde a los grandes desplazamientos de refugiados y a las situaciones de refugiados prolongadas, particularmente brindando una distribución de la carga y responsabilidad más equitativa y predecible en apoyo a países y comunidades especialmente afectadas. El pacto no será legalmente vinculante, pero si se adopta, será un acuerdo internacional importante sobre cómo responder mejor a los grandes desplazamientos de refugiados. De hecho, ya tenemos una fuerte expresión de la voluntad política en la Declaración de Nueva York. El pacto brindará un modelo, que guiará la respuestas para garantizar que las comunidades de acogida tengan el apoyo oportuno que requieren, que los refugiados sean incluidos de mejor forma en las comunidades de acogida (con acceso a salud, educación, medios de vida) y que puedan reconstruir sus vidas y que las soluciones a la difícil situación de los refugiados se busquen desde el inicio.

El pacto mundial sobre refugiados no elaborará nuevas normas legales o contemplará una arquitectura internacional fundamentalmente diferente para la protección de los refugiados, que se basa específicamente en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como en los instrumentos regionales sobre refugiados. En su lugar, brindará el marco para aplicar estas normas en flujos de gran escala, así como en situaciones de refugiados prolongadas, basados en los principios de cooperación internacional y la responsabilidad compartida.

La Declaración de Nueva York específicamente establece los dos pactos. Esto es en reconocimiento del hecho de que, para los refugiados, existe un régimen legal específico ya establecido, y un marco que es elaborado en la Declaración de Nueva York para abordar los grandes desplazamientos de refugiados. La Declaración de Nueva York también establece los objetivos para este marco, que son: aliviar las presiones sobre los países de acogida; mejorar la autosuficiencia de los refugiados, ampliar el acceso a las soluciones que impliquen terceros países; y apoyar condiciones

[50] El término "pacto" se refiere a un acuerdo que nos es legalmente vinculante pero que captura, por consenso, tanto las acciones políticas como las concretas de los Estados Miembros y de otros interesados pertinentes para mejorar la forma en que la comunidad internacional

existentes en los países de origen para el regreso en condiciones de seguridad y dignidad. En cambio, no existe un régimen legal especializado e integral relativo a los migrantes, y tampoco un marco acordado para abordar grandes desplazamientos de migrantes.

Con respecto a los migrantes, la Declaración de Nueva York estipula el desarrollo de un **pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular**[51] que establecerá una serie de principios, compromisos y entendimientos con relación a todos los aspectos de la migración internacional. La Declaración de Nueva York establece una lista no exhaustiva de veinticuatro temas –incluyendo la gobernanza internacional de la migración, las remesas y su contribución al desarrollo, y la lucha contra la trata de personas.

Aunque el trato que se les dispensa se rige por marcos jurídicos separados, los refugiados y los migrantes tienen los mismos derechos humanos universales y libertades fundamentales. Afrontan también muchos problemas comunes y tienen vulnerabilidades similares, incluso en el contexto de los grandes desplazamientos.

Cabe entender que el término "grandes desplazamientos" refleja una serie de consideraciones, entre ellas las siguientes: el número de personas que llegan; el contexto económico, social y geográfico; la capacidad de respuesta del Estado receptor; y las repercusiones de un desplazamiento de carácter repentino o prolongado. El término no abarca, por ejemplo, las corrientes habituales de migrantes de un país a otro. En los "grandes desplazamientos" pueden darse corrientes mixtas de personas, ya se trate de refugiados o migrantes, que se trasladan por motivos diferentes pero

[51] El **Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular de Naciones Unidas (ONU)** ha sido aprobado el 10.12.2018 por más de 150 países que han asistido a la conferencia intergubernamental organizada en la ciudad marroquí de Marrakech. El pacto ha quedado reflejado en un documento que, pese a no ser vinculante para los países, muchos no han suscrito porque no han acudido. Es el caso de Estados Unidos, Israel, Australia, Chile, Hungría, Austria, Polonia, República Checa, Eslovaquia y Bulgaria. Todos ellos receptores de grandes flujos migratorios. Las ausencias, pues, debilitan sobremanera la envergadura del acuerdo. Defendido por jefes de Estado y presidentes de Gobierno, el pacto acuerda gestionar las migraciones desde una visión, sobre todo, humanista. Prevalece la seguridad del migrante, por encima del interés de proteger la frontera, la identidad o el Estado. El migrante es víctima y no una fuente de riesgo o amenaza. Todos los firmantes se pusieron de acuerdo en que la única manera de afrontar las realidades migratorias es a través de la «multilateralidad» y la «solidaridad» y así llegaron a cerrar 23 objetivos. Entre los puntos más destacados, «salvar vidas»; «abordar y reducir la vulnerabilidad en la migración en origen y en tránsito»; «mejorar la protección y asistencia a lo largo de todo el ciclo migratorio»; «eliminar toda forma de discriminación; y «promover un discurso público» para evitar el llamamiento al miedo y a las narrativas peyorativas sobre los migrantes. Mejorar la readmisión de los migrantes en condiciones de dignidad y, por supuesto, la lucha contra el tráfico migrantes y la trata de personas fueron igualmente puntos centrales del pacto.

que pueden seguir rutas similares. Los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes tienen ramificaciones políticas, económicas, sociales y humanitarias y para el desarrollo y los derechos humanos que traspasan todas las fronteras. Se trata de fenómenos mundiales que exigen enfoques y soluciones mundiales. Ningún Estado puede por sí solo gestionar esos desplazamientos. Los países vecinos o los de tránsito, en su mayoría países en desarrollo, se ven afectados de manera desproporcionada y, en muchos casos, su capacidad se ha visto seriamente desbordada, lo que afecta la cohesión social y económica y el desarrollo propios. Además, las crisis de refugiados prolongadas se han vuelto habituales y tienen repercusiones a largo plazo para los propios afectados y para los países y las comunidades que los acogen. Se necesita una mayor cooperación internacional para ayudar a los países y las comunidades de acogida.

8.24. Sistema Interamericano de Protección de los Refugiados

Durante gran parte del siglo XX los Estados latinoamericanos lidiaron con movimientos forzados de poblaciones, provenientes de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. Sin embargo, desde la década de 1970, el enfoque regional a la protección internacional se hizo cada vez más insostenible frente a la afluencia masiva de refugiados producida por las crisis en el Cono Sur y, más agudamente, los conflictos en Centroamérica[52].

La necesidad de modificar los marcos de protección internacional fue debatida públicamente por primera vez en 1981 durante el Coloquio de Tlatelolco, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en cuyo discurso de apertura, el director de protección internacional del ACNUR abordó los desafíos conceptuales en el desarrollo de un marco jurídico adecuado a las "situaciones actuales de los refugiados en América Latina y a los problemas que podrían surgir en el futuro.

Entre ellas, la definición de cuáles categorías de personas debían estar protegidas representó un problema de primer orden, pues había poblaciones enteras que huyen de violentos disturbios civiles, y se preguntaban si la comunidad internacional no debería asimilar esos grupos a los refugiados, para protegerlos y ayudarlos en forma

[52]David J. Cantor y Diana Trimiño Mora; Fundador y director de la Iniciativa del Derecho Internacional de Refugiados de la Escuela de Estudios Avanzados de la Universidad de Londres, y asesora en asuntos de género en la organización humanitaria International Rescuee Committee, respectivamente; - ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.

parecida, como ya se ha hecho en otras partes del el mundo[53].

Esta propuesta fue adoptada finalmente en las conclusiones del Coloquio, que hicieron un llamado para que la protección legal prestada a los refugiados y asilados en América Latina se extendiera a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los Derechos Humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o parte del territorio del país de origen, siendo casi idéntica al artículo de la Convención que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de 1969[54], y difiriendo solo en dos aspectos, la adición de "violaciones masivas de los derechos humanos", y la referencia a "refugiados" en plural, denotando la intención de ofrecer soluciones a situaciones de afluencia masiva.

Un análisis más detallado fue realizado por el ACNUR y la Organización de Estados Americanos (OEA)[55] en su estudio de derecho comparado de 1983, al abordar las "nuevas situaciones derivadas de los desplazamientos humanos en la región.

Otro órgano de la OEA, la CIDH, promovía simultáneamente la adopción de las conclusiones de Tlatelolco. Sin embargo, la Comisión modificó el texto de la definición de Tlatelolco, proponiendo como "refugiados" a aquellas: "... personas que huyen de sus países porque sus vidas han sido amenazadas por la violencia, la agresión, la ocupación extranjera, violaciones masivas de los derechos humanos u otras circunstancias que destruyen el orden público normal y para las que no existen recursos internos"[56].

Esta definición de la CIDH nunca fue adoptada oficialmente por el sistema interamericano en general. Sin embargo, en última instancia, la definición de refugiado adoptada por el Coloquio de Cartagena de 1984 fue influida tanto por la definición de Tlatelolco basada en la Convención Africana de Refugiados, como por la definición de la CIDH. En particular, la Declaración combina los cinco elementos situacionales de

[53]David J. Cantor y Diana Trimiño Mora; ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.

[54]Convención que Regula los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África de 1969. Adoptada en Addis Ababa el 10 Septiembre 1969, entró en vigor el 20 Junio 1974

[55]ACNUR-OEA, Estudio comparativo entre los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas sobre refugiados, asilados y desplazados y los instrumentos interamericanos sobre asilo extradición y derechos humanos (preparado por la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos – OEA), abril de 1983.

[56]David J. Cantor y Diana Trimiño Mora; ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.

Tlatelolco con un elemento adicional de amenaza para producir una nueva definición de refugiado: "... personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

Esto fue reafirmado y su marco desarrollado por las Conferencias de los diez y veinte años de la adopción de la Declaración de Cartagena en Costa Rica (1994) y México (2004) respectivamente[57].

8.25. La Declaración de Cartagena a nivel del Sistema Interamericano de Protección de la OEA

La Declaración de Cartagena[58], apoyada por la Organización de Estados Americanos, recomienda que la definición de refugiado utilizada en toda la región latinoamericana englobe no sólo los elementos de la Convención de 1951 sino también a las personas que han huido de sus países "porque su vidas, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público". Adoptada por el "Coloquio sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios", celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984, la Declaración de Cartagena, en su conclusión tercera señala que debido a la experiencia centroamericana, es necesaria la extensión del concepto de refugiado contenido en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, tomando en consideración las características propias de la región y el precedente de la Convención de la Organización de la Unidad Africana, y se le agrega el factor de la protección de los derechos humanos cuando han sido vulnerados por la violencia generalizada. Por lo que se señala que lo adecuado es que "se considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que

[57] David J. Cantor y Diana Trimiño Mora; ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.

[58] Declaración de Cartagena sobre los Refugiados. Adoptada por el "Coloquio Sobre la Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios", en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984.

hayan perturbado gravemente el orden público”[59].

La doctrina existente tiende a estudiar la definición ampliada de refugiado como si fuera el único legado de la Declaración de Cartagena. Sin embargo, hay que reconocer que la contribución de la Declaración a la Protección de Refugiados en América Latina incluye la formulación de un marco regional para la protección y la asistencia de refugiados. El mismo abarca un fuerte enfoque hacia las soluciones duraderas, facilitando la institucionalización de la protección de los refugiados en América Latina, y promoviendo la cooperación entre los Estados, las organizaciones internacionales y el sistema interamericano de derechos humanos. También ayudó a promover el concepto de protección y asistencia a los desplazados internos[60].

Aunque no es jurídicamente vinculante para los Estados, la mayoría de ellos la aplica en la práctica, y muchos la han incorporado en su legislación nacional.

La “**Declaración y Plan de Acción de México**” para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, adoptada en 2004 en Méjico por 20 países latinoamericanos “reconoce el carácter de jus cogens del principio de la no devolución), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados”.

Asimismo reconocen la contribución de América Latina al desarrollo progresivo del derecho internacional de los refugiados iniciado en 1889 con el Tratado sobre Derecho Penal Internacional y continuado, entre otros instrumentos, a través de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984; el documento “Principios y Criterios Para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina” (CIREFCA-1989), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales de 1988, “Protocolo de San Salvador” y la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994; así como de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia desarrollada, respectivamente, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[59] Protección de los derechos de los refugiados y del derecho de asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Guerrero Verano, Martha Guadalupe; Descargado de e-Archivo, repositorio institucional de la Universidad Carlos III de Madrid

[60] David J. Cantor y Diana Trimiño Mora; Fundador y director de la Iniciativa del Derecho Internacional de Refugiados de la Escuela de Estudios Avanzados de la Universidad de Londres, y asesora en asuntos de género en la organización humanitaria International Rescuee Committee, respectivamente; - ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.

Los países firmantes reiteran su solemne compromiso con las personas que tienen el derecho a la protección internacional en América Latina, enfatizando que el humanismo y la solidaridad son principios fundamentales que deben seguir orientando las políticas de Estado sobre refugiados en América Latina; reafirmando el derecho fundamental de la persona de buscar y recibir asilo consagrado en el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y el artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. En la Declaración se reafirma la validez y vigencia de los principios y normas contenidos en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, así como la complementariedad del derecho internacional de los refugiados, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, y por ende la importancia de la utilización bajo el principio pro-homine de las normas y principios de estas tres ramas del derecho internacional para fortalecer la protección de los refugiados y otras personas que tienen el derecho a la protección internacional; y se reconoce la responsabilidad de los Estados de brindar protección internacional a los refugiados, así como la necesaria cooperación internacional técnica y financiera para encontrar soluciones duraderas, dentro de un marco de compromiso con la consolidación del Estado de Derecho en los países de América Latina, el respeto universal de los derechos humanos y los principios de solidaridad y responsabilidad compartida.

La "**Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano**" de 2010, adoptada bajo los auspicios del ACNUR, fue suscripta por 18 Estados americanos, y resalta la contribución del continente americano al fortalecimiento de la protección de las víctimas del desplazamiento forzoso y de las personas apátridas a través de la adopción de tratados multilaterales sobre asilo, apatridia y derechos humanos, y reconoce la labor del ACNUR en la promoción del derecho internacional de refugiados, así como su responsabilidad de supervisión en la materia.

La "**Declaración de Brasil**[61]", denominada "Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe", dada Brasilia, 3 de diciembre de 2014, que resalta los logros alcanzados mediante la adopción de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración de San

[61] Los gobiernos participantes de los países de América Latina y el Caribe, reunidos en la ciudad de Brasilia para conmemorar el trigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984; cuyos procesos conmemorativos destacan, han permitido identificar nuevos retos humanitarios y proponer soluciones efectivas para mejorar la protección de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas en la región

José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 y la Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004, así como la Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano de 2010, destacando los compromisos humanitarios que se han asumido con la protección de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas, atendiendo los nuevos desafíos identificados e impulsando la búsqueda de soluciones duraderas.

La Declaración de Brasil del 2014, enfatiza las convergencias y el carácter complementario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional Humanitario, de modo a proporcionar un marco jurídico común para fortalecer la protección, a la luz del principio pro persona humana, de los refugiados y de otras personas que de ella necesiten en razón de su situación de vulnerabilidad, subrayando que la responsabilidad primaria en la protección de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas es de los Estados, y que la cooperación internacional y la solidaridad son fundamentales para responder a los desafíos humanitarios.

Reafirma la vigencia y validez de los principios y normas de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, atribuyendo centralidad al ser humano, para la protección de los refugiados, y reconoce los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter ius cogens del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes. Reafirma también la importancia de consolidar los sistemas nacionales de determinación de la condición de refugiado, a través de la efectiva aplicación del principio del debido proceso legal; y subraya la necesidad de analizar en profundidad y atender las causas que generan los desplazamientos en la región, con la cooperación de los Estados, los organismos internacionales y las organizaciones de la sociedad civil, bajo un marco de cooperación y solidaridad regional.

Sostiene la necesidad de profundizar la cooperación dentro del marco de los mecanismos de integración regional como CELAC, MERCOSUR, Comunidad Andina, SICA, y CARICOM, entre otros, a fin de mejorar el análisis y el conocimiento, y atender las causas que generan los desplazamientos; ofrecer protección internacional a aquellas personas que la necesitan; y avanzar hacia una progresiva armonización

de políticas públicas, normas y procedimientos mediante el intercambio de buenas prácticas en materia de protección de las personas refugiadas, desplazadas y apátridas.

8.26. Actuación de los Órganos de Protección en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-25/18, del 30 de mayo de 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Asilo bajo el estatuto de Refugiado

La Corte IDH en su **Opinión Consultiva OC-25/18**[62] del 30 de mayo de 2018, solicitada por la República del Ecuador[63], con fundamento en el artículo 64.11 de

[62]Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-25/18 del 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador.- La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)

[63]Ecuador presentó a la Corte las siguientes preguntas específicas: A) Teniendo en cuenta especialmente los principios de igualdad y no discriminación por razones de cualquier condición social previstos en los artículos 2.1, 5 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el principio pro-homine y la obligación de respetar todos los derechos humanos de todas las personas en toda circunstancia y sin distinciones desfavorables, así como los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 28 y 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, ¿cabe que un Estado, grupo o individuo realice actos o adopte una conducta que en la práctica signifique el desconocimiento de las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos antes mencionados, incluyendo el artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de manera que se atribuya a los artículos 22.7 y XXVII de la Convención Americana y de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre, respectivamente, un contenido restringido en cuanto a la forma o modalidad del asilo, y cuáles consecuencias jurídicas deberían producirse sobre los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona afectada por dicha interpretación regresiva?; B) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, obstaculice, impida o limite la acción de otro Estado que sí es parte en dicha convención de manera que no pueda cumplir con las obligaciones y compromisos contraídos en virtud de dicho instrumento, y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de dicha conducta para la persona que se encuentra asilada?; C) ¿Cabe que un Estado, ajeno a determinada convención sobre asilo, o que pertenezca a un régimen jurídico regional distinto de aquel en base al cual se concedió el asilo, entregue a quien goza del estatuto de asilado o refugiado al agente de persecución, violando el principio de no devolución, argumentando que la persona asilada pierde esta condición por encontrarse en un país extraño a dicho régimen jurídico[,] al ejercer su derecho de libre movilidad humana[,] y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas derivadas de dicha conducta sobre el derecho de asilo y los derechos humanos de la persona asilada?, y D) ¿Cabe que un Estado adopte una conducta que en la práctica limite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo, argumentando para ello que no confiere validez a ciertos enunciados de valor ético y jurídico como son las leyes de la humanidad,

la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en el artículo 70.1 y 70.22 del Reglamento, sobre "la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación", por unanimidad opino que:

1. Es competente para emitir la Opinión Consultiva,
2. El derecho a buscar y recibir asilo en el marco del sistema interamericano se encuentra configurado como un derecho humano a buscar y recibir protección internacional en territorio extranjero, incluyendo con esta expresión el estatuto de refugiado según los instrumentos pertinentes de las Naciones Unidas o las correspondientes leyes nacionales, y el asilo territorial conforme a las diversas convenciones interamericanas sobre la materia, en los términos de los párrafos 61 a 163.
3. El asilo diplomático no se encuentra protegido bajo el artículo 22.7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, por lo que debe regirse por las propias convenciones de carácter interestatal que lo regulan y lo dispuesto en las legislaciones internas, en los términos de los párrafos 61 a 163.
4. El principio de no devolución es exigible por cualquier persona extranjera, incluidas aquellas en búsqueda de protección internacional, sobre la que el Estado en cuestión esté ejerciendo autoridad o que se encuentre bajo su control efectivo, con independencia de que se encuentre en el territorio terrestre, fluvial, marítimo o aéreo del Estado, en los términos de los párrafos 164 a 199.
5. El principio de no devolución no solo exige que la persona no sea devuelta, sino que impone obligaciones positivas sobre los Estados, en los términos de los párrafos 194 a 199.

Como puede advertirse, el derecho humano sobre el cual la Corte centra su labor interpretativa es el "derecho de asilo". Para la Corte, el asilo es la figura rectora que recoge la totalidad de las instituciones vinculadas a la protección internacional de las personas forzadas a huir de su país de nacionalidad o residencia habitual. La institución del asilo se manifiesta a través de diversas figuras o modalidades. A los fines de esta opinión consultiva, la Corte establece su entendimiento de la clasificación del asilo:

---

los dictados de la conciencia pública y la moral universal, y cuáles deberían ser las consecuencias de orden jurídico que se desprenderían del desconocimiento de dichos enunciados?.

1. El asilo en sentido estricto o asilo político, es la protección que un Estado ofrece a personas que no son sus nacionales cuando su vida, integridad personal, seguridad y/o libertad se encuentran o podrían encontrarse en peligro, con motivo de persecución por delitos políticos o comunes conexos con estos, o por motivos políticos. El asilo en sentido estricto coincide con la llamada "tradición latinoamericana del asilo". A su vez, de acuerdo al lugar en el que se brinda la protección, el asilo en sentido estricto puede clasificarse en:
    - Asilo territorial: consiste en la protección que un Estado brinda en su territorio a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos. El asilo territorial se encuentra intrínsecamente relacionado con la prohibición de extradición por delitos políticos o comunes cometidos con fines políticos.
    - Asilo diplomático: consiste en la protección que un Estado brinda en sus legaciones, navíos de guerra, aeronaves militares y campamentos, a las personas nacionales o residentes habituales de otro Estado en donde son perseguidas por motivos políticos, por sus creencias, opiniones o filiación política o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos o comunes conexos.
2. El asilo bajo el estatuto de refugiado, de acuerdo a la definición tradicional y a la definición regional ampliada de la Declaración de Cartagena, comprende la protección de aquella persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él. El término "refugiado(a)" es aplicable también a aquellas personas que han huido de sus países de origen porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

En su Opinión Consultiva, la Corte IDH destaca el valor jurídico de los criterios desarrollados por la misma en torno al derecho de asilo bajo el estatuto de refugiado,

lo que ha sido reafirmado por los Estados del continente en la **Declaración y Plan de Acción de Brasil de 2014**, como expresión de su opinio juris, en la cual sostuvieron que: "reconocemos los desarrollos de la jurisprudencia y la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los países en que se aplican, respecto del contenido y alcance del derecho a solicitar y recibir asilo incluido en los instrumentos regionales de derechos humanos, su vinculación con los instrumentos internacionales sobre refugiados, el carácter ius cogens del principio de no devolución, incluyendo el no rechazo en frontera y la devolución indirecta, y la integración de las normas de debido proceso en los procedimientos de determinación de la condición de refugiado para que éstos sean justos y eficientes".

La Corte recuerda que el derecho a buscar y recibir asilo bajo el estatuto de refugiado, reconocido en los artículos 22.7 de la Convención Americana y XXVII de la Declaración Americana, leído en conjunto con otras disposiciones de la Convención y a la luz de los tratados especiales, impone al Estado determinados deberes específicos: i) obligación de no devolver (non-refoulement) y su aplicación extraterritorial; ii) obligación de permitir la solicitud de asilo y de no rechazar en frontera; iii) obligación de no penalizar o sancionar por ingreso o presencia irregular y de no detención; iv) obligación de brindar acceso efectivo a un procedimiento justo y eficiente para la determinación de la condición de refugiado; v) obligación de asegurar las garantías mínimas de debido proceso en procedimientos justos y eficientes para determinar la condición o estatuto de refugiado; vi) obligación de adaptar los procedimientos a las necesidades específicas de las niñas, niños y adolescentes; vii) obligación de otorgar la protección internacional si se satisface la definición de refugiado y asegurar el mantenimiento y continuidad del estatuto de refugiado; viii) obligación de interpretar de forma restrictiva las cláusulas de exclusión, y ix) obligación de brindar acceso a derechos en igualdad de condiciones bajo el estatuto de refugiado.

La Corte destaca que mientras que el régimen de protección de refugiados fue ampliado temporal y geográficamente con el Protocolo de 1967 y se consolidó a nivel universal, teniendo hoy mayor vigencia que nunca al ser las cifras de desplazados forzadamente las más altas en la historia contemporánea, no existieron consensos globales para avanzar en un tratado vinculante respecto al asilo territorial y al diplomático.

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos del año 2015 sobre la situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América

El Informe[64] aborda la situación de familias y niños, niñas, y adolescentes no acompañados migrantes y refugiados que arriban a la frontera sur de los Estados Unidos de América. Se analiza el contexto de las crisis humanitarias que han tenido lugar en los últimos años en los países del Triángulo Norte de Centroamérica - El Salvador, Guatemala y Honduras - así como en México. Estas crisis han generado un incremento de la migración hacia el norte, principalmente hacia los Estados Unidos, y en menor medida hacia México y Canadá. Este informe ofrece recomendaciones dirigidas a asistir a los Estados Unidos a fortalecer sus esfuerzos en la protección y garantía de los derechos de los diversos grupos de personas que integran movimientos migratorios mixtos - entre ellos, migrantes; solicitantes de asilo y refugiados; mujeres; niños, niñas, y adolescentes; familias; y otras personas vulnerables y grupos en el contexto de la movilidad humana.

Sostiene la Comisión Interamericana en su Informe que La Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, constituyen fuentes de obligación jurídica para los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los Estados Unidos. Los órganos de los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos han desarrollado jurisprudencia que reconoce los derechos de los niños, niñas, y adolescentes; las familias; los migrantes; los refugiados y solicitantes de asilo; así como el derecho a la igualdad y la no discriminación, el principio del interés superior del niño, la libertad personal, la integridad personal durante la detención, el debido proceso y el acceso a la justicia, la notificación consular, la protección de la vida familiar y a la familia, el derecho a buscar y recibir asilo, el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas.

La CIDH observa que las medidas adoptadas para securitizar la frontera no pondrán fin a las causas que subayacen a estas crisis. Más bien, corresponde abordar en forma integral los factores subyacentes que generan las crisis en los principales países de origen. Este enfoque debe abordar la pobreza, la desigualdad económica y de género, la discriminación multisectorial, y los altos niveles de violencia en El Salvador, Guatemala, Honduras y México. Sin esfuerzos nacionales y regionales para atender estos factores, los movimientos migratorios mixtos continuarán. Sin la posibilidad de migrar de forma segura por vías más abiertas o regulares, estas personas se verán obligadas a seguir rutas aún más peligrosas y clandestinas con el fin de eludir las medidas tendientes a la securitización de las fronteras. Estas

[64] Inter-American Commission on Human Rights. Informe situación de derechos humanos de familias, niños, niñas y adolescentes no acompañados refugiados y migrantes en los Estados Unidos de América / Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OAS/Ser.L/V/II.155. 24 julio 2015

nuevas rutas aumentan la probabilidad de que las personas en contexto de movilidad humana sean víctimas de actos de violencia y explotación por parte de grupos vinculados al crimen organizado.

Con base en su análisis detallado de la situación de los niños, niñas, y adolescentes no acompañados y de las familias migrantes y refugiadas que llegan a la frontera sur de los Estados Unidos de América, en el informe la Comisión Interamericana formula una serie de recomendaciones al Estado. El artículo XXVII de la Declaración Americana dispone que "toda persona tiene el derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, en caso de persecución que no sea motivada por delitos de derecho común y de acuerdo con la legislación de cada país y con los convenios internacionales." Al respecto, la Comisión ha establecido en forma reiterada que, con el fin de cumplir con el artículo XXVII, los procedimientos internos mediante los cuales un refugiado solicita asilo deben ser adecuados y efectivos. La Comisión ha señalado, que como mínimo, el artículo XXVII garantiza al solicitante de asilo una audiencia que cumpla con las normas básicas del debido proceso para determinar la condición de refugiado. La Comisión ha expresado anteriormente que el .ªcto de oír a una persona"que dice estar en riesgo de persecución es .el elemento más fundamental del derecho a buscar asilo". En este sentido, la Comisión también se ha enfocado en la garantía de que los Estados informen en forma adecuada a los migrantes sobre la posibilidad y el proceso a seguir para la presentación de una solicitud de protección internacional.

8.27. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013.
Solicitud manifiestamente infundada

Por otro lado, los Estados pueden establecer "procedimientos acelerados" para resolver solicitudes que sean "manifiestamente infundadas y abusivas", respecto de las cuales no existe la necesidad de protección internacional. No obstante, dadas las graves consecuencias que puede tener una determinación errónea para el solicitante, aún en esos procedimientos deben respetarse las mínimas garantías de audiencia, de determinación de ese carácter infundado o abusivo de la solicitud por parte de la autoridad competente y de posibilitar la revisión de la decisión negativa antes de una expulsión. En el presente caso, la CONARE no adoptó su decisión con motivo de que la solicitud fuera "manifiestamente infundada" ni hizo constar, en su caso, las razones por las cuales hubiese llegado a tal conclusión, por lo cual la defensa del

Estado no tiene sustento alguno, al no haber sido una determinación efectivamente realizada por ese órgano al momento de resolver.

No devolución, incluido no rechazo en frontera

Al recordar que, en el sistema interamericano, el principio de no devolución es más amplio en su sentido y alcance y, en virtud de la complementariedad que opera en la aplicación del Derecho Internacional de Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la prohibición de devolución constituye a la vez la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo. Este principio también constituye una norma consuetudinaria de Derecho Internacional y se ve reforzado, en el sistema interamericano, por el reconocimiento del derecho a buscar y recibir asilo. . Así, esas personas están protegidas contra la devolución como una modalidad específica de asilo bajo el artículo 22.8 de la Convención, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el Estado de que se trate, y como un componente integral de la protección internacional de los refugiados, bajo la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, cuyo artículo 33.1 establece que "ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas". Esto necesariamente implica que esas personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones.

Debido proceso

La Corte considera que, de conformidad con las garantías establecidas en los artículos 8, 22.7, 22.8 y 25 de la Convención, y tomando en cuenta las directivas y criterios de ACNUR, las personas solicitantes de asilo deben tener acceso a procedimientos para la determinación de tal condición, que permitan un correcto examen de su solicitud, de acuerdo con garantías contenidas en la Convención Americana y en otros instrumentos internacionales aplicables, que, en casos como el presente, implican las siguientes obligaciones para los Estados: A) deben garantizarse al solicitante las facilidades necesarias, incluyendo los servicios de un intérprete competente, así como, en su caso, el acceso a asesoría y representación legal, para someter su solicitud ante las autoridades. En este sentido, el solicitante debe recibir la orientación necesaria en cuanto al procedimiento que ha de seguirse, en un lenguaje y modo que pueda comprender y, en su caso, se le debe dar la oportunidad de ponerse en contacto con un representante de ACNUR; B) la solicitud debe examinarse, con objetividad, en el marco del procedimiento establecido al efecto, por una autoridad competente claramente identificada, lo cual requiere la realización de una entrevista personal; C)

las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas en forma expresa. D) con la finalidad de proteger los derechos de los solicitantes que puedan estar en riesgo, el procedimiento de asilo debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y de la solicitud y el principio de confidencialidad; e) si no se reconoce al solicitante la condición de refugiado, se le debe brindar la información sobre como recurrir y concedérsele un plazo razonable para ello, según el sistema vigente, a fin de que se reconsidere formalmente la decisión adoptada; y F) el recurso de revisión o apelación debe tener efectos suspensivos.

Protección especial niños y niñas

Por un lado, cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales de la determinación de la solicitud de la condición de refugiado del niño. Así, cuando son solicitantes, los niños deben gozar de garantías procedimentales específicas y probatorias para garantizar que justas decisiones sean tomadas en la determinación de sus solicitudes para la condición de refugiado, lo cual requiere de un desarrollo e integración de procedimientos apropiados y seguros para los niños y un ambiente que le genere confianza en todas las etapas del proceso de asilo. A la vez, y bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, los familiares tienen el derecho de que sus propias solicitudes sean evaluadas de forma independiente. Sin embargo, esas no son las situaciones que se han planteado en el presente caso. Por otro lado, en caso de que un solicitante de estatuto de refugiado reciba protección, otros miembros de la familia, particularmente los niños, pueden recibir el mismo tratamiento o verse beneficiados de ese reconocimiento, en atención al principio de unidad familiar. En ese procedimiento de determinación de la condición de refugiado, los familiares del solicitante pueden eventualmente ser escuchados, incluso si entre los mismos hay niños o niñas.

Conclusión

La Corte reitera que el derecho de buscar y recibir asilo establecido en el artículo 22.7 de la Convención Americana no asegura que deba reconocerse el estatuto de refugiado a la persona solicitante, pero sí que su solicitud sea tramitada con las debidas garantías.

Derecho Penal Internacional

El derecho penal internacional es una rama relativamente nueva del derecho internacional y la lista de crímenes internacionales, es decir, las infracciones de las normas internacionales que implican la responsabilidad penal individual (en

contraposición a la responsabilidad del Estado por la cual los individuos pueden actuar como agentes), ha surgido por acumulación gradual.

Los crímenes internacionales consisten en violaciones de las normas consuetudinarias internacionales o las disposiciones de los tratados que vinculan incuestionablemente a los Estados y otras entidades, y que están destinadas a proteger los valores considerados importantes por la comunidad internacional en su conjunto, de modo que la responsabilidad penal individual surge por su incumplimiento. Por otra parte, existe un interés universal en la represión de estos delitos[65].

El Derecho Penal Internacional -que se ocupa de la responsabilidad penal de los individuos en caso de crímenes de Derecho internacional- en materia de refugiados tiene su eje en los desplazamientos forzados y la persecución, situaciones que pueden darse en cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI).

El art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) establece que se entenderá por "crimen de lesa humanidad" cualquiera de los actos que enumera cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. En el inciso 1. D) hace referencia a la deportación o traslado forzoso de población, aclarando que por "deportación o traslado forzoso de población" se entiende el desplazamiento forzoso de las personas afectadas ya sea por expulsión u otros actos coactivos de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; y en el 1. G) aclara que por "persecución" se entiende la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad.

El art. 8.1 del ECPI establece que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En el punto siguiente, entre los "crímenes de guerra", enuncia: "A) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber: ... el hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; ... vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad

[65] Políticas legales y de protección.- Series de investigación - desplazamiento forzado y crímenes internacionales; Guido Acquaviva; director de gabinete, Tribunal Especial para El Líbano.- División de protección internacional; abril de 2011.- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur)

o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

La Corte Penal Internacional está considerando en este momento el caso de Georgia instado motu proprio por la Fiscalía de la Corte. El caso es por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto armado entre el 1 de julio y el 10 de octubre de 2008 en y alrededor de Osetia del Sur. Entre esos crímenes se hallan situaciones relativas a refugiados. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, en el párrafo tercero de su parte preambular, reconoce que "esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad", situaciones que, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, ponen en movimiento el Capítulo VII de la Carta y la acción del Consejo de Seguridad.

8.28. La figura del Refugiado en la Normativa Argentina

Normas y Principios en la Protección de los Refugiados en la República Argentina

La República Argentina suscribe a los principios establecidos internacionalmente para la protección de los refugiados, esto significa que se ratificó, a través de leyes, el contenido de la Convención de 1951 de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo Adicional de 1967. Además adhiere a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y todas las iniciativas que han sido llevadas a cabo a nivel regional en materia de derechos humanos y protección de las personas desplazadas.

El marco legal nacional que se ocupa de los refugiados está establecido en la ley de refugiados 26.165, aprobada en el año 2006. La ley 26.165 sienta en nuestro país, los principios básicos en materia de protección y pone fin a la gran dispersión de normas que regulaban la materia, a la vez que señala un procedimiento claro para el reconocimiento de la condición de refugiados para las personas que así lo soliciten. En ella se reconoce expresamente la vigencia de los instrumentos de derechos humanos mencionados y los instrumentos específicos de protección. Por su parte, incorpora dentro del marco de protección a las recomendaciones y directrices emanadas del ACNUR con carácter interpretativo.

Ley de Migraciones 25.871

En 2004 se promulgó la ley de Migraciones (25.871)[66]. La ley reconoce que hay un derecho a migrar y asegura el acceso a derechos fundamentales (salud, educación,

[66]Ley 25.871 Política Migratoria Argentina. Derechos y obligaciones de los extranjeros. Atribuciones del Estado. Admisión de extranjeros a la República Argentina y sus excepciones. Ingreso y egreso de personas. Obligaciones de los medios de transporte internacional. Permanencia de los extranjeros. Legalidad e ilegalidad de la permanencia. Régimen de los recursos. Competencia. Tasas.

justicia, asistencia social) a todos los residentes, con independencia de su situación migratoria. Este instrumento fue producto de un amplio debate social que culminó con la aprobación de una amplia mayoría en el Congreso de la Nación y que sigue estándares internacionales en materia de derechos humanos. En 2010 se sancionó su decreto reglamentario.

La ley sancionada no hace más que, en principio, saldar una deuda brindando un marco a una realidad existente desde hace mucho más que una década, donde la principal herramienta está en la regularización de la situación migratoria. En términos generales, entonces, la Argentina ha receptado en su legislación migratoria las principales recomendaciones efectuadas por la Organización Internacional para las Migraciones y las prescripciones contenidas en la Convención para la protección de los migrantes y sus familiares, en particular el muy reclamado "derecho a migrar", reconocido en los foros internacionales en que ha participado. Esto no sólo permite acortar la brecha entre las normas en derechos humanos y su efectividad, sino que en el caso específico de la migración por motivos laborales, constituye un importante avance hacia la integración de todos los factores productivos en el marco del Mercosur[67].

Ley 26.165 - Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado
En noviembre de 2006, Argentina adoptó la primera Ley de Refugiados, titulada Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado. Hasta ese año no existía en la República Argentina una legislación específica para los refugiados, siendo que este fenómeno era abordado a través de la Ley de Migraciones, que define al migrante como "todo aquel extranjero que desea ingresar, transitar, residir o establecerse definitiva, temporaria o transitoriamente en el país conforme a la legislación vigente".

A través de la Ley N° 26.165[68] denominada "Ley General de Reconoci¬miento y Protección al Refugiado" regula a través de definiciones y prin¬cipios a quién considera "refugiado" la normativa interna de nuestro país, receptando los conceptos en sentido amplio y restringido de la normativa internacional.

La Ley nº 26.165 contiene disposiciones generales relativas a la protección de los refugiados, a la extradición, a la condición jurídica del refugiado, a los órganos competentes y sus funciones y a los procedimientos para la determinación de la

Argentinos en el exterior. Autoridad de aplicación. Disposiciones complementarias y transitorias. Sancionada: Diciembre 17 de 2003. Promulgada de Hecho: Enero 20 de 2004.

[67]Migración y derechos humanos.- Lila Emilse García.- Implicancias de la nueva política migratoria argentina.- Trabajo de Investigación.

[68]La Ley N° 26.165 de Reconocimiento y Protección al Refugiado fue sancionada el día 8 y promulgada el día 28 de noviembre de 2006

condición de refugiado.

La protección se realiza con arreglo a los principios de no devolución, incluyendo la prohibición de rechazo en frontera, no discriminación, no sanción por ingreso ilegal, unidad de la familia, confidencialidad, trato e interpretación más favorable a la persona humana o principio pro homine, principio que, de conformidad al artículo 2º, se aplicará tanto al refugiado reconocido como al solicitante de dicho reconocimiento, dado el carácter declarativo que tiene el reconocimiento de la calidad de refugiado, y regirá desde que el solicitante de la condición de refugiado o el refugiado se encuentre bajo jurisdicción de las autoridades argentinas, extendiéndose hasta que se alcance una solución.

De acuerdo con la Convención de 1951, que integra el corpus iuris de protección de los refugiados y solicitantes de refugio en nuestro país, una persona es refugiado tan pronto reúne los requisitos enunciados en su definición, lo que ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado, por lo que el reconocimiento tiene carácter declarativo y no constitutivo.

Disposiciones generales de la ley:
La protección de los refugiados en nuestro país se rige por las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967. La República Argentina adhiere a los principios establecidos internacionalmente para la protección de dichas personas, lo cual significa que su Derecho interno ha reafirmado el contenido de aquella Convención y del Protocolo Adicional. Además, adhiere a la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y a todas las iniciativas que han sido llevadas a cabo a nivel regional en materia de derechos humanos y protección de las personas desplazadas.

El artículo 1 de la Ley 26.165 estipula que la protección de los refugiados se regirá por las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la propia ley. Complementando esta norma general, otro precepto, el artículo 57 del texto legal, deja sentado que las disposiciones y alcances de la ley se interpretarán y aplicarán de acuerdo a los principios y normas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y todas aquellas disposiciones o convenciones aplicables en materia de derechos humanos y sobre refugiados, ratificadas por el Estado nacional o contenidas en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución de la Nación, incluyendo los instrumentos

de asilo vigentes.

De este modo, el régimen legal argentino refleja la natural convergencia entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario.

El concepto de refugiado

De conformidad con el artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados, un refugiado es una persona que "debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de su país; o que careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él".

En cuanto a quiénes pueden ser refugiados en nuestro país, la Ley recepta la llamada "definición clásica" de refugiado contenida en la Con¬vención de 1951 estableciendo que un refugiado es toda persona que "Debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, reli¬gión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionali¬dad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él".

Asimismo, comprende también a la llamada "definición ampliada de refugiado" extendiendo la protección a toda persona que "ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no con¬tara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido ame¬nazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstan¬cias que hayan perturbado gravemente el orden público".

En nuestro país, el artículo cuarto de la Ley 26.165 determina que, a los efectos legales, el término refugiado se aplicará a toda persona que: A) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera acogerse a la protección de tal país, o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera residencia habitual, no pueda o no quiera regresar a él; B) ha huido de su país de nacionalidad o de residencia habitual para el caso en que no contara con nacionalidad porque su vida, seguridad o libertad han sido

amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

La importancia de esta definición reside en el hecho de que, al incorporar tanto los parámetros de elegibilidad de la Convención de 1951 como la definición ampliada de la Declaración de Cartagena, permite la complementariedad de criterios, haciendo que la protección a los refugiados sea acorde a nuestra realidad social, económica y política.

Principios con arreglo a los cuales se realiza la protección de los refugiados

Los refugiados o solicitantes de refugio tienen derecho en nuestra legislación a ser protegidos contra la devolución o expulsión hacia su país de origen; permanecer legalmente en el territorio; trabajar y realizar actividades remuneradas; ejercer libremente su profesión; acceder a la educación pública; escoger libremente su lugar de residencia y circular por el país; salir del país y obtener documentos de viaje a tal efecto; obtener la compañía de su familia (principio de unidad familiar), no ser discriminados por motivos de raza, religión, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas; acceder a los tribunales de justicia; practicar libremente su religión; retornar voluntariamente a su país de origen con el auspicio del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Por otro lado, tienen la obligación de respetar la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos vigentes así como las medidas que se adopten para el mantenimiento del orden público.

Los principios con arreglo a los cuales debe realizarse la protección de los refugiados en nuestro país están consagrados en el artículo 2 de la ley y son los que veremos a continuación:

Principio de unidad familiar:

La unidad de la familia, elemento natural y fundamental de la sociedad, es un derecho esencial del refugiado y de los miembros de su familia. Conforme al principio de unidad familiar, los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado se aplicarán por extensión, al cónyuge o a la persona con la cual el refugiado se halle ligado en razón de afectividad y de convivencia, ascendientes, descendientes y colaterales en primer grado que de él (o de ella) dependan económicamente, y las autoridades resolverán las peticiones teniendo en cuenta las necesidades invocadas por los solicitantes y los valores culturales.

Reconociendo que la familia merece especial protección y respeto, los refugiados

y solicitantes de refugio resultan beneficiarios del principio fundamental de la reunificación familiar. Además, deben tener el derecho de registrar los nacimientos, muertes y matrimonios y, asimismo, los Estados deben tomar las medidas apropiadas para la protección de los menores y los niños no acompañados. La Declaración de Principios del MERCOSUR sobre Protección Internacional de los Refugiados reconoce a la unidad familiar como un principio indispensable para la estabilidad plena de los refugiados.

Principio de no Expulsión y no devolución en frontera

Las personas no pueden ser rechazadas en la frontera o expulsadas sin un análisis adecuado e individualizado de sus peticiones. Inclusive, en caso de rechazo final de la petición, antes de la devolución el Estado debe asegurarse que la persona que solicitó refugio se encuentra en capacidad de acceder a una protección internacional apropiada mediante procedimientos justos y eficientes. El Estado tampoco puede devolver o expulsar a una persona que solicita refugio a un territorio donde exista la posibilidad de que sufra algún tipo de persecución, o bien a un territorio desde el cual pueda ser retornado al país donde existe dicho riego.

El principio de no devolución opera como un límite absoluto a la potestad del Estado de devolver, expulsar, deportar o extraditar a una persona fuera de su territorio. La mera alegación de riesgo obliga al Estado a iniciar un procedimiento con todas las garantías del debido proceso y de la protección judicial, sin discriminación de ningún tipo. La solicitud debe examinarse con objetividad y las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar fundamentadas en forma expresa. Según la Convención de 1951, los Estados contratantes no expulsarán a los refugiados que se encuentren legalmente en su territorio, excepto por razones de seguridad nacional o de orden público, y en tal caso la expulsión debe efectuarse de acuerdo con el debido proceso legal. Además, el refugiado no podrá ser puesto de ninguna manera en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad estén amenazadas debido a su raza, religión, nacionalidad, opinión política o por ser miembro de un grupo social determinado.

En consonancia con esos estándares, el marco normativo que rige entre nosotros dispone en el artículo 8, que la expulsión de un refugiado solo puede resolverse de manera excepcional, cuando razones graves de seguridad nacional u orden público lo justifiquen, respetando el debido proceso y la protección judicial. La medida debe ser razonable y proporcionada asegurando un balance adecuado entre los derechos del afectado y el interés de la sociedad. La misma norma establece que en cualquier caso, el refugiado tendrá derecho a presentar todo tipo de pruebas exculpatorias y recurrir la medida en sede administrativa y judicial.

Además, en caso de prosperar la expulsión y luego de concederse al refugiado un plazo razonable para gestionar su admisión legal en un tercer país, la medida sólo podrá hacerse efectiva hacia el territorio de un Estado que garantice el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona expulsada y su protección contra la expulsión, devolución o extradición cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro ese derecho, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Con muy buen criterio, la Ley de Reconocimiento y Protección al Refugiado, artículo 39 de la mencionada ley, dispone que la autoridad, ya sea central, regional o municipal, de policía, fronteras, migración, judicial o cualquier otro funcionario habilitado que conociera la aspiración de una persona extranjera de acceder al procedimiento para el reconocimiento de la condición de refugiado, es responsable de garantizar el respeto al principio de no devolución y de notificar dicha solicitud de inmediato a la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE).

La Declaración de Principios del MERCOSUR sobre Protección Internacional de los Refugiados expresa que los refugiados no serán devueltos o deportados o expulsados adonde puedan ser sometidos a actos de persecución o donde sus vidas, integridad física o libertad estén en riesgo por su raza, religión, opinión política, pertenencia a grupo social, por violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos o violaciones masivas de derechos humanos.

El principio de no devolución (non refoulement) forma parte del Derecho Internacional consuetudinario. Por consiguiente, todos los Estados se hallan obligados por la prohibición que ese principio entraña, lo cual es de suma importancia para los Estados que no son partes en la Convención de 1951 ni en el Protocolo de 1967.

Principio de no sanción por ingreso Ilegal

No se impondrán sanciones penales o administrativas al solicitante de la condición de refugiado por motivo de ingreso ilegal al país, a condición de que se presente sin demora a las autoridades y alegue causa justificada de su ingreso o permanencia ilegal.

El artículo 40 de la ley argentina dispone que en caso de reconocimiento de la condición de refugiado, los procedimientos administrativos o penales abiertos contra el refugiado debido a su ingreso ilegal serán dejados sin efecto si las infracciones cometidas encontraren su justificación en las causas que determinaron su reconocimiento como refugiado.

Principio de no discriminación

Los derechos de los solicitantes de refugio no pueden ser restringidos indebidamente

a causa, por ejemplo, de su color de piel o por el hecho de ser mujer o niño o niña. Tampoco por su situación social o por tener bajos recursos económicos o una determinada creencia religiosa. El Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) puede recibir información sobre conductas que pueden ser discriminatorias en perjuicio de esas personas.

Cesación de la condición de refugiado

La condición de refugiado cesará de ser aplicable a toda persona que se ha acogido nuevamente de manera voluntaria a la protección del país de su nacionalidad, o habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente, o que ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad. También cesa aquella condición con respecto a toda persona que se ha establecido voluntariamente en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguido, o no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada. Cuando se trata de una persona que no tiene nacionalidad, la condición de refugiado cesa por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada y, en consecuencia, estar en condiciones de regresar al país donde tenía su residencia habitual.

Nuestra legislación, en su artículo 11, dispone que no cesará la condición de refugiado cuando la persona de que se trate pruebe que, en su caso particular y a pesar del cambio de circunstancias en general, mantiene un fundado temor de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. En esta norma aparece contemplada una de las soluciones duraderas para los refugiados, que es la repatriación voluntaria. Las otras soluciones duraderas son la integración local y el reasentamiento. A esta última se refiere los artículos 25 y 56 de nuestra ley. “El refugiado que haya obtenido su reconocimiento como tal en otro país, en el que no pudiera permanecer porque sus derechos y libertades fundamentales estuviesen en riesgo, podrá tramitar su reubicación en nuestro país ante cualquier delegación diplomática argentina, la que tendrá a su cargo la recepción de la solicitud y la conformación del expediente”, dice el artículo 56 explicitando el significado del reasentamiento.

Por último, hay que distinguir la cesación de la condición de refugiado de la cancelación de dicha condición. Excepcionalmente, el organismo de aplicación de la ley 26.165 está facultado para revisar la condición de un refugiado reconocido en el país cuando tenga en su poder prueba suficiente que demuestre que el solicitante ocultó o falseó los hechos materiales sobre los que fundó su solicitud de tal forma

que, de haberse conocido, se hubiera denegado el reconocimiento peticionado.

Extradición

La interposición de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado tendrá efecto suspensivo sobre la ejecución de una decisión que autorice la extradición del solicitante de asilo hasta que el procedimiento de determinación de la condición de refugiado haya sido completado mediante resolución firme, establece el artículo 14 de la ley. El reconocimiento de la condición de refugiado tendrá el efecto de terminar cualquier procedimiento de extradición iniciado contra el refugiado a petición del gobierno del país de su nacionalidad o residencia habitual.

El artículo 15 de la ley 26.165 concluye diciendo que "en todos los casos la extradición de un refugiado se llevará a cabo con absoluto respeto a las disposiciones contenidas en el capítulo sobre prohibición de devolución y expulsión".

Órganos competentes en la materia

Tal vez uno de los hechos más importantes que se ponen de manifiesto con la sanción de la ley es la conformación de la Comisión Nacional para los Refugiados (CONARE), organismo interministerial de reconocimiento y protección al refugiado. El artículo 18 crea dicho organismo, que opera en el ámbito del Ministerio del Interior. Está integrado por un representante de cada uno de los siguientes Ministerios: del Interior; Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto; Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, y Desarrollo Social. La integra además un representante del INADI y participan con voz y sin voto un representante de una organización no gubernamental sin fines de lucro, que propenda a los fines de la ley, y un representante del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados.

La Comisión, que reemplaza al Comité de Elegibilidad para los refugiados (CEPARE), elige sus autoridades, y sus miembros no están sujetos a mandato imperativo alguno ni reciben instrucciones de ninguna autoridad en lo atinente a sus criterios, es decir, desempeñan su cometido con independencia funcional. La composición interministerial permite que los funcionarios de cada ministerio le den curso, de manera expeditiva, a las peticiones de los refugiados, al tiempo que optimiza la comunicación entre organismos. En Argentina, todos los aspectos vinculados a la protección, asistencia y búsqueda de soluciones para los refugiados son tratados por la CONARE.

Sus funciones son, entre otras, proteger los derechos de los refugiados y solicitantes de asilo que se hallen bajo la jurisdicción de la República Argentina en toda circunstancia, para lo cual está facultada para ejecutar todas las acciones necesarias para velar por el goce efectivo de los derechos de los refugiados y de sus familiares; resolver, en

primera instancia, sobre el reconocimiento y la cesación de la condición de refugiado; resolver sobre el otorgamiento de autorización para las solicitudes de ingreso al país por motivo de reunificación familiar y reasentamiento, así como aprobar los planes relativos a los procesos de repatriación voluntaria y los reasentamientos de refugiados que se hallen en el territorio de la República en un tercer país; convocar a autoridades nacionales, provinciales y municipales a fin de proponer la coordinación de acciones conducentes al cumplimiento de los objetivos de esta ley; elaborar planes de acción conjunta con el fin indicado en el punto anterior; presentar un informe anual al Presidente de la Nación en el que se dé a conocer la memoria de lo actuado en el año, la cantidad de casos resueltos y los pendientes de resolución, un análisis cualitativo de lo actuado y de las situaciones especiales que merezcan una consideración por separado y dictar su reglamento interno de funcionamiento, el cual deberá ser aprobado por el Ministerio del Interior.

La Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados tiene, entre otras, las siguientes funciones: iniciar el expediente de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; entrevistar al solicitante, realizando las diligencias útiles para proveer de intérprete y preparar los respectivos informes; elaborar un informe técnico no vinculante respecto de cada solicitud; otorgar certificado de residencia provisoria; informar al solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado acerca de sus derechos y obligaciones; procurar, cuando se trate de mujeres o menores que hubieran sido víctimas de violencia y de otras circunstancias que los hubieran afectado, la atención psicológica especializada de estas personas durante el procedimiento; preparar las actas resolutivas de cada caso resuelto por la Comisión; conformar el expediente administrativo para el otorgamiento de la residencia legal de aquellas personas reconocidas como refugiados; comunicar a la autoridad migratoria los casos con denegatoria firme al reconocimiento de la condición de refugiado, y compilar la información sobre la situación en los países de origen de los solicitantes de reconocimiento de la condición de refugiados.

Procedimiento

El reconocimiento de la condición de refugiado puede ser solicitado ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión o cualquier delegación u oficina migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones en el interior del país o cualquier otra autoridad nacional, provincial o municipal, o la autoridad migratoria de frontera cuando quien solicita refugio ingresa al país, y se puede solicitar estatuto de refugiado también para el grupo familiar cercano.

No es posible solicitar el estatuto de refugiado estando la persona interesada fuera de la República Argentina (por ejemplo, yendo al consulado argentino en el país

de origen), ya que la petición debe formularse en la frontera o dentro del territorio argentino.

El solicitante de refugio debe completar un formulario, presentar su documento de identidad o pasaporte y, si no tuviera ninguno de esos documentos, explicar las razones de ello. Será entrevistado en forma personal por un funcionario, que le indagará en detalle sobre los hechos que lo llevaron a salir de su país, debiendo la entrevista realizarse en un idioma que el solicitante comprenda. De acuerdo con el artículo 36 de la ley, "es obligatorio mantener una entrevista personal con el solicitante".

Se considera muy importante toda la información y documentación que pueda brindar el solicitante sobre los hechos y razones que lo llevaron a abandonar su país, para comprender mejor su situación. Presentada la solicitud de refugio, se entrega al solicitante un certificado que acredita su condición de solicitante del estatuto de refugiado con permanencia regular en el país, lo que le permite alojarse, transitar legalmente, fijar su domicilio y trabajar. Incluso, con el número de trámite que consta en ese documento provisorio puede obtener el código de identificación laboral que otorga la Administración Nacional de Seguridad Social, que lo habilita a trabajar en el marco de las normas laborales vigentes.

El procedimiento se rige por lo que dispone la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549, del 27 de abril de 1972, y sus modificaciones, en lo que no sea objeto de expresa regulación específica en la ley 26.165. Para considerar probados los hechos invocados por el solicitante de refugio, bastará que existan indicios suficientes. Si no pudiera recolectarse prueba directa, las autoridades, en su evaluación, podrán basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante, en cuyo caso corresponderá aplicar el beneficio de la duda a su favor.

Si la Comisión reconoce la condición de refugiado al solicitante, se le entrega un certificado a fin de tramitar su residencia temporaria en el país ante la Dirección Nacional de Migraciones, dependencia en la que podrá iniciar el trámite para la obtención del documento nacional de identidad para extranjeros, por su condición de refugiado.

Si la decisión respecto a la solicitud resultara negativa, es decir, si no se reconociera la condición de refugiado, el solicitante puede interponer por escrito recurso jerárquico, que se presenta ante la Secretaría Ejecutiva de la Comisión, dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación de la decisión, y luego se eleva al Ministro del Interior, previa intervención de la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación. El recurso debe ser fundado, indicando y explicando concretamente las razones por las

que no se está de acuerdo con lo resuelto por la Comisión. Si la decisión del Ministro del Interior fuese negativa, con el recurso ya resuelto queda concluida la posibilidad de una nueva revisión administrativa, pero la persona interesada tiene derecho a solicitar la revisión judicial de dicha decisión.

La interposición de recursos administrativos o judiciales, suspenderá la ejecución de las medidas dictadas hasta tanto queden firmes. Si los recursos son rechazados y, en consecuencia, se mantiene la decisión negativa, corresponde a las autoridades migratorias resolver sobre la regularización de la situación migratoria y permanencia legal en el país de la persona de que se trate.

8.29. Derechos del solicitante de refugio

Confidencialidad y debido proceso legal Toda la información brindada por el solicitante de refugio tiene carácter confidencial y no será compartida con las autoridades de su país. Por mandato legal, el procedimiento para determinar la condición legal se debe llevar a cabo con arreglo a los principios de confidencialidad y de debido proceso legal. Con la finalidad de proteger los datos de los solicitantes que pueden estar en riesgo, el procedimiento debe respetar en todas sus etapas la protección de los datos del solicitante y el principio de confidencialidad.

Designación de un tutor
Si se tratara de niños (menores de 18 años) no acompañados o separados de sus familias se le designará un tutor. Cuando el solicitante de la condición de refugiado es una niña o un niño, los principios contenidos en la Convención sobre Derechos del Niño deben orientar los aspectos sustantivos del procedimiento. Los niños tienen derecho a que se protejan de manera especial sus garantías al debido proceso y a la protección de la familia en los procedimientos administrativos de solicitud de reconocimiento de la calidad de refugiado. El Estado debe velar por su interés superior y por el principio de unidad familiar, sin tomarlos como objetos condicionados y limitados a los derechos de sus padres, lo cual atenta contra su calidad de sujetos de Derecho. Determinar el interés superior del niño o de la niña requiere examinar tanto las normas objetivas como las subjetivas, incluyendo las opiniones del niño o niña. También se debe considerar los hechos concretos de su caso, la edad, sexo, antecedentes culturales y experiencias pasadas, así como el ambiente general

Derecho a ser asistido por un abogado
Entre los derechos del solicitante de refugio se encuentra también el derecho a ser asistido por un abogado de la Defensoría General de la Nación, en forma gratuita, quien lo asistirá en todas las instancias del procedimiento. El artículo 51 de la ley

N° 24.946 establece que el Defensor General de la Nación tiene el deber de realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos y de promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados.

A través de la Resolución de la Defensoría General de la Nación n° 1071/07 se creó el Programa para la Asistencia y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación con el objeto de garantizar el acceso a la justicia y la defensa de los derechos humanos de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de la condición de refugiado, y mediante las Resoluciones N° 2049/07 y N° 1858/08 se creó la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio de la Defensoría General de la Nación.

Por Resolución 1055/11 de la Defensoría General de la Nación se creó, en el ámbito de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionante de Refugio, el Programa de Asesoramiento y Representación Legal para Personas Refugiadas y Solicitantes del Reconocimiento de la Condición de Refugiado. La Comisión asume, prioritariamente, la tutela, la representación legal y el acompañamiento de los niños, niñas y adolescentes no acompañados o separados de sus familias en busca de asilo en la República Argentina, grupo en situación de mayor vulnerabilidad dentro del universo de las personas refugiadas y solicitantes del reconocimiento de dicha condición.

Constituye una obligación del Estado Argentino garantizar la representación legal de toda persona solicitante del reconocimiento de la condición de refugiado que así lo requiera.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su jurisprudencia constante sobre los artículos “8 y 25 de la Convención”, ha sostenido en el ***Caso Claude Reyes y otros***[69], sentencia de 19 de septiembre de 2006, que esas normas consagran el derecho al debido proceso legal, entendido como .el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del estado que pueda afectar sus derechos". El procedimiento administrativo de reconocimiento de la condición de refugiado no escapa a esta exigencia.

Formalizada la representación por patrocinio o poder, la abogada o el abogado que brinde el servicio de asesoría legal, orientará a la persona solicitante para que

[69] Corte IDH, Caso Claude Reyes y otros, sentencia de 19 de septiembre de 2006, párrs. 108 y 116

pueda completar la nota inicial y el formulario de solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado; la asesorará sobre la naturaleza del procedimiento y sobre sus derechos y obligaciones; velará por que se respeten en el procedimiento todas y cada una de las garantías del debido proceso, en particular el derecho de la persona solicitante de ser asistida por un defensor en todas y cada una de las etapas y de contar con un intérprete idóneo, en caso de no dominar el idioma español, así como de disponer del tiempo y los medios adecuados para la defensa de sus derechos.

Además, acompañará a la persona solicitante a la entrevista de elegibilidad; aportará prueba documental, testimonial o pericial; elaborará el alegato de todo lo actuado en el procedimiento, analizando la historia de la persona solicitante y toda la información disponible sobre la situación objetiva de su país de origen; articulará los recursos administrativos y judiciales, según corresponda, en caso de denegatoria, y orientará a la persona reconocida como refugiada en la realización de los trámites necesarios para obtener la radicación y el documento nacional de identidad.

El solicitante de refugio tiene derecho también a la protección judicial y a disponer, en consecuencia, de recursos rápidos y efectivos para remediar total o parcialmente una situación violatoria de derechos y, en su caso, reconducir los procedimientos administrativos. Es función y tarea de cualquier autoridad pública, y no solo del Poder Judicial, el ejercicio del llamado control de convencionalidad, según el cual las autoridades deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, conforme lo sostuvo la **Corte IDH, Gelman vs. Uruguay**, sentencia del 24 de febrero de 2011, y **Almonacid Arellano vs. Chile**, sentencia del 26 de septiembre de 2006[70].

Los jueces y demás autoridades de los Estados partes en el Pacto de San José de Costa Rica, tal el caso de la República Argentina, se encuentran obligados al cumplimiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH sobre control difuso de convencionalidad.

Es importante destacar, por otro lado, que la Secretaría Ejecutiva y la Comisión, en el cumplimiento de sus funciones, tendrán en cuenta los criterios interpretativos emanados de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR y de las recomendaciones del Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar la Condición de Refugiado del ACNUR, según dispone el artículo 34 del texto legal. La Conclusión N° 8 (XXVII) señala que ciertos estándares básicos se deben respetar

[70] Corte IDH, Gelman vs. Uruguay, sentencia del 24 de febrero de 2011, y Almonacid Arellano vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

siempre para asegurar procedimientos justos y eficaces. Así, entre otras cosas, los solicitantes deben recibir información clara sobre los procedimientos, los funcionarios que analicen las solicitudes deben haber recibido capacitación adecuada y los solicitantes deben tener acceso al ACNUR cuando lo soliciten.

Y entre las disposiciones finales de la ley, se destaca la norma del artículo 54, a cuyo tenor el procedimiento para la determinación de la condición de refugiado se llevará a cabo sin costo alguno para el solicitante y de la manera más expedita, sin que esto afecte las garantías procesales y los derechos del peticionante.

Obligaciones del solicitante de estatuto de refugiado

Durante el procedimiento, el solicitante tendrá las siguientes obligaciones: decir la verdad y ayudar a esclarecer los hechos invocados y los motivos personales en que se basa su solicitud; esforzarse por aportar pruebas y suministrar explicaciones satisfactorias sobre la eventual insuficiencia o falta de las mismas; proporcionar información sobre su persona y experiencia con los detalles necesarios para determinar los hechos pertinentes; dar una explicación de las razones invocadas en apoyo de su solicitud, y contestar a todas las preguntas que se le formulen.

A su vez, de conformidad con el artículo 36 de la ley, la Secretaría Ejecutiva ordenará las medidas de investigación que estime necesarias para acreditar los hechos invocados por el solicitante y aquellos otros que estime relevantes en orden a resolver sobre el reconocimiento de la condición de refugiado".

Naturaleza del acto de reconocimiento de la condición de refugiado

La determinación de la condición de refugiado es un acto humanitario y apolítico. El reconocimiento de dicha condición no comporta, de parte de las respectivas autoridades, un juicio respecto al país de origen del refugiado. Nuestra ley deja en claro, en su artículo 49, que "la decisión sobre la condición de refugiado es un acto declarativo humanitario e imparcial".

En relación a si el derecho humano a buscar refugio se limita a su aspecto "búsqueda", es decir, si se acepta que no existe obligación para el Estado de reconocer como refugiado a quien lo solicite, o si se reconoce el derecho de buscar y recibir refugio, encontrándose los Estados obligados a concederlo en caso de corroborarse los extremos que lo hacen procedente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos parece haberse inclinado en el caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia sentencia del 25 de noviembre de 2013, por una postura intermedia, ya que al tiempo que reconoce la existencia de un derecho de buscar y recibir refugio, admite que la decisión recae en los Estados, y siempre que se respeten las garantías del debido proceso no sería revisable por los órganos del sistema interamericano. La

Corte dijo que determinar la procedencia formal y material de la solicitud de refugio es competencia de las autoridades internas de cada Estado y que no le corresponde entrar a considerar en el caso si la familia Pacheco Tineo se encontraba en riesgo de violación al derecho a la vida en el Estado Peruano a causa de su raza, nacionalidad, religión, condición social u opinión política, siempre que se haya garantizado el debido proceso y fundamentado la decisión.

Debe tenerse presente, además, que "de acuerdo con la Convención de 1951, una persona es un refugiado tan pronto como reúne los requisitos enunciados en la definición, lo que necesariamente ocurre antes de que se determine formalmente su condición de refugiado. Así, pues, el reconocimiento de la condición de refugiado no tiene carácter constitutivo, sino declarativo".

Perspectiva

El marco legal nacional que se ocupa de los refugiados, se reitera, está establecido en la ley de refugiados 26.165, aprobada en el año 2006, norma sumamente innovadora respecto del modo en que se encuentra regulado el derecho de los refugiados, y que sienta los principios básicos en materia de protección y pone fin a la gran dispersión de normas que regulaban la materia, señalando un procedimiento claro para el reconocimiento de la condición de refugiados para las personas que así lo soliciten y reconociendo expresamente la vigencia de los instrumentos de derechos humanos, todo lo cual nos permite concluir que Argentina ha evolucionado normativamente en la protección de solicitantes de refugio y refugiados.

Si la perspectiva de análisis fuera jurídica, y dentro de ella se analizara el entramado normativo, Argentina se encontraría entre los países abanderados en materia de refugio y derechos humanos por la adhesión a los instrumentos internacionales más importantes en ambas materias y por el desarrollo de su legislación interna para adaptar dichos documentos a nivel nacional. Además, se ha convertido en uno de los países con mayor coeficiente de elegibilidad en el mundo, esto quiere decir que se encuentra en el grupo de países que aceptan la mayor cantidad de refugiados posible.

Sin embargo, este avance normativo todavía se encuentra interrogado por los conflictos y obstáculos reales que deben atravesar los solicitantes y los refugiados una vez que se encuentran en territorio argentino. Los tiempos para la resolución de una solicitud de refugio aún es, en muchos casos, superiores a un plazo razonable, provocando que la situación del peticionante se deteriore jurídica y socio-económicamente. Como observa **Carolina Maniowicz**[71], si la persona logra

[71] Carolina Maniowicz; Refugiados en Argentina: integración local de los refugiados en sus tres ámbitos: legal, económico, y socio-cultural. Políticas públicas implementadas en la actualidad,

ser reconocida como refugiado: ¿en qué medida disminuye su "vida precaria", su situación de exclusión? Uno de las paradojas fundamentales de la gestión estatal del refugio en Argentina reside en, por un lado, la desarrollada legislación y normativa en materia de refugiados y, por el otro, en la incapacidad de generar políticas efectivas de protección e integración de los refugiados.

En Argentina, los evidentes avances en el plano normativo no se condicen con la posibilidad de que los solicitantes de asilo y los refugiados logren, en los hechos, gozar plena y efectivamente de los derechos que les son reconocidos para que se produzca de ese modo una verdadera integración local en el país. Dicha integración, en sus tres ámbitos (legal, económico y socio-cultural), sólo será posible en tanto y en cuanto el Estado argentino planifique, diseñe e implemente políticas públicas destinadas a tal fin.

8.30. Procedimiento para solicitar el estatuto de refugiado en argentina

8.30.1. Formalización de una solicitud de estatuto de refugiado

En Argentina, podrá presentar su solicitud verbalmente o por escrito, en la Ciudad de Buenos Aires o en el interior del país, ante:

- La Secretaría Ejecutiva de la CONARE en la Ciudad de Buenos Aires
- Cualquier delegación u oficina migratoria de la Dirección Nacional de Migraciones (DNM)
- La autoridad migratoria de frontera, al ingresar al país
- Cualquier otra autoridad nacional, provincial o municipal
- No podrá solicitar el estatuto de refugiado estando fuera de Argentina (por ejemplo, ante un Consulado argentino).
- La petición debe formularse en la frontera o dentro del territorio argentino.
- El trámite puede iniciarse y continuarse en la Delegación de la DNM más cercana a su domicilio.
- Toda la información que usted brinde será confidencial y no será compartida con las autoridades de su país de origen.

---

buenas prácticas y desafíos pendientes. Facultad latinoamericana de ciencias sociales. Flacso / Argentina- maestría en diseño y gestión de programas sociales.

- A los menores de 18 años no acompañados o separados de sus familiares se les asignará un tutor.
- Tiene derecho a ser asistido por un abogado de forma gratuita. Para ello, podrá contactarse con la Defensoría General de la Nación, donde lo asistirán en todas las instancias del procedimiento o para orientarlo en la regularización de su situación migratoria ante la Dirección Nacional de Migraciones.

8.30.2. Trámite de una solicitud de estatuto de refugiado

Al momento de iniciar la solicitud, deberá seguir los siguientes pasos:
Completar un formulario que será entregado por las autoridades.

Presentar un documento que acredite su identidad (pasaporte, cédula u otro) y documentación o información en apoyo de su caso. En caso en que no tenga un documento de identidad o no pueda presentar la documentación requerida, deberá explicar las razones.

Tendrá al menos una entrevista personal con un funcionario de la Secretaría Ejecutiva de la CONARE, quien le preguntará en detalle sobre los hechos que lo llevaron a abandonar su país de origen. La entrevista será realizada en un idioma que comprenda.

Informar su domicilio real (lugar en el que vive) y fijar un domicilio legal (que puede ser el mismo u otro diferente), que es donde serán enviadas las comunicaciones, notificaciones o citaciones.

Durante el trámite, siempre deberá informar los cambios de domicilio

- Podrá solicitar la asistencia gratuita de un traductor o intérprete si no comprende el idioma.
- Con motivos fundados, podrá solicitar ser entrevistado por un funcionario del género de su preferencia.
- Deberá aportar toda la información y/o documentación que disponga sobre las razones que lo llevaron a abandonar su país de origen.
- Tiene derecho a ser asistido por un abogado de forma gratuita. Para ello, podrá contactarse con la Defensoría General de la Nación, donde lo asistirán en todas las instancias del proceso, o podrá pedir que lo deriven a otras organizaciones que otorgan orientación jurídica gratuita.
- Podrá solicitar orientación respecto a las posibilidades de asistencia social.

8.30.3. Entrega de documentación provisoria

Dentro de los 20 días hábiles de presentada la solicitud de reconocimiento de estatuto de refugiado ante la CONARE, le será entregado un certificado que acreditará tanto su condición de solicitante como su permanencia regular en el país.

Con esta documentación provisoria, podrá transitar libremente por el país, alojarse en un hotel o pensión, fijar su domicilio, trabajar y acceder a todos los servicios públicos de salud y educación. El certificado debe ser presentado y exhibido a las autoridades públicas que lo requieran pero no puede ser retenido por ninguna autoridad o persona, a excepción de la Secretaría de la CONARE. el certificado mencionado le permitirá trabajar legalmente, de acuerdo con las normas laborales vigentes en el país. Podrá tramitar y obtener gratuitamente el código de identificación laboral (CUIT/CUIL) que otorga el Estado argentino a través de la Administración Nacional de Seguridad Social (ANSES).

8.30.4. Resolución de la solicitud

Si se RECONOCE el estatuto de refugiado...

Se le entregará un certificado a fin de tramitar su residencia temporaria en el país ante la DNM. Una vez que reciba su residencia temporaria, podrá iniciar el trámite para la obtención del Documento Nacional de Identidad (DNI) para extranjeros. Ambos trámites son gratuitos.

Si se DENIEGA el estatuto de refugiado...

Si no se le reconoce el estatuto de refugiado, tiene derecho a apelar (pedir su revisión) ante el Ministro del Interior, mediante un recurso por escrito que deberá presentar ante la CONARE dentro de los 10 días hábiles siguientes desde que lo notificaron de la decisión.

El pedido de revisión debe ser fundado, es decir que deberá explicar claramente las razones por las que no está de acuerdo con la decisión de la CONARE.

Si la decisión del Ministro del Interior fuese también negativa, tendrá derecho a pedir la revisión judicial de la resolución, para lo cual debe contar con la asistencia de un abogado. Cuando la decisión negativa es final, corresponde a las autoridades migratorias resolver sobre su regularización y permanencia legal en el país

8.31. Bibliografía

Alegre Susie; Preguntas frecuentes sobre cuestiones de derecho internacional de la lucha contra el terrorismo. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Viena – año 2009.

Alzamendi María Gabriela; Análisis y perspectiva de la normativa argentina sobre refugiados, en Papeles del Centro de Investigaciones, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNL, publicación semestral, año 6, número 17, Santa Fe, República Argentina, 2016, pp. 11–22.

Andia Roció; El Derecho de los Refugiados en la República Argentina del Bicentenario. V Congreso Latinoamericano de Ciencia Política. Asociación Latinoamericana de Ciencia Política, Buenos Aires - 2010.

Acquaviva Guido; Director de Gabinete, Tribunal Especial para el Líbano. Desplazamiento Forzado y Crímenes Internacionales. División de protección internacional. Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur) - Suiza.

Badilla Aceituno Paula Javiera; Pontificia Universidad Católica de Chile Facultad de Derecho; Análisis del derecho de los refugiados en Chile y la Ley 20.430 a la luz del derecho internacional (tesis para optar al grado de licenciado en derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile).

Bartolomé Ruiz Carlos M.M.; Los refugiados, umbral ético de un nuevo derecho y una nueva política. La Revue des droits de l'homme - Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux - 6 - 2014.

Cancado Trindade Antonio; Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Aproximaciones y convergencias.

Cantor David J., Diana Trimiño Mora; ¿Una solución simple para los refugiados que huyen de la guerra? La definición ampliada de América Latina y su relación con el derecho internacional humanitario.- Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, pp. 165-194 México.

Castillo Estrada Karla; El Derecho Internacional Humanitario, Derecho de los Refugiados y el derecho de asilo. Universidad Rafael Landívar. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Licenciatura en ciencias jurídicas y sociales. Guatemala de la Asunción, septiembre de 2014. **Castillo Guerra Jorge**; Teología de la migración: movilidad humana y transformaciones teológicas. Proyecto "Cristianismo mundial y

migración" (2012-2015) de la cátedra Estudios Prácticos y Empíricos de las Ciencias de la Religión, Facultad de Filosofía, Teología y Ciencias de la Religión y del Instituto de Ciencias de la Misión de Nimega, ambos en la Universidad Radboud de Nimega, Países Bajos.

Cruz Buitrago Jorge Armando; Refugiados en Cuarentena. Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 19, enero 2014, ISSN 1698-7950, pp. 86-102

Franco Leonardo, Coordinador; Edición al cuidado de María Laura Gianelli Dublanc, Mark Manly, Juan Carlos Murillo, César Walter San Juan. El asilo y la protección internacional de los refugiados en américa latina: Análisis crítico del dualismo "asilo-refugio" a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El Asilo y la protección internacional de los refugiados en América Latina / Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. – 1a. ed. – San José, C.R.: Editorama, 2004.

García Lila, Redactora; Migración, derechos humanos y política migratoria, parte de la Serie Migración y Derechos Humanos, desarrollada conjuntamente por el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos (IPPDH) del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Oficina Regional para América del Sur de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM).

Guerrero Verano, Martha Guadalupe, 2015-04.- Protección de los derechos de los refugiados y del derecho de asilo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos Universidad Carlos III de Madrid Repositorio institucional e-Archivo `http://e-archivo.uc3m.es`.

Deng Francis M.; Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la comisión derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas informe del representante del secretario general, , presentado con arreglo a la Resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/1998/53/Add.2 - 11 de febrero de 1998. Consejo económico y Social.

Lettieri Martin , Editor. Autores: Víctor E. Abramovich; Emelina Alonso; Rodolfo Manuel Aseretto; Boris Calderón Arandia, Pablo Ceriani Cernadas; Carmen Gloria Daneri Hermosilla; Olga Díaz Pedemonte; Karina Dubinsky, Andreas Feldmann; Nicolás B. Figari Costa; María Soledad Figueroa; Marcos Ezequiel Filardi, Alexandra Galvis; Gabriel Gualano de Godoy; Paula Lekanda; Martín Lettieri; María José Marcogliese, Federico Martínez Monge; Lucas Ramon Mendos; Juan Ignacio Mondelli; Alejandro Morlachetti, Mauricio Ortegón; Marcos Rasguido Serrudo; Patricio Rubio

Correa; Laura Saldivia, Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto; Juan Pablo Terminiello. Protección internacional de refugiados en el sur de Sudamérica. De la UNLa - Universidad Nacional de Lanus, 2012. 504 p.

Llamas Valeria; Seguridad humana y movilidad humana. Trabajo académico Final del XXXIII Curso Interdiciplinario de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, febrero 2016.

Keeley Brian; El lado humano de la globalización.- Migración Internacional.- © 2009 OCDE © 2013 Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Lara Salinas Ana María; Migraciones internacionales, Seguridad y Xenofobia: Los límites del modelo francés de integración. Facultad de Finanzas, Gobierno y Relaciones Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.

Loewe Daniel; Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago de Chile. ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura. CLXXXVI 744 julio-agosto – 2010.

Maniowicz Carolina; Refugiados en Argentina: Integración local de los refugiados en sus tres ámbitos: legal, económico, y socio-cultural. Políticas públicas implementadas en la actualidad, buenas prácticas y desafíos pendientes. Maestría en diseño y gestión de programas sociales; Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales -Flacso / Argentina - año 2016.

Movilidad Humana. Gestión Fronteriza Integral en la Subregión Andina. Módulo de capacitación para una gestión fronteriza integral que garantice los derechos humanos de las personas en movilidad y combata la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. OIM Organización Internacional para las Migraciones

Núñez Cruz, Maribel; La sociología de Bauman y su rechazo a la política de cerrar puertas y hacer muros. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional Autónoma de México - Nueva Época, Año LXII, núm. 230, mayo-agosto de 2017.

Oddone Nahuel y Leonardo Granato; "Derecho internacional humanitario, derecho internacional de los derechos humanos y derecho de los refugiados: la lógica de su existencia" Centro Argentino de Estudios Internacionales www.caei.com.ar. Programa Derecho Internacional

Reina-Vanegas, F.C. (2016). #Refugiados. Discursos de alteridad de población solidaria en Facebook. Revista Eleuthera, 14, 87-104. DOI: 10.17151/eleu.2016.14.6.

Zlata Drnas de Clément; Refugiados y Obligaciones "erga omnes". Derecho Internacional Público", publicado bajo los auspicios del Centro de Estudios en

Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales (Cecpri), del Consejo Federal de Estudios Internacionales de la República Argentina (CoFei) y de la Editorial Bellas Alas, con fecha de catalogación el 14 de agosto de 2017, con 777 páginas.

Regresar al Sumario

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

9. Pueblos indigenas y derechos humanos

Ricardo Marcelo Tahhan[1]

(1) - Tahhan, Ricardo Marcelo. Abogado. (Universidad Nacional de Tucumán). Especialista en Gestión Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero). Magister en Administración Pública (Universidad Nacional de Santiago del Estero). Se desempeña como Secretario Judicial del Excelentísimo Superior Tribunal de Justicia del Poder Judicial de la Provincia de Santiago del Estero. Profesor Adjunto de la Cátedra de Derecho Internacional Público en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero). Profesor Adjunto de la Cátedra de Derechos Humanos en la Facultad de Ciencias Políticas Sociales y Jurídicas (Universidad Católica de Santiago del Estero).

9.1. Introducción

El presente capítulo de estas Lecciones de Derecho Internacional de los Derechos Humanos trata sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Muchos pueblos indígenas, en diferentes partes del mundo, han visto vulnerados sus derechos de manera grave y sistemática por diversas razones, entre ellas, la falta de reconocimiento y respeto de su cultura, usos y costumbres, y las diversas expresiones discriminatorias en su contra. A lo largo de su historia los pueblos indígenas han sufrido discriminación, violación de sus derechos humanos y exclusión, que los han marginado de las sociedades más amplias en las que ha transcurrido su existencia. Por esa razón los pueblos indígenas enfrentan grandes dificultades para mantener y llevar adelante sus propios modelos de desarrollo y bienestar y son afectados de manera desproporcionada por la pobreza y la exclusión.

De conformidad con los principios fundamentales de universalidad, igualdad y no discriminación, a los pueblos indígenas se les reconoce la gama completa de los derechos establecidos en el derecho internacional. No obstante, los pueblos indígenas tienen culturas y una cosmovisión diferentes y singulares, que son además parte de sus derechos como colectividad; en consecuencia, sus necesidades, aspiraciones

y estrategias de desarrollo para el futuro pueden ser diferentes a las del resto de la población. Solamente se puede asegurar que se respeta la igualdad de valor y dignidad de los pueblos indígenas cuando se reconocen y se protegen sus derechos individuales y, asimismo, de sus derechos colectivos, en su condición de pueblos distintos. Solamente cuando se hacen valer esos derechos de manera colectiva es cuando pueden ser gozados plenamente por los pueblos indígenas .

En nuestro país, los pueblos indígenas, como parte constitutiva del pueblo argentino, han luchado por la ampliación y efectivización de derechos, la participación con identidad y la organización territorial, procurando visibilizar y fortalecer la identidad intercultural de nuestra Patria.

En este contexto, el trabajo por la defensa y protección de sus derechos es fundamental para la construcción de sociedades verdaderamente multiculturales, inclusivas e igualitarias . El derecho internacional de los derechos humanos justifica la incorporación de derechos de los pueblos indígenas en función de dos principios. En primer lugar, aquellas personas que se enfrentan con mayores dificultades que el resto de la sociedad a la hora de ejercer sus derechos (situación de vulnerabilidad social) o que han sido históricamente excluidas u objeto de prácticas discriminatorias, deben recibir protección especial por parte del Estado. En segundo lugar, se impone otro principio de derecho internacional que es el respeto de la diversidad cultural. Así, las concepciones desarrolladas por los órganos internacionales impulsan la creación de nuevos arquetipos jurídicos, pues generan la obligación de completar el pasaje de políticas estatales tradicionalmente asimilacionistas o integracionistas hacia políticas de Estado que reconozcan al indígena como un sujeto diferente y que le permitan existir, y legar a las generaciones futuras, sus propias pautas de organización social y política, sus sistemas de subsistencia económica, de medicina tradicional, de resolución de conflictos. En definitiva, su propia cosmovisión del mundo y forma de vida .

Los derechos de los pueblos indígenas han ido asumiendo un importante lugar en el derecho internacional sobre derechos humanos, desarrollando un importante cuerpo legal que confirma y protege los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas. Esta legislación se ha seguido expandiendo y desarrollando a través de numerosas vías como las demandas y reivindicaciones de representantes indígenas en Los foros internacionales; a través de decisiones de organismos internacionales de derechos humanos; a través del reconocimiento y codificación de derechos indígenas en Instrumentos internacionales bajo consideración de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos; a través de la incorporación de los derechos indígenas a instrumentos y políticas relacionados con el medio ambiente y el desarrollo;

a través de la incorporación de estos derechos en el derecho y la práctica interna de los Estados; y a través de decisiones jurídicas internas nacionales.

Durante los últimos años, los organismos internacionales que disponen de mandato para la protección de derechos humanos han prestado particular atención a los derechos indígenas. En este respecto son destacables el Comité de la ONU para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo. Estos organismos han contribuido al desarrollo progresivo de los derechos indígenas mediante la interpretación general de la aplicación de los derechos humanos de tal forma que han ido tomando en cuenta y protegiendo paulatinamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas .

Como se verá a la continuación del capítulo, el Estado tiene ahora el deber jurídico concreto de adoptar medidas para que los pueblos indígenas puedan subsistir como portadores de una cultura diferente. De ahí que las formas y pautas culturales de cada grupo se erijan como criterio rector, de consideración obligatoria a la hora de interpretar tanto los derechos generales como los derechos específicos de los pueblos indígenas.

9.2. Quienes son Pueblos Indígenas - Denominación

La comunidad internacional no ha adoptado una definición de “pueblos indígenas”, y la opinión que actualmente prevalece es que no se requiere una definición universal formal para el reconocimiento y la protección de sus derechos.

De hecho, no existe ninguna definición jurídica a nivel internacional que sea aceptada por todos universalmente. No existe un concepto claro e inequívoco del vocablo indígena. Las clasificaciones son casi siempre realizadas bajo criterios externos, impuestos y utilizados por técnicos, académicos, y autoridades, generalmente no indígenas, por lo que resulta más adecuada aquella sustentada en la autodefinición. El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas ha reclamado ese derecho, y actualmente es considerado dentro de la categoría de los derechos humanos .

Cada Estado parece tener su propia definición de qué representa la expresión indígena y la expresión pueblo. Ni siquiera se usa siempre el mismo término para designar la misma o similar realidad. Términos como ‘aborígenes’, ‘nativos’ y ‘tribus’ se unas muchas veces como intercambiables, por mucho que cada uno conlleve diferentes connotaciones y sentidos . Esto no debe constituir de manera alguna un obstáculo en el abordaje de las cuestiones sustanciales que afectan a los pueblos indígenas.

Algunas definiciones nos pueden ayudar a delinear las características de los pueblos

indígenas :

El Convenio n° 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 en su artículo n° 1 dispone que dicho convenio se aplica a:

- Pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial.
- Los pueblos en países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

El Convenio también declara que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá ser considerada un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio (auto-determinación).

El Estudio del problema de la discriminación contra las Poblaciones Indígenas (Estudio Martínez Cobo) propone la siguiente "definición práctica": 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 pueblos, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sistemas legales.

Otra definición de corte jurídico internacional es la que realiza en 1995 la Relatora del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre Poblaciones Indígenas, Erica Irene Daes , a través de sus famosos cuatro criterios definitorios del concepto de "pueblo indígena": a) la prioridad en el tiempo por lo que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio; b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones; c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otro grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y d) una experiencia de sometimiento,

marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

En cuanto a la denominación, en Argentina y otros Estados latinoamericanos, los pueblos indígenas suelen denominarse también "originarios" para subrayar su preexistencia a los Estados. Sin embargo, en el ámbito jurídico se utiliza el vocablo "indígenas". Ello, por cuanto en la Primera Conferencia Mundial de Pueblos Indígenas (Canadá, 1975) se estableció que el término "indígena" fuera bandera de dignidad y para uso formal de leyes, tratados y relaciones con los Estados y los organismos internacionales, impulsando el derecho y la política de muchos pueblos; expresando con ese término devenido estratégico la ideología de sus sistemas comunitarios solidarios en el marco de las respectivas cosmovisiones de los pueblos.

En las presentes lecciones se utilizará el término pueblos indígenas que es también el término más comúnmente aceptado y utilizado, tanto en los instrumentos internacionales, como en la doctrina y jurisprudencia.

9.3. Pueblos Indígenas y Tribales

En el caso Pueblo Saramaka Vs. Suriman , la Corte observó que los miembros de dicho pueblo no eran originarios de la región en la que habitaban, sino que fueron llevados durante la época de la colonización de lo que hoy se conoce como Surinam como esclavos provenientes del África. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país donde establecieron comunidades autónomas. Los Saramaka estaban organizados en doce clanes de linaje materno (lös) y se estimaba que el número de la población, al momento de la sentencia de la Corte, iba de 25.000 a 34.000 personas. La Corte consideró que los miembros del Pueblo Saramaka conformaban una comunidad tribal cuyas características sociales, culturales y económicas eran diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, particularmente gracias a la relación especial existente con sus territorios ancestrales, y porque se regulaban, al menos en forma parcial, a través de sus propias normas, costumbres y tradiciones.

El Tribunal concluyó que su jurisprudencia sobre pueblos indígenas era también aplicable a pueblos tribales, dado que compartían "características sociales, culturales y económicas distintivas, incluyendo la relación especial con sus territorios ancestrales, que requiere medidas especiales conforme al derecho internacional de los derechos humanos, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dicho pueblo".

9.4. Pueblo o Comunidad Indígena

Para Abreut de Begher, existen distintas razones que nos llevan a la conclusión de que los términos "pueblo" o "comunidad indígena", a la luz de la actual normativa, no justifican su utilización como sinónimos y con contenido análogo, en tanto se advierte que algunas veces el sentido que se le otorgó en cada caso fue distinto, en una gradación de género a especie. Para pueblo: asignación del "todo", y para comunidad: como parte integrante de ese todo.

La existencia de diferentes comunidades ubicadas en zonas geográficas esparcidas, con un tronco común o pertenencia a un pueblo o nación aborigen, explica el fundamento de la distinción. Sabemos que el concepto de comunidad es más acotado frente al genérico de pueblo o nación indígena, en tanto se entiende aquélla como unidad económica solidaria fundada en vínculos étnico-socio-culturales e, incluso, parenterales. Pueblo indígena es el conjunto de comunidades que pertenecen a un mismo antepasado común, mientras que comunidad indígena se refiere al conjunto de personas y/o familias que habitan un mismo lugar y tienen a su vez una raíz común y participan de la misma cultura, y son ellas quienes pueden ser las titulares del derecho real de propiedad indígena.

9.5. Instrumentos Internacionales para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas

En muchos lugares del mundo, los pueblos indígenas enfrentan una historia de discriminación y exclusión que les ha mantenido al margen de las sociedades mayoritarias con las que conviven. Por esta razón, afrontan grandes dificultades para mantener y formular sus propios modelos de desarrollo y bienestar y por consiguiente la pobreza y la exclusión les afectan de manera desproporcionada.

Bajo los principios básicos de universalidad, igualdad y no discriminación, los pueblos indígenas tienen derecho al conjunto de derechos enunciados por el derecho internacional. Sin embargo, los pueblos indígenas, como colectivos, tienen culturas y cosmovisiones distintas y únicas, y sus necesidades actuales y aspiraciones para el futuro pueden diferir de aquellas de la población dominante. Su igual valor y dignidad sólo pueden ser asegurados por medio del reconocimiento y protección no sólo de sus derechos individuales sino también de sus derechos colectivos como grupos distintivos. Estos derechos pueden materializarse de manera significativa cuando se afirman colectivamente. Esto ha conllevado a la formulación de un conjunto separado de instrumentos internacionales para el reconocimiento y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

9.6. Sistema de Naciones Unidas

Los derechos de los pueblos indígenas se han perfilado en los tres últimos decenios como destacado componente del derecho y las políticas internacionales gracias a un movimiento impulsado a escala nacional, regional e internacional por pueblos indígenas, la sociedad civil, mecanismos internacionales y Estados.

El sistema de derechos humanos de las Naciones Unidas ha ocupado un lugar central en este proceso mediante órganos como el Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, que cumplió innovadoras funciones de las que hoy se ocupan el Consejo de Derechos Humanos y sus mecanismos en colaboración con otras instancias destacadas, como el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. Uno de sus principales logros fue la aprobación en 2007 por la Asamblea General de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, fruto de decenios de negociación entre los Estados y los pueblos indígenas, que, con ánimo de colaboración, se mancomunaron para respaldar la Declaración. En ella se relacionan los derechos humanos con los pueblos indígenas y sus situaciones concretas, lo cual contribuye a enmendar su exclusión histórica del sistema jurídico internacional. .

Dentro del sistema de la ONU, se han establecido entonces dos mecanismos importantes relativos a las cuestiones indígenas. El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU (UNPFII por sus siglas en inglés), compuesto por 16 expertos independientes, muchos de los cuales son indígenas, cuyo mandato es examinar las cuestiones indígenas relacionadas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medioambiente, los derechos humanos, así como formular recomendaciones al sistema de la ONU a través del Consejo Económico y Social. El mandato del UNPFII también incluye difundir las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promover su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas; así como preparar y difundir información y material pertinente. La Relatoría Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas fue creada por la Comisión de los Derechos Humanos (hoy reemplazada por el Consejo de Derechos Humanos) y tiene el mandato de emprender visitas a los países, informar acerca de tendencias y asumir directamente con los gobiernos casos relacionados con violaciones de los derechos humanos.

El sistema de la ONU ha respondido a estos llamados a la acción consolidando y formalizando su larga cooperación con los pueblos indígenas por medio de la creación del Grupo Interinstitucional de Apoyo sobre Cuestiones Indígenas (IASG por sus

siglas en inglés). En julio de 2006, dentro del marco de la promoción del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, el Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo recomendó que el IASG prestara apoyo y orientación para la transversalización e integración de las cuestiones relativas a los pueblos indígenas en las actividades operativas de la ONU, funcionando como un equipo de trabajo del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Así, se creó el Equipo de Trabajo sobre Cuestiones Indígenas del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo para formular directrices para la transversalización e integración de las cuestiones relativas a los pueblos indígenas en los mecanismos y procesos del sistema de la ONU a nivel de país y para formular un plan de acción para su implementación.

9.7. Instrumentos Específicos

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre de 2007 . En la Declaración, que es el instrumento más amplio relativo a los derechos de los pueblos indígenas existente en el ámbito del derecho y las políticas internacionales, figuran normas mínimas en materia de reconocimiento, protección y promoción de estos derechos.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas es un paso más en la consolidación del marco normativo que garantiza dichos derechos y también ha significado la profundización del reconocimiento que ya se había formulado en muchas de las constituciones nacionales. Existe una ida y vuelta entre los avances locales y los internacionales, pero la recepción de derechos específicos en foros internacionales es una caja de resonancia que se transmite al resto de los países, pues los acuerdos alcanzados en organismos internacionales definen la agenda pública del resto de los países.

La Declaración orienta a los Estados y los pueblos indígenas en la elaboración de las leyes y políticas que repercuten en estos pueblos, en concreto en el establecimiento de medios para atender mejor las reclamaciones que presentan, y entre los derechos que enuncia se encuentran:

- a) libre determinación: la Asamblea General de las Naciones Unidas ha afirmado que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación y, en consecuencia, a establecer libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural. El artículo 3 de la

Declaración coincide con el artículo 1 común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los pueblos indígenas consideran la libre determinación un derecho central reconocido a escala internacional. A su vez, el ejercicio del derecho a la libre determinación complementa al ejercicio de otros derechos. Todos los derechos enunciados en la Declaración son indivisibles y están relacionados entre sí, sin que sea excepción a ello el derecho a la libre determinación. Su efecto se extiende a los demás derechos, que deben leerse a la luz de la libre determinación de los pueblos indígenas, como el derecho a la cultura, que puede abarcar la autonomía de estos pueblos en el ámbito cultural.

- b) autonomía o el autogobierno: en el artículo 4 se afirma lo siguiente: "los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas". A la par que el derecho a la autonomía, los pueblos indígenas tienen derecho, de conformidad con el artículo 34 de la Declaración a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos...". El derecho a la libre determinación va íntimamente ligado a los derechos políticos de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho a participar en la adopción de decisiones en asuntos que afectan a sus derechos y la obligación de los Estados de celebrar consultas y cooperar con ellos para obtener su consentimiento libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten. En ambos casos, y de conformidad con su derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas tienen derecho a participar por medio de sus instituciones representativas.

- c) derecho a las tierras, territorios y recursos: en la Declaración se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos, incluidos los que han poseído tradicionalmente pero en la actualidad están controlados por otros, de hecho o de derecho. Muchos pueblos indígenas ven como rasgo definitorio su relación con sus tierras, territorios y recursos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recalcado lo siguiente: La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la

relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

- d) derechos económicos, sociales y culturales: las disposiciones de la Declaración son consonantes con las interpretaciones de los derechos económicos, sociales y culturales llevadas a cabo por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Al igual que en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Declaración se afirma los derechos de los pueblos indígenas a la salud, la educación, el empleo, la vivienda, la salud, la seguridad social y un nivel de vida adecuado. Reviste especial importancia el artículo 3 de la Declaración, en el que se enuncia su derecho a determinar libremente su desarrollo económico, social y cultural. Frente al mundo exterior, y a menudo también dentro de las comunidades indígenas, la singularidad cultural de los pueblos indígenas se considera uno de los rasgos que los definen.
- e) derechos colectivos: los derechos de los pueblos indígenas tienen, por definición, carácter colectivo. Dicho de otro modo, se confieren a individuos indígenas que se organizan en pueblos.

Antes de la Declaración, el sistema internacional de derechos humanos había asimilado con lentitud el concepto de concesión de derechos a grupos, excepción hecha del derecho a la libre determinación. Por lo general, se daba por sentado que los derechos de los individuos bastarían para garantizar una protección y promoción adecuadas de los derechos de proyección colectiva, como el derecho a la cultura. Sin embargo, con la aprobación de la Declaración la comunidad internacional ha afirmado claramente que deben reconocerse los derechos colectivos de los pueblos indígenas para que estos puedan disfrutar de sus derechos humanos. f) Igualdad y no discriminación: la igualdad y la no discriminación son objetivos destacados en los que se sustentan la Declaración y el Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales. De hecho, en los artículos 1 y 2 de la Declaración se articula el derecho de los pueblos indígenas, a título colectivo e individual, al disfrute de todos los derechos humanos. Los pueblos y los individuos indígenas son: libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser objeto de ningún tipo de discriminación en el ejercicio de sus derechos, en particular, la fundada en su origen o identidad indígenas. El reconocimiento de sus derechos en general está totalmente justificado desde la perspectiva de la igualdad y la no discriminación.

Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países

independientes de 1989

El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no. 169 , adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989. El Convenio es, hasta la fecha, el tratado internacional más avanzado específicamente dedicado a la promoción de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio incorpora una serie de disposiciones relativas, entre otros, a la administración de justicia y el derecho consuetudinario indígena; el derecho a la consulta y a la participación; el derecho a la tierra, territorio y recursos naturales; derechos sociales y laborales; educación bilingüe, y cooperación transfronteriza.

El Convenio Nº 169 de la OIT y su predecesor, el Convenio Nº 107 de la OIT relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, de 1957, son los únicos que se ocupan en particular de los derechos de los pueblos indígenas. El Convenio Nº 169 de la OIT se centra fundamentalmente en la no discriminación.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue el primer órgano internacional y el único vinculado con la Sociedad de las Naciones, predecesora de las Naciones Unidas, que adoptó medidas en relación con las cuestiones indígenas. En 1953 publicó un estudio sobre los pueblos indígenas y en 1957 aprobó el Convenio Nº 107 relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, primer tratado internacional de alcance mundial dedicado específicamente a los derechos de los pueblos indígenas. Se revisó en 1989 con la aprobación por la OIT del Convenio Nº 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, en el que se rebaja el tono asimilacionista y paternalista del Convenio Nº 107.

El Convenio reconoce como titulares de los derechos a los pueblos indígenas y no a las poblaciones, cuya pertenencia se establece por un criterio de adscripción subjetiva colectiva. Y, sobre este sujeto colectivo, establece un plexo de derechos colectivos que tienen como eje el derecho a la autonomía, entre los que se cuenta, como veremos, el derecho a las tierras, a los territorios y a sus recursos, el derecho a la organización con instituciones propias, el derecho a fijar las prioridades para el desarrollo autónomo y el derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que afectan sus intereses.

El principio interpretativo que rige el Convenio es el derecho a la integridad cultural de los pueblos, que se manifiesta en el respeto por la integridad de sus valores, sus prácticas y sus instituciones (art. 5) .

La adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

(2) por la mayoría de países de América Latina significó un paso de trascendental importancia para el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tuvo un fuerte impacto en todo el continente. Luego de su ratificación, los Estados empezaron un proceso de reforma de su normativa interna, y fueron las constituciones las que se vieron mayormente afectadas por este Convenio, instrumento jurídico que sigue siendo la herramienta más potente para garantizar los derechos .

9.8. Otros instrumentos relevantes

El **Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos**, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. El Comité de Derechos Humanos, responsable de la supervisión del cumplimiento del Pacto, ha aplicado varias de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la libre determinación (artículo 1), y los derechos de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas (artículo 27).

El **Pacto International sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales**, adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, responsable de supervisor la implementación del Pacto, ha aplicado también algunas de sus disposiciones en el contexto específico de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la vivienda; el derecho a la alimentación; el derecho a la educación; el derecho a la salud; el derecho al agua, y los derechos de propiedad intelectual. La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 1965. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), responsable de la supervisión de la Convención, ha prestado una especial atención a la situación de los pueblos indígenas a través de sus distintos procedimientos. Véase Observación General Nº 23 (Pueblos indígenas).

La **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer**, adoptada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 1979. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha prestado una especial atención a la situación de las mujeres indígenas como grupos particularmente vulnerables y desaventajados. Véase, Recomendación General Nº 24 (La mujer y la salud). En la resolución que establece su mandato, el Consejo de Derechos Humanos ha solicitado al Relator Especial que preste una especial atención a la situación de las mujeres indígenas, así como a tomar en cuenta una perspectiva de género en el desempeño de su mandato.

La **Convención sobre los Derechos del Niño**, adoptada por la Asamblea General

el 20 de noviembre de 1989. El artículo 30 de la Convención se refiere explícitamente a la situación de los niños indígenas. Sobre la base de esta disposición, el Comité sobre los Derechos del Niño ha prestado una especial atención a la situación de la infancia indígena (véanse las recomendaciones del Comité). En la resolución que establece su mandato, el Consejo de Derechos Humanos ha solicitado al Relator Especial que preste una especial atención a la situación de los niños y las niñas indígenas.

La **Convención sobre la Diversidad Biológica**, adoptada en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992. El artículo 8(j) de la Convención reconoce el derecho a las "comunidades indígenas y locales" sobre "los conocimientos, las innovaciones y las prácticas... que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica", así como a participar en su aplicación más amplia y en los beneficios derivados de los mismos. La Conferencia de las Partes de la Convención ha adoptado una serie de decisiones pertinentes sobre estos asuntos, y ha desarrollo unas Directrices Voluntarias para realizar evaluaciones de las repercusiones culturales, ambientales y sociales sobre las comunidades indígenas.

9.9. Mecanismos de las Naciones Unidas dedicados a las cuestiones específicas de los pueblos indígenas

Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas es el órgano asesor del Consejo Económico y Social (ECOSOC). El Foro fue establecido el 28 de julio de 2000 por la Resolución 2000/22 del Consejo Económico y Social relativa al establecimiento de un foro permanente para las cuestiones indígenas, con el mandato de examinar las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del ECOSOC relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos.

Para ésto, el Foro Permanente:

- Presta asesoramiento especializado y formulará recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Consejo, así como a los programas, fondos y organismos de las Naciones Unidas, por conducto del Consejo;
- Difunde las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promoverá su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas;

- Prepara y difunde información sobre las cuestiones indígenas.

El Foro Permanente se reúne una vez al año durante 10 días hábiles. El primer período de sesiones se realizó en Mayo del 2002 y anualmente las sesiones se las realiza en Nueva York. El Foro Permanente es uno de los tres mecanismos de las Naciones Unidas dedicado a las cuestiones específicas de los pueblos indígenas. Los otros mandatos son: El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

9.10. Grupo de Apoyo Institucional sobre Cuestiones Indígenas

En el año 2002 se creó un mecanismo interinstitucional, llamado Grupo de Apoyo Institucional sobre Cuestiones Indígenas, para apoyar y promover el mandato del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas dentro del sistema de las Naciones Unidas.

El Grupo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas está formado por 42 entidades del sistema de las Naciones Unidas y otras instituciones y organizaciones internacionales, incluidos el Banco Interamericano de Desarrollo, la Comisión Europea, el Fondo Indígena y la Secretaría del Commonwealth. La presidencia del Grupo rota anualmente entre los organismos. El Grupo se reúne formalmente durante su período de sesiones anual y la organización que lo preside es la encargada de seleccionar un tema de debate, en consulta con los miembros.

9.11. Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar en 2001 un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, como parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión. El mandato del Relator Especial fue posteriormente renovado por la Comisión de Derechos Humanos, en 2004 y por el Consejo de Derechos Humanos en 2007.

La resolución 33/12 del Consejo de Derechos Humanos que establece su mandato, solicita al Relator Especial que: trabaje en estrecha colaboración con el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y participe en su período de sesiones anual; que entable ün diálogo de cooperación sistemático con todos los actores pertinentes"; que preste .[es]pecial atención a los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres y los niños indígenas, y tenga en cuenta la perspectiva de género

en el desempeño de su mandato"; y que presente ün informe sobre la aplicación de su mandato al Consejo de Derechos Humanos de conformidad con el programa de trabajo anual del Consejo".

El Relator Especial en cumplimiento de su mandato:

- Presenta informes anuales sobre asuntos específicos o situaciones de especial importancia relativas a la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas
- Realiza visitas a países
- Comunica información recibida sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas en países específicos

Lleva a cabo actividades en países en seguimiento de las recomendaciones recogidas en sus informes de visita a países.

9.12. Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue creado en 2007 por el Consejo de Derechos Humanos, el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante la Resolución 6/36 como un órgano subsidiario del Consejo. Este mandato fue luego modificado en septiembre de 2016 por resolución Derechos Humanos, el principal órgano de derechos humanos de las Naciones Unidas, mediante la 33/25 del Consejo de Derechos Humanos.

El Mecanismo de Expertos proporciona asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos, en forma de estudios e investigación, sobre los derechos de los pueblos indígenas de la manera y la forma solicitada por el Consejo. El Mecanismo de Expertos puede también presentar propuestas al Consejo para que éste las examine y apruebe. Está compuesto por cinco expertos independientes en derechos de los pueblos indígenas. Los expertos son nombrados por el Consejo de Derechos Humanos, el cual presta la debida atención a los expertos de origen indígena, así como el equilibrio de género y la representación geográfica.

El Mecanismo de Expertos celebra una sesión anual, usualmente en julio, en la cual participan representantes de Estados, pueblos indígenas, organizaciones indígenas, sociedad civil, organizaciones intergubernamentales y académicos.

9.13. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos ha desempeñado un importante rol en el avance de las cuestiones indígenas y la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. La Oficina contribuye activamente al trabajo del Grupo de Apoyo Interinstitucional sobre Cuestiones Indígenas, notablemente en la promoción e implementación de las Directrices sobre las Cuestiones Relativas a los Pueblos Indígenas, del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo. En este ámbito, la Oficina participa igualmente al programa de capacitación sobre cuestiones indígenas para los Equipos de País de Naciones Unidas y las Oficinas de terreno de la OACDH.

Además, la Oficina asiste al Relatora Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, y apoya también al Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, incluyendo la organización de su sesión anual. Además, la Oficina sirve al Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para las Poblaciones compuesto de cinco representantes indígena. El Fondo apoya la participación de representantes de comunidades y organizaciones indígenas en las sesiones anuales del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas.

9.14. La Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas

La Asamblea General en su resolución 65/198 de 21 de diciembre de 2010, decidió organizar una reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General, que recibió el nombre de Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas y se celebró en 2014, con el fin de intercambiar puntos de vista y las mejores prácticas sobre la realización de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el cumplimiento de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. En su resolución 66/296, decidió además que la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas se celebrara el 22 de septiembre de 2014 y en la tarde del 23 de septiembre de 2014 en Nueva York.

La Primera Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas se ha celebrado en Nueva York el 22 y 23 de septiembre de 2014. Esta reunión ha sido una oportunidad para compartir puntos de vista y mejores prácticas para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo la consecución de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Conferencia Mundial se tradujo en un documento final conciso y orientado a la acción, basado en consultas oficiosas inclusivas y abiertas con los Estados Miembros y los pueblos indígenas. En el mencionado Documento Final de la Conferencia, los Estados reafirman su apoyo a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 20072, y los compromisos que contrajeron al respecto de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, de conformidad con los principios aplicables de la Declaración. Reafirman el solemne compromiso de respetar, promover, impulsar y no menoscabar en modo alguno los derechos de los pueblos indígenas y de defender los principios de la Declaración; y recuerdan los otros grandes logros de los últimos dos decenios en cuanto al desarrollo de un marco internacional para promover los derechos y aspiraciones de los pueblos indígenas del mundo, como el establecimiento del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, la creación del Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el establecimiento del mandato del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas.

9.15. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene como propósito promover y proteger los derechos humanos de todas las personas que habitan en el continente americano. Para ello, los Estados americanos han adoptado una serie de instrumentos que consagran y protegen derechos humanos y crean órganos destinados a salvaguardarlos.

9.16. Instrumentos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano

En el año 2016, los países miembros de la OEA aprobaron la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, a través de la cual se reconocen los derechos de los pueblos indígenas, tanto en lo individual como en lo colectivo. El 14 de junio de 2016 a través de la Resolución AG/RES. 288 (XLVI-O/16) la Asamblea General de la OEA aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esta Declaración protege los derechos a la integridad cultural, a la educación, a la libertad espiritual y religiosa, a la salud, al territorio y al medioambiente, así como promueve el desarrollo cultural y garantiza el respeto

de sus prácticas, costumbres, valores, formas de vestir y lenguas .

En su Artículo I establece que la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas. Que la auto identificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la Declaración, y que los Estados respetarán el derecho a dicha auto identificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena; En su Artículo II los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades; y en su Artículo III, que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En su Artículo V referido a la plena vigencia de los derechos humanos, reconoce que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos. En su Artículo VI Derechos colectivos, que los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos.

Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas. En relación a la Igualdad de género, el artículo VII establece que las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación. Los Estados reconocen que la violencia contra las personas y los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

En su Artículo IX. Personalidad jurídica, los Estados reconocen plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración. Por el Artículo X. Rechazo a la asimilación, los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación. Los Estados

no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas. En el Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena, los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales. Por el Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas, Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestionen que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

De igual manera, dentro de este Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen otros instrumentos que contienen disposiciones que protegen derechos individuales de particular importancia para los pueblos indígenas, las cuales también pueden ser invocadas por estos pueblos. En distintos tratados interamericanos se hace alusión al principio de no discriminación e igualdad ante la ley: Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, art. III; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo II; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1.1 y 24; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 3; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículos 4.f) y 6.a). Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia. Adicionalmente, la Convención de Belem do Pará establece que los Estados Parte deben tener especial cuidado con la situación de vulnerabilidad y de violencia que puedan estar sufriendo las mujeres dentro de su territorio, en razón de su raza o de su condición étnica, entre otras.

Por mucho tiempo, no existió dentro del Sistema Interamericano un tratado con disposiciones específicas para la protección de los derechos colectivos de los pueblos

indígenas. Sin embargo, esto no representó un impedimento para que sus órganos de supervisión conozcan casos en donde se alega la violación de los derechos de los pueblos indígenas con la pretensión de que estos sean salvaguardados. Tanto la Comisión como la Corte Interamericana, con el fin de dar mayor alcance y contenido a los derechos consagrados en los instrumentos interamericanos, acudieron al artículo 29 de la Convención Americana que establece que ninguna disposición de la Convención puede ser entendida en el sentido de limitar el goce de las potestades reconocidas por leyes o por otros convenios internacionales. En este sentido, es habitual que tanto la Comisión como la Corte se refirieran en sus decisiones a convenios específicos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio No 169 de la OIT, con el fin de dar un alcance más amplio a los derechos consagrados en la Convención Americana y en los otros instrumentos interamericanos. Las recomendaciones formuladas por la Comisión y las sentencias de la Corte Interamericana son de vital importancia para los pueblos y las organizaciones indígenas, en la medida en que pueden ser utilizadas para impulsar cambios en la legislación interna, ser aplicadas por los jueces nacionales y ser tenidas en cuenta para la formulación de políticas públicas. Asimismo, pueden ser invocadas como precedentes en casos similares que sean llevados ante los órganos del Sistema Interamericano.

9.17. Marco jurídico en relación a los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado Argentino

El marco jurídico federal que garantiza los derechos humanos de los pueblos indígenas en el Estado Argentino se integra jerárquicamente con las siguientes normas :

- El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional y normas conexas;
- Las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, en particular, los pactos internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 75 inc. 22);
- Otros convenios internacionales debidamente ratificados, con valor infraconstitucional pero supralegal (art. 75 inc. 22); en particular, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (ley 24.071);

- Las leyes nacionales específicas, en primer lugar, la Ley No 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, en cuanto no se oponga a los derechos establecidos en las normas antes citadas, y la ley 26.160 de emergencia de la propiedad comunitaria indígena, prorrogada hasta noviembre de 2017; y
- Las constituciones y leyes provinciales.

9.18. Texto de la Constitución

El texto de la constitución formal y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional son la cúspide del sistema jurídico argentino y no hay entre ellos planos subordinados sino que comparten igual jerarquía. Ello, por cuanto la reforma constitucional ha reconocido la prevalencia de los tratados y concordatos sobre las leyes (art. 75 inc. 22), estableciendo, además, una excepción a favor de algunos tratados y declaraciones sobre derechos humanos que enumera taxativamente –y otros que pueden devenir tales en virtud de una ley especial– a los que otorga jerarquía constitucional y constituyen el derecho internacional de los derechos humanos. Luego, todas las convenciones y tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley, entre ellos, el Convenio No 169 OIT que es el instrumento vinculante más avanzado, por cuanto deja atrás la concepción integracionista reflejada en el Convenio No 107 OIT, para establecer una política que respeta el derecho a la igualdad en condiciones de pluralidad.

En la concurrencia de las provincias en el dictado de la legislación prevista en el artículo 75 inciso 17 in fine se entiende en el sentido que las provincias pueden concurrir en el desarrollo jurídico del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, siempre sobre el reconocimiento del núcleo mínimo de derechos que establece el marco federal. Por tanto, la constitución federal es el piso mínimo de derechos que se deben reconocer a los pueblos y comunidades indígenas, y las cartas constitucionales provinciales ni las leyes provinciales pueden desconocer el marco constitucional federal, ni sustraer los derechos en él reconocidos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre los alcances del artículo 75 inciso 17 in fine, afirma que: "... tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal. Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y

aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativo federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino".

Con la última reforma constitucional, en 1994, el Estado argentino consagró, en el art. 75, inc. 17 CN un conjunto de derechos específicos para los pueblos indígenas. Así, se derogó la antigua disposición del art. 67, inc. 15 de la Constitución de 1853 que le ordenaba al Congreso Nacional: "Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo". Con esta Reforma quedó plasmado, con la máxima jerarquía en el sistema legal argentino, el paradigma de protección de la diversidad cultural que venía siendo promovido desde los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y desde distintas disciplinas que impulsaron nociones como las de multiculturalismo, pluralismo jurídico y cultural, interculturalidad y Estado intercultural. En este nuevo paradigma, a partir de la premisa de que cada cultura tiene un valor en sí misma y que no hay una cultura superior a otra, aparece la concepción de que no solo se debe respetar la cosmovisión de los grupos, sino también sus sistemas normativos (su derecho a su derecho), que es necesaria la puesta en comunicación y el desarrollo de mecanismos de interacción entre distintas culturas (interculturalidad) y que el diseño de las instituciones que regulan la vida social no debe ser el resultado de la imposición de una cultura sobre otra (Estado monocultural), sino del debate y el consenso plural (Estado intercultural) .

La Constitución de la Nación Argentina reformada en 1994:

- reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos;
- garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural;
- reconoce la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; y
- asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten.

Así en su artículo 75, inciso 17 establece que corresponde al Congreso, reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos; garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de

otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos; asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Los derechos de los pueblos indígenas están hoy regulados con máxima jerarquía en Argentina, a través de la consagración específica que en la materia efectúa el art. 75 inc. 17 y por el otorgamiento de jerarquía constitucional a un conjunto de tratados de derechos humanos que realiza el art. 75 inc. 22. Desde el punto de vista de la interpretación normativa, el juzgador y los operadores jurídicos, en general, deben realizar una interpretación armónica entre las normas de la misma jerarquía de manera de lograr salvaguardar la unidad del orden jurídico. En esta tarea, es fundamental tener presente la especial naturaleza de los tratados de derechos humanos y sus principios de interpretación, entre los que se destacan los principios generales del pacta sunt servanda y buena fe, el principio pro homine, el sentido dinámico y evolutivo del derecho internacional de los derechos humanos y la regla de adecuación de la legislación interna a la internacional. Junto con ello, en nuestro país, la Corte Suprema ha desarrollado una conteste jurisprudencia relacionada no solo con el deber de cumplir las obligaciones emanadas de los tratados de derechos humanos sino, además, referida al deber de tener en cuenta la interpretación que los órganos de control y aplicación efectúan de sus disposiciones.

9.19. Normativa Nacional en relación a los pueblos indígenas

Ley 23.302 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, con las modificaciones establecidas por Ley 25.799, sancionada el 30/09/1985. Crea el INAI, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas con el propósito de asegurar el ejercicio de la plena ciudadanía a los integrantes de los pueblos indígenas, garantizando el cumplimiento de los derechos consagrados constitucionalmente (Art.75 Inc.17).

En su artículo 1, declara de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades, y que a ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes. En su artículo 2, reconoce personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país, y que se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho

de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad.

Ley 24.071: Aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Ley 24.544: Aprobó el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, suscrito durante la II Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estados y de Gobierno.

Ley 25.517 y su Decreto reglamentario 701/2010 sobre disposición de los restos mortales que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas, sancionada el 21/11/200, estableció que deberán ser puestos a disposición de los pueblos indígenas y/o comunidades de pertenencia que lo reclamen, los restos mortales de integrantes de pueblos, que formen parte de museos y/o colecciones públicas o privadas.

Ley 26.160, sancionada el 01711/2006, que declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, prorrogada por las leyes No 26.554 y No 26.894 hasta el 23 noviembre de 2017.

Declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país con personería jurídica inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas, en organismo provincial competente o las preexistentes.

El Convenio No 169 OIT establece la obligación de los Estados de realizar las medidas necesarias para "determinar" las tierras que los pueblos ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de estos derechos, instituyendo para ello procedimientos adecuados para la resolución de los conflictos. La obligación del Estado tiene sanción legislativa, por primera vez y con carácter de orden público, en la ley nacional 26.160 de emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena que, al tiempo que suspende los desalojos en las tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades indígenas por el plazo de cuatro años, y ordena al Instituto Nacional de Acción Indígena que en el término de tres años realice un relevamiento técnico jurídico catastral de los territorios comunitarios que implica la demarcación de estos, tendientes a instrumentar el reconocimiento constitucional de la posesión y propiedad comunitaria.

Esta legislación es muy importante porque el concepto de territorio indígena es de naturaleza colectiva y está basado en la relación espiritual de los pueblos originarios con sus tierras como un elemento primordial para su existencia y el mantenimiento de sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. El territorio es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tal motivo, la pérdida de tierras ancestrales amenaza su supervivencia como comunidad y como pueblo .

Ley 26.206 de Educación Nacional, sancionada el 14/12/2006, incluyó en su Capítulo XI los artículos 52, 53 y 54 que consagraron la Educación Intercultural Bilingüe (EIB). Sostiene que la Educación Intercultural Bilingüe promueve un diálogo mutuamente enriquecedor de conocimientos y valores entre los pueblos indígenas y poblaciones étnica, lingüística y culturalmente diferentes, y propicia el reconocimiento y el respeto hacia tales diferencias.

Ley 26.331 y su Decreto reglamentario 91/2009 de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental de los Bosques Nativos, sancionada el 28/11/2007, estableció los presupuestos mínimos de protección ambiental para el enriquecimiento, la restauración, conservación, aprovechamiento y manejo sostenible de los bosques nativos. Se mencionan a los pueblos originarios y sus comunidades en diversos segmentos.

Ley 26.994: Aprobó la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en el cual se hace mención a los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en los siguientes artículos: 14, 18, 225 y 240.

Decreto 278/2011, que establece un régimen administrativo de inscripción de nacimientos. La norma contempla la aplicación de este régimen a la inscripción de los mayores de doce años que puedan acreditar su pertenencia a pueblos originarios, de acuerdo con lo que determine oportunamente el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en concurrencia con los gobiernos locales. En todos estos casos, las familias están exentas de carga fiscal por el trámite, aunque se haya superado el plazo establecido por la ley 26.413. El otorgamiento del DNI será gratuito.

Resolución 4811/1996 de la Secretaría de Desarrollo Social de la Nación, que crea el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci). La resolución modificó sustancialmente el tratamiento jurídico del tema, por cuanto, con fundamento en el carácter operativo del reconocimiento constitucional de la personería jurídica de las comunidades indígenas, estableció como criterio fundamental para determinar cómo se visibiliza y constituye una comunidad indígena el autorreconocimiento o autoadscripción colectiva (Convenio No 169 OIT, art. 1.2).

Este concepto rector del derecho de los pueblos indígenas implica que solo las comunidades tienen el derecho a constituirse como tales y de aceptar en su seno como miembros a quienes así se autoidentifican. Luego, se establece como criterio el respeto por aquellas pautas de orden histórico, cultural y asociativo que las mismas comunidades entiendan que son las que mejor procuran la defensa de todos aquellos intereses que los afectan.

Resolución 328/2010, del 19/07/2010, dictada por el Presidente del Instituto de Asuntos Indígenas, que crea el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas (Re.No.Pi.). La Resolución en su artículo 2 dispone que el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas formará parte de la estructura de la Dirección de Tierras y Registro Nacional de Comunidades Indígenas y deberá: a) inscribir la personería jurídica de las organizaciones de las comunidades de los pueblos indígenas. b) mantener actualizada la nómina de las mismas. c) coordinar su acción con el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y con los demás registros existentes en las jurisdicciones provinciales y municipales. En su artículo 3 establece que el Presidente del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas autorizará la inscripción en el Registro Nacional de Organizaciones de Pueblos Indígenas de las Organizaciones radicadas en el país que así lo soliciten y reúnan las características y cumplan los requisitos enunciativos establecidos en la presente resolución; y que se entenderá como Organizaciones de Pueblos Indígenas (artículo 4) a aquellas que ostenten la representación mayoritaria de las comunidades indígenas de un mismo o de distintos pueblos indígenas a nivel provincial, regional o nacional. Las comunidades deberán tener registrada su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas.

9.20. Jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos en relación a pueblos indígenas

Muchos pueblos indígenas, en diferentes partes del mundo, han visto vulnerados sus derechos de manera grave y sistemática por diversas razones, entre ellas, la falta de reconocimiento y respeto de su cultura, usos y costumbres, y las diversas expresiones discriminatorias en su contra. En este contexto, el trabajo por la defensa y protección de sus derechos es fundamental para la construcción de sociedades verdaderamente multiculturales, inclusivas e igualitarias .

En el largo proceso de reclamo y exigencia de los derechos de los pueblos indígenas hemos mencionado algunos logros, como la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y, posteriormente, la Declaración de las

Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas que representan hitos en el camino por el pleno reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades tribales.

Sin embargo, ha sido a través de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos -al tiempo de resolver casos concretos- que se ha fijado el alcance de estas normas, estableciendo importantes estándares internacionales que marcan el sentido del derecho internacional de los derechos humanos en este tema. Es importante señalar que dichos estándares han establecido, por ejemplo, la extensión del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, con base en la relación especial que existe entre los miembros de la comunidad y el territorio ancestral. Además de avanzar sobre cuestiones como el derecho a la participación política, las garantías judiciales, la identidad cultural de los niños y niñas indígenas, entre otros.

9.21. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Este segmento concentrará su análisis en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete legítima de los instrumentos jurídicos del sistema interamericano en casos que involucran alegadas violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado algunas consideraciones generales acerca de la forma en que deben ser interpretados los derechos y libertades contenidos en la Convención cuando estamos ante un caso relativo a pueblos indígenas o tribales. Estas consideraciones dicen relación con la aplicación del principio de igualdad y no discriminación y el impacto de la identidad cultural en el proceso interpretativo .

Las violaciones a los derechos humanos de los pueblos indígenas en nuestro continente no han sido ajenas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El Tribunal ha conocido una serie de casos que van desde el desconocimiento de los derechos territoriales en Nicaragua, Paraguay y Surinam; las masacres y ejecuciones extrajudiciales de indígenas en Guatemala y Colombia; violaciones sexuales a mujeres indígenas en México; indígenas privados de libertad en Honduras; impedimentos para la participación política en Nicaragua, entre otros. En cada uno de los casos, la Corte ha hecho uso de una interpretación evolutiva de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de tal suerte que las normas previstas en ésta, aun cuando no fueron diseñadas en un inicio para abarcar las particularidades propias de los pueblos indígenas, guarden consonancia con los avances en el derecho internacional y

en el derecho nacional de los Estados Partes. Conceptos como propiedad comunitaria, uso del propio idioma e integridad cultural son algunos ejemplos de cómo el Tribunal ha logrado construir en el articulado de la Convención pautas que los Estados del continente deben seguir a la hora de resolver asuntos indígenas o proteger los derechos comunales de estos pueblos en las legislaciones domésticas.

En lo que concierne a los derechos de los miembros de pueblos indígenas y tribales, es posible afirmar que la jurisprudencia de la Corte IDH presenta dos situaciones específicas: La primera, cuando los derechos tradicionales contenidos en la Convención son interpretados desde una perspectiva dinámica multicultural. Y, la segunda, cuando se desarrollan derechos innominados, es decir, cuando se define el contenido y alcance de un derecho no previsto expresamente en el texto de la Convención .

9.22. Los derechos expresamente previstos en la Convención Americana

9.22.1. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 CADH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006 , sostuvo "que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer" ... "que la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y contraer obligaciones, y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de los mismos por parte del Estado o de particulares"... "que es deber del Estado procurar los medios y condiciones jurídicas en general, para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares".

En el mencionado caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, la Corte ha tenido por demostrado "que 18 de los 19 miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa que fallecieron como consecuencia del incumplimiento por parte del Estado de su deber de prevención de su derecho a la vida" (...), "no contaron con registros de su nacimiento y defunción, ni con algún otro documento proveído por el Estado capaz de demostrar su existencia e identidad. Igualmente que se desprende de los hechos que los miembros de la Comunidad viven en condiciones de extremo riesgo y vulnerabilidad, por lo que tienen serios impedimentos económicos y geográficos para obtener el debido registro de nacimientos y defunciones, así como otros documentos

de identidad. Los miembros de la Comunidad mencionados anteriormente han permanecido en un limbo legal en que, si bien nacieron y murieron en el Paraguay, su existencia misma e identidad nunca estuvo jurídicamente reconocida, es decir, no tenían personalidad jurídica".

La Corte estimó "que era deber del Paraguay implementar mecanismos que permitan a toda persona obtener el registro de su nacimiento u otros documentos de identificación, resguardando que estos procesos, en todos sus niveles, sean accesibles jurídica y geográficamente, para hacer efectivo el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica". En el Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 se presentan las mismas falencias que la Corte determinó en el caso Sawhoyamaxa. Varias de las personas que fallecieron no tenían actas de nacimiento, o al menos no fueron aportadas, ni tampoco se levantaron las respectivas actas de defunción, careciéndose de los documentos de identidad esenciales para la determinación de derechos civiles. En consecuencia, la Corte concluye que si bien el Estado ha realizado esfuerzos para superar la situación de subregistro de los miembros de la Comunidad, del acervo probatorio se desprende que no ha garantizado el acceso adecuado a los procedimientos de registro civil, atendiendo a la particular situación de vida que enfrentan los miembros de la Comunidad, a fin de lograr la expedición de documentos de identificación idónea a su favor.

En el Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, el primer argumento del Estado se refiere a que la inclusión voluntaria de algunos miembros del pueblo Saramaka en la "sociedad moderna" ha afectado su distinción cultural, de modo que sería dificultoso definirlos como una personalidad legal. Es decir, el Estado cuestiona si se puede definir legalmente a los Saramaka de una forma que se tome en cuenta los distintos grados en que varios miembros auto-identificados del pueblo Saramaka se adhieren a las leyes, costumbres y economía tradicional del pueblo Saramaka, particularmente de aquellos que viven en Paramaribo o fuera del territorio reclamado por los Saramaka. En este sentido, la Corte ha declarado que el pueblo Saramaka puede definirse como un grupo tribal cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos, como el derecho a la propiedad, en una manera colectiva distintiva. El hecho que algunos miembros individuales del pueblo Saramaka vivan fuera del territorio tradicional Saramaka y en un modo que difiere de otros Saramakas que viven dentro del territorio tradicional y de conformidad con las costumbres Saramaka no afecta la distinción de este grupo tribal ni tampoco el uso y goce comunal de su propiedad.

Toda vez que se enfatizó que el pueblo Saramaka es un grupo tribal distinto, cuyos miembros gozan y ejercen ciertos derechos de manera colectiva, la Corte ha sostenido que los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares.

9.22.2. El derecho a la vida (artículo 4 CADH)

El concepto de "vida digna" es aplicado al considerar que los miembros de pueblos indígenas y tribales son "personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005 , "ha sostenido que el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos. Al no respetarse el derecho a la vida, todos los demás derechos desaparecen, puesto que se extingue su titular. En razón de este carácter fundamental, no son admisibles enfoques restrictivos al derecho a la vida. En esencia, este derecho comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna".

"Que una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria".

En el caso, la Corte debía establecer si el Estado generó condiciones que agudizaron las dificultades de acceso a una vida digna de los miembros de la Comunidad Yakye Axa y si, en ese contexto, adoptó las medidas positivas apropiadas para satisfacer esa obligación, que tomen en cuenta la situación de especial vulnerabilidad a la que fueron llevados, afectando su forma de vida diferente (sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, que comprende la estrecha relación que mantienen con la tierra) y su proyecto de vida, en su dimensión individual y colectiva, a la luz del corpus juris internacional existente sobre la protección especial

que requieren los miembros de las comunidades indígenas, a la luz de lo expuesto en el artículo 4 de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y las disposiciones pertinentes del Convenio Nº 169 de la OIT.

La Corte Interamericana concluyó "que los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras". "El desplazamiento de los miembros de la Comunidad de estas tierras ha ocasionado que tengan especiales y graves dificultades para obtener alimento, principalmente porque la zona que comprende su asentamiento temporal no cuenta con las condiciones adecuadas para el cultivo ni para la práctica de sus actividades tradicionales de subsistencia, tales como caza, pesca y recolección. Asimismo, en este asentamiento los miembros de la Comunidad Yakye Axa ven imposibilitado el acceso a una vivienda adecuada dotada de los servicios básicos mínimos, así como a agua limpia y servicios sanitarios. Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural"... y en consecuencia de lo considerado la Corte declaró que el Estado violó el artículo 4.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa, por no adoptar medidas frente a las condiciones que afectaron sus posibilidades de tener una vida digna, y exige la necesaria relación de dichos pueblos con sus tierras el goce y disfrute de sus recursos naturales. En esa misma línea, la Corte IDH ha señalado en el caso que el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal puede crear una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida y la integridad de los miembros de una comunidad.

9.22.3. La libertad de pensamiento y expresión (artículo 13 CADH)

El derecho a usar la propia lengua es desarrollado entendiendo que una restricción sobre el ejercicio del mismo afecta la dignidad personal de un individuo como

miembro del pueblo al que pertenece. Sobre el particular, la Corte ha reconocido que la lengua es “uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia del 1 de febrero de 2006 , ha señalado “con respecto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, que éste contiene una doble dimensión: la individual, que consiste en el derecho a emitir la información, y la social, que consiste en el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Ambos aspectos poseen igual importancia y deben ser garantizados plenamente en forma simultánea para dar efectividad total al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión en los términos previstos por el artículo 13 de la Convención”. La Corte consideró en el caso “que uno de los pilares de la libertad de expresión es precisamente el derecho a hablar, y que éste implica necesariamente el derecho de las personas a utilizar el idioma de su elección en la expresión de su pensamiento. La expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”. “ La necesidad y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, que prepondere claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Lo anterior se aplica a las leyes, así como a las decisiones y actos administrativos y de cualquier otra índole, es decir, a toda manifestación del poder. En el caso, el Director del Centro Penal de Tela prohibió a la población garífuna de dicho centro penal, en la cual se incluía el señor Alfredo López Álvarez, a hablar en su idioma materno. Dicha medida negó a la presunta víctima expresarse en el idioma de su elección. Tal medida no fue justificada por el Estado.

La Corte consideró “que la observancia de reglas en el trato colectivo de los detenidos dentro de un centro penal, no concede al Estado en el ejercicio de su facultad de punir, la potestad de limitar de forma injustificada la libertad de las personas de expresarse por cualquier medio y en el idioma que elijan. Según los hechos de este caso, la prohibición fue dictada en relación al idioma materno del señor Alfredo López Álvarez, el cual es la forma de expresión de la minoría a la que pertenece la presunta víctima. La prohibición adquiere por ello una especial gravedad, ya que el idioma materno representa un elemento de identidad del señor Alfredo López

Álvarez como garífuna. De ese modo, la prohibición afectó su dignidad personal como miembro de dicha comunidad".

Al prohibirse al señor Alfredo López Álvarez expresarse en el idioma de su elección, durante su detención en el Centro Penal de Tela, el Estado aplicó una restricción al ejercicio de su libertad de expresión incompatible con la garantía prevista en la Convención y que, a su vez, constituyó un acto discriminatorio en su contra, lo que llevó a la Corte a concluir que el Estado tiene responsabilidad por la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión y de la igualdad ante la ley, consagrados en los artículos 13 y 24 de la Convención Americana, y por el incumplimiento de la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecida en el artículo 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio del señor Alfredo López Álvarez.

9.22.4. El derecho a la familia (artículo 17 CADH)

Resalta el significado especial de la convivencia familiar para los pueblos indígenas y tribales, la cual comprende a distintas generaciones y a la propia comunidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010, ha sostenido que "el artículo 17 de la Convención Americana reconoce que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado. La protección de la familia y de sus miembros se garantiza también en el artículo 11.2 de la Convención, que consagra la prohibición de injerencias arbitrarias o abusivas en la familia, así como por el artículo 19, que determina la protección de los derechos del niño por parte de la familia, la sociedad y el Estado.

Dada la importancia del derecho a la protección a la familia, la Corte "ha establecido que el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar y que la separación de niños de su familia constituye, bajo ciertas condiciones, una violación de su derecho a la familia. Así, el niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño".

La Corte Interamericana observó en el caso que "la Corte Europea ha establecido que el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no sólo tiene como objetivo preservar al individuo contra las injerencias arbitrarias de las autoridades

públicas, sino que, además, este artículo supone obligaciones positivas a cargo del Estado a favor del respeto efectivo de la vida familiar". La Corte reconoce además "el significado especial que tiene la convivencia familiar en el contexto de la familia indígena, la cual no se limita al núcleo familiar sino que incluye a las distintas generaciones que la componen e incluso a la comunidad de la cual forma parte. Además, señaló que la desaparición del padre o de la madre no sólo significó un cambio de roles en el sentido de que el padre sobreviviente tuvo que asumir ese rol de ser mamá y de ser papá a la vez, sino que sobre todo impidió que los padres transmitieran sus conocimientos de forma oral, conforme a las tradiciones de la familia maya".

En el caso, el Tribunal consideró que la desaparición de Florencio Chitay agravó la situación de desplazamiento y desarraigo cultural que sufrió su familia. Así, el desarraigo de su territorio afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas ... que existió una afectación directa a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por las constantes amenazas y persecuciones que sufrieron sus miembros, el desplazamiento de que fueron víctimas, el desarraigo de su comunidad, la fragmentación del núcleo familiar y la pérdida de la figura esencial del padre, a raíz de la desaparición de Florencio Chitay, lo cual se vio agravado en el contexto del caso, que subsistió hasta después del 9 de marzo de 1987, lo que constituye un incumplimiento por parte del Estado de su obligación de proteger a toda persona contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia. En consecuencia, la Corte considera que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de la familia reconocido en el artículo 17 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de Encarnación, Pedro, Eliseo, Estermerio y María Rosaura, todos de apellidos Chitay Rodríguez.

9.22.5. Los derechos de los niños (artículo 19 CADH)

Destaca la obligación especial del Estado de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. Asimismo, la Corte IDH ha señalado que "los niños indígenas, de acuerdo con su cosmovisión, preferiblemente requieren formarse y crecer dentro de su entorno natural y cultural, ya que poseen una identidad distintiva que los vincula con su tierra, cultura, religión, e idioma".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia del 24 de agosto de 2010 , recuerda que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos y tienen, además, derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado .

Que “la prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”.

La Corte ha establecido “que la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su condición se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”. En el caso, el Tribunal reitera consideraciones anteriores con respecto al acceso al agua, la alimentación, salud y acceso a la educación de los miembros de la Comunidad y observa que las probadas condiciones de extrema vulnerabilidad afectaron en forma particular a los niños y niñas. Por ejemplo, la falta de una alimentación adecuada ha afectado el desarrollo y crecimiento de los niños, ha aumentado los índices normales de atrofia en su crecimiento y ha ocasionado altos índices de desnutrición entre ellos. . . . Asimismo, que de la prueba aportada se desprende que para el 2007 los niños y niñas de la Comunidad no no recibieron todas las vacunas, o no fueron vacunados según el estándar internacional, o no poseían certificación alguna referente a las vacunas recibidas”. Igualmente sostuvo la Corte que resulta preocupante que 11 de los 13 miembros de la Comunidad cuya muerte es imputable al Estado. . . , eran niños o niñas. Más aún, la Corte nota que las causas de dichos fallecimientos se hubieran podido prevenir con una adecuada atención médica o asistencia por parte del Estado. Por ello, difícilmente se podría decir que en el caso, el Estado ha adoptado las medidas especiales de protección que debía a los niños y niñas de la Comunidad.

Con respecto a la identidad cultural de los niños y niñas de comunidades indígenas, el Tribunal advierte “que el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación adicional y complementaria que dota de contenido al artículo 19 de la Convención Americana, y que consiste en la obligación de promover y proteger el derecho de los niños indígenas a vivir de acuerdo con su propia cultura, su propia religión y su propio idioma”.

Asimismo, este Tribunal estima “que dentro de la obligación general de los Estados de promover y proteger la diversidad cultural se desprende la obligación especial de garantizar el derecho a la vida cultural de los niños indígenas. En ese sentido, la Corte considera que la pérdida de prácticas tradicionales, como los ritos de iniciación femenina o masculina y las lenguas de la Comunidad, y los perjuicios derivados de

la falta de territorio, afectan en forma particular el desarrollo e identidad cultural de los niños y niñas de la Comunidad, quienes no podrán siquiera desarrollar esa especial relación con su territorio tradicional y esa particular forma de vida propia de su cultura si no se implementan las medidas necesarias para garantizar el disfrute de estos derechos".

En virtud de todas esas consideraciones, el Tribunal consideró que el Estado no ha adoptado las medidas de protección necesarias a favor de todos los niños y niñas de la Comunidad, en violación del derecho consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

9.22.6. El derecho a la propiedad (artículo 21 CADH)

Ha sido consolidado el reconocimiento del derecho comunal sobre las tierras o territorios ancestrales o tradicionales de dichos pueblos. El caso Mayagna Awas Tingni fue el primero en el que la Corte desarrolló el contenido del derecho a la propiedad sobre la tierra para el caso de pueblos indígenas. En dicho caso el Estado no había demarcado las tierras comunales ni había adoptado las medidas necesarias para asegurar el derecho de propiedad sobre dichas tierras y sus recursos. En la sentencia, la Corte señaló entonces que a partir del artículo 21 de la Convención el derecho comprende los recursos naturales ligados a la cultura de los pueblos que se encuentren en las tierras, "así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos".

De acuerdo con la Corte IDH, la propiedad indígena-tribal sobre los territorios no se sustenta en el "reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos", de manera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales, "existen sin un título formal de propiedad". No obstante ello, en cuanto a la acreditación del dominio sobre la tierra, la Corte IDH – tomando como referencia el propio derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales ha derivado la obligación estatal de reconocer el derecho sobre dichas tierras; adoptar medidas para su respectivo registro, y garantizar su goce efectivo mediante la delimitación, demarcación y titulación, evidenciando que no se trata de un "reconocimiento meramente abstracto o jurídico".

En el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001 , la Corte sostuvo que el artículo 21 de la Convención Americana reconoce el derecho a la propiedad privada. A este respecto establece: a) que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes"; b) que tales uso y goce se pueden subordinar, por mandato de una ley, al

interés social; c) que se puede privar a una persona de sus bienes por razones de "utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"; y d) que dicha privación se hará mediante el pago de una justa indemnización.

Que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales. su vez, el artículo 29.b de la Convención establece que ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención -que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos- , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

Que dadas las características del caso Comunidad Mayagna (Sumo Awas Tingni vs. Nicaragua, la Corte hace algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.

La Corte considera que, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Constitución Política de Nicaragua, los miembros de la Comunidad Awas Tingni tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habitan, sin perjuicio de los derechos de otras comunidades indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado. Esta situación ha creado un clima de incertidumbre permanente entre los miembros de la Comunidad Awas Tingni en cuanto no saben con certeza hasta dónde se extiende geográficamente su derecho de propiedad comunal y, consecuentemente, desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. En este entendimiento, la Corte estimó que los miembros de la Comunidad Awas Tigni tienen derecho a que el Estado, 1. Delimite, demarque y titule el territorio de propiedad de la Comunidad; y 2. Se abstenga de realizar, hasta tanto no se realice esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad, y que el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.

En el Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005, la Corte Interamericana sostuvo "que el Convenio Nº 169 de la OIT contiene diversas disposiciones que guardan relación con el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas que se examina en este caso, disposiciones que pueden ilustrar sobre el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención Americana". El Tribunal ha resaltado "que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras".

"La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural", lo que guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio Nº

169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación."

En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. En el caso caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad Yakye Axa, a sus territorios, en el entendido de lo que la tierra significa para sus miembros, ni se discute el hecho que la caza, pesca y recolección sea un elemento esencial de su cultura. Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas. Lo que estaba en discusión es la realización efectiva de estos derechos.

Por otro lado, frente a los casos en que las tierras comunales se encuentren en manos de terceros que actuaron de buena fe, la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado el derecho de reivindicación o restitución de las tierras, en aplicación del denominado "juicio de proporcionalidad" De esta manera, un caso puede exigir el pago de la justa indemnización para el perjudicado tercero de buena fe o, por el contrario, el reasentamiento de los miembros de los pueblos indígenas o tribales en tierras alternativas, contando con el consenso de estos en un proceso que respete sus valores, usos y derecho consuetudinario.

9.22.7. El derecho a las garantías judiciales (artículo 8 CADH)

Destaca la obligación estatal de asegurar que los miembros de pueblos indígenas y tribales "puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin". Asimismo, la obligación estatal de garantizar, en la medida de lo posible, que aquellos no tengan que hacer "esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia encargados de la investigación".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo de 2014 sostuvo "que varios tratados internacionales prohíben expresamente la discriminación por origen étnico

, y asimismo que otros instrumentos internacionales reafirman que los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación".

La Corte toma en cuenta que la etnia se refiere a comunidades de personas que comparten, entre otras, características de naturaleza socio cultural, tales como afinidades culturales, lingüísticas, espirituales y orígenes históricos y tradicionales. Dentro de esta categoría se encuentran los pueblos indígenas, respecto de los cuales la Corte ha reconocido que tienen características propias que conforman su identidad cultural, tales como su derecho consuetudinario, sus características económicas, sociales, sus valores, usos y costumbres.

En el caso, el Pueblo indígena Mapuche está reconocido como etnia indígena en Chile por el artículo de la Ley N° 19.253 ("Ley Indígena"), promulgada en septiembre de 1993, que dispone que: El Estado reconoce que los indígenas de Chile son los descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y cultura. El Estado Chileno reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimará. . . , y valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.

Que está proscrita por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su origen étnico.

Sostuvo la Corte que las medidas eficaces de lucha contra el terrorismo deben ser complementarias y no contradictorias con la observancia de las normas de protección de los derechos humanos. Al adoptar medidas que busquen proteger a las personas bajo su jurisdicción contra actos de terrorismo, los Estados tienen la obligación de garantizar que el funcionamiento de la justicia penal y el respeto a las garantías procesales se apeguen al principio de no discriminación. Los Estados deben asegurar que los fines y efectos de las medidas que se tomen en la persecución penal de conductas terroristas no discriminen permitiendo que las personas se vean sometidas a caracterizaciones o estereotipos étnicos.

En el Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015, la Corte consideró que el recurso judicial establecido en el Código Civil era inadecuado e ineficaz en virtud de que solo se encontraba disponible para las personas que reclaman una violación de sus derechos individuales a la propiedad privada, y no reconocía el derecho a la propiedad colectiva. Por otra parte, la Corte constató que, para interponer un procedimiento judicial, el Decreto de Minería exigía al reclamante ser titular de un derecho o interés registrable emitido por el Estado, sin embargo los miembros del Pueblo Saramaka no poseían un título sobre su territorio tradicional, por lo que el aparente recurso era inadecuado e ineficaz. Finalmente, la Corte observó que el procedimiento de presentación de reclamos escritos ante el Presidente de Surinam establecido en la Ley de Gestión Forestal era ineficaz ya que las quejas interpuestas por integrantes del Pueblo Saramaka no obtuvieron una respuesta.

La Corte sostuvo que conforme a la jurisprudencia del Tribunal, así como de otros estándares internacionales en la materia, los recursos internos, deben ser interpretados y aplicados con el fin de garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta los siguientes criterios:

- reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva, en tanto pueblos indígenas y tribales, así como de la personalidad jurídica individual, como miembros integrantes de dichos pueblos;
- otorgamiento de capacidad legal para interponer acciones administrativas, judiciales o de cualquier otra índole de manera colectiva, a través de sus representantes, o en forma individual, tomando en cuenta sus costumbres y características culturales;
- garantía de acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros de un pueblo indígena o tribal- sin discriminación y conforme a las reglas del debido proceso, por lo que el recurso disponible deberá ser:
    - a) accesible, sencillo y dentro de un plazo razonable. Ello implica, entre otras cosas, el establecimiento de medidas especiales para asegurar el acceso efectivo y eliminación de obstáculos de acceso a la justicia, a saber:
        - i) asegurar que los miembros de la comunidad puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin;
        - ii) proporcionar el acceso a los pueblos indígenas y tribales a asistencia técnica y legal en relación con su derecho a la propiedad colectiva

, en el supuesto de que estos se encontrasen en una situación de vulnerabilidad que les impediría conseguirla, y

    - iii) facilitar el acceso físico a las instituciones administrativas y judiciales, o a los organismos encargados de garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, así como facilitar la participación de los pueblos en el desarrollo de los procesos judiciales, administrativos o de cualquier otra índole, sin que ello les implique hacer esfuerzos desmedidos o exagerados, ya sea debido a las distancias o a las vías de acceso a dichas instituciones, o a los altos costos en virtud de los procedimientos.

  - b) adecuado y efectivo para proteger, garantizar y promover los derechos sobre sus territorios indígenas, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de reconocimiento, delimitación, demarcación, titulación y, en su caso, de garantía del uso y goce de sus territorios tradicionales;

- otorgamiento de una protección efectiva que tome en cuenta las particularidades propias que los diferencian de la población en general y que conforman su identidad cultural, sus características económicas y sociales, su posible situación de vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres, así como su especial relación con la tierra.

- respeto de los mecanismos internos de decisión de controversias en materia indígena, los cuales se encuentren en armonía con los derechos humanos.

En el caso la Corte consideró que las actuaciones y omisiones de las autoridades estatales en los procedimientos judiciales y peticiones analizadas en el presente apartado, no han dado respuestas adecuadas y efectivas a los reclamos planteados, por lo que no han mostrado una posibilidad real para que los Pueblos Kaliña y Lokono alcancen la reivindicación de sus territorios ancestrales.

9.22.8. El derecho de circulación y de residencia (artículo 22 CADH)

Pone de relieve la importancia de que el Estado brinde las condiciones y los medios que permitan a los miembros de un pueblo desplazado "regresar voluntariamente, en forma segura y con dignidad, a sus tierras tradicionales", así como la obligación de adoptar medidas que mitiguen los efectos del desplazamiento. Al respecto, el Tribunal ha establecido que el desplazamiento forzado de pueblos indígenas o tribales provoca una ruptura con su identidad cultural, afectando el vínculo con los familiares, el idioma y el pasado ancestral, colocándolos en una situación de especial vulnerabilidad,

que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural genera riesgo de extinción, física o cultural.

En el Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de mayo de 2010, la Corte Interamericana ha señalado que el derecho de circulación y de residencia puede ser vulnerado por restricciones de facto si el Estado no ha establecido las condiciones ni provisto los medios que permiten ejercerlo, por ejemplo cuando una persona es víctima de amenazas u hostigamientos y el Estado no provee las garantías necesarias, para que pueda transitar y residir libremente en el territorio de que se trate, incluso cuando las amenazas y hostigamientos provienen de actores no estatales.

El Tribunal estimó en el caso "que el desplazamiento forzado afectó de forma particularmente grave a los miembros de la familia Chitay Rodríguez por su condición de indígenas mayas. Tal como lo reconoció la perito Rosalina Tuyuc, "la conexión energética con la tierra tiene una importancia fundamental en la cosmovisión maya", por lo que el abandono de la comunidad no solo ha sido material para las familias que tuvieron que huir, sino que también significó una gran pérdida cultural y espiritual... Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral".

En consecuencia, y conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, la Corte considera "que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que por sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural..., genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación".

"Que la obligación de garantía para los Estados de proteger los derechos de las personas desplazadas conlleva no sólo el deber de adoptar medidas de prevención sino también realizar una investigación efectiva de la supuesta violación de estos derechos y proveer las condiciones necesarias para un retorno digno y seguro a su lugar de residencia habitual o su reasentamiento voluntario en otra parte del país. Para ello, se debe garantizar su participación plena en la planificación y gestión de su regreso o reintegración".

En el caso, sostuvo la Corte que “si bien no consta que Guatemala ha restringido de manera formal la libertad de circulación y de residencia de los miembros del núcleo familiar de Florencio Chitay, estima que dicha libertad se encuentra limitada por una grave restricción de facto, que se origina en las amenazas y hostigamientos que han provocado su partida, así como el temor fundado generado por todo lo ocurrido a su padre, otros familiares y miembros de la comunidad, aunado a la falta de investigación y enjuiciamiento de los responsables de los hechos, lo que los ha mantenido alejados de su comunidad. El Estado ha incumplido también con el deber de garantía de este derecho, ya que además de propiciar su desplazamiento no ha establecido las condiciones ni ha provisto los medios que permitirían a los miembros de la familia Chitay Rodríguez regresar de forma segura y con dignidad a su comunidad”.

9.22.9. Los derechos políticos (artículo 23 CADH) y la igualdad ante la ley (artículo 24 CADH)

El Tribunal ha señalado que los miembros de pueblos indígenas y tribales deben poder integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos. De esta manera, no se puede exigir su participación política a través de partidos políticos, ya que se trata de una forma de organización que no les es propia. Ello supone que puedan participar “desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Yatama vs. Nicaragua Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de Junio de 2005 , sostuvo “que de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales.

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe

observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones. La restricción debe encontrase prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue".

"Que los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en que cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, promover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia", para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas".

La Corte considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa.

La restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (...) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000. El Estado no ha justificado que dicha restricción atienda a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un interés público imperativo. Por el contrario, dicha restricción implica un impedimento para el ejercicio pleno del derecho a ser elegido de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que integran YATAMA.

En el caso la Corte encuentra necesario indicar también "que cualquier requisito

para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos".

La Corte encuentra en el caso que Nicaragua no adoptó las medidas necesarias para garantizar el goce del derecho a ser elegidos de los candidatos propuestos por YATAMA, quienes son miembros de comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua, ya que se vieron afectados por la discriminación legal y de hecho que impidió su participación en condiciones de igualdad en las elecciones municipales de noviembre de 2000, y que debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención.

9.23. Los derechos no previstos expresamente en la Convención Americana

9.23.1. El derecho a la consulta libre, previa e informada (artículos 1.1, 2 y 21 CADH)

Ha sido derivado de la obligación estatal de asegurar la participación efectiva de los miembros de un pueblo indígena o tribal en todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro de su territorio. De acuerdo con la Corte IDH, la consulta debe realizarse de conformidad con las costumbres y tradiciones del pueblo de que se trate, de manera que éste decida quién o quiénes lo representarán en el proceso. La consulta debe realizarse de buena fe teniendo como fin llegar a un acuerdo. Dicha consulta debe ser previa de manera que se realice durante las primeras etapas del proceso y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad; libre para garantizar una participación voluntaria, e informada para que los miembros de los pueblos indígenas o tribales

tengan conocimiento de los posibles riesgos -incluidos los ambientales y de salubridad- que corren en caso se materialice la concesión.

9.23.2. El derecho a la identidad cultural (artículos 1.1, 21, 29.b. CADH)

De acuerdo con la Corte IDH, constituye un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Así, una falta de consulta a los miembros de una pueblo implica una afectación a dicho derecho en la medida que supone una intervención y destrucción del patrimonio cultural y, por ende, una falta grave al respeto debido a la identidad social y cultural, costumbres, tradiciones, cosmovisión y modo de vivir.

En el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador Fondo y Reparaciones Sentencia del 27 de junio de 2012 , y en relación a los derechos a la consulta y a la identidad cultural, la Corte observa, "que la estrecha relación de las comunidades indígenas con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática. El reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades y pueblos indígenas y tribales está cimentado, entre otros, en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural. . . , los cuales deben ser garantizados, particularmente, en una sociedad pluralista, multicultural y democrática".

"Que una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal, es justamente el reconocimiento de su derecho a la consulta, el cual está reconocido en el Convenio Nº 169 de la OIT, entre otros instrumentos internacionales complementarios". . . "está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados".

La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos

en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernan a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención (artículo 1.1). "Esto implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos"... "los Estados deben incorporar esos estándares dentro de los procesos de consulta previa, a modo de generar canales de diálogos sostenidos, efectivos y confiables con los pueblos indígenas en los procedimientos de consulta y participación a través de sus instituciones representativas".

Las sentencias de la Corte Interamericana, por la manera en que han abordado los complejos casos de pueblos indígenas, y por la innovación y sensibilidad cultural de las reparaciones que ha ordenado constituyen per se una forma de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, de la historia de violencia de la han sido y continúan, en muchos casos, siendo víctimas. La flexibilidad y apertura por parte de la Corte para desarrollar una interlocución válida con los sistemas consuetudinarios ha permitido posicionar al Sistema Interamericano como uno de los sistemas pioneros y que mayores desarrollos ha alcanzado en este tipo de problemáticas; no en vano la Corte Penal Internacional y el Sistema Africano de Derechos Humanos han tornado su interés hacia las sentencias que produce este Tribunal, a manera de guía en cuanto buenas prácticas y desafíos que se esperan en casos de violaciones colectivas y con componentes étnicos de gran complejidad.

La jurisprudencia de la Corte que se ha presentado es de suma importancia para los jueces y tribunales nacionales, no sólo porque las decisiones del Tribunal son de obligatorio cumplimiento para los Estados condenados, sino que todas las instancias judiciales de la región deben ejercer un control de convencionalidad, que tome en cuenta tanto el tratado, esto es la Convención Americana, como la interpretación que la Corte ha hecho de él .

9.24. Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) - Casos y Principios de su Jurisprudencia Contemporánea en relación a los Pueblos Originarios

En esta parte del capítulo, vamos a dar repaso a una serie de planteos y cuestiones, que ha resuelto en tiempos recientes la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

en relación a temas de pueblos originarios, generalmente relacionados con posesión de tierras comunitarias, pero también hay otras cuestiones sobre las cuales hay pronunciamientos relevantes del más alto tribunal nacional.

Comenzamos el recorrido con el caso de la “Comunidad Eben Ezer” , de 2008. La Comunidad Indígena Eben Ezer inició acción de amparo contra la provincia de Salta y el Ministerio de Empleo y la Producción, con motivo de la Ley local 7274 mediante la cual fueron desafectados como reserva natural los lotes fiscales números 32 y 33 y se habilitó al Poder Ejecutivo provincial para ponerlos en venta por vía de un proceso licitatorio. Impugnó, asimismo, diversos actos administrativos del mencionado Ministerio, dictados con el objeto de dar cumplimiento a la norma antedicha. Sostuvo la Comunidad, entre otras consideraciones, que sobrevivía, de acuerdo a sus usos y costumbres, gracias a los recursos naturales existentes en uno de los lotes en juego y al corredor ecológico que representa el restante, al paso que arguyó el quebrantamiento, entre otros derechos de jerarquía constitucional, del derecho a la vida y a la propiedad comunitaria de las tierras

. La comunidad, como decíamos, inició este amparo que fue rechazado en sucesivas instancias provinciales, y llega por la vía extraordinaria a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que va a revocar esa decisión. En este caso aparece receptada por nuestra Corte, jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural” [. . .] “La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas"(Corte Interamericana de Derechos Humanos Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17-6-2005, Serie C n° 125, párrs. 135 y 154, entre otros).

Importa resaltar en el fallo en cuestión, como la Corte sostuvo que la relevancia y la delicadeza de los aludidos bienes deben guiar a los magistrados no sólo en

el esclarecimiento y decisión de los puntos de derecho sustancial, sino también, por cierto, de los vinculados con la "protección judicial"prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), que exhibe jerarquía constitucional, máxime cuando los denominados recursos de amparo, especialmente en el terreno sub examine, no deben resultar ïlusorios o inefectivos"(Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31-8-2001, Serie C n° 79, párr. 134, sus citas y otros); y esto lleva a decir que, en esta medida, cuando se persiguen estos bienes, cuando este bien jurídico protegido, los denominados recursos de amparo no puedan resultar ilusorios o inefectivos, que era lo que a la postre había sido el resultado desestimatorio de esta acción judicial.

Que la Corte sostuvo también que el Convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre pueblos indígenas y tribales, de jerarquía supralegal, en su artículo 14.3 dispone, precisamente, que "deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados".

Que este convenio n° 169 de la Organización Internacional del Trabajo también es tomado como base, entre otras fuentes, en el caso de Çonfederación Indígena del Neuquén", del 2013, donde estaba en discusión un decreto de esa provincia que, venía a reglamentar la identificación o el estatus de pueblos originarios y, a juicio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo hacía de un modo regresivo respecto de lo establecido a nivel federal.

Que en el caso la cuestión que debía decidir la Corte, tal como ha sido planteado el agravio por la confederación actora, presentaba dos aspectos fundamentales para su examen. El primero de ellos consiste en determinar si el artículo constitucional 75 inciso 17 habilita a las provincias a ejercer atribuciones concurrentes para regular las cuestiones vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su correspondiente inscripción registral, en virtud de lo cual podrían coexistir un registro nacional con los respectivos registros provinciales; para luego, de ser superada afirmativamente tal hipótesis, determinar el alcance y los límites de dicha competencia provincial. La Corte sostuvo “que cabe recordar entonces que dicha disposición efectivamente menciona en forma expresa como atribución del Congreso Nacional la facultad de “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias (...). Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones” (inc. 17, art. 75 Constitución Nacional).

Sigue diciendo la Corte en el caso “que no obstante el modelo federal de distribución

territorial del poder —que prevé la existencia de dos esferas de gobierno con poderes de origen disímiles, en tanto uno es originario y conservado mientras que el otro es el resultado de la delegación— presenta desde sus orígenes el problema de la definición de las fronteras de la competencia, el texto constitucional precitado, cuyo alcance e interpretación se cuestionan en autos, no ofrece dudas en cuanto claramente habilita a los estados provinciales a ejercer atribuciones concurrentes con la Nación vinculadas al reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas y su pertinente inscripción registral. Así pues, tanto la Nación como las provincias tienen la competencia suficiente de reglamentación en materia, de derechos de los pueblos originarios en sus respectivas jurisdicciones, siempre que ello no implique por parte de los estados provinciales una contradicción o disminución de los estándares establecidos en el orden normativo federal”... “Ello es así, ya que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno impone a los estados locales a la hora de ejercer su potestad legisferante y reglamentaria reconocer y aceptar los respectivos estándares de referencia fijados a nivel normativo federal cuyas disposiciones constituyen una guía de contenidos mínimos a tener en cuenta por todas las provincias que integran el Estado argentino”.

Dijo también la Corte “que dichos estándares federales se encuentran contenidos y especificados tanto en el marco constitucional sub examine y el Convenio 169 de la OIT como así también en la ley nacional de política indígena y su decreto reglamentario. Por consiguiente era necesario para resolver la demanda observar la adecuación del decreto provincial 1184/2002 con la ley nacional 23.302, su decreto 155/1989 y el Convenio internacional precitado, bajo la inteligencia que la regulación estadual en materia de derechos indígenas no podrá posicionarse por debajo o en contra de los estándares fijados en el bloque normativo federal en dicha temática. Que según constaba en autos, el decreto impugnado no solo no prevé el concepto de “autoidentificación” establecido por el art. 2° de la ley nacional 23.302 y por el art. 1° inciso 2° del Convenio 169 de la OIT como un criterio fundamental de inscripción, sino que lo sustituye por el principio opuesto de identificación del Estado”... “Que en efecto, existen dos criterios o elementos de identificación de os pueblos originarios, el criterio objetivo que alude a un hecho histórico y a un hecho actual, en tal caso se identificaran como pueblos indígenas a aquellos pueblos que descienden de pueblos que pre-existen a los estados actuales (elemento histórico) y que en la actualidad conserven en alguna medida sus formas de vida e instituciones políticas (elemento actual) y el criterio subjetivo que contempla expresamente la ley nacional de política indígena y el convenio internacional precitado, que se refiere a la autoconciencia que tienen los pueblos de su propia identidad indígena”.

“A su vez, mientras el decreto impugnado exige entre otros recaudos que los peticionantes constituyan un núcleo de por lo menos diez (10) familias asentadas (inc. f, art. 2°), el decreto reglamentario nacional 155/1989 exige una cantidad de por lo menos tres (3) familias asentadas. Por último el decreto 1184/2002 fue dictado omitiendo dar participación previa a las entidades que representan a los pueblos indígenas del Neuquén, desconociendo así la obligación establecida por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el cual en su art. 6° expresa que: “los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

Las provincias, sostuvo la Corte en el caso de Çonfederación Indígena del Neuquén", “se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares normativos a los que se ajusta el gobierno federal. Así, desde dicha premisa, basta con lo hasta aquí expuesto para afirmar que el decreto 1184/2002 expresamente impone recaudos y condiciones que significan una clara restricción y regresión respecto de lo establecido en materia de derechos y política indígenas a nivel federal. En consecuencia, “el decreto impugnado por la Confederación Indígena del Neuquén es inconstitucional en la medida que no se adecua al “umbral mínimo” establecido en el orden normativo federal, por lo que cabe requerir a la provincia demandada que ajuste su legislación en materia de derechos y política indígena cuestionada en estas actuaciones a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen del bloque normativo federal, en particular en cuanto a la identificación por vía de autoconciencia, en cuanto al asentamiento mínimo de tres familias y en cuanto a la consulta obligatoria al pueblo originario”.

Como puede apreciarse, el fallo de la Corte es extremadamente claro en los puntos que señala y que no indican otra cosa que la necesidad de realizar un análisis de los derechos de los pueblos indígenas desde su contexto normativo como un todo, incluyendo los estándares internacionales. Es significativo el fallo pues proporciona entre otros criterios claros alrededor de un tema controvertido como es el de la personería jurídica, y porque clarifica algunos intentos provinciales de encorsetar en requerimientos exagerados e inconstitucionales, el respeto de ese derecho de gozar de personería jurídica, que siempre se entendió con carácter declarativo y no constitutivo. También es significativo el fallo de la Corte por cuanto sostiene el criterio subjetivo como criterio de identificación de los pueblos indígenas, o sea que la conciencia de identidad se vuelve determinante para calificar a una comunidad como indígena .

Otro caso de tierras, como el de Çomunidad Eben Ezer", aparece en el caso "Pilquiman"de 2014, donde se perseguía la nulidad de una resolución del Instituto Autárquico de Colonización de la Provincia de Chubut, por la que se había adjudicado en venta dos mil quinientas hectáreas, ubicadas en un terreno donde se encontraba un cementerio de un pueblo originario. En este caso también tenemos un pronunciamiento local, que llega a ser impugnado ante la Corte Suprema, y la Corte señala un defecto concreto a la decisión, que implica la solución revocatoria, está dado por el hecho de que la decisión del Superior Tribunal local no llega a pronunciarse, omite pronunciarse sobre los derechos fundados en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, que nos habla de esta temática, y en particular en el ya visto Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo. Que en el caso un miembro de una Comunidad originaria interpuso amparo con el objeto de que se garantice a aquella el derecho a la participación indígena en cuanto al territorio y a los recursos naturales. Asimismo, también peticionó que se declare la nulidad de la Resolución 60/07 del Instituto Autárquico de Colonización y Fomento Rural (IAC) de la Provincia del Chubut, mediante la cual se había adjudicado en venta de aproximadamente 2500 hectáreas ubicadas en un terreno donde se encuentra un cementerio. En primera instancia y Cámara desestimaron la pretensión. El Superior Tribunal provincial declaró mal concedido el recurso de casación deducido. Interpuesto recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto el auto denegatorio.

Sostuvo la Corte que pese a detallar cada uno de los tres agravios formulados por la actora en su recurso de casación, el tribunal a quo se limitó a examinar solo dos de ellos y omitió absolutamente el tratamiento del planteo restante, fundado en la vulneración del derecho a la consulta y participación de los pueblos indígenas, tutelado en el art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional, así como en el Convenio 169 de la OIT, que había sido apropiadamente introducido con la promoción de la demanda y suficientemente mantenido durante todo el proceso en las dos instancias revisoras, como fundamento principal de la reclamación. Debido a ello, el examen de los recaudos de admisibilidad de la instancia casatoria local se llevó a cabo con un injustificado rigor formal que concluyó en la arbitraria cancelación de la vía revisora de que se trata, omitiendo con este modo de resolver el tratamiento de la materia constitucional oportunamente articulada, con la consecuente frustración de los derechos comprometidos en dicho planteo y, a la par, con evidente menoscabo de la garantía constitucional de defensa en juicio que asiste al recurrente (artículo 15 de la ley 48).

Otra aplicación del derecho de consulta lo vemos en el caso de Çomunidad Indígena Toba La Primavera Novogoh c. provincia de Formosa” de 2014, donde la Corte

establece, a propósito de la realización de una obra aprobada para la construcción de un centro de salud en un territorio propio de la comunidad originaria, este concepto de que tiene que haber derecho de consulta, de que la provincia en la cual esos territorios se encuentran, debe consultar y explicar adecuadamente a la comunidad acerca de cómo va a ser la organización y funcionamiento de este centro de salud, garantía específica de pueblos indígenas originarios, que es la del derecho de consulta del convenio 169 de la O.I.T. Sostuvo la Corte "que habiéndose celebrado audiencia con los miembros de la comunidad originaria para consultarlos sobre la realización de un centro de salud en tierras de su propiedad, no cabe extender los efectos de una medida cautelar que tiene otros fines —impedir la construcción de un instituto universitario— para suspender la ejecución de la obra, que fue consultada y aprobada por los miembros de aquella por considerarla beneficiosa y conveniente"... y "que durante la realización de las obras aprobadas por una comunidad originaria en su territorio para la construcción de un centro de salud, la Provincia en la cual esos territorios se encuentran debe consultar y explicar adecuadamente a la comunidad acerca de cómo será la organización y funcionamiento de este, así como también debe informar el cumplimiento del estudio de factibilidad ambiental en relación a los residuos hospitalarios, patológicos y farmacéuticos cuyo manejo debe prevenirse.

Cerrando esta revisión de fallos contemporáneos de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, vemos o podemos traer a colación un caso que tiene que ver con temas de desalojo de tierras, sobre lo cual hay una normativa más específica. Nos referimos al caso "Martínez Pérez", de 2015, donde habiéndose dispuesto una medida cautelar de desalojo contra un clan que agrupa varias familias de una comunidad originaria, el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro declaró inadmisible el recurso de casación interpuesto por la comunidad. Interpuesto recurso extraordinario y la correspondiente queja ante su denegación, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la sentencia. La Corte aquí deja sin efecto la ejecución de ese lanzamiento de desalojo, en función de la ley 26.160, ley nacional que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras de comunidades indígenas. Más allá de esa fuente específica, normativa en una ley nacional, aparece en el dictamen de la procuradora Gils Carbó, al que se remite sin observaciones la Corte, un concepto de orden más general que nos dice que cuando, como era el caso, existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente, que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida lanzamiento; la ejecución del desalojo, razona el dictamen, puede afectar el derecho de la comunidad a la posición y propiedad comunitaria indígena, esto es obvio, del cual depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura

diferente. En el caso, la cuestión controvertida consiste en determinar si el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley 26.160 le confieren un derecho a la comunidad Las Huaytekas para repeler el desalojo cautelar de la parcela en disputa promovido por el titular registrad del inmueble. La comunidad Las Huaytekas es parte del pueblo mapuche. Su nombre evoca al milenario bosque "Cipresal de Las Huaytekas" situado en los parajes denominados el Foyel y los Repollos, Provincia de Río Negro.

Que en el caso y en relación a los hechos se dice que "entre los días 29 de noviembre y 3 de diciembre de 2010, el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas relevó las tierras de la comunidad Las Huaytekas en el marco de la ley 26.160. Del relevamiento territorial se desprende que la comunidad y el Lof Palma ejercen la posesión. El 21 de diciembre de 2010, el organismo se presentó en estos autos y puso en conocimiento del juez dicho relevamiento y tal como surge del informe realizado por dicho instituto sus integrantes mantienen un lazo material y simbólico con las tierras que ocupan. Desde tiempos remotos realizan prácticas de recolección y pastoreo que se desarrollan en épocas estacionales e intercambian productos entre los vecinos. Conservan tradiciones vinculadas al teñido de lanas y tejidos con diferentes especies autóctonas, trabajo en cuero curtido con piedra lumbre, recolección de yuyos que utilizan por sus propiedades curativas, entre otras actividades productivas que realizan mediante proyectos colectivos. Celebran también ceremonias religiosas en el rewe -espacio ceremonial-, como el Kamaruko, una rogativa, que se lleva a cabo en el bosque sagrado".

"Sigue diciendo el fallo, que remite al dictamen de la Procuradora, que "en el año 2000, el actor compró la parcela objeto de autos a la Empresa Forestal Rionegrina S.A. (fs. 3/10). No obstante, el Lof-alma, integrante de la comunidad, continuó ejerciendo allí la ocupación tradicional indígena mediante la recolección de leña y de plantas que se usan para medicina mapuche o para alimentos, el tránsito por senderos, el pastoreo de animales y la utilización del rewe, tal como la comunidad lo viene haciendo desde antaño (fs. 59/62 del cuaderno de queja, fs. 601/603 y 713 vta. del expediente agregado B-3BA-24-C2012); en el año 2010, en el marco de un Trawuen - encuentro comunitario- la comunidad decidió que el Lof Palma, además de realizar dichas prácticas tradicionales, moraría esas tierras. La radicación de una morada suscitó el planteo de una denuncia penal por parte del actor y el inicio de un interdicto de recobrar la posesión en el cual invocó el título de propiedad inscripto a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Que la ley 26.160 declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias arias

del país (art. 1). Fue sancionada en el año 2006 como norma de orden público y prorrogada por las leyes 26.554 y 26.894 hasta el 23 de noviembre de 2017. El artículo 2 de la ley suspende, por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las referidas tierras, cuando la posesión sea actual, tradicional y pública, como sucede prima facie en el caso de acuerdo con lo expuesto en la sección anterior. A su vez, el artículo 3 establece el deber del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas de realizar un relevamiento técnico jurídico catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas. Entre las razones que justificaron la última prórroga de la norma, se destacó que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en un informe realizado con motivo de una visita al país en el año 2012, alertó que "la grave inseguridad jurídica de las tierras indígenas se ve reflejada en el alto número de desalojos practicados a dichas comunidades". Luego señaló "... al Gobierno Federal y, especialmente, a los gobiernos provinciales y los tribunales, [que se debía] aplicar la letra y el espíritu de las leyes 26.160 y 26.554". Sostiene la Procuradora, "de este modo, la ley 26.160 pretende evitar que se consoliden nuevas situaciones de despojo a fin de respetar y garantizar derechos constitucionales de los pueblos indígenas y en aras de dar cumplimiento a un conjunto de compromisos internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado Nacional".

"En este sentido, el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional consagra derechos específicos para estos pueblos entre los que se encuentra el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan (Fallos: 331:2119). Este derecho está reconocido también en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Corte IDH, "Caso Comunidad Mayagna de Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 148)".

"Asimismo, el artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo dispone que "los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas y tribales reviste su relación con las tierras y/o territorios y en particular los aspectos colectivos de esa relación. El término tierras incluye el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera". El artículo 14 del referido convenio reconoce el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos indígenas, ordena la determinación de las tierras y territorios así como su efectiva protección, y la adopción de medidas para salvaguardar el derecho de estos pueblos a utilizar tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades

tradicionales y de subsistencia aunque no estén exclusivamente ocupadas por ellos (incs. 1 y 2). Por -último, el artículo 16 dispone que estos pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

En el caso, las tierras objeto de la medida cautelar de desalojo han sido identificadas como parte del territorio de la comunidad Las Huaytekas, de acuerdo con el relevamiento técnico jurídico catastral llevado a cabo por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas en los términos de las leyes citadas. De allí surge que el Lof Palma y otros integrantes de la comunidad ejercen la posesión comunitaria tradicional en dichas tierras, y en estas condiciones, la ejecución del lanzamiento vulnera la ley 26.160, que prohibió de modo expreso el desalojo de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas. En opinión de la Procuradora ante la Corte, "y contrariamente a lo que sostuvo el a quo, la comunidad y el Lof Palma no ocuparon las tierras de modo próximo a la fecha en que se dictó la medida cautelar, sino que ejercían desde antaño la posesión tradicional indígena. En ese sentido, cabe recordar que el uso y la ocupación territorial indígena van "más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines" (Comisión IDH, "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", citado, párr. 40; Corte IDH, "Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay", sentencia del 29 de marzo de 2006, párr. 120; "Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador", sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 146)".

Esta posesión comunitaria, tutelada por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados, pone en cabeza del Estado un conjunto de obligaciones vinculadas con la protección de la tierra, de los recursos naturales y de ciertos patrones culturales. Al respecto, la Corte Interamericana expresó que, hasta tanto se concrete la delimitación y titulación de las tierras indígenas, los Estados deben abstenerse de realizar "actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad" (Corte IDH, "Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua", sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 153). En ese orden de ideas, cuando -como en el presente caso- existen elementos que revelan con un grado de verosimilitud suficiente que las tierras pueden formar parte de la ocupación tradicional de una comunidad indígena, los jueces deben extremar su cautela al momento de valorar los requisitos de procedencia de la medida precautoria. La ejecución del

desalojo cautelar puede afectar el derecho de la comunidad a la posesión y propiedad comunitaria indígena, del que depende su supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente. Bajo estas premisas, el desalojo del grupo familiar Palma y de otros integrantes de la comunidad impediría el acceso pleno al territorio indígena y a los recursos naturales, así como la continuidad de las costumbres tradicionales que allí desarrollan. En suma, el derecho de repeler el desalojo cautelar invocado por los demandados encuentra sustento en el derecho federal invocado, sin perjuicio de lo que se decida oportunamente respecto del fondo del pleito.

En nuestro país, y conforme "Silvina Zimerman" , a la luz de la normativa internacional específica en materia indígena y del art. 75, inc. 17 de la CN, y teniendo en cuenta la interpretación que viene haciendo de esta disposición constitucional la doctrina y la jurisprudencia, surge con claridad que en el ordenamiento jurídico argentino:

- a) Se incorporó el paradigma de protección de la diversidad cultural como un hecho irreversible, reconociendo y respetando la identidad de los pueblos indígenas. Esto implica respetar sus costumbres, tradiciones, cosmovisión, su derecho consuetudinario, su derecho a autodeterminarse y a decidir sus propias prioridades de desarrollo;
- b) Se reconoce la preexistencia de las comunidades y pueblos indígenas a la creación del propio Estado argentino. Es decir, se admite que los pueblos y comunidades indígenas ya estaban en estas tierras, y, a partir de tal reconocimiento, se les aseguran una serie de derechos relacionados con su ser y su cultura;
- c) Los derechos indígenas son operativos y los poderes públicos deben realizar esfuerzos para asegurar el contenido mínimo esencial de estos derechos a todas las comunidades indígenas y promover sus derechos mediante leyes, políticas y medidas de acción en general;
- d) Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas como nuevos sujetos colectivos, más allá de los derechos individuales que le correspondan a cada uno de sus integrantes. Las comunidades indígenas tienen una realidad jurídica previa a su inscripción en registros estatales y que el Estado no les "otorga" la personalidad jurídica, sino que solo constata su preexistencia y la declara mediante un acto administrativo. Además, al efectuar el reconocimiento como sujeto, el Estado no puede imponer requisitos y obstáculos ajenos a su cultura, sino que debe respetar sus autoridades tradicionales, mecanismos de toma de decisiones, formas de organización interna y derecho consuetudinario en

general, con el fin de cumplir el mandato de respetar la identidad cultural. La conciencia de la identidad como indígena y el autoreconocimiento es el criterio legal para el reconocimiento del grupo como comunidad indígena y lo que fundamenta el pedido una personería jurídica como tal.

Regresar al Sumario

DERECHOS HUMANOS, EDICIONES UCSE
NRO.01 NOVIEMBRE DE 2020

10. Los derechos humanos, la educación y el derecho humano a la paz

José A. Musso

10.1. Introducción

Los instrumentos internacionales de derechos humanos no solamente reconocen el derecho a la educación. También reconocen el derecho a la educación en derechos humanos. El párrafo 2 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derecho Humanos define el objeto de la educación en estos términos: "La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos y religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz".

Por su parte, el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que los Estados partes en el Pacto "convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones en pro del mantenimiento de la paz".

Además, el párrafo 1 del artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala que la educación de los niños y las niñas debe estar encaminada a desarrollar su personalidad, sus aptitudes y su capacidad física y mental hasta el máximo de sus posibilidades, a inculcarles el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, así como el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su

idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en el que viven, del país de los que sean originarios y de las civilizaciones distintas de la suya. La educación debe prepararlos para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena, así como inculcarles el respeto del medio ambiente natural.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer dispone que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para "modificar los patrones socio-culturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de otra índole que estén basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres" (art. 5.a) y "garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos" (art. 5.b).

Por otro lado, el mismo instrumento prevé que los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, "la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza" (art. 10.c).

En el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados partes se comprometen a "fomentar en todos los niveles del sistema educativo, incluso entre todos los niños y las niñas desde una edad temprana, una actitud de respetos de los derechos de las personas con discapacidad" (art. 8.2.b).

En el sistema interamericano, el artículo XII de la Declaración Americana proclama que la educación debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas y que toda persona tiene derecho a que se le capacite para lograr una subsistencia digna, en mejoramiento del nivel de vida y para ser útil a la sociedad.

El Protocolo de San Salvador, en su artículo 13.2, precisa el objeto de la educación en términos similares a los del PIDESC, aunque con el valor añadido de ciertos agregados muy valiosos: "Los Estados partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades a favor del mantenimiento de la paz".

La Convención para Prevenir, Erradicar y Sancionar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) reconoce "el derecho de la mujer a ser educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación" (art.6.b) y establece la obligación de los Estados partes de adoptar medidas específicas para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, incluyendo el diseño de programas de educación formales y no formales apropiados a todo nivel del proceso educativo, para contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer" (art. 8.b).

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad obliga a los Estados partes a adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole para eliminar la discriminación contra esas personas (art. III.1).

"La educación es clave para fortalecer las instituciones democráticas, promover el desarrollo del potencial humano y el alivio de la pobreza y fomentar un mayor entendimiento entre los pueblos", dice el artículo 16 de la Carta Democrática Interamericana, agregando que, "para lograr estas metas, es esencial que una educación de calidad esté al alcance de todos, incluyendo a las niñas y las mujeres, los habitantes de las zonas rurales y las personas que pertenecen a las minorías".

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) contempla, inter alia, que "los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos estatales currícula con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y mulilingüe de sus sociedades y que impulsen

el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas" y, "en conjunto con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural que refleje las cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos" (art. XV.5)[1].

"El concepto del derecho que todos tenemos a la educación y el objetivo educativo de acrecentar el respeto por todos los derechos humanos se han incorporado a muchos de los instrumentos internacionales", dice Claude[2], y eso queda en evidencia al revisar las disposiciones pertinentes de instrumentos como los aquí mencionados.

10.2. Educación en derechos humanos

El derecho a conocer nuestros derechos está en la base de la educación en derechos humanos, y como complemento de las disposiciones relativas a la educación están aquellas disposiciones de las que se desprende que "la educación es un proceso que involucra el intercambio y la difusión de ideas"[3], como las contenidas en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Richard Claude remarca que la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, al decir en su artículo 25 que los Estados partes tienen el deber de "tomar medidas dirigidas a velar por que las personas entiendan estas libertades y derechos con sus correspondientes obligaciones y responsabilidades", contiene "un llamado significativo y singular por una eficaz educación en derechos humanos"[4].

çEn el mismo sentido, se entiende que educación en derechos humanos significa que todas las personas "tienen la posibilidad real de recibir educación sistemática, amplia y de buena calidad que les permita comprender sus derechos humanos, sus respectivas responsabilidades y los sistemas nacionales e internacionales de protección de los mismos; respetar y proteger los derechos humanos de otras personas; respetar las

[1] El artículo 14.3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) establece que "los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades, tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma". A su vez, el artículo 14.1 de la Declaración proclama que "los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje". Lo mismo proclama el artículo XV.3 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[2] CLAUDE, Richard Pierre, *Educación Popular en Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p. 18.

[3] *Ibíd.*, p. 17.

[4] *Ibíd.*, p. 18.

diferencias y valorar la diversidad; entender la interrelación entre derechos humanos, estado de derecho y regímenes democráticos, y ejercer en su interacción diaria valores, actitudes y conductas consecuentes con los derechos humanos"[5].

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) define la educación en derechos humanos como "un conjunto de actividades de educación, capacitación y difusión de información orientadas a crear una cultura universal de los derechos humanos"[6].

No hay duda que "educar en derechos humanos es educar para la convivencia, la igualdad, la solidaridad, el respeto y la conciencia ciudadana; sociedades educadas en derechos humanos, habituadas a ponerlos en práctica y a exigir su respeto y garantía a los gobiernos, mejorarán su propia calidad de vida y contribuirán a dar cabal cumplimiento a los fines del Estado democrático de Derecho"[7].

Es indudable también que "el postergar la educación en derechos humanos desde los espacios de decisión política, el contemplarla solamente de manera aparente o no sustancial, el reducirla exclusivamente a alguna asignatura o a pocas disciplinas, o finalmente ubicarla en un lugar marginal, tiene como resultado directo e inmediato la falta de formación democrática en las sociedades, con personas que devienen menos conscientes de los derechos y libertades que les corresponden por razón de dignidad, y por ende con poca o ilusoria capacidad efectiva de reclamar por aquellos cuando son negados y violados, en forma individual o colectivamente"[8].

Tomasevski hace hincapié en los derechos humanos en la educación como exigencia previa para la educación en derechos humanos y dice que "es notorio que los niños aprenden más de la observación que de la exhortación y, por ello, el reconocimiento de sus derechos en la educación facilitará extremadamente la educación en materia de derechos humanos"[9].

En un intento por "redefinir el sentido de la educación en derechos humanos, hay que decir con mucha claridad que ésta debe constituirse en factor de democratización

[5]IIDH, III Informe Interamericano de la Educación en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, IIDH; 2004, p. 7.

[6]UNESCO, Plan de Acción para el Programa Mundial de Educación en Derechos Humanos (Primera Etapa 2005-2009), Nueva York-Ginebra, 2006.

[7]SALVIOLI, Fabián, *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de una nueva Reforma Universitaria*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009, p. 90.

[8]*Ibíd.*, p. 89.

[9]TOMASEVSKI, Katarina, "Contenido y vigencia del derecho a la educación", *Revista IIDH*, N° 36, julio-diciembre 2002, p. 35.

y modernización de nuestras sociedades. El respeto y vigencia de los derechos humanos forma parte no sólo de la democracia política, sino que también del área de la democracia cultural y educacional. Si se desea 'ingresar' y 'transitar' hacia una sociedad democrática hay que reconocer que la dignidad humana es central y que hay necesidad de potenciar el tejido intercultural de nuestra sociedad"[10].

"El sentido último de la educación en derechos humanos es la formación de un 'sujeto de derecho'", dice Magendzo[11], precisando que "un sujeto de derecho es capaz de hacer uso de su libertad aceptando los límites de esta, de reivindicar el ideal de la igualdad reconociendo la diversidad y de valorar la solidaridad desarrollando una actitud de respeto mutuo, es decir, de aceptación del otro como un legítimo otro", como un ser diferente, legítimo en su forma de ser y autónomo en su capacidad de actuar y exigir una actitud semejante de los demás hacia él; un sujeto de derecho tiene un conocimiento básico de los cuerpos normativos y de las instituciones de protección de sus derechos y los derechos de los demás, conocimiento que se convierte en un instrumento de exigencia y vigilancia, porque "no es un conocimiento académico sino uno que confiere mayor posibilidad de acción y por lo tanto mayor poder para intervenir en la promoción y defensa de los derechos"[12].

Un sujeto de derecho tiene la capacidad de defender sus derechos y los de los demás "con argumentos fundamentados e informados, con un discurso asertivo, articulado y racionalmente convincente", ya que "hace uso del poder de la palabra y no de la fuerza, porque su interés es la persuasión y no el sometimiento" y, por último, "un sujeto de derecho tiene la capacidad de fundar sus juicios asumiendo una postura crítica y flexible"[13].

En definitiva, "la educación y la formación en materia de derechos humanos son esenciales para el ejercicio efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales y, al promover la igualdad, prevenir los conflictos y las violaciones y abusos contra los derechos humanos y fomentar la participación y los procesos democráticos, contribuyen de manera importante a crear sociedades en que se valore y respete a todos los seres humanos, sin discriminaciones ni distinciones de ningún tipo en razón de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición"[14].

[10] MAGENDZO K., Abraham, "Derechos humanos y curriculum escolar", *Revista IIDH*, N° 36, p. 332.

[11] *Ibíd.*, p. 334.

[12] Ibíd.

[13] *Ibíd.*, pp. 334-335.

[14] Resolución 39/3 del Consejo de Derechos Humanos, de 13 de diciembre de 2018.

10.3. Declaración de las Naciones Unidas sobre la educación y la formación en derechos humanos y otros instrumentos

A) El Consejo de Derechos Humanos, mediante resolución 13/15, estableció un grupo de trabajo de composición abierta encargado de negociar, finalizar y presentar al Consejo un proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos, sobre la base del proyecto presentado por el Comité Asesor[15].

El Grupo de Trabajo presentó su proyecto en enero de 2011 y el Consejo lo aprobó mediante resolución 16/1, de 23 de marzo de 2011. La Asamblea General aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos en noviembre de 2011.

La Declaración proclama que toda persona tiene derecho a obtener, buscar y recibir información sobre todos los derechos humanos y libertades fundamentales y debe tener acceso a la educación y formación en materia de derechos humanos (art. 1.1). El párrafo 2 del artículo 1 afirma que "la educación y formación en materia de derechos humanos son esenciales para la promoción del respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas, de conformidad con los principios de universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos".

¿Cómo están integradas la educación y la formación en materia de derechos humanos? "Por el conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyendo así, entre otras cosas, a la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos" (art. 2.1).

La educación y la formación de que se trata engloban: 1) la educación sobre los derechos humanos, que incluye facilitar el conocimiento y la comprensión de las normas y principios de derechos humanos, los valores que los sostienen y los mecanismos de protección; 2) la educación por medio de los derechos humanos, que incluye aprender y enseñar respetando los derechos de los educadores y educandos;

[15] Mediante recomendación 4/2, de 29 de enero de 2010, el Comité Asesor hizo suyo el proyecto incorporado como anexo de la recomendación.

3) la educación para los derechos humanos, que incluye facultar a las personas para que disfruten de sus derechos y los ejerzan, y respeten y defiendan los de las demás personas. La educación y la formación en derechos humanos es un proceso que dura toda la vida y afecta a todas las edades. Concierne a todos los sectores de la sociedad, a todos los niveles de la enseñanza (educación preescolar, primaria, secundaria y superior), teniendo en cuenta la libertad académica donde corresponda, y a todas las formas de educación, formación y aprendizaje, ya sea en el ámbito escolar, extraescolar o no escolar, tanto en el sector público como en el privado. Están incluidas, entre otras cosas, la formación profesional, en particular la formación de formadores, maestros y funcionarios públicos, la educación continua, la educación popular y las actividades de información y sensibilización del público en general[16].

La educación y la formación que se promueve deben basarse en los principios de la Declaración Universal y los demás instrumentos pertinentes con miras a fomentar el conocimiento, la comprensión y la aceptación de las normas y los principios universales de derechos humanos a nivel internacional, regional y local; desarrollar una cultura universal de los derechos humanos en la que todas las personas sean conscientes de sus derechos y de sus obligaciones respecto de los derechos de los demás, y favorecer el desarrollo de la persona como miembro responsable de una sociedad libre y pacífica, pluralista e incluyente; lograr el ejercicio efectivo de todos los derechos y promover la tolerancia, la no discriminación y la igualdad; garantizar la igualdad de oportunidades para todas las personas mediante el acceso a una educación y formación en materia de derechos humanos de calidad, sin ningún tipo de discriminación, y contribuir a la prevención de los abusos y las violaciones y a combatir y erradicar todas las formas de discriminación y racismo, los estereotipos, la incitación al odio y los nefastos prejuicios y actitudes en que se basan.[17].

Los principios de la igualdad, especialmente entre niños y niñas y entre hombres y mujeres, la dignidad humana, la inclusión y la no discriminación constituyen la base de la educación y la formación en derechos humanos, que deben ser accesibles y asequibles para todas las personas y tener en cuenta las dificultades y los obstáculos particulares a los que se enfrentan las personas y los grupos en situaciones vulnerables y desfavorables, como las personas con discapacidad, así como sus necesidades y expectativas, a fin de fomentar el empoderamiento y el desarrollo humano, contribuir a la eliminación de todas las causas de exclusión o marginación y permitir a todas las personas el ejercicio de sus derechos; además, deben abarcar y enriquecer la diversidad de las civilizaciones, religiones, culturas y tradiciones de los diferentes

[16] Artículos 2 y 3 de la Declaración.
[17] Artículo 4 de la Declaración

países e inspirarse en ella[18].

Hay que aprovechar y utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación[19], para promover todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Y deben alentarse las artes como medio de formación y sensibilización en la esfera de que se trata.

Los Estados son los principales responsables de promover y garantizar la educación y la formación que la Declaración apoya. Deben garantizar la formación adecuada en derechos humanos y, si procede, en Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional Penal, de los funcionarios y empleados públicos, los jueces, los agentes del orden y el personal militar, además de promover la formación adecuada en derechos humanos de maestros, instructores y otros educadores y personal privado que desempeñen funciones a cuenta del Estado.

En la concepción, aplicación, evaluación y seguimiento de las estrategias, los planes de acción, las políticas y los programas deben participar todos los interesados pertinentes, entre otros el sector privado, la sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos, alentándose, según corresponda, las iniciativas de múltiples interesados[20].

Las instituciones educativas, los medios de comunicación, las familias, las comunidades locales, las organizaciones de la sociedad civil, en particular las organizaciones no gubernamentales, los defensores de los derechos humanos y el sector privado pueden contribuir de manera importante a promover e impartir la educación y la formación en derechos humanos, incluso las instituciones de la sociedad civil, el sector privado y otros interesados pertinentes deberían velar por que su personal sea educado y formado en derechos humanos. Las Naciones Unidas y las organizaciones internacionales y regionales deben impartir educación y formación en derechos humanos a su personal civil, militar y policial que preste servicios con arreglo a sus mandatos[21]; por ejemplo, al personal que participa en las operaciones

[18] Artículo 5 de la Declaración.

[19] *Vid.* Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el apartheid y la incitación a la guerra, proclamada el 28 de noviembre de 1978 en la vigésima reunión de la Conferencia General de la UNESCO

[20] Artículos 7 y 8 de la Declaración. El artículo 9 expresa que los Estados deben fomentar la creación, el desarrollo y el fortalecimiento de instituciones nacionales de derechos humanos, conforme a los Principios de París, reconociendo que esas instituciones pueden desempeñar un papel importante en la promoción de la educación y la formación en materia de derechos humanos.

[21] Artículos 10 y 11 de la Declaración.

de mantenimiento de la paz.

La Declaración también hace hincapié en la importancia de la cooperación internacional para respaldar y reforzar las actividades nacionales en la materia, incluso a nivel local, y subraya que las actividades complementarias y coordinadas a nivel internacional, regional, nacional y local pueden contribuir a que la educación y la formación en derechos humanos se impartan con mayor eficacia.

En este sentido, es de destacar que en el seno de la Reunión de Altas Autoridades en Derechos Humanos y Cancillerías del Mercosur y Estados Asociados (RAADH) existe la Comisión Permanente de Educación y Cultura en Derechos Humanos. En 2015, con base en la recomendación de la RAADH, el Consejo del Mercado Común decidió encomendar al Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur la elaboración de una propuesta de Directrices para una Política de Educación y Cultura en Derechos Humanos en el Mercosur. La propuesta, presentada en octubre de 2016, incluye un Plan Regional de Educación y Cultura en Derechos Humanos que adopte los lineamientos establecidos por las Directrices. Propicia también la Declaración que los mecanismos internacionales y regionales de derechos humanos, de conformidad con sus respectivos mandatos, deben tener en cuenta en su trabajo la educación y la formación en materia de derechos humanos, alentando de paso a los Estados a que incluyan, cuando proceda, información sobre las medidas adoptadas en el ámbito de la educación y la formación en materia de derechos humanos en los informes que presenten a los mecanismos pertinentes.

B) El Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos es una iniciativa en curso, estructurada en etapas consecutivas[22]. El Consejo de Derechos Humanos ha decidido que la cuarta etapa (2020-2024)[23] se centre en los jóvenes, haciendo especial hincapié en la educación y formación sobre la igualdad, los derechos humanos y la no discriminación y en la inclusión y el respeto de la diversidad a fin de construir sociedades inclusivas y pacíficas[24], además de estar en consonancia con la Agenda

[22]La resolución 59/113 A de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 2004, proclamó el Programa Mundial para la Educación en Derechos Humanos, y la resolución 60/261, de 15 de marzo de 2006, decidió que el Consejo de Derechos Humanos promovería la educación y el aprendizaje sobre los derechos humanos.

[23]En su primera etapa, el Programa Mundial se centró en la integración de la educación sobre los derechos humanos en los sistemas de enseñanza primaria y secundaria; en su segunda etapa, en la educación sobre los derechos humanos en la enseñanza superior y en la formación en derechos humanos dirigida a los maestros y educadores, los funcionarios, los agentes del orden y el personal militar; y, en su tercera etapa, en el cumplimiento de las dos primeras etapas y en la promoción de la formación en materia de derechos humanos dirigida a los profesionales de los medios de comunicación y los periodistas.

[24]Resolución 39/3 del Consejo de Derechos Humanos (2018).

2030 para el Desarrollo Sostenible, y en particular con la meta 4.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible[25].

C) Cabe destacar también que "la educación, capacitación y aprendizaje en materia de derechos humanos y la educación para la democracia se complementan y refuerzan mutuamente", por lo que la Asamblea General de las Naciones Unidas ha alentado a los Estados miembros y a las autoridades educativas nacionales, regionales y locales, según proceda, a que integren la educación para la democracia, junto con la educación cívica, la educación en derechos humanos y la educación para el desarrollo sostenible, en sus normas educativas y a que desarrollen y fortalezcan los programas, los planes de estudios y las actividades educativas curriculares y extracurriculares destinados a promover y consolidar los valores democráticos, la gobernanza democrática y los derechos humanos, teniendo en cuenta enfoques innovadores y las mejores prácticas en esa esfera, a fin de facilitar el empoderamiento de la ciudadanía y su participación en la vida política y los procesos normativos a todos los niveles[26].

D) La Asamblea General ha reconocido también "el papel que la educación para el desarrollo sostenible desempeña en la sensibilización y la toma de una mayor conciencia sobre la erradicación de la pobreza, el consumo y la producción sostenibles, la lucha contra el cambio climático, la conservación de la biodiversidad y los ecosistemas, la creación de comunidades resilientes a los desastres y la promoción de una cultura de paz y no violencia, entre otras cosas"[27]. En la misma resolución se reconoce la importancia de prestar una educación de calidad a todos los niños y las niñas, con el fin de lograr el desarrollo sostenible[28].

E) La Declaración de Incheon, titulada "Educación 2030: hacia una educación inclusiva y equitativa de calidad y un aprendizaje a lo largo de la vida para todos", fue aprobada en el Foro Mundial sobre la Educación de 2015, celebrado en Incheon (Corea del Sur), y promueve la idea de la educación como uno de los motores principales del desarrollo, esencial para la paz, la tolerancia, la realización humana y el desarrollo sostenible, y clave para lograr el pleno empleo y la erradicación de la pobreza.

[25] Esa meta se refiere a las finalidades sociales, humanísticas y morales de la educación.

[26] Resolución 73/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, "Educación para la democracia", de 13 de diciembre de 2018.

[27] Resolución 74/223, del 19 de diciembre de 2019.

[28] También se reconoce que para ello será necesario llegar a los niños que viven en la extrema pobreza y las zonas rurales, los niños con discapacidad, los niños migrantes y refugiados y los que se encuentran en situaciones de conflictos y posteriores a conflictos, los pueblos indígenas y los niños en situación de vulnerabilidad.

10.4. Los derechos humanos en la educación superior

Ante todo, se impone decir que "las universidades -todas- deben comprender la importancia y asumir la responsabilidad de enseñar derechos humanos dentro de todas las disciplinas que imparten, porque su estudio incide, y mucho, en el desempeño eficiente y responsable de cualquier profesión", así como "en la formación integral de los educandos, en el avance del conocimiento (...) y en el desarrollo de la comunidad donde la universidad actúa"[29].

Como hace notar Salvioli, la asignatura "Derechos Humanos" no está incluida como materia en las currículas oficiales, salvo en ciertas facultades de Derecho "y en todo caso siempre al interior de las llamadas ciencias sociales"[30]. ¿Es necesario que haya una asignatura específica de derechos humanos en cada carrera universitaria? Dicho autor, partiendo de una pregunta similar, pone de resalto que la enseñanza de los derechos y libertades fundamentales requiere de un abordaje transversal, "sin que ello de manera alguna conspire contra la creación de cátedras específicas de derechos humanos para cada una de las carreras"[31].

En relación con lo anterior, es pertinente mencionar que los derechos humanos ocupan un lugar destacado en la propuesta académica de la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER), como revela el establecimiento de la Cátedra de Derechos Humanos como obligatoria para todas las carreras de dicha Universidad[32].

¿Hay cuestiones de derechos humanos presentes en el contenido de las diferentes carreras universitarias? A título ejemplificativo, podemos señalar algunas de esas cuestiones[33]. Así, carreras como Odontología, Medicina y Psicología abordan cuestiones inherentes al derecho a la salud, y el ejercicio de esas profesiones comprende además cuestiones relacionadas con el derecho a la intimidad, la protección de datos, el derecho a la información, el consentimiento informado, el tratamiento digno y principios de ética a tener en cuenta cuando algún profesional de la medicina[34] o la

[29] RODINO, Ana María, "Educación superior y derechos humanos: el papel de las universidades ante los retos del siglo XXI", en UNESCO, *La educación superior en derechos humanos en América Latina y el Caribe*, México, D.F., Secretaría de Relaciones Exteriores de México, Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Iberoamericana , 2003, pp. 56-57.

[30] SALVIOLI, Fabián, *op. cit.*, p. 269.

[31] *Ibíd.*, p. 294.

[32] *Vid.* BADANO, María del Rosario; RAMÍREZ, Rosana Maricel y PISARELLO, María Virginia, "Las memorias en la Universidad. Acerca de las políticas y prácticas en la transmisión del pasado reciente en el grado universitario", en BADANO, María del Rosario (compiladora), *Educación Superior y Derechos Humanos*, Paraná, Editorial UADER, 2019, p. 101.

[33] *Vid.* SALVIOLI, Fabián, *op. cit.*, pp. 275-288.

[34] Principios de ética médica aplicables a la función del personal de la salud, especialmente a los

psicología está ante casos de tortura u otras violaciones graves de derechos humanos.

Las carreras de Periodismo y de Comunicación Social[35] están relacionadas con el derecho a la información y la libertad de expresión, y los medios de comunicación tienen un rol educativo esencial[36].

Por otro lado, en el ámbito de las Ciencias de la Educación la formación en materia de derechos humanos es imprescindible teniendo en cuenta que las personas egresadas serán parte fundamental del sistema educativo. Y en el ámbito de las Ciencias de la Nutrición encontramos una clara vinculación con los derechos a la salud, a la alimentación y a la nutrición adecuada[37].

A su vez, la educación en derechos humanos para quienes egresan de la carrera de Relaciones Internacionales les permite tener plena conciencia de la necesidad de respetar los derechos y libertades fundamentales en las relaciones internacionales de todo tipo, y si optan por la carrera diplomática esa formación les permitirá desempeñar con mayor compromiso las funciones que en materia de derechos humanos incumben a las misiones diplomáticas y a las oficinas consulares.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que la formación en derechos humanos de quienes son estudiantes de educación superior impactará posteriormente en beneficio de quienes acudan a sus consultorios, estudios, bufetes o empresas, así como en beneficio del conjunto de la sociedad; esto último se aprecia cuando alguien formado integralmente en derechos humanos asume una función pública, por la capacidad adquirida que aplicará en la planificación, el diseño y la ejecución de políticas públicas[38].

---

médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1982 en su resolución 37/194.

[35]Por ejemplo, la Declaración de Principios sobre la libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000) proclama que "todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales" (principio 8).

[36]Artículo IV de la Declaración sobre los principios fundamentales relativos a la contribución de los medios de comunicación de masas al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacional, a la promoción de los derechos humanos y a la lucha contra el racismo, el *apartheid* y la incitación a la guerra.

[37]El artículo 12.1 del Protocolo de San Salvador reconoce el derecho de toda persona "a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual".

[38]SALVIOLI, Fabián, *op. cit.*, p. 245.

10.5. Educación ambiental

Uno de los principios marco incluidos en el informe final al Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible es el siguiente: "Los Estados deben impartir educación y sensibilizar a la opinión pública sobre las cuestiones ambientales" (principio marco 6).

El comentario respectivo del Relator Especial destaca que "la educación ambiental debería comenzar a una edad temprana y continuar a lo largo del proceso educativo. Ello debería servir para que los estudiantes tengan un mayor conocimiento de la estrecha relación existente entre los seres humanos y la naturaleza, ayudarlos a apreciar el mundo natural y disfrutar de él y reforzar su capacidad de responder a los problemas ambientales".

"Para que los adultos y los niños entiendan los efectos que produce el medio ambiente en su salud y su bienestar, los Estados deben lograr que los miembros de la sociedad sean conscientes de los riesgos ambientales concretos que les afectan y el modo en que pueden protegerse a sí mismos ante tales riesgos"[39].

La Asamblea General de las Naciones Unidas ha designado el 7 de septiembre Día Internacional del Aire Limpio por un cielo azul, que se observará a partir de 2020, reconociendo "la importancia y la necesidad urgente de aumentar la conciencia pública a todos los niveles y de promover y facilitar medidas para mejorar la calidad del aire, teniendo en cuenta que un aire limpio es importante para la salud y los medios de vida de las personas", y que "la mejora de la calidad del aire puede fortalecer la mitigación del cambio climático y que las medidas de mitigación del cambio climático pueden mejorar la calidad del aire"[40].

10.6. La educación en derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte IDH

En el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana consideró, en el marco de las garantías de no repetición, que "con el propósito de reparar el daño de manera integral y de evitar que hechos similares a los del presente caso se repitan, la Corte estima necesario ordenar al Estado que, dentro de un plazo de un año, adopte programas de educación y formación permanentes dirigidos a los estudiantes

[39] Comentario del Relator Especial John Knox al principio marco 6. Doc. A/HRC/37/59.
[40] Resolución 74/212, del 19 de diciembre de 2019.

de medicina y profesionales médicos, así como a todo el personal que conforma el sistema de salud y seguridad social, incluyendo órganos de mediación, sobre el adecuado trato a las personas mayores en materia de salud desde la perspectiva de los derechos humanos e impactos diferenciados", y "dentro de dichos programas se deberá hacer especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente a los relativos al derecho a la salud (...) y acceso a la información", debiendo el Estado informar anualmente sobre su implementación[41].

Para recordar algunos hechos del caso, se puede mencionar que Vinicio Antonio Poblete Vilches, de 76 años de edad, ingresó al hospital Sótero del Río por una insuficiencia respiratoria grave. Días después fue dado de alta, pero se hizo necesario un segundo ingreso al establecimiento de salud, durante el cual los familiares del enfermo supieron que este necesitaba un respirador mecánico, existente en la Unidad de Cuidados Intensivos Médica. Sin embargo, permaneció en la Unidad de Cuidados Intensivos Quirúrgica, y una médica informó a uno de los hijos del señor Poblete que no era posible que un "viejo" estuviera en la UCI Médica porque había que darle esa posibilidad a alguien más joven, mientras que el subdirector de la UCI Médica manifestó que al enfermo ya le habían dado una oportunidad de estar ahí la primera vez que estuvo hospitalizado, por lo que no le darían una nueva oportunidad.

En lo pertinente, el fallo dispuso: "El Estado debe implementar, en un plazo de un año, programas permanentes de educación en derechos humanos, en los términos referidos en el párrafo 237 de esta Sentencia". Una solución similar ha adoptado la Corte, respecto de los operadores de justicia y profesionales de la salud, en el caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*[42].

Hay que recordar, asimismo, que en el *Caso del Caracazo vs. Venezuela* (2002), la Corte ordenó por primera vez que el Estado adoptara todas las providencias necesarias para evitar la repetición de las circunstancias y los hechos del caso, debiendo "formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley"[43].

[41] Corte IDH, *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*, sentencia del 8 de marzo de 2018, párr. 237.

[42] Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, sentencia del 22 de noviembre de 2007, párr. 164.

[43] Corte IDH, *Caso del Caracazo vs. Venezuela*, sentencia del 29 de agosto de 2002, punto

A su vez, en el caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* el Tribunal dijo que, teniendo en cuenta que la desaparición de las víctimas "fue perpetrada por miembros de la Policía Nacional del Paraguay, en violación de normas imperativas de Derecho Internacional, el Estado deberá adoptar medidas tendientes a formar y capacitar a los miembros de sus cuerpos policiales sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos. Para ello, el Estado deberá implementar, en un plazo razonable, programas de educación en derechos humanos permanentes dentro de las fuerzas policiales paraguayas, en todos los niveles jerárquicos. Dentro de dichos programas se deberá hacer especial mención a la presente Sentencia y a los instrumentos internacionales de derechos humanos y, específicamente, a los relativos a la desaparición forzada de personas y tortura"[44].

La misma solución se adoptó en el caso *Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador* (2007), así como en el caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México* (2009), entre otros casos[45]. En *Campo Algodonero*, señaló la Corte que "una capacitación con perspectiva de género implica no solo un aprendizaje de las normas, sino el desarrollo de capacidades para reconocer la discriminación que sufren las mujeres en su vida cotidiana", y que, "en particular, las capacitaciones deben generar que todos los funcionarios reconozcan las afectaciones que generan en las mujeres las ideas y valoraciones estereotipadas en lo que respecta al alcance y contenido de los derechos humanos"[46]. Hizo hincapié, además, en que dentro de los programas y cursos a implementar deben mencionarse la sentencia del caso y los instrumentos internacionales de derechos humanos, específicamente los relativos a violencia de género, entre ellos la Convención de Belém do Pará y la CEDAW[47].

10.7. Cultura de paz

A) La Asamblea General, el 13 de septiembre de 1999, adoptó la Declaración y el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz[48], con el fin de que los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil pudieran orientarse por sus disposiciones para promover y fortalecer dicha cultura.

resolutivo 4.

[44] Corte IDH, *Caso Goiburú y otros vs. Paraguay*, sentencia del 22 de noviembre de 2006, párr. 178.

[45] *Vid.* CALDERÓN GAMBOA, Jorge F., *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 148-213.

[46] Corte IDH, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, párr. 540.

[47] *Ibíd.*, párr. 542.

[48] Resolución 52/243.

La cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en una serie de principios y acciones: 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; 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 de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional; el respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales; el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos; los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presentes y futuras; el respeto y la promoción del derecho al desarrollo; el respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres; el respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información. Además, 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, animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la paz.

En esta enumeración hay principios de Derecho Internacional junto con principios y compromisos relacionados con los derechos humanos. Tanto los Estados como las organizaciones internacionales, la sociedad civil y las personas tienen un aporte importante que hacer en pos de construir la cultura que nos aleja de la violencia. Ciertos elementos clave quedan incorporados: respeto, no violencia, apego a las normas, diálogo, tolerancia, solidaridad, diversidad cultural, toma de conciencia de la necesidad de pensar en el mundo de hoy pero también en el mundo del futuro, en las generaciones presentes y en las venideras.

Los valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida de cuya práctica depende el progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz deben estar presentes en las relaciones entre personas, las relaciones entre grupos y las relaciones internacionales.

El artículo 3 de la Declaración expresa que el desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a la promoción del arreglo pacífico de las controversias, el respeto y el entendimiento mutuos y la cooperación internacional; el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho Internacional; la promoción de la democracia, el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales y su respeto universal; el fortalecimiento de las instituciones democráticas y la garantía de la participación plena en el proceso del desarrollo: la erradicación de la pobreza y el

analfabetismo y la reducción de las desigualdades (entre los Estados y al interior de cada uno de ellos); la promoción del desarrollo sostenible; la garantía de la libre circulación de información y del acceso a ella; el aumento de la transparencia y de la rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos; el respeto pleno del derecho de libre determinación de los pueblos, tanto de los que viven bajo dominación colonial como de los que están sometidos a dominación extranjera.

También está vinculada a la posibilidad de que todas las personas, a todos los niveles, desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de los conflictos, y a la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la promoción de su autonomía y de una representación equitativa en todos los niveles de adopción de decisiones. Y hay además innegables vínculos entre el respeto, la promoción y la protección de los derechos de los niños y las niñas, la eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas de intolerancia conexas y la cultura que se apoya en la paz como base de la convivencia. Por supuesto, la promoción de la comprensión, la tolerancia y la solidaridad entre todas las civilizaciones, los pueblos y las culturas, incluso respecto de las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas, es esencial. En relación con cada uno de esos objetivos, lo que cada persona aporte a través de los valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida consecuentes será una contribución valiosa.

Para edificar una cultura de paz la educación a todos los niveles es uno de los medios fundamentales, siendo de particular importancia la educación en la esfera de los derechos humanos, dice el artículo 4 de la Declaración.

Es de toda relevancia la función primordial de los gobiernos en la promoción y fortalecimiento de una cultura de paz y el compromiso que le cabe a la sociedad civil en el mismo sentido, así como a los medios de difusión a través de su papel informativo y educativo. Y desempeñan una función clave los padres, los maestros, los políticos, los periodistas, los órganos y grupos religiosos, los intelectuales, quienes realizan actividades científicas, filosóficas, creativas y artísticas, los trabajadores sanitarios y de actividades humanitarias, los trabajadores sociales, quienes ejercen funciones directivas en diversos niveles, así como las organizaciones no gubernamentales[49]. Las Naciones Unidas, ciertamente, juegan un papel fundamental en la promoción y el fortalecimiento de dicha cultura.

B) El Programa de Acción contempla medidas concretas para avanzar en el camino trazado. Entre las medidas para promover una cultura de paz por medio de la

[49] Artículos 5 a 8 de la Declaración.

educación figuran la de velar por que, desde la primera infancia, se reciba instrucción sobre valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que permitan resolver conflictos por medios pacíficos y en un espíritu de respeto por la dignidad humana y de tolerancia y no discriminación, incluyendo la participación en actividades en que se inculquen los valores y los objetivos de una cultura de paz, y la de velar por que haya igualdad de acceso de las mujeres, especialmente de las niñas, a la educación.

Y entre las medidas encaminadas a promover la comprensión, la tolerancia y la solidaridad, se destacan aquellas que promuevan la tolerancia y la solidaridad con los refugiados los desplazados y los migrantes. Además, la aplicación de la Declaración de Principios sobre la Tolerancia[50] es otra medida. El Programa de Acción alienta, asimismo, la formulación de planes nacionales para promover y proteger todos los derechos humanos.

C) La Asamblea General ha invitado a todos los Estados miembros, las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales y regionales, así como al sector privado y la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales y los particulares, "a que fomenten la Cultura de Paz con Amor y Conciencia de conformidad con la cultura y otras circunstancias o costumbres pertinentes de sus comunidades locales, nacionales y regionales, entre otras cosas mediante una educación de calidad y actividades de concientización pública, y que fomenten así el desarrollo sostenible", invitando también a los Estados miembros "a que sigan promoviendo la Cultura de Paz con Amor y Conciencia para contribuir a hacer realidad la paz y el desarrollo sostenible, entre otros medios trabajando con las comunidades y otros agentes competentes, a través de medidas conciliadoras y servicios altruistas y alentando el perdón y la compasión entre las personas"[51].

D) Uno de los objetivos primordiales del Tratado de Maipú entre Argentina y Chile (2009) es "trabajar en forma conjunta para la consolidación de una cultura de paz e integración, sobre la base de visiones culturales y sociales comunes, que promueva un legado compartido para las futuras generaciones, mediante una labor mancomunada respecto de los sistemas educativos, las instituciones culturales, deportivas, sociales y los medios de comunicación"[52].

[50] La Declaración fue aprobada en la reunión de la 28° Conferencia General de la UNESCO, en París, el 16 de noviembre de 1995. "La tolerancia consiste en el respeto, la aceptación y el aprecio de la rica diversidad de las culturas del mundo, de nuestras formas de expresión y medios de ser humanos (...) La tolerancia, la virtud que hace posible la paz, contribuye a sustituir la cultura de guerra por la cultura de paz" (art. 1.1).

[51] Resolución 73/329, del 25 de julio de 2019.

[52] Artículo 1, apartado e), del Tratado de Maipú.

Por otro lado, "las políticas de educación y cultura en derechos humanos del MERCOSUR promoverán la cultura de paz que incluye la comprensión, la igualdad de género y la amistad y respeto entre todas las naciones, los pueblos indígenas y los grupos raciales, nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos"[53].

La visión de la sociedad civil está reflejada en uno de los párrafos del preámbulo de su proyecto de Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz: "La cultura de paz y la educación de la humanidad para la paz, la justicia y la libertad son indispensables para la dignidad de los seres humanos y constituyen un deber que todas las naciones deben cumplir en solidaridad internacional".

10.8. Derecho humano a la paz

La Declaración sobre la preparación de las sociedades para vivir en paz (1978) proclama que "toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma o sexo, tienen el derecho inmanente a vivir en paz"[54].

En 1984, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, que proclama que "los pueblos de nuestro planeta tienen el sagrado derecho a la paz" y agrega que proteger ese derecho y fomentar su realización "es una obligación fundamental de todo Estado"[55]. Subraya, además, que para asegurar ese derecho "se requiere que la política de los Estados esté orientada hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente de la guerra nuclear, a la renuncia del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y al arreglo de las controversias internacionales de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. El instrumento contiene también un llamamiento a los Estados y las organizaciones internacionales "para que contribuyan por todos los medios a asegurar el ejercicio del derecho de los pueblos a la paz mediante la adopción de medidas pertinentes en los planos nacional e internacional".

En el preámbulo de la Declaración sobre una Cultura de Paz se reconoce que "la paz no solo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos". De esta manera, junto con la concepción negativa de la paz (ausencia de conflicto armado) aparece una concepción positiva cuyas implicancias van más allá, incluso, de lo que dice ese instrumento.

[53] Directrices para una Política de Educación y Cultura en Derechos Humanos del MERCOSUR.
[54] Resolución 33/73 de 15 de diciembre de 1978.
[55] Resolución 39/11, de 12 de noviembre de 1984.

La Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz no incluyó en su llamamiento final a las organizaciones de la sociedad civil (OSC), pero no cabe duda de la importancia del rol que dichas organizaciones pueden desempeñar en el impulso de diversas iniciativas. Por eso, trasladar el valor universal de la paz a la categoría jurídica de derecho humano fue la tarea que emprendió la Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) desde 2004, promoviendo una iniciativa legislativa internacional en el seno de la sociedad civil[56]. Esta tarea abarcó dos etapas: en la primera, se aprobó la Declaración de Luarca sobre el Derecho Humano a la Paz (2006), y en la segunda la iniciativa se extendió, sumando a muchas otras organizaciones.

La campaña mundial de la sociedad civil a favor del reconocimiento internacional del derecho humano a la paz (2007-2010), conducida por la AEDIDH, apuntó a difundir la Declaración de Luarca, introducir ese derecho en la labor del Consejo de Derechos Humanos para iniciar su "codificación oficial en el seno de las Naciones Unidas" y concluir la codificación privada con un proyecto que representara los intereses de la sociedad civil ante las Naciones Unidas[57].

El segundo objetivo se alcanzó con la resolución 14/3 (2010) del Consejo de Derechos Humanos, por la cual se encargó al Comité Asesor del Consejo la elaboración de un proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos a la paz. La resolución reconoció la importancia de la contribución de la sociedad civil al desarrollo de ese derecho y llamó a los Estados miembros de la ONU y al sistema de las Naciones Unidas a promover una efectiva implementación de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz.

El logro del tercer objetivo requirió la revisión de la Declaración de Luarca a partir de los aportes de las reuniones con personas expertas en todo el mundo que se llevaron a cabo durante aquella campaña. Finalmente, en Santiago de Compostela se reunió el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz[58] y el 10 de diciembre de 2010 el Congreso aprobó la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, así como los Estatutos del Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz.

---

[56] VILLÁN DURAN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo, "El liderazgo de la sociedad civil en la codificación internacional del derecho humano a la paz", en VILLÁN DURÁN, Carlos y FALEH PÉREZ, Carmelo (eds.), *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*, Luarca, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 25.

[57] *Ibíd.*, p. 26.

[58] El Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz se reunió los días 9 y 10 de diciembre de 2010 con ocasión del Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz.

Pocos días después, la Asamblea General reafirmó el derecho de todos los pueblos a la paz, remarcando que la paz es un requisito fundamental para la promoción y la protección de todos los derechos humanos de todas las personas[59].

Por su parte, la XXI Cumbre Iberoamericana aprobó, el 29 de octubre de 2011, en Asunción, Paraguay, un comunicado especial sobre el derecho a la paz[60], apoyando el proceso de codificación iniciado en el Consejo de Derechos Humanos, reconociendo los importantes aportes de la sociedad civil e instando a las Naciones Unidas a contribuir activamente al desarrollo progresivo del derecho a la paz en el marco de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

La primera etapa del proceso de codificación en las Naciones Unidas fue positiva, pues el Comité Asesor, compuesto de dieciocho personas expertas independientes, adoptó criterios similares a los convalidados por las OSC. El proyecto del Comité Asesor fue entregado al Consejo de Derechos Humanos el 16 de abril de 2012, con una notoria recepción de los aportes de la sociedad civil, pues incluyó el 85 % de las normas propuestas en la Declaración de Santiago[61].

La segunda etapa codificadora comenzó el 5 de julio de 2012 con la resolución 20/15 del Consejo de Derechos Humanos, por la cual se estableció "un grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta encargado de negociar progresivamente un proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho a la paz, sobre la base del proyecto presentado por el Comité Asesor" y se invitó "a la sociedad civil y todos los interesados pertinentes a contribuir activa y constructivamente a la labor del grupo de trabajo".

El Grupo de Trabajo sobre el Derecho a la Paz celebró tres períodos de sesiones entre 2013 y 2015. En el curso de los dos primeros quedó en evidencia que ciertos Estados no estaban dispuestos a una negociación conforme al mandato otorgado al Grupo, pues negaban la existencia de bases jurídicas para el reconocimiento del derecho humano a la paz. Por lo tanto, la vía del consenso patrocinada por el presidente relator del Grupo de Trabajo se agotó, "ya que no era posible negociar por consenso una declaración sobre el derecho humano a la paz, si algunos Estados desarrollados negaban la existencia misma del derecho humano a la paz", explica VILLÁN DURÁN, quien comenta también que "el consenso se rompió a partir del

[59] Resolución 65/222, de 21 de diciembre de 2010.

[60] *Vid.* el texto del comunicado en `http://segib.org/cumbres/xxi/asuncion/paraguay`

[61] VILLÁN DURÁN, Carlos, "Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz", en FALEH PÉREZ, Carmelo y VIILLÁN DURAN, Carlos (directores), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Luarca, Velasco Editores, 2017, p. 28.

momento en que un solo Estado (Estados Unidos) rechazó entrar en la negociación, lo que equivalió a reconocerle un derecho de veto que el Reglamento del Consejo de Derechos Humanos no contempla"[62].

Las organizaciones de la sociedad civil lideradas por la AEDIDH solicitaron entonces al Grupo de Trabajo que retomara su mandato original, es decir, que iniciara una negociación de la futura Declaración de las Naciones Unidas sobre la base del proyecto presentado por el Comité Asesor, inspirado a su vez en la Declaración de Santiago. Reafirmaron además el derecho humano a la paz como un derecho autónomo, sólidamente enraizado en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos[63].

El tercer período de sesiones del Grupo de Trabajo se celebró del 20 al 24 de abril de 2015, y el último día el presidente relator del Grupo presentó su proyecto de declaración revisado, compuesto de un preámbulo de treinta y seis párrafos y una parte dispositiva de cuatro artículos. La parte dispositiva comienza con un artículo de este tenor: "Toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se mantenga la seguridad, se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo"[64].

El Consejo de Derechos Humanos adoptó el 1 de julio de 2016 la resolución 32/28, por la que recomendó a la Asamblea General la aprobación de la Declaración sobre el Derecho a la Paz contenida como anexo de la resolución. Su texto es similar al presentado por el presidente relator del Grupo de Trabajo en 2015, con algunos retoques. El artículo 1 afirma que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo", y el artículo 2 está redactado en estos términos: "Los Estados deben respetar, aplicar y promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el estado de derecho y garantizar la liberación del temor y la miseria como medio para consolidar la paz dentro de las sociedades y entre estas"[65].

---

[62] *Ibíd.*, p. 30.

[63] La declaración, firmada por 91 organizaciones, fue distribuida como documento oficial del Consejo de Derechos Humanos en su 28° período de sesiones. Doc. A/HRC/28/NGO/40, de 27 de febrero de 2015.

[64] Las organizaciones de la sociedad civil protestaron contra la redacción del proyecto, según consta en el informe del tercer período de sesiones, doc. A/HRC/29/45, de 26 de mayo de 2015, Anexo, párrs. 78 y 81.

[65] El artículo 2 del texto propuesto por el presidente relator dice: "Los Estados deben respetar, aplicar y promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el estado de derecho y garantizar la seguridad de la población, atender sus necesidades y velar por la protección y la promoción de sus derechos humanos y libertades fundamentales como medio para consolidar la paz". Doc. A/HRC/29/45.

La Tercera Comisión de la Asamblea General aprobó el proyecto que venía del Consejo de Derechos Humanos[66], sin cambios, y finalmente lo hizo suyo el plenario de la Asamblea el 19 de diciembre de 2016 mediante la resolución 71/89. La Asamblea General no estimó los argumentos de las OSC[67]. El resultado final de los seis años del proceso de codificación y desarrollo progresivo del derecho humano a la paz, iniciado a instancias de la sociedad civil organizada, dejó a esta "un sabor amargo"[68] por las luces y sombres que marcaron el camino recorrido.

La Asamblea General decidió "seguir examinando la cuestión de la promoción del derecho a la paz en su septuagésimo tercer período de sesiones"[69]. El 22 de junio de 2017, el Consejo de Derechos Humanos adoptó la resolución 35/4 reiterando los dos primeros artículos de la Declaración que en 2016 aprobó la Asamblea General y convocando un taller sobre la aplicación de la Declaración con participación de la sociedad civil.

En el taller de trabajo sobre la implementación de dicho instrumento, que tuvo lugar el 14 de junio de 2018, las organizaciones de la sociedad civil reiteraron su reclamo de desarrollar los elementos del derecho humano a la paz e invitaron al Consejo de Derechos Humanos a designar un Relator Especial sobre el derecho humano a la paz con el mandato de revisar la Declaración de 2016 en consulta con tales organizaciones y todos los actores interesados, para que el derecho humano a la paz y todos sus elementos esenciales sean reconocidos. Asimismo, en el encuentro de expertos sobre el derecho humano a la paz, el 22 de junio de 2018, se invitó a la Asamblea General a tomar en debida consideración el proyecto de declaración de las organizaciones de la sociedad civil de 2017, así como el proyecto de declaración de 2012 del Comité Asesor[70].

Entre las recomendaciones formuladas por los panelistas y participantes en aquel taller destacan las siguientes: **1)** la comunidad internacional no debería escatimar esfuerzos ni creatividad para llegar a un acuerdo sobre el título y el artículo 1 de la Declaración sobre el Derecho a la Paz, debiendo todos los Estados

[66] Por 116 votos a favor, 34 votos en contra y 19 abstenciones.

[67] Hay que recordar que 474 organizaciones, lideradas por la AEDIDH y el Observatorio Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz, se dirigieron por escrito a todas las representaciones permanentes acreditadas en Nueva York, rechazando la declaración aprobada por la Tercera Comisión e invitando a los miembros de la Asamblea General a considerar la Declaración de Santiago, que había sido actualizada el 4 de marzo de 2016, como punto de partida para una auténtica negociación sobre el derecho humano a la paz (VILLÁN DURÁN, Carlos, "Luces y sombras...", *op. cit.*, pp. 32-33).

[68] *Ibíd.*, p. 33.

[69] Párrafo 3 de la resolución 71/189.

[70] Declaración del presidente de la AEDIDH, Carlos Villán Durán.

examinar y enmendar sus leyes y políticas de conformidad con las mejores prácticas internacionales relativas a la promoción de la paz y los derechos humanos, y, a fin de propiciar una paz sostenible y romper el ciclo continuo de desarrollo de armas nuevas y más eficaces, los profesionales del desarme deberían superar las actitudes arraigadas que legitiman el uso de la fuerza y la militarización; **2)** desarrollo en los respectivos mandatos de los procedimientos especiales de la noción multidimensional de paz y del papel del diálogo, la tolerancia, la mediación, la asistencia y la cooperación; **3)** creación por el Consejo de Derechos Humanos de un foro bianual de educación para la paz y los derechos humanos, a los efectos de ofrecer un espacio para el diálogo y la interacción entre las diferentes entidades del sistema de las Naciones Unidas y otros partes interesadas, incluidas la sociedad civil y las organizaciones de base, en relación con las cuestiones sobre la paz y los derechos humanos[71].

En 2018 la Asamblea General ha aprobado una resolución, titulada "La promoción de la paz como requisito fundamental para el pleno disfrute de todos los derechos humanos por todas las personas", en la que afirma que "los derechos humanos incluyen los derechos económicos, sociales y culturales y el derecho a la paz, a un entorno sano y al desarrollo, y que el desarrollo es, de hecho, la realización de esos derechos". La resolución reafirma además que los pueblos tienen "un derecho sagrado a la paz" y que "proteger ese derecho y fomentar su materialización constituye una obligación fundamental de los Estados". Destaca, asimismo, que "la paz es un requisito fundamental para la promoción y protección de todos los derechos humanos de todas las personas", y que "la profunda fisura que divide a la sociedad humana en ricos y pobres y la disparidad cada vez mayor que existe entre el mundo desarrollado y el mundo en desarrollo plantea una grave amenaza para la prosperidad, la paz y la seguridad y la estabilidad mundiales".

Junto con ello, pone de relieve "que, para preservar y promover la paz, las políticas de los Estados deben orientarse hacia la eliminación de la amenaza de la guerra, especialmente la guerra nuclear, la renuncia al uso o la amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales y solución de las controversias internacionales por medios pacíficos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas"[72].

En la misma resolución, la Asamblea General subraya "la importancia fundamental de la educación para la paz como instrumento para promover la realización del derecho de los pueblos a la paz y alienta a los Estados y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales a que contribuyan

[71] Doc. A/HRC/39/31, 31 de julio de 2018, párrs. 67-70.
[72] Resolución 73/170, de 17 de diciembre de 2018, párrs. 2-6.

activamente al efecto". Finalmente, decide seguir examinando la cuestión del derecho de los pueblos a la paz en su septuagésimo quinto período de sesiones.[73]

A su vez, el Consejo de Derechos Humanos aprobó en 2019 la resolución 41/4 reafirmando que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la paz de tal manera que se promuevan y protejan todos los derechos humanos y se alcance plenamente el desarrollo", y que los Estados deben "promover la igualdad y la no discriminación, la justicia y el estado de derecho y velar por erradicar el temor y la miseria, como medio para consolidar la paz". Agrega la resolución que "la paz no es solo la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se soluciones los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos, y se garantice el desarrollo socioeconómico"[74]. En la misma resolución el Consejo ha decidido seguir ocupándose de la cuestión.

Ambas resoluciones fueron positivas al reducir considerablemente la diferencia entre la Declaración adoptada por la Asamblea General en 2016 y la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz de 2010 o la Declaración sobre el Derecho a la Paz del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos de 2012, como remarca Villán Durán[75].

10.9. El contenido del derecho humano a la paz

El 7 de julio de 2017 se adoptó el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares, que impide a los Estados partes desarrollar, ensayar, producir, fabricar, adquirir de cualquier otro modo, poseer o almacenar armas nucleares, así como transferir a ningún destinatario armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares o recibir la transferencia o el control de dichas armas u otros dispositivos explosivos nucleares de manera directa o indirecta. Prohíbe también usar armas nucleares o amenazar con usarlas[76].

En consecuencia, la Declaración de Santiago fue actualizada el 20 de septiembre de 2017 para mencionar en su preámbulo dicho tratado, celebrando su adopción. Y el 14 de julio de 2019 el proyecto de la sociedad civil ha sido nuevamente actualizado, como proyecto de Declaración Universal sobre el Derecho Humano a la Paz.

---

[73] *Ibíd.*, párrs. 10 y 12.

[74] Resolución 41/4, de 11 de julio de 2019, párrs. 1-3.

[75] VILLÁN DURAN, Carlos, "La paz como derecho humano", *Revista d'Humanitats*, n° 4, 2020, p. 131.

[76] Adoptado con 122 votos a favor, uno en contra (Países Bajos) y una abstención (Singapur). Doc. A/ CONF.229/2017/L.3/Rev.1.

Esta última actualización ha incorporado algunos párrafos al preámbulo y agregado la Declaración de la Cumbre por la Paz Nelson Mandela, del 24 de septiembre de 2018, entre los documentos e instrumentos universales que refuerzan los fundamentos jurídicos del derecho humano a la paz, listado que incluye también a la Declaración y el Programa de Acción de Viena, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Declaración del Milenio (2000), el Documento Final de la Cumbre Mundial (2005) y los Objetivos de Desarrollo Sostenible para el 2030 (2015).

El primero de los nuevos párrafos del preámbulo celebra la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre medio ambiente y derechos humanos, que reconoce implícitamente el derecho a la paz como un derecho inherente al ser humano, en los términos del artículo 29.c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otro párrafo celebra la Observación general N° 36 del Comité de Derechos Humanos (2018) relativa al artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sobre el derecho a la vida, en la que el Comité señala, inter alia, "que la amenaza o el uso de armas de destrucción masiva, en particular las armas nucleares, que son de efecto indiscriminado y causan destrucción de la vida a escala catastrófica, es incompatible con el derecho a la vida y puede constituir un crimen internacional".

También se ha remarcado ahora que "los éxodos en masa y los flujos migratorios obedecen a peligros, amenazas y quebrantamientos de la paz, y que la comunidad internacional debe definir con urgencia un régimen internacional de las migraciones, como propone el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, aprobado en Marrakech el 11 de diciembre de 2018".

El preámbulo destaca además que "la paz no es simplemente la ausencia de guerra, pues significa también ausencia de violencia económica, social y cultural, y requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en el que se aborden las causas profundas de los conflictos oportunamente, y se desarrollen y apliquen medidas preventivas uniformemente y sin discriminación".

De acuerdo con el artículo 1 del proyecto de Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz, las personas, los grupos, los pueblos, las minorías y toda la humanidad tienen el derecho a la paz, siendo "la paz condición para el disfrute de todos los derechos humanos universalmente reconocidos, incluidos el derecho al desarrollo y al medio ambiente". En el mismo artículo el derecho humano a la paz es caracterizado como inalienable, universal, indivisible, interdependiente e interrelacionado, y se agrega que ese derecho debe ser implementado sin distinción alguna y sin discriminación.

Los elementos constitutivos del derecho humano a la paz están establecidas en la Carta de las Naciones Unidas y las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Las personas pueden hacer valer esos elementos constitutivos presentando quejas ante los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, los tribunales regionales de derechos humanos y los procedimientos especiales relevantes del Consejo de Derechos Humanos. Todas las personas, los pueblos y las minorías víctimas de agresión, genocidio, racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, apartheid, colonialismo, neocolonialismo y otros crímenes internacionales merecen una atención especial como víctimas de violaciones del derecho humano a la paz[77].

Los Estados son los principales deudores de este derecho y deben abordar las causas de los conflictos y desarrollar estrategias preventivas para que los agravios sean tratados de manera oportuna y no conduzcan a la violencia; negociar de buena fe y solucionar las controversias por medios pacíficos; cumplir su obligación legal de abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza en las relaciones internacionales; abstenerse de imponer sanciones unilaterales y suprimir la propaganda a favor de la guerra. Deben además facilitar la contribución de las mujeres a la prevención, gestión y resolución pacífica de las controversias, así como al mantenimiento de la paz después de los conflictos, fortalecer la eficacia de los tres pilares fundacionales de las Naciones Unidas en las áreas de paz y seguridad internacionales, derechos humanos y desarrollo, y respetar el derecho de los pueblos a la libre determinación. También se ocupa el proyecto del Consejo de Seguridad, planteando que debe ser reformado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Carta de las Naciones Unidas en el ámbito de la seguridad colectiva[78].

Todos los Estados tienen la obligación de desarmarse gradualmente y de eliminar sus armas de destrucción masiva o de efecto indiscriminado, incluidas las armas nucleares, químicas y biológicas. El uso de armas que destruyen el medio ambiente, en particular las radioactivas y las de destrucción masiva, es contrario al Derecho Internacional Humanitario, al derecho a un medio ambiente saludable y al derecho a la paz. Los Estados establecerán zonas de paz y zonas libres de armas de destrucción

[77] Artículo 2 del proyecto actualizado en 2019, disponible en el sitio web de la AEDIDH (archivo documental).

[78] En este punto, el proyecto se diferencia de la Declaración sobre el Derecho a la Paz del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, que no se refiere a la reforma del Consejo de Seguridad. *Vid.* VILLÁN DURÁN, Carlos, "La paz como derecho humano", *op. cit.*, p. 124.

masiva[79], y los recursos liberados por el desarme serán destinados al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados de derechos humanos, así como a la implementación de los derechos al desarrollo y al medio ambiente. En estos términos está concebido el derecho al desarme, uno de los elementos esenciales del derecho humano a la paz.

La propuesta de la sociedad civil pone el acento en que todas las personas y todos los pueblos tienen el derecho a una educación integral en la paz y los derechos humanos, en el marco de la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz y el diálogo entre culturas, y en que "la educación y la socialización en la paz es una condición sine qua non para desaprender la guerra y construir identidades desligadas de la violencia", agregando que toda persona tiene el derecho de denunciar cualquier situación que amenace o viole el derecho a la paz y a participar libremente en actividades pacíficas para defender ese derecho, y que los Estados deben revisar las leyes y políticas nacionales que sean discriminatorias contra las mujeres y adoptar legislación para perseguir la violencia doméstica, el tráfico de mujeres y niñas y la violencia de género.

El derecho a la seguridad humana también está contemplado. Incluye la libertad frente al miedo y la libertad frente a la necesidad, y esta última implica el disfrute del derecho al desarrollo y de los derechos económicos, sociales y culturales. Se aprecia aquí una visión amplia del concepto de seguridad humana[80].

Todas las personas tienen el derecho a obtener el estatuto de objeción de conciencia frente a las obligaciones militares, así como los miembros de toda institución militar o de seguridad tienen derecho a desobedecer órdenes manifiestamente contrarias a la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, sin que tal desobediencia constituya en ningún caso delito militar. Los Estados no atribuirán a empresas privadas funciones militares y de seguridad que son propias del Estado, y tales empresas, así como su personal,

[79]En relación con ello, cabe recordar que el Mercosur es zona de paz y libre de armas de destrucción masiva en virtud de la Declaración Política del Mercosur, Bolivia y Chile como Zona de Paz (1999) y de la Declaración del Mercosur como Zona de Paz y libre de armas de destrucción masiva y nucleares, adoptada por el Parlamento del Mercosur en 2014.

[80]El 10 de septiembre de 2012, la Asamblea General aprobó la resolución 66/290, que refleja un entendimiento común del concepto de seguridad humana, el cual, inter alia, comprende lo siguiente: "El derecho de las personas a vivir en libertad y con dignidad, libres de la pobreza y la desesperación. Todas las personas, en particular las vulnerables, tienen derecho a vivir libres del temor y de la miseria, a disponer de iguales oportunidades para disfrutar de todos sus derechos y a desarrollar plenamente su potencial humano (...) La seguridad humana reconoce la interrelación de la paz, el desarrollo y los derechos humanos, y tiene en cuenta igualmente los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales".

deben responder por las violaciones del DIDH y de las normas humanitarias. Por otro lado, los pueblos y los seres humanos tienen el derecho a resistir y a oponerse al colonialismo, a la ocupación extranjera y a la opresión interna, así como a los crímenes de agresión, genocidio, racismo, apartheid, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Y el personal de mantenimiento de la paz de las Naciones Unidas debe rendir cuentas en los casos de conducta delictiva o de violación del Derecho Internacional. Los Estados que aporten contingentes deben investigar las quejas presentadas contra miembros de esos contingentes.

Las víctimas de violaciones de derechos humanos tienen derecho a la verdad, a una compensación, a la justicia, a la reparación y a garantías de no repetición, y todas las personas tienen el derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él sin discriminación, de acuerdo con el Derecho Internacional. Además, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de todas las personas y grupos vulnerables bajo su jurisdicción, con independencia de su nacionalidad, origen o de su estatuto migratorio.

El derecho al desarrollo y el derecho a un medio ambiente sostenible están íntimamente ligados al derecho que el proyecto protege, algo que ya la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992) ha puesto de manifiesto al decir que "la paz, el desarrollo y la protección del medio ambiente son interdependientes e inseparables" (principio 25). Los pueblos y los seres humanos tienen el derecho a participar en el desarrollo económico, social, cultural y político, en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como a contribuir a ese desarrollo y disfrutar de él. Todos los pueblos y los seres humanos "tienen el derecho a vivir en un medio ambiente limpio, pacífico y seguro y a la acción internacional para mitigar la destrucción del medio ambiente, especialmente el cambio climático"[81].

A propósito de esto último, no puede dejar de señalarse que todas las personas que vienen pidiendo a los gobiernos medidas concretas para mitigar el cambio climático ejercen el derecho a reclamar la acción internacional que el proyecto de la sociedad civil promueve, destacándose entre ellos la joven sueca Greta Thunberg.

Tal proyecto contempla además medidas de implementación. Así, está previsto que el Consejo de Derechos Humanos controlará el progreso en la implementación de la Declaración como tema permanente de su programa y a través de la designación de un relator especial sobre el derecho humano a la paz[82].

[81] Artículo 8 del proyecto de la sociedad civil.
[82] Artículos 3 a 9 de dicho proyecto.

Este recorrido por el proyecto de Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz permite apreciar las razones que llevan a las organizaciones que lo apoyan a considerar insatisfactoria e insuficiente la Declaración sobre el Derecho a la Paz de 2016.

10.10. Reflexiones finales

Para cerrar este capítulo, nos parece oportuno transcribir ciertas opiniones que reflejan la realidad de nuestro tiempo. "Si la paz es una exigencia ética en las relaciones internacionales, el derecho humano a la paz es un imperativo legal con el que se identifica la sociedad civil de todo el mundo, porque es una exigencia de civilización que está por encima de todo particularismo regional, histórico o cultural"[83].

Es posible "colegir que la violencia y la falta de una real ética cívica encuentran su mejor caldo de cultivo en el uso de las armas para resolver los conflictos y en definitiva todos los caminos son concomitantes hacia las escenas bélicas que lejos de mejorar la convivencia la empeoran y la anquilosan en una lucha de todos contra todos, donde el ser humano no es más que un instrumento que utilizan las potencias para mantener su hegemonía y control 'sobre los otros'. Por ello insistimos en que la etiología de la guerra hay que buscarla en los gérmenes de la violencia, así como en la falta de ética individual, y en la medida que no logremos conjurarlos no podremos alcanzar los modelos de convivencia oportunos que sirvan para fraternizar las relaciones humanas y el equilibrio pacífico de la comunidad internacional"[84].

Como señala Mayor Zaragoza, "el mundo necesita con apremio, por exigencias de justicia y de solidaridad intergeneracional, ocuparse de los grandes desafíos sociales y medioambientales"[85].

"Si estos derechos son de todos, si son derechos inherentes al ser humano, vale preguntarnos qué culpa tienen los derechos humanos. La culpa, ¿no la tendremos quienes debemos ejercerlos, darles vida? (...) El cambio debe ser cultural y, por supuesto, las penas deben existir, pero debemos realizar nuestros mejores esfuerzos para impulsar un cambio cultural (...) La educación impacta directamente en los niños, las niñas, las y los jóvenes sobre la manera de interpretar e imaginar el mundo,

[83] VILLÁN DURÁN, Carlos, "La obligatoriedad jurídica...", *op. cit.*. p. 117.

[84] DE FARAMIÑÁN GILBERT, Juan Manuel, "Derecho al desarme y seguridad humana", en FALEH PÉREZ, Carmelo y VILLÁN DURÁN, Carlos, *op. cit.*. p. 43.

[85] MAYOR ZARAGOZA, Federico, Prólogo, en VILLÁN DURÁN, Carlos y FALEH PÉREZ. Carmelo, *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, Madrid, Cideal, 2013.

comportarse en este y valorar más ciertas cosas que otras. Tal vez ahí encontremos las respuestas para tener adultos que no maten, que no roben; funcionarios eficientes y honestos, hombres y mujeres de bien"[86].

Efectivamente, los derechos humanos no tienen la culpa. Y para participar activamente en la construcción de una cultura de paz, cada persona necesita recibir educación en derechos humanos, que es también educación en la paz.

Por último, "la paz y los derechos humanos tienen una relación simbiótica, pues la paz es condición para la plena realización de otros derechos humanos, y cuando se disfrutan los derechos humanos la consecuencia es la paz", como afirma el preámbulo del proyecto de Declaración Universal del Derecho Humano a la Paz.

Es de esperar que el proceso de codificación oficial del derecho humano a la paz continúe y que las legítimas aspiraciones contenidas en la propuesta aquí analizada sean contempladas.

Regresar al Sumario

[86]PITTIER, Lautaro Ezequiel, "¿La culpan la tienen los derechos humanos? Reflexiones a propósito del 70 Aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre", *Revista IIDH*, n° 68, Julio-Diciembre 2018, p. 255.

EDICIONES UCSE
Volumen 55
Setiembre 2020

Campus Santiago
Av. Alsina y Vélez Sarsfield, (4200) Santiago del Estero.
+54 (0385) 421 1777

Campus Jujuy
Lavalle 333, (4600) San Salvador de Jujuy.
+54 (0388) 423 6139

Campus Buenos Aires
Rivadavia 573, (1642) San Isidro – Buenos Aires.
+54 (011) 4743 2608

Campus Rafaela
Bv. Hipólito Yrigoyen 1502, (2300) Rafaela – Santa Fe.
+54 (03492) 432 832

ISBN 978-950-31-0081-3