







ISSN 2314-1905
e-ISSN 2591-5231

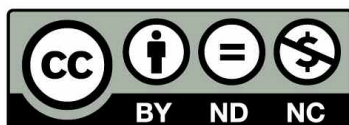
Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
Instituto de Derecho Internacional Público y Derecho de la Integración

CUADERNO DE DERECHO INTERNACIONAL
NÚMERO XI
PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

DR. ERNESTO REY CARO
DIRECTOR

ARTIGAS 74 (5000) - CORDOBA
REPUBLICA ARGENTINA
2016

 **EDITORES**
FONDO EDITORIAL



*Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Atribución-
NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*

*Las posturas doctrinarias expresadas en los artículos
aquí incluidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores
y no necesariamente reflejan los puntos de vista de la Editorial,
la institución, el Director ni del Comité Editorial.*

IJ International Legal Group

Dirección y correspondencia: Lavalle 1115 - PB,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina
CP: 1048
TE: +54 011 5276-8001

Índice

Staff	7
Palabras preliminares	
ERNESTO J. REY CARO.....	9
El principio de non-refoulement a 50 años de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	
ZLATA DRNAS DE CLÉMENT.....	17
La Carta Internacional de Derechos Humanos: su valor en el Derecho Internacional y en la práctica de las Naciones Unidas	
LUCIANO PEZZANO.....	41
Particularidades de los Pactos Internacionales sobre los Derechos Humanos	
MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA.....	75
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas	
<i>Retrospectivas a 50 años de su aprobación</i>	
CHRISTIAN G. SOMMER.....	83
Reflexiones acerca del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	
GUILLERMO DANIEL COSTILLA.....	101
Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Humano a la Paz	
JOSÉ A. MUSSO.....	129
La libertad de expresión en la era digital	
MARÍA PILAR LLORENS.....	153
El asilo y el Refugio a la luz de los Derechos Humanos	
GRACIELA R. SALAS.....	171



STAFF

Director

DR. ERNESTO J. REY CARO

Secretaria

DRA. MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

Comité Editorial

DR. JUAN CARLOS PALMERO

DR. ERNESTO J. REY CARO

DRA. ZLATA DRNAS DE CLÉMENT

DRA. MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA

Comité Evaluador Externo

DR. RAFAEL CASADO RAIGÓN (ESPAÑA)

DR. HUGO LLANOS MANSILLA (CHILE)

DR. MANUEL PÉREZ GONZÁLEZ (ESPAÑA)

DRA. FRIDA M. ARMAS PFIRTER (ARGENTINA)



Palabras preliminares

ERNESTO J. REY CARO



tutivo de la Organización Internacional más trascendente creada por los Estados, y que, con todas sus virtudes y deficiencias, sigue ocupando un lugar privilegiado en las relaciones internacionales actuales. Hacia pocos días la Organización había elegido un nuevo Secretario General, el portugués Antonio Guterres.

Destacamos, en la apertura del Seminario, que ha sido en el ámbito de las Naciones Unidas en donde se gestarían los instrumentos internacionales más importante en la lucha por la protección de los derechos humanos. Nos permitimos recordar otras reflexiones vertidas en la ocasión.

Pocos temas, en los últimos tiempos, han atraído tanto el interés de juristas, filósofos, estadistas, etc., como el de los derechos humanos. A diario la cuestión ocupa un lugar privilegiado en casi todos los medios de comunicación. Por otra parte, su estudio, ha dado origen a una abundantísima y polifacética bibliografía.

La problemática ha sido enfocada desde diferentes perspectivas y no es, por cierto, materia exclusiva del Derecho Internacional en su proyección jurídica. Puede afirmarse, sin hesitación, que ha impregnado casi todas las ramas del Derecho.

Asimismo, esta diversidad de aspectos ha inducido a muchos estudiosos a sostener que hoy constituye una disciplina jurídica autónoma, idea que para muchos tiende a concretarse o ya se habría concretado.

Pero, no fue propósito de la jornada, abordar tan amplia y polifacética cuestión. Sería una impertinencia intentar concretarla en tan breve tiempo. Por ello estas reflexiones sólo deben ser consideradas como una breve introducción a la tarea que hemos pretendido cumplir en esta oportunidad.

Cabe señalar que como la Carta de la ONU no estableció ninguna enumeración de los derechos fundamentales del hombre, esta tarea fue encomendada a la Comisión de Derechos Humanos. Tras dos años de trabajo en los que se manifestaron serias discrepancias como consecuencia de la dispar concepción de dos sistemas opuestos y profundamente divergentes en cuanto a la visualización del ser humano en su proyección social y económica, la Comisión elaboró un "catálogo" o "repertorio" de los derechos y libertades de

conformidad a la opinión mayoritaria de los Estados de la época. Así surgió la “Declaración Universal de los Derechos Humanos” aprobada por la Asamblea General de la Organización el 10 de diciembre de 1948, sin voto alguno en contra y con ocho abstenciones.

En la doctrina hubo diversos intentos de establecer una clasificación de los derechos allí enumerados. A título ejemplificativo, un autor distinguía cinco grandes grupos:

a) Derecho civiles, que corresponden a los derechos individuales clásicos, a menudo explicitados y ampliados: derecho a la vida; a la libertad personal y sus garantías procesales; a la libertad religiosa, de educación, de expresión, de asociación, de reunión; a la propiedad; a la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia; a la igualdad ante la ley y ante la justicia;

b) Derechos políticos y cívicos: derecho a la nacionalidad; derecho a participar en la vida cívica del país; derecho al acceso a las funciones públicas;

c) Derechos económicos: derecho a una remuneración equitativa satisfactoria del Trabajo; derecho a un nivel de vida adecuada.;

d) Derechos sociales: derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia; derecho a la seguridad social; derecho al trabajo y a su libre elección; derecho a formar sindicatos y a sindicalizarse; derecho al descanso; derecho al cuidado y asistencia de la maternidad y de la infancia, etc.; y

e) Derechos culturales: derecho a la educación; derecho a tomar parte de la vida cultural de la comunidad; derecho a la protección de los intereses materiales y morales del autor por sus creaciones científicas o artísticas.

Es conocido el hecho de que más allá de la importancia de este paso adoptado por la Asamblea General, se originó un gran abanico de opiniones en cuanto a la naturaleza jurídica y obligatoriedad de este instrumento. El efecto vinculante de las Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas ha sido una cuestión muy controvertida, que se mantiene aún en nuestros días y que no es del caso examinarla en esta oportunidad.

Al margen de esta polémica, no cabe duda que la Declaración alcanzó una indiscutida importancia como guía del contenido de los derechos y deberes fundamentales para los Estados integrantes de la Comunidad internacional. Ella ha tenido influencia en numerosas constituciones y leyes nacionales sancionadas con posterioridad – como es el caso de las reformas introducidas en la Constitución argentina de 1994- y ha tenido también una notoria influencia en las decisiones judiciales de los tribunales internacionales y nacionales.

Su autoridad, igualmente, se ha manifestado en la gran cantidad de declaraciones, acuerdos, convenciones, y otros instrumentos nacionales, regionales y universales adoptados con posterioridad.

La controversia abierta sobre el valor jurídico de la Declaración de marras, determinó que se comenzara a trabajar en torno a la elaboración de un instrumento –tratado, acuerdo, pacto– que aventara toda duda sobre su obligatoriedad.

Esta ardua tarea, no exenta de grandes dificultades habría de alcanzar éxito dieciocho años después, adoptándose los Pactos a los que nos hemos referido inicialmente.

En general, los Pactos desarrollan los derechos enumerados en la Declaración, aunque introducen algunos elementos que hacen de ellos instrumentos más avanzados, sin que pueda afirmarse que hayan rebasado el marco clásico de los sistemas de control, en cuanto a los mecanismos de protección previstos.

No obstante, como señalara un calificado jurista español, entre la Declaración y los Pactos hay una modificación de planteamiento ya que de la idea primitiva de elaborar un pacto único de derechos humanos, se pasa a la formulación de dos instrumentos que en alguna medida consagran dos categorías de derechos, dando un espaldarazo a quienes se habían pronunciado a favor de tal solución. Asimismo, el catálogo de derechos protegidos también ofrece algunas diferencias, omitiéndose algunos o adicionándose otros.

Tampoco es objetivo de estas reflexiones introductorias examinar el “repertorio” de derechos consagrados en ambos instrumentos, ni de los mecanismos elaborados. Esta tarea será cumplida selectivamente por los colegas que participan en esta Jornada.

Creemos, coincidiendo con otros estudiosos, que cuando se aborda la problemática de los derechos humanos, el meollo de la cuestión radica no tanto en declarar o enumerar cuántos son los atributos de que el hombre es destinatario, sino cómo, cuando y donde pueden verdaderamente hacerse efectivos. Este es el gran desafío que debemos asumir.

Como es ya una costumbre, este nuevo volumen de los cuadernos reúne exposiciones de los miembros del Instituto, adaptadas para su publicación.



El principio de non-refoulement a 50 años de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

ZLATA DRNAS DE CLÉMENT*

* *Profesora Emérita de las Universidad Nacional de Córdoba y Profesora Emérita de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*



Resumen: El trabajo analiza la expansión del non refoulement en el ámbito de las labores del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la compara con la operada por otros organismos especializados en materia de derechos humanos.

Palabras-clave: non refoulement -PIDCP – Comité de Derechos Humanos

Abstract: *The paper analyzes the expansion of non-refoulement within the scope of the work of the Human Rights Committee of the International Covenant on Civil and Political Rights and compares it with that of other specialized agencies in the field of human rights.*

Keywords: *non-refoulement -ICCPR - Human Rights Committee.*

La idea de no devolución, no expulsión, no rechazo (*non refoulement* en francés) de un extranjero residente legal o ilegal en un Estado -surgenida en el ámbito del derecho de los refugiados- ha ido tomando impulso y ampliando el espectro de su cobertura, a través de la labor de los organismos especializados en derechos humanos; ello, notoriamente en el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).¹

Aun cuando se hable en distintos idiomas (inglés, español, alemán u otro), se suele utilizar la expresión en francés *non refou-*

¹ Debe tenerse en cuenta que en el Derecho de los Refugiados no existe como en Derecho de los Derechos Humanos organismos, ante los cuales pueda recurrir el damnificado del refoulement en queja o reclamo contra el Estado que lo rechaza. Sin embargo, el propio Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, en su art. 5, señala que ninguna disposición de la Convención podrá interpretarse en menoscabo de otros derechos y beneficios independientes de la Convención, entre los cuales están los consagrados en el sistema de protección de los derechos humanos. Además, todos los convenios universales y regionales generales de derechos humanos contienen como derechos de base a la no discriminación y a la igualdad y de una manera u otra, con o sin condicionamientos, establecen el derecho a pedir y recibir asilo o refugio.

lement, porque esa locución tiene connotaciones especiales, conlleva en sí un complejo significativo, que los términos en español no poseen.

El término *non refoulement* fue utilizado por primera vez en un instrumento internacional en el Convenio de 28 de octubre de 1933, alcanzado en base a los acuerdos de 1926 y 1928 sobre “La condición de los refugiados rusos, armenios y asimilables”.² Según el principio de *non refoulement*, ningún Estado puede, por expulsión o devolución (“*refoulement*”), desterrar a un extranjero enviándolo a otro donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opinión política, tal como lo establecen distintos convenios internacionales bajo ciertas condiciones.

Así, el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 rezeptó el principio de *non refoulement*: Art. 33. “Prohibición de expulsión y de devolución (“*refoulement*”). 1. 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. 2. Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una

² Acuerdos que a su vez tomaron como base al Acuerdo de 5 de julio de 1922, relativo a la expedición de certificados de identidad a los refugiados rusos (Recueil des Traités de la SDN, N° 355, vol. LXXXIX), completado por el Acuerdo de 12 de mayo de 1926 y el Acuerdo de 30 de junio de 1928 sobre refugiados rusos y armenios (Recueil des Traités de la SDN, N° 2004, vol. LXXXIX). En los dos acuerdos, los documentos otorgados a los refugiados correspondían a los “pasaportes Nansen”. Recibieron ese nombre, ya que fueron diseñados por el diplomático noruego Fridtjof Nansen en 1922, para responder al problema de los refugiados y desplazados fruto de la Primera Guerra Mundial, extendiendo la protección de las personas que debieron abandonar sus lugares de residencia habituales a etapas bélicas previas. Nansen fue designado Alto Comisionado de los Refugiados para la Sociedad de Naciones y su meritoria labor en el área fue una de las causas que motivó que el premio Nobel de la Paz le fuera otorgado ese mismo año.

amenaza para la comunidad de tal país”. Además, debe tenerse en cuenta que en el art. 1. F, la misma Convención establece: “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; c) Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”.

También, otras convenciones imponen condiciones.³ La Convención de la Organización de la Unidad Africana, por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África (COUA) de 1969 es un instrumento muy rico que amplía el espectro del concepto de refugiado en los siguientes términos: “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, 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”. En su art. 2.3, establece: “Ninguna persona podrá ser sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la no admisión en frontera, la devolución o la expulsión que le obliguen a retornar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estuvieran amenazadas (...)” (art. 1.1 y 1.2). Sin embargo, dispone: “4. En los casos siguientes, la presente Convención dejará de aplicarse a toda persona que goce de la condición de refugiado: (...) f) si ha cometido un delito grave de carácter no polí-

³ Con relación al sistema europeo, v. infra, Nota N° 11.

tico fuera del país de asilo, después de haber sido admitida como refugiado en dicho país; g) si ha violado gravemente los objetivos perseguido por la presente Convención”. “5. Las disposiciones de la presente Convención no se aplicarán a ninguna persona respecto de la cual el Estado de asilo tenga motivos fundados para considerar: a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de asilo antes de ser admitida en él como refugiado; c) que es culpable de actos contrarios a los objetivos y a los principios de la Organización de la Unidad Africana; d) que es culpable de actos contrarios a los propósitos y los principios de las Naciones Unidas”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en el art. 22. Derecho de Circulación y de Residencia, establece: “6. *El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en la presente Convención, solo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley.* 7. *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 los convenios internacionales.* 8. *En ningún caso, el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.* 9. *Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros*”. Si bien el texto de la CADH es limitado y débil, la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) han expandido exponencialmente los significados y alcances de la CADH.⁴

⁴ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos tuvo varias oportunidades para pronunciarse, entre esos casos, se hallan: Mérito del caso de John Doe et al. v. Canadá, Informe N° 78/11, 21 de junio de 2011 (Caso 12.586) (debido proceso para personas que buscan asilo en un territorio extranjero y política de devolución directa, “direct-back policy”). La Comisión concluyó que Canadá fue responsable de la violación de los arts.

XXVII y XVIII de la Declaración Americana, al no proteger el derecho de las supuestas víctimas a buscar y recibir asilo en un territorio extranjero, por no haber hecho una evaluación individual básica sobre el riesgo de devolución, y por no haber permitido a lo John Doe y otros de interponer un recurso ante una corte competente, para impugnar las decisiones de devolución directa (direct-back) a los Estados Unidos, sin una evaluación de sus solicitudes de asilo. Mérito del caso Wayne Smith, Hugo Armendariz et al. v. Estados Unidos de América, Informe N° 81/10, 12 de julio de 2010 (Caso N° 12.562) (debido proceso caso por caso en procedimientos migratorios de expulsión, razones humanitarias contra la expulsión, aplicación de un examen de balance de probabilidades a casos individuales que considere adecuadamente las razones humanitarias y el derecho a la vida familiar). La Comisión concluyó que en los casos de expulsión, el Estado debe permitir que las supuestas víctimas presenten razones humanitarias contra su expulsión, que un juez de inmigración competente e independiente debe aplicar un examen de balance de probabilidades a los casos individuales que considere de manera adecuada las razones humanitarias y que pueda representar un recurso efectivo, que la implementación de leyes que aseguren a los no ciudadanos residentes el derecho a la vida familiar esté protegida y que se les brinde garantías de debido proceso caso por caso en los procedimientos de inmigración de expulsión. Admisibilidad del caso de Rumaldo Juan Pacheco Osco y Otros v. Bolivia, Informe N° 53/04, 13 de octubre de 2004 (Petición N° 301/2002) (posible violación del derecho a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, los derechos del niño, el derecho de circulación y residencia con respecto de refugiados reconocidos en Chile que desean residir en Bolivia). Admisibilidad del caso 120 ciudadanos cubanos y 8 ciudadanos haitianos detenidos en Bahamas, Informe N° 6/02, 3 de abril de 2002 (Petición N° 12.071) (indicios de la violación del art. 27 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respecto del derecho de buscar y recibir asilo). Mérito del caso Rafael Ferrer-Mazorra et v. Estados Unidos de América, Informe N° 51/01, 4 de abril de 2001 (Caso N° 9903) (posible violación de los arts. 1, 2, 17, 18 y 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respecto de la privación de libertad de los solicitantes, sobre la base de su ingreso ilegal al territorio estadounidense). Mérito del caso de interceptación de Haití, Informe N° 51/96, 13 de marzo de 1997 (Caso N° 10.675) (La Comisión consideró que los Estados Unidos de América habían violado el derecho de los ciudadanos haitianos a buscar y recibir asilo, al devolverlos a su país de origen, a pesar de que su vida estaba en peligro, después una evaluación preliminar de sus solicitudes de asilo).

La Corte Interamericana consideró algunos aspectos del non refoulement en los siguientes casos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) trató el tema de los Refugiados y Migrantes en varias oportuni-

dades. 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 solo podrá contemplarse, en principio, si redundan 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, v. gr.: 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”. 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. Llama a revitalizar la ejecución de los programas “fronteras solidarias”, “ciudades solidarias” y “reasentamiento solidario” del Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004, con el apoyo de la comunidad internacional. El Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 28 de agosto de 2014, consagra la igualdad tanto para el migrante legal como para el ilegal.

El principio de *non refoulement*, a través de sucesivos desarrollos institucionales, tal como veremos en el caso del PIDCP, en la actualidad, se considera norma consuetudinaria internacional de carácter general, incluso, en algunos ámbitos regionales, es reconocido como norma de *jus cogens*.⁵ Por razones lógicas, se ha entendido que el principio de non refoulement debe aplicarse al refugiado y al asilado^{6 7}, atento a que el asilado (que bajo determinada interpretación terminológica distinta a la latinoamericana es una persona que solicita ser admitido como refugiado) podría llegar a ser aceptado en calidad de refugiado, por lo que la protección del non refoulement le debe ser extendida

⁵ V. el Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, referido en nota anterior y su referencia al Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004, el que en su 7º párr. preambular expresa: “Reconociendo el carácter de ‘jus cogens’ del principio de la no-devolución (‘non-refoulement’), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados, recogido en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y afirmado asimismo en el art. 22 (8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 3 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, y el compromiso de los países de América Latina con el mantenimiento de fronteras abiertas para garantizar la protección y seguridad de quienes tienen el derecho a la protección internacional (...)”.

⁶ El concepto de “asilado” varía según el lugar y el tiempo. En el plano internacional universal, no tiene las connotaciones que posee en América Latina (persona que por temor fundado de persecución “política” solicita la protección diplomática o territorial de otro Estado). Excepcionalmente, en América Latina, de modo expreso, la Declaración de Tlatelolco de 1999 equiparó los términos asilado y refugiado. En el ámbito universal, especialmente en el de los derechos humanos, la expresión “asilado” se ha aplicado a toda persona perseguida por cualquier causa, usando de modo indistinto los términos asilo y refugio. En cambio, en el ámbito de la Unión Europea (UE), la expresión “asilado” solo se emplea en una determinada etapa del proceso de admisión: aquella en que una persona “aplica”, “solicita” ser admitido como refugiado. V. JIMÉNEZ LAMBI, Lascario. “Asilo y Refugio en América Latina: ¿Avances o retrocesos?”, en Saber, ciencia y Libertad ISSN: 1794-7154 Vol. 8, N° 1, págs. 63 y ss., obtenible en <https://dialnet.u nirioja.es/desc arga/articulo/5 109389.pdf>.

⁷ Solo bajo ciertas circunstancias, se equipara a los migrantes “forzados” a los refugiados.

hasta que se tome decisión en relación con su condición, como forma de preservar sus derechos.⁸ Sin embargo, otros⁹ recuerdan que la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó mediante Resolución N° 2312 (XXII) de 14 de diciembre de 1967, una Declaración sobre Asilo Territorial en la que i.a. se contemplaba la obligación de *non-refoulement*.¹⁰ Sin embargo, la Conferencia de Naciones Unidas que trató de convertir dicha Declaración en un tratado internacional sobre el asilo territorial en 1977 fracasó. Hasta la fecha, no se ha adoptado ningún texto internacional a nivel universal sobre asilo.

En la mayoría de los instrumentos en materia de protección de refugiados o asilados (Convención sobre el Estatus de los Refugiados de 1951, su Protocolo, Convención de la Organización de la Unidad Africana sobre refugiados) y de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos), la obligación de no devolución, no expulsión, no rechazo está vinculada a dos cuestiones esenciales y que se dan por implícitas en la expresión *non refoulement*: 1) las causas que han motivado el abandono por parte de una persona de su país de origen o residencia habitual (persecución o temor de persecución por causas religiosas, raciales, de nacionalidad, de pertenencia a un grupo social, por opiniones políticas, pero también a causa de agresión u ocupación exterior; dominación extranjera o acontecimientos que perturban gravemente el orden público; 2) a las consecuencias de la expulsión o devolución: exigencia de que la vida, integridad física o libertad del extranjero corran peligro en el lugar de nuevo destino.¹¹

⁸ GORTÁZAR ROTAECHE, C. J. Derecho de asilo y “no rechazo” del refugiado, Universidad Pontificia Comillas, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, págs.148 y ss.

⁹ PÉREZ BARAHONA, Sergio. El estatuto de “refugiado” en la Convención de Ginebra de 1951 (http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero1/pe_rez.pdf).

¹⁰ La referida resolución (adoptada sin votación), en su art. 3, proscribe el rechazo en frontera, la expulsión o devolución, cuando la persona pudiera ser objeto de persecución.

¹¹ El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a más de prohibir la expulsión de nacionales, en el art. 5, Derecho a la libertad y a la seguridad, dispone: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al pro-

Hemos elegido este tema del *non refoulement*, por un lado, por la dolorosa realidad que representan hoy las grandes masas de refugiados y migrantes¹², pugnando por entrar y quedarse en Estados desarrollados o tratando de salvar su vida, aspecto en que el principio de non refoulement juega un rol determinante y, por otro lado, porque el Instituto de Derecho Internacional Público la Academia ha elegido recordar en las sesiones de 2016, el cincuenta aniversario de la adopción del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, y en este aspecto, suele señalarse que el sistema del PIDCP es el más adecuado para la defensa de un refugiado o migrante contra el refoulement, por su amplitud, falta de condicionamientos y por el desarrollo que le ha imprimido al Pacto su órgano especializado el Comité de Derechos Humanos, a través de Observaciones finales, Observaciones generales, Vistas y Dictámenes.

El sistema del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), tal como lo señaláramos precedentemente, es con-

cedimiento establecido por la ley: (...) f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (...).” El protocolo 4 al Convenio, en su art. 4, Prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros, dispone: “Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros”. El protocolo 7, en su art. 1, Garantías de procedimiento en caso de expulsión de extranjeros, fija: 1. Un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado, sino en ejecución de una decisión dictada conforme a la ley, y deberá permitírsele: a) exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) que su caso sea examinado; y c) hacerse representar a tales fines ante la autoridad competente o ante la persona o personas designadas por esa autoridad. 2. Un extranjero podrá ser expulsado antes de ejercer los derechos enumerados en el párr. 1 a), b) y c) de este artículo, cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.

¹² En lo que hace a refugiados, se estima que hay 65,3 millones de personas movilizadas forzosamente al 31 de diciembre de 2015, 21,3 millones de refugiados (16,1 millones bajo el mandato del ACNUR, 40,8 millones desplazados internos y 3,2 millones solicitantes de asilo) (<http://www.acnur.org/recursos/esta-disticas/>). En lo que hace a migrantes, se calculan en 288 millones, 3,3 % de la población del mundo (V. Estadísticas OIM, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/164.asp>).

siderado el más adecuado para la defensa de un refugiado, asilado o migrante contra el refoulement, particularmente en caso de que un Estado no sea parte en el Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 o no haya ratificado el Protocolo al Estatuto de 1967 y continúe con la limitación geográfica y temporal del Convenio (acontecimientos ocurridos en Europa antes del 1 de enero de 1951).¹³

Decimos que el Comité de Derechos Humanos del PIDCP ha contribuido exponencialmente en la construcción del non refoulement, ya que el único artículo del Pacto que se refiere al tema es el art. 13:

“Art.13.- El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto solo 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 o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas”.

Sin embargo, gracias al desarrollo que le imprimió el Comité de Derechos Humanos, podemos considerar que el PIDCP es uno de los que brinda mayor cobertura que otros instrumentos al refugiado, migrante, asilado o apátrida que se encuentra en el territorio de un Estado parte del Pacto.¹⁴

La Observación General N° 31 de 26 de mayo de 2004 enlaza al art. 13 con el 2 del PIDCP (obligación de los Estados de cumplir y adoptar las medidas necesarias para garantizar el goce de los de-

¹³ PERSAUD, Santhosh. “Protecting refugees and asylum seekers under the International Covenant on Civil and Political Rights”, Research Paper N° 132, New Issues in Refugee Research, ACNUR, noviembre de 2006, pág. 5.

¹⁴ El PIDCP cuenta con 168 Estados Parte a octubre de 2016; entre ellos: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Holanda, Irlanda, Italia, Japón, Noruega, Suecia, Suiza. EE.UU. no es parte en el Protocolo 1, por lo que no admite la competencia del CDH.

rechos del Pacto), para generar nuevas obligaciones para los Estados:

“12. (...) La obligación del art. 2 exige a los Estados Partes respetar y garantizar los derechos del Pacto para todas las personas en su territorio y de todas las personas bajo su jurisdicción¹⁵, lo que entraña una obligación de no extraditar, deportar, expulsar o retirar de otro modo a una persona de su territorio, cuando haya razones fundadas¹⁶, para creer que existe un riesgo real¹⁷ de provocar un daño irreparable¹⁸, como el que es contemplado¹⁹ por los arts. 6²⁰ y 7²¹ del PIDCP (...)”

Los desarrollos del CDH, además de lo que señaláramos precedentemente, se han expandido lejos más allá de la letra del Pacto. Solo a título ejemplificativo, señalamos algunas de esas ampliaciones:

- Extensión del *non refoulement* a toda la “cadena de devolución”

¹⁵ Con el tiempo, la CDH interpretó la expresión como “bajo su jurisdicción o sometida a su control” (situación de salvataje en el mar).

¹⁶ En relación con las “razones fundadas”, se interpreta que el Estado parte debe tomar en cuenta todas las consideraciones “pertinentes”, inclusive cuando en un Estado se dé un cuadro persistente de violaciones.

¹⁷ Bajo la expresión “riesgo real”, la CDH ha exigido tener en cuenta la “eventualidad” y la “potencialidad de futuro”, es decir, “si luego sale a la luz que fue sometido a torturas”, como dictaminó el CDH en el Caso Mansour Ahani c. Canadá” (v. infra).

¹⁸ Por “daño irreparable”, la CDH ha entendido no solo a la muerte o a los daños perdurables, como la amputación, sino “violaciones graves” de derechos humanos en general. Por tales, ha considerado a los que tienen prohibición de suspensión: 6 (vida), 7 (no tortura y malos tratamientos) y 8.1 y 2 (no esclavitud y servidumbre), 11 (no encarcelamiento por incumplimiento de obligación contractual), 15 (no condena por hechos que al momento de la comisión no eran delito conforme al derecho nacional o internacional), 16 (no desconocimiento de la personalidad jurídica), y 18.3 (no supresión del derecho a manifestar la religión o las creencias).

¹⁹ Es de observar que la expresión “como el que es contemplado” torna ejemplificativos a los arts. 6 y 7, admitiendo la posibilidad de otros riesgos. Ese carácter ejemplificativo permite abarcar los señalados en nota anterior a más de otros como, por ejemplo, violación del proceso justo, del derecho a la libertad, a la vida privada u otra garantía establecida en el Pacto.

²⁰ Derecho a la vida.

²¹ Proscripción de la tortura.

(distintas jurisdicciones por las que la “víctima” podría transitar), exigiendo que el destino al que deba ser devuelto sea un destino “seguro”. Tal el caso de Warda Osman Jasinc. Dinamarca²², mujer somalí maltratada por su esposo, que huyó en 2007 a Libia (donde nació su primera hija), buscó llegar a Italia. Después de cuatro días en el mar, el barco se quedó sin combustible, quedando los pasajeros sin comida ni agua. Fueron rescatados por la guardia costera italiana en mayo de 2008 y llevados a Lampedusa. Se le otorgó un permiso de residencia en Italia por tres años, pero cuando tuvo que dejar el centro de recepción, no estando en condiciones de mantenerse, se fue de Italia a Holanda, de donde fue devuelta a Italia en estado de embarazo de su segunda hija. En 2011, por no haber solicitado la prórroga de su permiso de residencia en Italia, el mismo no fue renovado. Se fue a Suecia, contando ya con tres hijas. De allí, pasó a Dinamarca, de donde se dispuso su devolución a Italia (conforme al acuerdo de Dublin-primer Estado de recepción). El CDH consideró que la expulsión debía ser revisada y que la decisión de devolverla a Italia implicaba violación del art. 7 del Pacto (tortura y trato inhumano). Además, dictaminó que Dinamarca debió requerir a Italia garantías de *non refoulement*.

- Extensión de los derechos de los refugiados a los asilados, migrantes, apátridas. Asimismo, otorgamiento al inmigrante o refugiado ilegal de los derechos de los inmigrantes legales y ciudadanos. Así, por ejemplo, aunque el art. 13 se refiere al extranjero que se encuentre “legalmente” en territorio de un EP (al igual que otros instrumentos de protección de los derechos humanos), pero se ha ido consolidando la idea de que los indocumentados/ilegales también tienen derecho al trato igualitario y no discriminatorio y a que las políticas que se ejecuten con respecto a tales personas respeten y garanticen sus derechos humanos, tal como los conciben los organismos especializados en derechos humanos. En el Caso de Mansour Legahei y otros c. Australia²³, el ciudadano iraní primero, entró con un visado de negocios para supervisar la carne halal; luego, continuó su estancia con visado de tra-

²² (V. www.refworld.org/cases,HRC,59315b644.html).

²³ (V. <http://docsto.re.ohchr.org> y <https://www.crin.org/en/library/le-gal-database/mansour-legh-aei-and-oth-ers-v-australia>).

bajador religioso (sheij musulmán). Cuando solicitó visado permanente, este le fue denegado, debido a un informe de la oficina de Inteligencia de Seguridad, a causa de instrucciones encontradas en una libreta hallada a Legahei sobre cómo llevar a cabo una Jihad, un correo electrónico relativo a sumas de dinero en dólares australianos transferidas a una organización islamita fundamentalista. El CDH dictaminó que Australia violó el art. 17 del Pacto (injerencias arbitrarias e ilegales en vida privada al revisar la valija en el aeropuerto) y que debía proceder a la revisión de la denegatoria de visa permanente y el consecuente retorno de Legahei a Irán, quien con su familia ya había regresado a Irán.

- Prohibición del rechazo en frontera o extrafrontera con matices propios.²⁴ Esta posición del CDH condena la realización de controles migratorios antes de que las personas extranjeras lleguen al país por agentes particulares contratados en aeropuertos, estaciones de transporte terrestre, marítimo o lacustre, rutas de otros países. Frecuentemente, esos controles van acompañados de amenazas de sanción a los transportistas, en caso de no detener a las personas “no seguras”. El rechazo suele suceder a través de la interdicción en aguas internacionales. También, es condenada la negociación con terceros Estados para que reciban refugiados a cambio de dinero, entre otros ejemplos de prohibiciones. Recientemente, el legislador australiano independiente Andrew Wilkie solicitó a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional para que inculpe al Primer Ministro australiano y otros funcionarios del gobierno por crímenes atentos a la privación de la libertad personal de refugiados, la transferencia ilícita de los mismos; por causarles sufrimientos graves, por no querer recibir en “su” propio territorio a los refugiados, sino pactar por dinero acuerdos de recepción transferencia a otros Estados (v. gr. Malasia). El 21 de junio de 2011, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución N° 1821 (2011) sobre la intercepción y salvataje en el mar de los solicitantes de asilo, refugio y migrantes en situación irregular, considerando deber moral y ju-

²⁴ Al hablarse de fronteras, se comprende un espacio amplio: “todos los ámbitos en que el Estado Parte ejerce, directa o indirectamente, en todo o en parte, un control efectivo de iure o de facto, de conformidad con el derecho internacional”.

rídico el salvataje, entendiendo que los deberes frente a migrantes y refugiados debían aplicarse también en alta mar, ya que el alta mar no es una zona en la cual los Estados están exentos de sus obligaciones jurídicas, lo que comprende sus obligaciones, conforme el Derecho internacional, el Derecho de los Derechos Humanos y el Derecho de los Refugiados.

- Extensión de la protección a los sospechosos de terrorismo, a pesar de las numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad, que exigen que los Estados se abstengan de proporcionar todo tipo de apoyo, activo o pasivo, a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo. De conformidad al CDH, los Estados del Pacto no están eximidos de su obligación de non refoulement, en caso de personas sospechas de llevar adelante actividades terroristas. El CDH fue muy lejos al elaborar el Proyecto de Observación General N° 35 (marzo de 2013), ya que en relación con el art. 9 (libertad y seguridad personales), buscó establecer que la garantía de libertad y seguridad fuera para “todos”, incluidos los extranjeros y personas que hubiesen participado en actividades terroristas. El Proyecto no fue aprobado. Sin embargo, en varios casos, el CDH extendió derechos a los terroristas. Por ejemplo, en el caso Mohammed Alzheri (Al-Zari) c. Suecia²⁵, el CDH, consideró que la entrega por parte de las autoridades suecas de este integrista islámico egipcio acusado de terrorismo (junto con otro imputado) a agentes estadounidenses y egipcios en el aeropuerto de Estocolmo, para su deportación a Egipto, suponía una violación del principio de no devolución, ya que podía sufrir malos tratos en Egipto, a pesar de las garantías dadas por Egipto. Que, a pesar de las visitas de funcionarios suecos al encarcelado, esos encuentros no fueron a solas con Alzherisino en presencia de guardias. Una vez liberado por el gobierno egipcio, Alzehri, pasó a exigir compensación económica y derecho a residencia permanente en Suecia. En el Caso Mansour Ahani c. Canadá²⁶, un iraní que pidió refugio en Canadá, arguyendo haber sido golpeado por miembros del Comité Revolucionario Islámico en Irán y que su regreso a Irán pondría en peligro su vida, atento a que había

²⁵ (V. [http://www.refworld.org/cases, HRC,47975afa2 1.html](http://www.refworld.org/cases/HRC/47975afa2_1.html)).

²⁶ (V. [http://www.refworld.org/ cases, HRC,4162a 5a50.html](http://www.refworld.org/cases/HRC/4162a_5a50.html)).

adquirido conocimiento de operaciones en calidad de recluta forzado en la selección de asesinatos en el extranjero del Ministerio de Relaciones Exteriores de Irán. El Fiscal General y el Ministerio de Empleo e Inmigración canadienses, tras examinar los informes del servicio de seguridad, entendieron que no podía ser admitido como refugiado, ya que había recibido instrucción como asesino del Ministerio de Inteligencia y Seguridad Iraní, y había motivos razonables para creer que participaría en actos de terrorismo en Canadá, ya que era miembro de una organización terrorista y ya había participado en actos de ese tipo. Fue devuelto a Irán. El CDH dictaminó la obligación de proporcionarle un recurso efectivo (a pesar de que el interesado no lo solicitó) e incluso una indemnización, al no haber determinado si había riesgo de tortura para él en Irán y para el caso de que saliera a la luz que realmente sufrió tortura tras la expulsión. El CDH le reconoció el derecho a retornar a Canadá.

- Protección equivalente a una contribución a evadir la ley del país de origen, una contribución a la impunidad de hechos criminales, presión para la injerencia en asuntos de jurisdicción interna de otros Estados. Por ejemplo, en el caso *Roger Judge v. Canada*²⁷, el autor fue condenado a muerte en la silla eléctrica, por dos cargos de asesinato en primer grado, por el Tribunal de lo Penal de Filadelfia, Pensilvania (EE.UU.). Se escapó de la cárcel y huyó a Canadá. Canadá lo extraditó a EE.UU., conforme el tratado de extradición entre los dos Estados. El CDH consideró que: "Canadá, como EP del Pacto que ha abolido la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida, en virtud del art. 6, apartado 1, al expulsarlo a los Estados Unidos, donde estaba condenado a muerte, sin asegurarse de que la pena de muerte no se llevaría a cabo. Que, aunque Canadá no impuso por sí la pena de muerte al autor, al deportarlo a un país en el que fue condenado a muerte, Canadá aportó el eslabón decisivo en la cadena causal que hacía posible la ejecución del autor. El CDH dictaminó que Canadá debió hacer todo lo posible para evitar la imposición de la pena de muerte o para proporcionar al autor una revisión completa de su condena y sentencia. Agrega el CDH que el Estado Parte tiene la obligación de asegurar que violaciones

²⁷ (V. <http://www.refworld.org/cases,HCRC,404887ef3.html>).

similares no se repitan en el futuro. El avance del CDH se torna notorio, si se tiene en cuenta que en un caso similar, pero diez años anterior, *Joseph Kindler v. Canadá*²⁸, también, situación de un homicida estadounidense condenado a pena de muerte por un tribunal de Pensilvania, prófugo en Canadá, fue extraditado a los EE.UU., pero el CDH consideró que -a pesar de que Canadá había suprimido la pena de muerte salvo para casos militares- la devolución no revelaba violación alguna por parte de Canadá de ninguno de los artículos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Uno de los miembros del CDH recordó que cuando un Estado para proteger al delincuente no lo extradita, está interfiriendo en el derecho vigente de otro Estado.²⁹

En sentido contrario, buscando destacar las ventajas de recurrir en caso de *refoulement* a la CAT, se suele destacar que esa convención no tiene las limitaciones causales del Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 (persecución por causas raciales, religiosas, de nacionalidad, de pertenencia a un grupo social u opiniones políticas) y

²⁸ (V. <http://www.library.umn.edu/undocs/html/d ec470.htm>).

²⁹ Similar situación se ha dado en el asunto *Soering c. Reino Unido*[29], ante el antiguo TEDH, el Tribunal en sentencia de 7 de julio de 1989, estimó que la extradición por el Reino Unido de un joven alemán de no equilibrada salud mental a Estados Unidos, para afrontar en el Estado de Virginia cargos de asesinato relacionados con la muerte de los padres de su novia, representaría una violación del art. 3 dado que, ante la presumible condena a muerte -y pese a que el Convenio europeo no prohíbe la pena capital-, el demandante quedaría expuesto a un trato inhumano como consecuencia de su sometimiento al denominado “corredor de la muerte”. Así, ha expresado: Para 111. “(...) However, in the Court’s view, having regard to the very long period of time spent on death row in such extreme conditions, with the ever present and mounting anguish of awaiting execution of the death penalty, and to the personal circumstances of the applicant, especially his age and mental state at the time of the offence, the applicant’s extradition to the United States would expose him to a real risk of treatment going beyond the threshold set by Article 3 (art. 3). A further consideration of relevance is that in the particular instance the legitimate purpose of extradition could be achieved by another means which would not involve suffering of such exceptional intensity or duration (...). (<http://www.refworld.org/doc id/3ae6b6fec .html>). Ese tipo de presunciones como base del “non refoulement” ha sido ratificado en varias otras sentencias del TEDH.

que el art. 13 del PIDCP es muy amplio y vago. Sin embargo, se suele recordar el art. 3 CAT³⁰-a diferencia del PIDCP-, no cubre expresamente las penas o tratos inhumanos o degradantes, sino solo la propia tortura. Por nuestra parte, consideramos que si se tiene en cuenta el párr. 2º del art. 3, podría considerarse que los tratos inhumanos y degradantes sí están implícitamente incluidos como causal para el non refoulement en la CAT, por lo que la observación podría ser neutralizada. Sí es de destacar que el art. 3 de la CAT no protege el derecho a la vida, como sí lo hace el PIDCP.

Tal como vimos, el CDH del Pacto contempla en sus valoraciones a la práctica designada como “cadena de devolución” - “destino seguro” (las distintas jurisdicciones por las que podría transitar el asilado-refugiado, en las que las violaciones podrían producirse)³¹. Debe tenerse

³⁰ CAT “Art. 3. 1. Ningún Estado parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura. 2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones 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”.

³¹ “L’élargissement de l’interdiction au refoulement indirect ou «en chaîne» a été reconnu par le droit européen des droits de l’homme (T.I. c. Royaume-Uni (déc.) N° 43844/98, CEDH 2000-III, Müslim c. Turquie, no 53566/99, §§ 72-76, 26 avril 2005, et M.S.S. c. Belgique et Grèce [GC], N° 30696/09, § 286, CEDH 2011), par le droit universel des droits de l’homme (Comité des droits de l’homme de l’ONU, Observation générale N° 31. La nature de l’obligation juridique générale imposée aux Etats parties au Pacte, 26 mai 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, § 12, Comité de l’ONU contre la torture, Observation générale N° 1. Observation générale sur l’application de l’article 3 dans le contexte de l’article 22 de la Convention contre la torture, 21 novembre 1997, A/53/44, annexe IX, § 2, et Korban c. Suède, communication N° 88/1997, 16 novembre 1998, UN doc. CAT/C/21/D/88/1997), et par le droit international des réfugiés (in UN doc. E/1618, E/AC.32/5: le comité spécial a estimé que le projet d’article visait non seulement le pays d’origine mais aussi les autres pays où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée, et UN doc. A/CONF.2/SR.16 (Compte rendu analytique de la 16e séance de la Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides, 11 juillet 1951): le refoulement vise aussi le renvoi ultérieur forcé depuis le pays d’accueil vers un autre pays où la vie ou la liberté du réfugié serait menacée, selon une proposition de la Suède que le délégué de cet Etat a par la suite retirée «en soulignant toutefois comme le président l’a

en cuenta que la proscripción de *non-refoulement* podría verse violada en los hechos, cuando esté en juego el derecho a la vida, a la proscripción de la tortura y malos tratamientos, por la violación flagrante del derecho a un proceso justo, al derecho a la libertad, a la vida privada u otra garantía establecida en el Pacto.³²

En lo que hace al procedimiento de expulsión, en virtud del art. 13 del PIDCP, su aplicación en la práctica, tiene matices no contemplados en el artículo. Se entiende que la principal garantía procesal de protección de los extranjeros contra la expulsión se establece en el propio art. 13. En una vista reciente, el CDH declaró que, con respecto a las expulsiones, no obstante el art. 13, la reclamación solo puede ser invocada, si el extranjero está en el territorio “legítimamente”. Ello, dado que, si admitió legalmente a un extranjero refugiado no podría luego expulsarlo sin incurrir en una discrecionalidad arbitraria. De allí, que la condición de refugiado “legal” es de la mayor importancia, si se tiene en cuenta que la mayoría de los solicitantes de asilo entran en el país de asilo en violación de las disposiciones legales de este país, que son decisivos para la determinación del derecho a permanecer. En su Observación general N° 27, el Comité del Pacto consideró que los Estados Partes tienen el derecho de determinar si la entrada en su territorio es legal o no, lo que impone restricciones a la entrada de un extranjero, sin embargo, estas “deben estar en conformidad con las obligaciones internacionales del Estado”. Debe tenerse presente que, incluso la Corte Internacional de Justicia (CIJ) se vio llamada a pronunciarse en el tema en el Caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática de Congo), sen-

également demandé, que le fond de l'article doit être interprété comme couvrant au moins certaines des situations envisagées dans cette partie de l'amendement», et HCR, Note sur le non-refoulement (EC/SCP/2), 1977, § 4”. (Nota N° 2 de la opinión Concordante del Juez Pinto de Albuquerque, en la sentencia definitiva de 23 de febrero de 2012, en el Asunto Hirsi Jamaa et autres c. Italie (Requête N° 27765/09) de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (http://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/sentenza/testo_integrale_sentenzas/000/000/482/HIRSI_JAMAA_ET_AUTR_ES.pdf).

³² V. supra los comentarios a la Observación N° 31, en particular las Notas N° 15 y N° 16.

tencia de 2010, en la que consideró la expulsión-deportación del empresario guineano residente en el Congo por 32 años. La CIJ recordó que la legislación nacional debía ser compatible con los instrumentos internacionales, no pudiendo ser arbitraria (parágrafo 65). Más aún, señaló que la propia Corte, aunque no está obligada en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su interpretación a convenios de derechos humanos o a la práctica de sus órganos, debía dar “gran consideración” a la interpretación adoptada por esos organismos independientes, creados especialmente para supervisar la aplicación de los tratados de derechos humanos (parágrafo 66).³³

El art. 13 garantiza que una persona que enfrenta la expulsión, excepto cuando motivos de seguridad nacional se opongan a ello, puede presentar las razones contra su expulsión y hacer que su caso sea revisado. Puede hacerse representar a tal efecto, ante la autoridad competente, por una persona o personas designadas especialmente.

Como la expulsión no debe ser arbitraria, se puede inferir que la autoridad competente debe ser independiente e imparcial. Tal interpretación tiene respaldo en el Comentario General N ° 31, en el que el CDH establece esa condición como requerimiento de procedimiento.³⁴

La Convención de 1951 garantiza que un individuo puede “presentar pruebas en su descargo” y “apelar”. El PIDCP contiene una redacción más débil: “aducir argumentos contrala expulsión” y en

³³ A pesar de ese statement, la CIJ en el Caso relativo a la Aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (*Georgia v. Federación Rusa*), sentencia de 1 de abril de 2011, olvidó (a pesar de la cercanía temporal de las dos sentencias) la “gran consideración” que ella debía a los pronunciamientos de entes especializados en derechos humanos.

³⁴ En el caso del ACNUR, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) recuerda que: “le HCR affirme que le principe de non-refoulement implique pour les Etats des obligations procédurales. Par ailleurs, le droit d'accès à arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* une procédure d'asile effective et diligente par une autorité compétente serait d'autant plus crucial qu'il s'agit de flux migratoires «mixtes», dans le cadre desquels les demandeurs d'asile potentiels doivent être individualisés et distingués des autres migrants”. *Cour Européenne des Droits de l'Homme, Recueil des arrêts et décisions, 2012-II, pag. 65.*

su caso, para la “revisión”. El CDH subrayó que los recursos contra las decisiones de expulsión deben tener efecto suspensivo, incluso cuando se invoca la seguridad nacional.

La soberanía de los Estados comprende el derecho a regular la entrada de extranjeros a su territorio y el PIDCP no otorga a los extranjeros el derecho a entrar en un Estado extranjero. Sin embargo, como se ha descrito anteriormente, el PIDCP impone la obligación de no devolución, en el contexto de la protección de los derechos humanos, en particular, Ancla del derecho a la vida y la prohibición de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Con el fin de garantizar que las personas que dicen huir de la persecución no corran riesgo de devolución, los Estados están obligados a evaluar su reclamo. El rechazo de los individuos en la frontera, antes de que la reclamación se pueda evaluar, por lo tanto, sería per se una violación del principio de non refoulement.

Es importante señalar que no existe en el sistema del PIDCP, un derecho a recibir asilo. Ello, a diferencia de la Declaración Universal de Derechos Humanos en su art. 14, el PIDCP no garantiza el derecho a solicitar y obtener asilo. En consecuencia, el deber de no devolución impuesta a los Estados por el PIDCP no debe confundirse con asilo. Mientras que el primero evita que un Estado ponga a una persona a una situación de peligro, el segundo describe el acto de decisión de un Estado de proteger a una persona, mediante la concesión de refugio en su territorio.

El PIDCP es una herramienta fuerte para la protección de refugiados y solicitantes de asilo, así como de apátridas y desplazados internos, gracias especialmente a las interpretaciones evolutivas realizadas por el CDH.

Se ha señalado que el art. 13 del Pacto determina el ámbito de aplicación del Pacto, con respecto al derecho de un extranjero a permanecer en el territorio de un Estado Parte, pero solo regula directamente el procedimiento, y no los motivos de fondo para la expulsión o prohibición de expulsión. Su finalidad es evidentemente impedir las expulsiones arbitrarias.³⁵

³⁵ Selección de Decisiones del Comité de derechos Humanos, Vol. 6, págs. 50-51. (<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/SDecisionsVol6sp.pdf>).

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas concluyó su sesión N° 117 (2016), con la publicación -entre otros- de un informe con recomendaciones para Argentina, el que no considera cuestiones relativas al tema expulsión de extranjeros. Habrá que ver qué ha de suceder en la sesión 118 del CDH, ya que el 30 de enero de 2017 el Poder Ejecutivo publicó el Decreto N° 70/2017³⁶, que modifica la Ley de Migraciones e impone controles más estrictos para evitar que delincuentes extranjeros operen en el país, y permanezcan en el territorio nacional, pese a tener antecedentes penales. La norma resalta que cada Estado tiene “la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales”. En ese sentido, afirma que esta potestad se ve actualmente dificultada “por la duración de los procesos administrativos y judiciales”, los pueden “llegar a los siete años de tramitación”, para expulsar a alguien del país. La norma i.a. destaca que: “la población de personas de nacionalidad extranjera bajo custodia del Servicio Penitenciario, se ha incrementado en los últimos años, hasta alcanzar en 2016 el 21,35 % de la población carcelaria total” y si se incluye a las personas detenidas por narcotráfico, la cifra de extranjeros sube “al 33 %”. Ello, a pesar de que los extranjeros representan apenas el 4,5 % de la población de Argentina. Atento a esa situación “crítica”, el Gobierno instrumentó la creación de un “Procedimiento migratorio especial sumarísimo”, que permite negar el ingreso y expulsar delincuentes con mayor agilidad. El art. 29 del decreto establece que no podrán ingresar las personas que presenten documentación falsa u omitan informar sobre sus antecedentes penales; los que cumplan condena o tengan antecedentes, tanto en Argentina, como el exterior, “por delitos que merezcan según las leyes argentinas penas privativas de libertad” o “delitos de tráfico de armas, de personas, de estupefacientes, de órganos o tejidos, o por lavado de dinero o inversiones en actividades ilícitas”. Tampoco podrán ingresar al país quienes estuvieron involucrados en actos de terrorismo, crímenes de guerra, de lesa humanidad o promuevan la prostitución. Además, dispone que las mismas causas señaladas podrán ser utilizadas para cancelar las residencias que se hubiesen

³⁶ (V. <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNorma/158336/20170130>).

otorgado cualquiera fuese la antigüedad de las mismas. Es por eso que la Justicia ahora deberá notificar a Migraciones sobre: “todo auto de procesamiento firme, cierre de la investigación preparatoria o acto procesal equiparable y de toda condena por delito penal dictada contra un extranjero, en el plazo de 5 días hábiles de producido”. La expulsión del país por cometer o participar en un delito “doloso” también implica una prohibición de reingreso por un mínimo de 8 años y puede llegar a ser permanente, según el caso.

Si bien en sus últimas sesiones el CDI ha morigerado su expansionismo y liberalidad³⁷, se destacó a través de los años por una rica nutrición jurisdiccional y cuasi jurisdiccional y en aplicación de los principios de progresividad-no regresividad, con facultades expandidas autoatribuidas, en ejercicio de un activismo cuasijurisdiccional, en búsqueda de un mundo de fronteras abiertas, transnacional.

No debemos olvidar que el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), entidad creada para juzgar los más graves crímenes que constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, en el 1º párr. de su Preámbulo, sabiamente recuerda que: “los pueblos están unidos por estrechos lazos y sus culturas configuran un patrimonio común”, y observa “con preocupación”, que ese “delicado mosaico puede romperse en cualquier momento”. Por nuestra parte, hacemos presente que una acción de presión por parte del CDH, una excesiva generosidad con lo ajeno, en materia de apertura de las fronteras, con afectación de la unidad cultural de los pueblos, máxima expresión de cohesión social, junto a la religión, puede ser un factor desencadenante de la temida ruptura de ese delicado mosaico y causa impulsora de mayores catástrofes humanitarias, al olvidar que la crisis cultural puede ser fuente de amenaza a la paz y seguridad de la humanidad, tal como lo señala tan claramente el ECPI.

³⁷ Tal el caso, por ejemplo, del Caso Y c. Canadá (Comunicación núm. 2280/2013. Dictamen aprobado por el Comité en su 114º período de sesiones de 29 de junio a 24 de julio de 2015), en el que el CDH, actuando, en virtud del art. 5, párr. 4º, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictaminó que la expulsión del autor a Sri Lanka no vulneraría los derechos que se le reconocen en los arts. 6 y 7 del Pacto.

La Carta Internacional de Derechos Humanos: su valor en el Derecho Internacional y en la práctica de las Naciones Unidas

LUCIANO PEZZANO*

* *Abogado. Magister en Relaciones Internacionales. Doctorando en Derecho. Profesor Ayudante "A" de Derecho Internacional Público (UNC). Profesor Asociado de Derecho Internacional Público y de la Integración (UCES San Francisco). Profesor Titular de Derechos Humanos desde la Perspectiva Internacional (UCES San Francisco). Miembro del IDIPDI.*



Resumen: En el presente artículo, se estudia el origen y el contenido de la Carta Internacional de Derechos Humanos, así como su papel en la práctica de los órganos de las Naciones Unidas, a los fines de determinar si la misma posee, en su conjunto, algún efecto normativo, más allá de su indudable valor conceptual.

Palabras clave: Carta Internacional de Derechos Humanos – Declaración Universal de Derechos Humanos – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos – Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – Carta de las Naciones Unidas.

Abstract: *This paper studies the origins and contents of the International Bill of Human Rights, and its role in the practice of the United Nations organs, with the purpose of determine if it possesses, as a whole, any normative effect, beyond its conceptual value.*

Keywords: International Bill of Human Rights – Universal Declaration of Human Rights – International Covenant on Civil and Political Rights – International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Charter of the United Nations

I. Introducción

La expresión “Carta Internacional de Derechos Humanos”¹ es utilizada en el sistema universal de protección de derechos humanos² para

¹ El concepto no debe confundirse con el de una “Carta Internacional de Derechos” o *International Bill of Rights*, como algunos autores la han definido, que se refiere al núcleo mínimo de derechos humanos que el derecho internacional reconocería, y que si bien halla sus fuentes también en la Declaración Universal y en los Pactos de Derechos Humanos, toma solamente el contenido de estos instrumentos –así como otras fuentes– y no su totalidad (FRANCIONI, Francesco: “An International Bill of Rights: Why It Matters, How Can It be Used”, *Texas International Law Journal*, Vol. 32 (1997), pp. 471-482). Si bien puede haber una relación entre ambos conceptos, no son idénticos y, por lo tanto, no deben confundirse.

² OACNUDH: *The International Bill of Human Rights*, Folleto Informativo N°2/Rev.1, disponible en:

designar al conjunto de instrumentos formado por la Declaración Universal de Derechos Humanos³, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵ y sus respectivos protocolos facultativos⁶.

Como noción de conjunto, tiene un valor principalmente conceptual, como modo de reforzar la unidad de los derechos humanos y la importancia de su protección para la comunidad internacional. Se le ha llegado a considerar la expresión más clara de la sociedad internacional de un núcleo de compromisos de derechos humanos con status “constitucional”⁷ en el derecho internacional⁸.

Sin embargo, nos preguntamos si la Carta Internacional de Derechos Humanos puede trascender ese valor conceptual, y poseer cierto efecto normativo.

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet2Rev.1en.pdf>, al 17 de junio de 2018.

³ Aprobada por resolución 217 A (III) de la Asamblea General, de 10 de diciembre de 1948.

⁴ Aprobado por resolución 2220 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966. Abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966. En vigor desde el 23 de marzo de 1976.

⁵ Aprobado por resolución 2220 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966. Abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966. En vigor desde el 3 de enero de 1976.

⁶ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por resolución 2220 A (XXI) de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 1966; abierto a la firma el 19 de diciembre de 1966; en vigor desde el 23 de marzo de 1976. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado por resolución 44/128 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1989; en vigor desde el 11 de julio de 1991. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por resolución 63/117, de 10 de diciembre de 2008; abierto a la firma el 24 de septiembre de 2009; en vigor desde el 5 de mayo de 2013.

⁷ Sobre su pretendido carácter “constitucional” y su relación con las Cartas de Derechos –*Bill of Rights*– en los derechos internos, v. GARDBAUM, Stephen: “Human Rights as International Constitutional Rights”, *European Journal of International Law*, Vol. Vol. 19, N°4(2008), pp. 749-768.

⁸ SIMMONS, Beth: “Civil rights in international law: Compliance with aspects of the ‘International Bill of Rights’”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 16, N°2 (2009), pp. 437-481, p. 437.

Ante todo, cabe señalar que uno de los problemas que tenemos al analizar si la Carta Internacional tiene algún efecto normativo es que los instrumentos que la integran tienen diferente naturaleza: mientras la Declaración Universal es formalmente una resolución de la Asamblea General, los Pactos y Protocolos son tratados internacionales. Al mismo tiempo, tenemos el problema de que no todos los Estados son partes en los mismos tratados⁹. Ello significa que no todos los componentes de la Carta tienen los mismos efectos jurídicos sobre todos los Estados, y ello dificulta cualquier consideración respecto de un posible valor normativo de la Carta Internacional en conjunto.

Sin embargo, respecto del primer problema, esto es, en torno al valor jurídico de la Declaración Universal, participamos de la opinión doctrinaria que sostiene que la misma dota de contenido a una obligación preexistente¹⁰, que surge de la Carta de las Naciones Unidas¹¹. Por lo tanto, la Declaración Universal sí tiene cierto valor jurídico, que la propia Carta le otorga. Esto, no obstante, nos introduce en la cuestión de cómo se relaciona la Carta de las Naciones Unidas con la Carta Internacional de Derechos Humanos, y qué papel juegan los Pactos Internacionales en esta relación, toda vez que el segundo de nuestros problemas –esto es, la posibilidad de aplicar los Pactos a Estados que no son parte en ellos– permanece sin resolver. Necesariamente deberemos abordar estas cuestiones en nuestro análisis.

Así, estudiaremos el origen y desarrollo de la Carta Internacional de Derechos Humanos, y su invocación en la práctica de las Naciones

⁹ Al 31 de julio de 2018, el PIDESC tenía 168 Estados Partes y su Protocolo Facultativo, 23; mientras que el PIDCP tenía 171 Estados Partes, su primer Protocolo Facultativo, 116 y su segundo Protocolo Facultativo, 85. Dado que 2 Estados son partes en el PIDESC, pero no en el PIDCP, y 5 Estados son Partes en el PIDCP pero no en el PIDESC, un total de 20 Estados Miembros de las Naciones Unidas no son parte en ninguno de los dos Pactos.

¹⁰ PEZZANO, Luciano: “Fuentes de las obligaciones generales de los Estados en el sistema universal de protección de los derechos humanos”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Vol. XXI (2012), pp. 67-106, pp. 78-99.

¹¹ PEZZANO, Luciano: “La Carta de las Naciones Unidas como fuente de obligaciones en materia de derechos humanos”, en REY CARO, Ernesto J. (Coord.): *El Derecho Internacional Público como norma de conducta de los Estados*. Gráfica Trejo, Córdoba, 2013, pp. 265-310.

Unidas, con el objeto de determinar si los órganos de la Organización le reconocen algún tipo de efecto normativo y, en todo caso, qué tipo de efecto. En ese sentido, debemos recordar que esta metodología ya fue seguida hace más de tres décadas por B G. Ramcharan, quien analizó la práctica de la Organización a los fines de identificar cierto estatus jurídico para la Carta Internacional¹². Nuestro estudio se enriquecerá porque en el largo tiempo transcurrido desde tal análisis, ha habido numerosas menciones expresas a la Carta Internacional en las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas.

II. El origen de la Carta Internacional de Derechos Humanos

Desde el comienzo mismo de las Naciones Unidas¹³ se planteó la necesidad de adoptar una declaración de derechos o, en inglés, una *bill of rights*.

Así fue como la creación de la Comisión de Derechos Humanos por el Consejo Económico y Social, por su resolución 5 (I), incluyó el mandato de, entre otras cosas, presentar proposiciones de “*una declaración internacional de derechos del hombre*”, o, en inglés, “*an international bill of rights*” y en francés “*une déclaration internationale des droits de l’homme*”. En la resolución 9 (II) del Consejo Económico y Social, encontramos dos menciones a la “*carta internacional de derechos*”, pero que en francés y en inglés mantuvo la denominación anterior. Es decir, en este período inicial, vemos que la “*carta*” y la “*declaración*” son dos formas de denominar el mismo instrumento, y que las diferentes formas de llamarlo provienen de la traducción que se haga de los textos inglés o francés.

¹² RAMCHARAN, B. G.: “The Legal Status of the International Bill of Human Rights”, *Nordic Journal of International Law*, Vol. 55, N°4 (1986), pp. 366-383.

¹³ HUMPHREY, John P.: “The International Bill of Rights: Scope and Implementation”, *William & Mary Law Review*, Vol. 17, N°3 (1976), pp. 527-541, p. 527; SOHN, Louis B.: “The Human Rights Law of the Charter”, *Texas International Law Journal*, Vol. 12 (1977) pp. 129-140, p. 130; HASSAN, Parvez: “The International Bill of Human Rights”, *Pakistan Horizon*, Vol. 26, N°4 (1973), pp. 28-42, p. 34.

Sin embargo, en el mismo 1946, la Asamblea General, mediante resolución 43 (I), remitió a la Comisión de Derechos Humanos un “*proyecto de declaración de derechos y libertades humanas fundamentales*” para que esta “*lo estudie al preparar una ley internacional de derechos del hombre*”. Aquí parecen distinguirse la “*declaración*”, de la “*ley*” –o “*carta*”–, confirmado por la versión inglesa de la resolución, que respectivamente, habla de “*declaration*” y “*bill*”, aunque la versión francesa utilice “*déclaration*” en ambos casos.

La cuestión no solamente tenía carácter terminológico, sino también normativo, ya que desde su primer período de sesiones, la Comisión discutió sobre la forma que adoptaría el proyecto que debía redactar: una declaración –que sería aprobada por la Asamblea General–, una convención –que, además, debía ser firmada y ratificada por los Estados–, o ambas¹⁴. La Comisión se inclinó por la última opción en su segundo período de sesiones, pero en los trabajos, dado que se usaban con frecuencia dos títulos para los documentos en preparación –“*Declaración*” y “*Convención*”–, se suscitó la cuestión de si el término “*Carta de Derechos*” –“*Bill of Rights*” o “*Charte des Droits*” debería aplicarse solo a la Convención, o solo a la Declaración, o bien a los dos documentos tomados juntos. En su sesión nocturna del 16 de diciembre de 1947, la Comisión acordó: “*a) Aplicar el término “Carta Internacional de Derechos Humanos”, o, para mayor brevedad, “Carta de Derechos”, a todos los documentos en preparación: la Declaración, la Convención y las Medidas de Aplicación*”¹⁵; b) usar el término “*Declaración*” para designar el proyecto que sería aprobado por la Asamblea General; c) denominar “*Pacto de Derechos Humanos*” a la Convención; y d) llamar “*Medidas de Aplicación*” al resultado de las proposiciones destinadas a hacer efectiva la protección de los derechos, prescindiendo de si estas medidas serán finalmente incorporadas o no en el Pacto.

¹⁴ CDH: *Report of the Drafting Committee on an International Bill of Human Rights to the Commission on Human Rights*, Documento E/CN.4/21, Naciones Unidas, Nueva York, 1947, p. 3, párr. 12.

¹⁵ CDH: *Informe de la Comisión de Derechos Humanos. Segundo Período de Sesiones*, Documento E/600, Naciones Unidas, Ginebra, 1947, p. 6, párr. 18.

Fue a partir de ese momento que la expresión “Carta Internacional de Derechos Humanos” cobró su actual significado y comenzó a ser utilizada, a modo de concepto global, por los órganos de las Naciones Unidas. Sin ir más lejos, la propia resolución 217 (III) de la Asamblea General, que en su parte A aprobó la Declaración Universal, está titulada “Carta Internacional de los Derechos del Hombre”.

Pero la Comisión reconoció que la aprobación del proyecto de Declaración Universal no completaba su tarea de preparar una Carta Internacional de Derechos Humanos, que consistía en una Declaración, un Pacto y las Medidas de Implementación, y se acordó que la Declaración formaba solamente una parte de la Carta Internacional de Derechos Humanos, y que la finalización de un Pacto, que contuviera medidas de implementación, era esencial¹⁶.

En la misma línea, la resolución 217 E (III) de la Asamblea General, *“considerando que el plan de trabajo de la Comisión de Derechos del Hombre prevé la elaboración de una Carta Internacional de Derechos del Hombre, que deberá comprender una Declaración, un Pacto relativo a los derechos del hombre y medidas de aplicación”*, invitó al Consejo Económico y Social para que pidiera a la Comisión que continuara dando prioridad al proyecto de Pacto y medidas de aplicación, lo que el Consejo hizo a través de la resolución 191 (VIII).

Pese a los términos de la Asamblea General y la afirmación de la propia Comisión, el término “Carta Internacional de Derechos Humanos” no volvió a utilizarse durante los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Humanos, ni de sus sucesores, los dos Pactos Internacionales, ni en la Comisión de Derechos Humanos, ni en la Tercera Comisión de la Asamblea General que recibió la tarea en 1954. Solamente el día de su aprobación, el 16 de diciembre de 1966, la delegación de Chipre y el Secretario General la mencionaron. Sostuvo el delegado de Chipre: *“El trabajo que la Comisión de Derechos Humanos comenzó hace dieciocho años ha llegado a feliz término. La Carta¹⁷ Internacional de Derechos Humanos,*

¹⁶ CDH: *Report of the Third Session of the Commission on Human Rights*, Documento E/800, Naciones Unidas, Nueva York, 1948, p. 6, párr. 16.

¹⁷ La versión oficial en castellano del acta literal dice “Ley”. Sin embargo, el acta en inglés, idioma en el que fue pronunciada la declaración, reza “Bill” (ASAMBLEA GENERAL: *Official Records. 1495th. Plenary meeting,*

*integrada por una Declaración Universal, Pactos y medidas de aplicación, es ahora una realidad*¹⁸. Por su parte, el Secretario General sostuvo: “desde la aprobación y proclamación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, el mundo ha esperado ansiosamente que se completasen todas las partes de lo que, a la sazón, se consideraba como una Carta Internacional de los Derechos Humanos, consistente en una Declaración, una o más convenciones internacionales y las correspondientes medidas de aplicación”¹⁹.

Esta ausencia resulta muy difícil de comprender, y dado que no se han realizado a la fecha estudios completos sobre el tema, no podemos más que aventurar alguna hipótesis. Y en ese sentido, la respuesta podría venir de la declaración del Secretario General. Cuando se refiere a lo que “a la sazón se consideraba”, parece indicar que el concepto de Carta Internacional tenía más bien un carácter histórico y que ya no era aplicable. Probablemente, esta visión de U Thant estuvo marcada por las profundas dificultades y desavenencias políticas que habían prolongado el proceso de redacción por casi dos décadas, comenzando por la propia división del Pacto en dos, y la adopción de las “medidas de aplicación” en un Protocolo Facultativo –no en el propio Pacto–, rasgos que, en su conjunto, impedían pensar en la idea de unidad que la noción de Carta Internacional sugería.

Aunque pensemos que esta hipótesis puede ayudar a comprender la ausencia de la expresión “Carta Internacional de Derechos Humanos” en los trabajos preparatorios de los Pactos, no creemos que ello implique que hubiera perdido su sentido original. La propia resolución 2200 A (XXI) y los Preámbulos de ambos Pactos recuerdan la Declaración Universal, lo que permite pensar en una idea de continuidad y unidad. Esto fue confirmado por la propia Asamblea General luego de la entrada en vigor de los Pactos, puesto que, a

Documento A/PV.1495, Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 16, párr. 172), que como hemos visto, se traduce como “Carta”. A los fines de evitar confusiones, preferimos utilizar esta última.

¹⁸ ASAMBLEA GENERAL: *Documentos oficiales. 1495ª sesión plenaria*, Documento A/PV.1495, Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 17, párr. 172.

¹⁹ ASAMBLEA GENERAL: *Documentos oficiales. 1496ª sesión plenaria*, Documento A/PV.1496, Naciones Unidas, Nueva York, 1966, p. 8, párr. 68.

partir de 1978, y hasta 2009, aprobó resoluciones sobre el tema “Pactos Internacionales de Derechos Humanos”, en las que actuó *“Teniendo presente que los Pactos internacionales de derechos humanos constituyen los primeros tratados internacionales de alcance global y con fuerza jurídica obligatoria en materia de derechos humanos y que, junto con la Declaración Universal de Derechos Humanos, forman el núcleo de la Carta Internacional de Derechos Humanos”*²⁰.

A mayor abundamiento, debemos recordar que en la declaración conjunta del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales con motivo del 50º aniversario de los Pactos Internacionales, se expresó: *“Hace 50 años, en diciembre de 1966, la Asamblea General aprobó los dos Pactos de derechos humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se basaban en la Declaración Universal de Derechos Humanos y completaban la Carta Internacional de Derechos Humanos”*²¹.

III. El contenido de la Carta Internacional de Derechos Humanos

La ya referida discusión en torno al origen y evolución de la Carta Internacional nos motiva a preguntarnos por su contenido. En otros términos, ¿qué instrumentos integran la Carta Internacional? Nos resulta claro, pues ello surge de las referidas resoluciones de la Asamblea General, que la Declaración Universal y ambos Pactos Internacionales la integran. La inquietud se plantea en torno a los Protocolos Facultativos de estos últimos, sobre todo si tenemos en

²⁰ Resoluciones 33/51 a 64/152 de la Asamblea General. La Comisión de Derechos Humanos también aprobó resoluciones similares con la misma referencia a la Carta Internacional. Idéntico párrafo encontramos en la resolución 29/1 del Consejo de Derechos Humanos, titulada “Quincuagésimo aniversario de la aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y cuadragésimo aniversario de su entrada en vigor”.

²¹ CCPR-CESCR: *Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos: 50 años más tarde Declaración conjunta del Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Documento CCPR/C/2016/1-E/C.12/2016/3, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 1, párr. 1.

cuenta que los propios Comités, en su declaración conjunta ya citada, parecen indicar que la Carta Internacional quedó completa con la aprobación de los Pactos.

Respecto del Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en la medida en que consagra la posibilidad de acceso de peticiones de individuos ante el Comité de Derechos Humanos por la violación de los derechos reconocidos en el Pacto, se trata de las “medidas de aplicación”, que la Comisión de Derechos Humanos había fijado en su plan de trabajo y que la Asamblea General convalidó en la resolución 217 D (III). Por lo tanto, pensamos, integra la Carta Internacional como uno de sus componentes originarios.

Respecto del Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, la cuestión no aparece con la misma claridad. No hallamos en los trabajos preparatorios ninguna mención a la Carta Internacional, ni tampoco hay alguna en su texto, que no refiere a la Declaración Universal. Sin embargo, su Art. 6.1 dispone que *“Las disposiciones del presente Protocolo serán aplicables en carácter de disposiciones adicionales del Pacto”*. Es decir, se traza una vinculación entre el Pacto y el Protocolo difícil de separar. De allí que nos parezca apropiado considerar que el Segundo Protocolo Facultativo también integra la Carta Internacional²².

Finalmente, con relación al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, si bien no menciona en su texto a la Carta Internacional, sí contiene en su Preámbulo referencias a la Declaración Universal, tanto en forma individual (párrafo 2), como con relación a ambos Pactos (párrafo 3). Asimismo, durante los trabajos preparatorios del Protocolo Facultativo, el experto independiente de la Comisión de Derechos Humanos expresó: *“Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales entró en vigor el 3 de enero de 1976. Cuando nacieron estos dos “gemelos”, que constituyen, junto*

²² Opinión compartida por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH: op. cit., p. 1).

con la Declaración Universal de Derechos Humanos, lo que se ha convenido en llamar la Carta Internacional de Derechos Humanos por la influencia decisiva de estos instrumentos en todos los tratados internacionales de derechos humanos, tanto dentro como fuera del sistema de las Naciones Unidas, nadie podía predecir la suerte diferente que les estaba reservada”²³. Si bien no indicó que el Protocolo Facultativo debía integrar la Carta Internacional, su sola mención en el contexto de la redacción del nuevo instrumento, no obstante su carácter introductorio, no debe considerarse inocua. Además, nos resulta indudable que el Protocolo Facultativo también participa del carácter de las “medidas de aplicación” del Pacto, según lo había ideado la Comisión de Derechos Humanos, no obstante el largo período de tiempo transcurrido. De esa forma pensamos que el Protocolo Facultativo no solamente integra la Carta Internacional, sino que la completa²⁴, haciendo realidad el plan originariamente pensado por la Comisión de Derechos Humanos, de una Declaración, una Convención –materializada en los dos Pactos– y las medidas de aplicación para todos los derechos reconocidos. De allí que autorizada doctrina considerara que el Protocolo Facultativo era la “pieza faltante” de la Carta²⁵.

²³ CDH: *Informe del experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de protocolo facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Documento E/CN.4/2002/57, Naciones Unidas, Ginebra, 2002, p. 4, párr. 2.

²⁴ En ese sentido, pensamos que la referencia de la citada declaración conjunta de ambos Comités a que los Pactos completaron la Carta, se refiere a la consagración de obligaciones jurídicas incuestionables para los Estados –sin perjuicio de nuestra posición respecto de valor jurídico de la Declaración Universal–, y no al sentido de plenitud que las “medidas de aplicación” a través de los Protocolos Facultativos le otorgan a la protección de los derechos humanos en el sistema universal.

²⁵ DE ALBUQUERQUE, Catarina: “Chronicle of an Announced Birth: The Coming into life of the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - The Missing Piece of the International Bill of Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 32 (2010), pp. 144-178. Significativamente, aunque lo sostiene en su título, la autora no avanza en el texto de su trabajo –enriquecido por su propia participación en la redacción del Protocolo– sobre la Carta Internacional ni el papel del Protocolo Facultativo en ella.

Por lo tanto, los tres protocolos facultativos integran la Carta Internacional de Derechos Humanos. Ello viene confirmado, creemos, por las citadas resoluciones de la Asamblea General, en cuanto consideran que la Declaración Universal y ambos Pactos Internacionales forman “el núcleo” de la Carta Internacional, implicando así que hay otro contenido, fuera de dicho núcleo, pero que igualmente la integra.

IV. La Carta Internacional de Derechos Humanos en la práctica de las Naciones Unidas

Con posterioridad a la entrada en vigor de los Pactos Internacionales de derechos humanos, la Carta Internacional es mencionada en numerosas ocasiones en la práctica de los órganos de las Naciones Unidas con competencias en derechos humanos, cumpliendo diferentes funciones, que clasificaremos y reseñaremos a continuación.

1. La Carta Internacional como marco para evaluar situaciones de derechos humanos

La Carta Internacional ha sido utilizada, tanto por la Asamblea General, como por la Comisión de Derechos Humanos, como un concepto marco de estándares mínimos y universales al momento de evaluar situaciones particulares de derechos humanos.

En ese sentido, cabe señalar como antecedente la resolución 1985/39 de la Comisión de Derechos Humanos, sobre la situación de los derechos humanos en la República Islámica del Irán, en la que se sostuvo que “*la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos contienen normas que representan las normas universales de conducta para todos los pueblos y todas las naciones*”. Si bien no menciona a la Carta Internacional, sí lo hace respecto de sus componentes en conjunto y, sin diferenciar su naturaleza, señala que contienen “normas universales de conducta”²⁶.

²⁶ Sobre la resolución y el estudio del Relator Especial que la precedió, v. RAMCHARAN, B. G.: op. cit., pp. 377-379.

En la resolución 1987/60, sobre la cuestión de los derechos humanos en Chile, la Comisión de Derechos Humanos observó “*que el establecimiento de registros electorales y las anunciadas leyes sobre los partidos políticos representan un paso inicial pero que, al no existir un marco institucional para llevar a cabo elecciones libres, tales medidas no responden a los requisitos básicos de un régimen de derecho democrático ni al principio de la no discriminación basada en las opiniones políticas o de otro carácter, que constituye una parte integrante de la Carta Internacional de Derechos Humanos*”. No solamente menciona a la Carta Internacional, sino que extrae de ella el principio de la no discriminación como una “parte integrante”. Se va advirtiendo, entonces, que la Carta Internacional aparece para la Comisión, integrada no solamente por normas, sino también por principios.

Por su parte, la Asamblea General, en su resolución 48/146, sobre la situación de los derechos humanos en Somalia²⁷, actuó “*Guiada por los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros instrumentos de derechos humanos pertinentes*”. No solamente le reconoce el carácter de fuente de principios, sino que la ubica inmediatamente después de la Carta de las Naciones Unidas, indicando así una vinculación con esta, al tiempo que se revela la utilidad práctica de recurrir al concepto como noción totalizadora sin tener que enumerar todos sus componentes. Asimismo, la mención a la Carta Internacional viene con una nota que expresa: “*Véanse las resoluciones 217 A (III), 2200 A (XXI), anexo, y 44/128, anexo*” (negrita añadida), lo que ratifica nuestra opinión de que el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos integra la Carta Internacional.

En la resolución 1994/10, sobre la situación de los derechos humanos en Sudáfrica, la Comisión de Derechos Humanos reafirmó “*su apoyo a la lucha legítima del pueblo de Sudáfrica por la total erradicación del apartheid y su derecho a establecer un sistema no racial y democrático compatible con la Carta Internacional de Derechos Hu-*

²⁷ La Comisión de Derechos Humanos también aprobó resoluciones similares sobre la cuestión con la misma referencia a la Carta Internacional.

manos”. De esta manera reforzó el carácter de estándar mínimo en materia de derechos humanos que la Carta Internacional reviste.

En su resolución 1991/76, la Comisión de Derechos Humanos exhortó *“al Gobierno de Albania a que libere a todos los presos políticos y adopte, lo antes posible, medidas legislativas y administrativas para satisfacer los requisitos estipulados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes, en virtud de los cuales se establecerán la libertad, la democracia y el imperio del derecho y se fomentarán y protegerán eficazmente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los ciudadanos albaneses”*²⁸. Una vez más, la Comisión reconoce a la Carta Internacional, como fuente de “requisitos” que deben cumplirse para el respeto de los derechos humanos.

Con relación a la situación de los derechos humanos en Guinea Ecuatorial, en su resolución 1994/89, la Comisión de Derechos Humanos exhortó *“al Gobierno de Guinea Ecuatorial a que ponga en práctica mecanismos que permitan la liberación de todas las personas detenidas o condenadas por razones políticas y a que adopte lo antes posible, medidas legislativas y administrativas para satisfacer los requisitos estipulados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en otros instrumentos internacionales pertinentes, a fin de hacer avanzar la democracia, el imperio del derecho y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos los habitantes de Guinea Ecuatorial”*. Vemos términos muy similares a los ya utilizados con relación a la situación en Albania, en el sentido de reconocer a la Carta Internacional como fuente de “requisitos”. Sin embargo, al año siguiente, y mediante resolución 1995/71, exhortó *“al Gobierno de Guinea Ecuatorial a que ponga en práctica todas las medidas necesarias destinadas a cumplir las obligaciones derivadas de la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes, a fin de hacer avanzar la democracia, el imperio del derecho y el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales en Guinea Ecuatorial”*. La redacción escogida es casi idéntica, con una diferencia que para nosotros es crucial: ya no se re-

²⁸ Reiterado en similares términos en las resoluciones 1992/69, 1993/65 y 1994/57.

*chos humanos*³³, y luego enumera algunos de esos instrumentos, entre los que, significativamente, no incluye la Declaración Universal ni los Pactos Internacionales, los que, no obstante, menciona varias veces en la solicitud, incluso subrayando que Rwanda es parte de ambos Pactos. Esta omisión de su mención se debe, pensamos, a que da por sobreentendido que los mismos integran la Carta Internacional.

Más problemática es la inclusión de la Declaración Universal, que menciona en dos ocasiones, ambas en conexión con uno o ambos Pactos, pero sin hacer referencia a la Carta Internacional, ni pronunciarse sobre su valor jurídico.

Nos preguntamos, entonces, si es posible inferir que el Congo sostenga la posibilidad de reclamar judicialmente por la violación de la Declaración Universal y, por extensión, de la Carta Internacional en su conjunto –dado que, por supuesto, la reclamación por violación de los Pactos, satisfechos los requisitos de competencia del tribunal, nos parece indudable–. Una primera aproximación nos lleva a una conclusión afirmativa, aunque en la solicitud no se aporte argumento alguno que lo sustente. En ningún pasaje se desarrolla qué instrumentos considera la RDC comprendidos dentro de la Carta Internacional ni por qué su contravención es justiciable por la Corte, en particular, en lo que respecta a la Declaración Universal, sobre cuyo valor jurídico –insistimos– no se pronuncia, aunque la invoque dos veces.

La cuestión no se discutió en el procedimiento sobre competencia y admisibilidad, que finalizó con la declaración de incompetencia de la Corte³⁴. Quizás de haberse llegado al fondo del asunto, la RDC habría desarrollado en su memoria los argumentos que le permitían sostener tan curiosa como interesante interpretación, que desafía al analista, y que, si bien no permite respuestas concretas, sí al menos habilita a formular un interrogante como el que aquí nos planteamos respecto de reconocer cierto valor normativo a la Carta Internacional de Derechos Humanos.

³³ *“Le Rwanda a violé la Charte internationale des droits de l’homme ainsi que les principaux instruments protecteurs des droits de l’homme”* (Ibidem, p. 33; traducción propia).

³⁴ CIJ: *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda), compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2006*, p. 6.

2. La Carta Internacional como fundamento de normas y estándares de conducta sobre cuestiones temáticas

También respecto de cuestiones temáticas de derechos humanos los órganos de las Naciones Unidas han recurrido a la Carta Internacional como fundamento de normas y estándares de conducta.

Así, en su resolución 48/96, la Asamblea General aprobó las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”, que expresan: “*El fundamento político y moral de estas Normas se encuentra en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”. La Asamblea General pareciera estar indicando que la Carta Internacional otorga fundamento “político y moral”, mas no jurídico, a las Normas, pero no creemos que de ello pueda derivarse la ausencia de efectos jurídicos de la Carta Internacional, por la propia naturaleza de los instrumentos que la componen.

Respecto del derecho a la libertad de opinión y de expresión, el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sostuvo: “*El derecho a la libertad de expresión puede considerarse en sí como un derecho demostrativo fundamental, cuyo disfrute ilustra el grado de disfrute de todos los demás derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, que abarca la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*”³⁵. En la resolución 1995/40, la Comisión hizo suya “*la conclusión de que la libertad de expresión es un derecho fundamental, cuyo goce indica de muchas maneras la medida en que se disfrutan todos los derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos*”³⁶. Además de insistirse sobre su contenido, de la opinión del Relator Especial y la Comisión surge que la Carta Internacional consagra derechos humanos.

³⁵ CDH: *Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. Informe del Relator Especial, Sr. Abid Hussain*, Documento E/CN.4/1995/32, Naciones Unidas, Ginebra, 1995, p. 5, párr. 14.

³⁶ Reiterado en resolución 1996/53.

Con relación a la asistencia en la esfera de la administración de justicia y los derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos, mediante resolución 1993/32 reafirmó *“las normas consagradas en la Carta Internacional de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y otros instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos”*³⁷. Una vez más, la Comisión considera a la Carta Internacional como fuente de normas.

La Asamblea General, a partir de la resolución 56/155, aprueba anualmente³⁸ una resolución sobre el derecho a la alimentación³⁹, en la que cita la Observación General N°12 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que analizaremos más adelante–, con expresa referencia a la Carta Internacional.

En sus resoluciones⁴⁰ sobre la protección del personal de las Naciones Unidas, la Comisión de Derechos Humanos actuó guiada *“por la Carta Internacional de Derechos Humanos”*.

En su resolución 30/2, sobre derechos humanos y medidas coercitivas unilaterales, el Consejo de Derechos Humanos expresó *“su grave preocupación porque cualquier medida coercitiva unilateral impuesta será necesariamente contraria a algunas disposiciones de la Carta Internacional de Derechos Humanos o a las normas imperativas y otras disposiciones del derecho consuetudinario y entrañará consecuencias negativas para el disfrute de los derechos humanos por parte de personas inocentes”*⁴¹. Nos resulta particularmente interesante que el Consejo haya mencionado a la Carta Internacional en la misma enumeración que las normas imperativas y el derecho consuetudinario, es decir, fuentes de obligaciones jurídicas, lo que parece indicar que le reconoce cierto valor normativo a sus disposiciones.

En el Principio 12 de los “Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las empresas y los derechos humanos”, elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión

³⁷ Reiterado en resolución 1994/30.

³⁸ La última de ellas es la resolución 72/173.

³⁹ La Comisión de Derechos Humanos y el Consejo de Derechos Humanos también aprobaron resoluciones similares con la misma referencia a la Carta Internacional

⁴⁰ Resoluciones 2000/77, 2002/81 y 2004/77.

⁴¹ Reiterado en la resolución 34/13.

de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie⁴², se dispone: “*La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, que abarcan, como mínimo, los derechos enunciados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y los principios relativos a los derechos fundamentales establecidos en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*”⁴³. En el comentario al principio, el Representante Especial se explyta: “*La Carta Internacional de Derechos Humanos **contiene una lista oficial de los derechos humanos fundamentales internacionalmente reconocidos** (que incluye en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los principales instrumentos en que se ha codificado: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*”⁴⁴ (negrita añadida). Además de confirmar el contenido de la Carta Internacional, el Representante Especial realiza un importante aporte sobre su caracterización: la reconoce como la “lista oficial” de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, en línea con lo que cierta doctrina sostiene, como veremos⁴⁵.

⁴² Que el Consejo de Derechos Humanos hizo propio por resolución 17/4.

⁴³ CDH: *Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*, John Ruggie, Documento A/HRC/17/31, Naciones Unidas, Ginebra, 2011, p. 15.

⁴⁴ Ídem.

⁴⁵ En un documento posterior, se expresa que: “*Aunque las empresas no tienen generalmente obligaciones jurídicas directamente relacionadas con los derechos humanos derivadas de instrumentos internacionales, suelen tener obligaciones jurídicas dimanantes de leyes estatales que incorporan normas internacionales u obligaciones contractuales relativas al respecto de las normas internacionales. En el Principio Rector 12 se especifica que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere a los derechos humanos internacionalmente reconocidos y que las actividades de las empresas pueden tener un impacto sobre prácticamente todo el espectro de estos derechos, que incluye la Declaración Universal [sic] de Derechos Humanos*” (ASAMBLEA GENERAL: *Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas Nota del Secretario General*, Documento A/68/279, Naciones Unidas, Nueva York, 2013, p., párr. 19). Como se advierte, el texto dice “Declaración Universal”, mientras que en el original inglés, en línea con el Principio 12, reza “International Bill” y en la versión

Finalmente, con relación al tema “Promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de los grandes desplazamientos”, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos expresó en su informe: “*Toda persona en el contexto de los grandes desplazamientos, tanto si se define como migrante, refugiado o cualquier otra categoría, tiene derecho a disfrutar de sus derechos humanos. En términos generales, de conformidad con el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración, sin ningún tipo de distinción. [...] En la Carta Internacional de Derechos Humanos, las excepciones entre nacionales y no nacionales se hacen en relación con solo dos derechos, y únicamente en circunstancias limitadas*”⁴⁶. Una vez más, vemos la utilidad de la Carta Internacional como conjunto de disposiciones que consagran derechos humanos.

3. Base jurídica del mandato de procedimientos especiales

La Carta Internacional también aparece como base jurídica del mandato de los denominados “procedimientos públicos especiales” de la Comisión de Derechos Humanos⁴⁷, reemplazados por los “procedimientos especiales” del Consejo de Derechos Humanos⁴⁸. Así, en el caso de los métodos de trabajo del Relator Especial contra la Tortura⁴⁹, encontramos “Los parámetros de su labor quedan definidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en particular en el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, “Charte Internationale”. Se trata no ya de una mera diferencia de traducción sino de un claro error con consecuencias normativas: la Carta y la Declaración son diferentes.

⁴⁶ CDH: *Promoción y protección de los derechos humanos de los migrantes en el contexto de los grandes desplazamientos. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Documento A/HRC/33/67, Naciones Unidas, Ginebra, 2016, p. 4, párr. 6.

⁴⁷ Los procedimientos públicos especiales de la Comisión de Derechos Humanos, creados a partir de la resolución 1235 (XLIII) del Consejo Económico y Social, denominados actualmente “procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos”, son mandatos para presentar informes y asesorar sobre derechos humanos que ejecutan expertos independientes en la materia, desde una perspectiva temática o en relación con un país específico.

⁴⁸ Que se rigen por la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos.

⁴⁹ Mandato establecido por resolución 1985/32 de la Comisión de Dere-

*nidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos y otros instrumentos de Naciones Unidas que contienen disposiciones que garantizan el derecho a no ser torturado o sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*⁵⁰.

Por su parte, en los métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias⁵¹, bajo el título “Base jurídica”, leemos: “*Los parámetros de su labor dimanar de la Carta de las Naciones Unidas, la Carta Internacional de Derechos Humanos, y la Declaración sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*”⁵².

En ambos casos advertimos no solamente el reconocimiento de la Carta Internacional como elenco de derechos consagrados por el sistema universal, sino también como base jurídica de los propios procedimientos, al otorgarle las herramientas normativas que les permiten a los titulares de mandatos determinar los derechos protegidos y las obligaciones estatales a su respecto.

4. Reconocimiento en otros tratados del sistema

Resulta también pertinente a los efectos de este estudio analizar el reconocimiento que los demás tratados del sistema universal puedan haber hecho de la Carta Internacional y su vinculación con ellos.

Cabe señalar en primer lugar que todos los tratados mencionan expresamente a la Declaración Universal⁵³, mientras que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la

chos Humanos. Actualmente en funciones por resolución 34/19 del Consejo de Derechos Humanos.

⁵⁰ CDH: *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, Sr. Nigel S. Rodley*, Documento E/CN.4/1997/7, Naciones Unidas, Ginebra, 1997, Anexo, párr. 1.

⁵¹ Mandato establecido por resolución 20 (XXXVI) de la Comisión de Derechos Humanos. Actualmente en funciones por resolución 36/6 del Consejo de Derechos Humanos.

⁵² CDH: *Métodos de trabajo del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias*, Documento A/HRC/WGEID/102/2, Naciones Unidas, Ginebra, 2014, p. 1, párr. 1.

⁵³ PEZZANO, Luciano: op. cit. en nota 10, p. 87.

mujer⁵⁴, la Convención sobre los Derechos del Niño⁵⁵, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares⁵⁶, y la Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas⁵⁷ también mencionan a los Pactos Internacionales de derechos humanos, y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes⁵⁸, menciona al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁹. Si bien ninguno de estos tratados menciona la Carta Internacional, la referencia a la Declaración Universal y a los Pactos Internacionales parece señalar un reconocimiento a aquellos como la base jurídica de los derechos consagrados en el instrumento de que se trate, con prescindencia de que los Estados sean parte también en los Pactos o no⁶⁰; es decir, se está reconociendo que los instrumentos que conforman la Carta constituyen un fundamento de carácter general a partir del cual se desarrollan y especifican las normas que cada tratado contiene. Además, la unidad entre la Declaración Universal y los Pactos Internacionales es subrayada en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando su preámbulo reconoce *“que las Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. La Carta Internacional –aunque se la nombre a través de sus componentes– contiene la expresión de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos.

⁵⁴ Preámbulo, tercer párrafo.

⁵⁵ Preámbulo, párrafos tercero y octavo.

⁵⁶ Preámbulo, primer párrafo.

⁵⁷ Preámbulo, tercer párrafo, y Art. 28.2

⁵⁸ Preámbulo, cuarto párrafo, y Art. 17.2.

⁵⁹ La única excepción es, por supuesto, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, que fue aprobada un año antes que los Pactos Internacionales y por eso no refiere a ellos.

⁶⁰ En ese sentido, solamente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se refiere a los Estados Partes de los Pactos.

Asimismo, también hallamos en un tratado del sistema una mención expresa a la Carta Internacional. Se trata de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en cuyo extenso Preámbulo, encontramos menciones a la Declaración Universal⁶¹, a ambos Pactos Internacionales⁶² y a la Carta Internacional. Así, respecto de esta última, los Estados Partes se muestran “Conscientes de que las personas, que tienen obligaciones respecto a otras personas y a la comunidad a la que pertenecen, tienen la responsabilidad de procurar, por todos los medios, que se promuevan y respeten los derechos reconocidos en la Carta Internacional de Derechos Humanos”⁶³. Sin perjuicio de la interesante cuestión acerca de si los individuos están o no obligados, en virtud del derecho internacional, a respetar los derechos humanos –la que excede los límites de este estudio–, destacamos dos aspectos de esta referencia. Por un lado, lo que ya venimos viendo en nuestro análisis de la práctica de las Naciones Unidas respecto del valor de la Carta Internacional como concepto global que contiene la lista de derechos reconocidos en el sistema universal. Por el otro lado, el interrogante de por qué en este párrafo –uno de los últimos del Preámbulo– se menciona a la Carta Internacional, mientras que más arriba, en el segundo párrafo, se optó por una redacción diferente: “Reconociendo que las Naciones Unidas, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, han reconocido y proclamado que toda persona tiene los derechos y libertades enunciados en esos instrumentos, sin distinción de ninguna índole”⁶⁴. Es decir, primero se prefirió enumerar los componentes de la Carta Internacional, y luego mencionar esta, pero sin aclarar que se trata, en realidad, de lo mismo. ¿Por qué se optó por esta redacción? Un vistazo a los trabajos preparatorios nos dará la respuesta.

El proyecto de Convención fue redactado por el “Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e

⁶¹ Preámbulo, párrafo b)

⁶² *Ibidem*, párrafos b) y d).

⁶³ *Ibidem*, párrafo w).

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo b). Se trata, como puede apreciarse de una redacción casi idéntica a la del Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad”. Este estableció, en 2003, un Grupo de Trabajo encargado de preparar y presentar un proyecto de texto que sirva de base para la negociación. Fue en este Grupo de Trabajo donde se redactó el párrafo b) del Preámbulo⁶⁵. Durante las negociaciones en el Comité Especial, y ante los intentos de suprimir la mención a los Pactos Internacionales del párrafo, hubo alguna referencia a la Carta Internacional y a la unidad de sus componentes⁶⁶; sin embargo, el texto se mantuvo hasta su aprobación final. El párrafo w), por otro lado, fue agregado como consecuencia de una enmienda propuesta por la Federación de Rusia en febrero de 2006, durante el séptimo período de sesiones del Comité Especial⁶⁷, que no pareció generar ninguna inquietud como la que aquí planteamos.

Lo que es innegable es que la Carta Internacional a que se refiere el párrafo w) del Preámbulo de la Convención está compuesta por los instrumentos a los que se refiere el párrafo b) del mismo Preámbulo y su mención expresa en la Convención –primera en el sistema– ratifica la singular posición que la Carta Internacional tiene dentro del sistema universal.

5. Observaciones generales del CDESCR y del CCPR

Al integrar los Pactos Internacionales la Carta Internacional de Derechos Humanos, es necesario analizar qué función cumple para los órganos de supervisión de ambos. En tal caso, merecen una mención aparte las observaciones generales del Comité de Dere-

⁶⁵ COMITÉ ESPECIAL ENCARGADO DE PREPARAR UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL AMPLIA E INTEGRAL PARA PROTEGER Y PROMOVER LOS DERECHOS Y LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: *Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial*, Documento A/AC.265/2004/WG.1, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, Anexo I, p. 7.

⁶⁶ Esa fue la posición de la Red de Sobrevivientes de Minas Terrestres, según se encuentra en <https://static.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstatpreamblefscomments.htm>, al 27 de junio de 2018.

⁶⁷ Según se consigna en <https://static.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahcstatpreamblesevscomments.htm>, al 27 de junio de 2018.

chos Humanos⁶⁸ y del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁹, por constituir la interpretación autorizada de los Pactos Internacionales. Como ha dicho la Corte Internacional de Justicia: *“Desde su creación, el Comité de Derechos Humanos ha elaborado un considerable cuerpo de jurisprudencia interpretativa, en particular a través de sus dictámenes en respuesta a las comunicaciones individuales que le pueden ser sometidas respecto de los Estados partes en el primer Protocolo Facultativo, y en la forma de sus “Observaciones Generales”. Aunque la Corte no está obligada en modo alguno, en el ejercicio de sus funciones judiciales, a modelar su propia interpretación del Pacto sobre la del Comité, cree que debería adscribirle gran peso a la interpretación adoptada por este órgano independiente que fue establecido específicamente para supervisar la aplicación de ese tratado”*⁷⁰.

Fue el Comité de Derechos Humanos el primero en recurrir a la Carta Internacional en una de sus observaciones generales –única hasta la fecha en la que lo ha hecho–. Se trata de la Observación General Nº26, “Continuidad de las obligaciones”, en la que sostuvo: *“es indudable que el Pacto no es un tratado que, por su naturaleza, entrañe un derecho de denuncia. Junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fue preparado y aprobado al mismo tiempo que él, el Pacto codifica en forma de tratado los derechos humanos universales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento éste que, juntamente*

⁶⁸ El Comité está habilitado para formular observaciones generales en virtud del Art. 40 del Pacto.

⁶⁹ El Comité está habilitado para formular observaciones generales en virtud del Art. 65 de su Reglamento.

⁷⁰ *“Since it was created, the Human Rights Committee has built up a considerable body of interpretative case law, in particular through its findings in response to the individual communications which may be submitted to it in respect of States parties to the first Optional Protocol, and in the form of its “General Comments”. Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty”* (CI): Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, párr. 66, traducción propia).

con los otros dos, configura lo que se denomina “Carta Internacional de Derechos Humanos”. Por ello, el Pacto carece del carácter temporal propio de los tratados en que se considera admisible el derecho de denuncia, pese a que carezca de disposiciones concretas al respecto”⁷¹. El Comité parece recurrir a la Carta Internacional como argumento para fundar la imposibilidad de denunciar el Pacto derivando de ella que el Pacto no posee un carácter temporal. Esta atemporalidad pareciera estar implícita, según interpretamos la opinión del Comité, en la universalidad de los derechos humanos que la Carta Internacional –Declaración más Pactos– consagra y codifica. Pero el Comité también describe cuál es la relación al interior de la Carta Internacional, es decir, entre sus componentes: los Pactos codifican en forma de tratado los derechos humanos universales que la Declaración consagra.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mencionó la Carta Internacional en cuatro de sus observaciones generales, todas en el mismo sentido.

La primera de ellas es la Observación general N° 12, “El derecho a una alimentación adecuada”, en la que afirmó “que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos”⁷². La segunda es la Observación general N° 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” (artículo 12), en la que consideró: “El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circu-

⁷¹ CCPR: Observación General N°26, “Continuidad de las obligaciones”, en NACIONES UNIDAS, *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*, Nota de la Secretaría – Volumen I, Documento HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), Ginebra, 2008, p. 266, párr. 3.

⁷² CESCR: Observación general N° 12, “El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)”, en NACIONES UNIDAS: op. cit., p. 71, párr. 4.

*lación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud*⁷³. La tercera es su Observación general N° 15, “El derecho al agua” (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en la que expresó: “*En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto se enumeran una serie de derechos que dimanán del derecho a un nivel de vida adecuado, “incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados”, y son indispensables para su realización. El uso de la palabra “incluso” indica que esta enumeración de derechos no pretendía ser exhaustiva. El derecho al agua se encuadra claramente en la categoría de las garantías indispensables para asegurar un nivel de vida adecuado, en particular porque es una de las condiciones fundamentales para la supervivencia [...]. El derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del artículo 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo 1 del artículo 11). Este derecho también debe considerarse conjuntamente con otros derechos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, en primer lugar el derecho a la vida y a la dignidad humana*”⁷⁴. Finalmente, la cuarta es su Observación general N° 17, “El derecho de toda persona a 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 autor(a)”, en la que sostuvo: “*la aplicación del apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 depende del goce de otros derechos humanos garantizados en la Carta Internacional de Derechos Humanos y en otros instrumentos regionales e internacionales, como el derecho a la propiedad, individual y colectivamente, la libertad de expresión, incluida la libertad de investigar y recibir información e ideas de toda clase y de difundirlas, el derecho al pleno desarrollo de la personalidad humana y el derecho a participar en las actividades culturales, incluidos los derechos culturales de grupos específicos*”⁷⁵.

⁷³ CESCR: Observación general N°14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12)”, en NACIONES UNIDAS: op. cit., p. 96, párr. 3.

⁷⁴ CESCR: Observación general N° 15, “El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”, en NACIONES UNIDAS: op. cit., p. 118, párr. 3.

⁷⁵ CESCR: Observación general N° 17, “El derecho de toda persona a be-

En todos los casos, el Comité recurre a la Carta Internacional a los efectos de vincular el derecho cuyo contenido está analizando con otros derechos reconocidos en el sistema universal. Así, la Carta Internacional aparece, como ya hemos visto en otros casos de la práctica, como el instrumento que consagra, enuncia –e incluso “garantiza”– los derechos humanos en el sistema.

V. Hacia un valor normativo de la Carta Internacional

El repaso por la práctica de las Naciones Unidas respecto del valor de la Carta Internacional de Derechos Humanos parece mostrar que la misma es algo más que simplemente una forma resumida de denominar a un conjunto de instrumentos de derechos humanos. Ello no significa que podamos negar que esta postura aún sea receptada por cierta doctrina, que sostiene la expresión no es una denominación técnica desde un punto de vista jurídico, sino que reconoce tres documentos internacionales de particular importancia⁷⁶.

Sin embargo, los órganos de las Naciones Unidas no parecen tener en cuenta los aspectos estrictamente técnicos de la cuestión al considerar que la Carta Internacional estipula requisitos y consagra principios y normas en materia de derechos humanos, o que directamente reconoce, enuncia, consagra e incluso garantiza los derechos humanos. Aunque incluso, según hemos visto, se ha ido un poco más allá al sostener que de la Carta Internacional pueden derivarse obligaciones en la materia, la mayoría de las referencias estudiadas apuntan a considerar la Carta Internacional como lo que el Representante Especial Ruggie llamó “lista oficial” de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

neficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto), en NACIONES UNIDAS: op. cit., p. 149, párr. 4.

⁷⁶ ORAÁ ORAÁ, Jaime: “The Universal Declaration of Human Rights”, en GÓMEZ ISA, Felipe, FEYTER, Koen de (Eds.): *International Protection of Human Rights: Achievements and Challenges*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp.73-134, p. 73.

Esta consideración va en línea con lo que Ramcharan sostuviera hace tres décadas de considerar que la Carta Internacional representa el estándar mínimo de conducta en materia de derechos humanos para todos los pueblos y naciones, lo que lo lleva a dos proposiciones básicas: por un lado, una norma contenida en la Declaración Universal o en los Pactos Internacionales puede ser aplicada como una obligación jurídica vinculante, ya sea como parte del derecho consuetudinario o convencional; por el otro, una norma puede ser utilizada como un estándar universal de conducta⁷⁷, lo cual es de gran utilidad en aquellos casos que no pueda predicarse que existe una obligación vinculante para un Estado, por ejemplo, si no es parte de alguno de los Pactos.

Es decir, la Carta Internacional aparece como el núcleo, el enunciado mínimo de los derechos humanos reconocidos en el sistema universal, que los Estados están obligados a promover y proteger, y respecto de los cuales los órganos del sistema –de acuerdo a sus respectivos mandatos– ejercen sus competencias. De esta forma, en cuanto estándar mínimo de protección, puede recurrirse a la Carta Internacional para analizar situaciones de derechos humanos con prescindencia de si los Estados involucrados son o no partes de los Pactos o si reconocen o no fuerza vinculante a la Declaración Universal.

Lo afirmado no implica sostener que la Carta Internacional tenga fuerza obligatoria en cuanto regla de derecho *per se*, pero sí implica reconocerle cierto efecto normativo, al menos dentro del propio sistema universal de protección de los derechos humanos. En particular, esta diferencia parece hallarse, como lo señalaba Ramcharan⁷⁸, en materia de responsabilidad internacional: al no ser la Carta Internacional en su conjunto una fuente de obligaciones jurídicas internacionales⁷⁹, la violación de sus disposiciones como

⁷⁷ RAMCHARAN, B. G.: op. cit., p. 380.

⁷⁸ Ídem.

⁷⁹ Naturalmente, nos referimos a la Carta Internacional en su conjunto y no a sus componentes, cuya obligatoriedad está dada, en el caso de la Declaración Universal, por la propia Carta de las Naciones Unidas, y en caso de los Pactos, por su propia naturaleza de tratados internacionales, aunque solamente respecto de los Estados partes.

tales no podría dar lugar a un hecho ilícito internacional susceptible de generar responsabilidad internacional, pero sí pueden habilitar las competencias de los órganos de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos –en particular, la Asamblea General y el Consejo de Derechos Humanos– para estudiar cuestiones y formular recomendaciones a los Estados a su respecto.

La Carta Internacional cumple además una importantísima función, al otorgar un sentido de unidad a los derechos humanos del sistema universal: no es solamente el “listado” de derechos reconocidos por el sistema, sino también un listado *único*. De esa forma, refuerza la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, que la Declaración y Programa de Acción de Viena reconoció de la siguiente manera: “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí*”⁸⁰. En ese sentido, la composición actual de la Carta Internacional refleja la idea original según la cual debía estar integrada por una Declaración, una Convención y las medidas de aplicación: aunque la Convención única debió ser reemplazada por dos Pactos separados, estos permanecen unidos, como codificación de la Declaración Universal, a través de la Carta Internacional.

Resta, no obstante, una importante cuestión por tratar, y es la relación que pueda existir entre la Carta Internacional de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas. La cuestión es susceptible de un doble análisis. Por un lado, consideramos que es posible trazar una vinculación entre la Carta de las Naciones Unidas y los componentes individuales de la Carta Internacional. Como sostuvimos, la Declaración Universal dota de contenido a la obligación en materia de derechos humanos que nace de la Carta, en virtud de sus Arts. 55, inc. c) y 56 y, por lo tanto, la completa a ese respecto. Por otra parte, aun cuando los Pactos y Protocolos constituyan tratados independientes, existen ciertos rasgos que le asignan un carácter especial dentro del sistema de las Naciones Unidas, en particular, las disposiciones relativas a las enmiendas de los mis-

⁸⁰ CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS: *Declaración y Programa de Acción de Viena*, Documento A/CONF.157/23, Naciones Unidas, Ginebra, 1993, párr. 5.

mos⁸¹, que requieren, además del consentimiento de los Estados Partes, la ulterior aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas⁸². Esta particularidad, que incluye la concurrencia de la voluntad de Estados que no son partes de los Pactos pero Miembros de la Organización, muestra que los redactores quisieron asignarles una naturaleza institucional, vinculada a las competencias de la Asamblea General en materia de derechos humanos⁸³.

Por el otro lado, también puede trazarse alguna vinculación entre la Carta y la Carta Internacional en su conjunto, aunque quizás no tan directa, en el sentido de que, en cuanto listado “oficial” y único de los derechos humanos reconocidos en el sistema, esta constituye un complemento de aquella, y amplía el contenido material de la obligación que surge de la Carta –aunque con un alcance normativo reducido, como señalamos–, a la vez que refuerza y precisa las competencias de los órganos de la Organización en la materia. Como se ha sostenido: *“Si bien las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas referente a los derechos humanos debe considerarse juntamente con la Carta Internacional de Derechos Humanos, tales disposiciones arrojan luz considerable sobre el alcance de los derechos humanos en relación al sistema de estímulo y protección instaurado por las Naciones Unidas”*⁸⁴.

En definitiva, aunque la Carta Internacional de Derechos Humanos no constituya en su conjunto un instrumento único de naturaleza jurídica vinculante para los Estados Miembros de las Naciones Unidas, su valor, a la luz de las normas aplicables de la

⁸¹ V. Art. 51 PIDCP; Art. 29 PIDESC; Art. 11 Primer Protocolo Facultativo PIDCP; Art. 19 Protocolo Facultativo PIDESC. El Segundo Protocolo Facultativo del PIDCP no contiene ninguna disposición relativa a enmienda.

⁸² GARDBAUM, Stephen: op. cit., p. 758.

⁸³ V. ASAMBLEA GENERAL: *Annotations on the text of the draft International Covenants on Human Rights*, Documento A/2929, Naciones Unidas, Nueva York, 1955, p. 131, párr. 22.

⁸⁴ CAVAGNARO, María Victoria: *Instrumentos y Mecanismos de Protección de los Derechos del Niño en el ámbito de las Naciones Unidas*, disponible en <http://www.saij.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-instrumentos-mecanismos-proteccion-derechos-nino-ambito-naciones-unidas-dacf080034-2008-05/123456789-0abc-defg4300-80fcanirtcod>, al 1 de julio de 2018.

Carta de las Naciones Unidas y la práctica de la Organización, trasciende lo meramente conceptual, y permite reconocerle cierto efecto normativo: enuncia y consagra el núcleo mínimo de derechos humanos reconocidos en el sistema universal, que los Estados están obligados a promover y proteger, y respecto de los cuales los órganos del sistema –de acuerdo a sus respectivos mandatos– ejercen sus competencias.

La concreción definitiva de la aceptación universal de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, aspiración que lleva más de medio siglo, dotará a la Carta Internacional de un nuevo carácter, al transformarse en aquel instrumento único de tres partes ideado por sus autores con indudable fuerza vinculante. Hasta entonces, seguirá constituyendo el símbolo de la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, y de su centralidad en los propósitos de las Naciones Unidas.



Particularidades de los Pactos Internacionales sobre los Derechos Humanos

MARÍA CRISTINA RODRÍGUEZ DE TABORDA



Resumen: Este artículo tiene por objeto señalar particularidades presentes en los Pactos internacionales sobre derechos humanos y las diferencias entre ambos.

Palabras clave: Particularidades. Diferencias. Redacción. Reservas. Situaciones excepcionales.

Abstract: This article aims to point out special features present in the International Covenants on human rights and the differences between them.

Key-words: Special features. Differences. Drafting. Reservations. Exceptional situations.

Introducción

El Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (PDCyP) y el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDSEyC), aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966¹, reflejan lo que parte de la doctrina fue calificando como derechos de primera y de segunda generación.

Sin embargo, los juristas todavía no han llegado a fijar un criterio único sobre cuáles derechos contenidos en cada uno de estos tratados pueden calificarse de fundamentales. Simplemente coinciden en dos aspectos fundamentales: el principio *pro omine* y la no regresión. Algunos estudiosos sostienen que no existen diferencias sustanciales entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales². Una rápida lectura de los dos Pactos indica lo contrario, pues se advierten rasgos distintivos en la manera en que han sido redac-

¹ El PDCyP ha sido ratificado por 168 Estados (no lo ha hecho China), en tanto que el PDSEyC está vigente en 164 Estados.

² ABRAMOVICH, V. CURTIS, C. –*Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales* en “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales, Editores del Puerto SRL, 1998, p. 286.

tados los artículos, los que no serían tan importantes si la óptica de interpretación fuera la protección del individuo y no el interés del Estado. En cambio, hay sutiles diferencias vinculadas a la situación jurídica en la que se halle la persona, a las reservas y declaraciones interpretativas y a las situaciones excepcionales del Estado que pongan en peligro la vida de la Nación. Probablemente estas diferencias hagan dudar de la proclamada “indivisibilidad” de los derechos humanos al percibirse cierta fragmentación o exclusión en su reconocimiento internacional o nacional.

a) Redacción

El PSCyP utiliza distintas frases: “toda persona”, “todo niño”, “el extranjero”, “los pueblos”, “todos los ciudadanos” y “las minorías”, mientras que el PDESyC expresa que “todo Estado parte” reconoce o se compromete. Por esta razón se ha dicho que en el primero las obligaciones del Estado son positivas y negativas, mientras que en el segundo son “deberes-prestación”³.

Otra diferencia la encontramos en la efectividad de cumplimiento. Mientras en materia de derechos civiles y políticos es inmediata, respecto de los derechos económicos, sociales y culturales el Estado está obligado a adoptar “hasta el máximo de sus recursos de que disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad” (art. 2,1.), con la salvedad que los países en desarrollo, “teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos (...) a personas que no sean nacionales suyos” (art. 2.3).

b) Situación jurídica en la que se halla la persona

Los artículos 2 y 26 del PDCyP parecieran claros en cuanto a garantizar el respeto de los derechos a todos los individuos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, pero no es así, pues depende de la situación en

³ Ibid., p. 286.

la que se halle una persona frente a la legislación de un Estado. Esta situación dependerá de diferentes factores: ser nacional, extranjero residente legal, refugiado, apátrida, niño, etc. Por ejemplo, el PDCyP afirma que todo ciudadano goza de los derechos políticos sin restricciones indebidas, por lo cual es lógico que sólo los nacionales puedan votar y ser electos (art.25) y que sin nacionalidad no sea posible hacerlo. Ahora bien, el Pacto únicamente se reconoce a todo niño el derecho a una nacionalidad (art.24).

Otra particularidad la encontramos en el artículo 13, ya que la prohibición de expulsión de un extranjero dependerá de su situación legal en el territorio de un Estado. Una situación de permanencia ilegal hace caer la prohibición y, si ésta fuera legal, sólo podrá ser expulsado en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley (CIJ, caso *Diallo*⁴), salvo que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello y previo al uso de todos recursos jurisdiccionales disponibles por el extranjero.

Por otro lado, exclusivamente los no nacionales pueden solicitar refugio, pero corresponde al Estado la facultad de otorgarle esta protección. Una vez otorgada prima la obligación de no devolución mientras dure la situación que originó el peligro para su vida o libertad, pero a diferencia de cualquier otro extranjero que puede elegir su lugar de residencia libremente, el refugiado puede verse limitado al respecto.

En cuanto al PDESyC hemos advertido la divergencia que realiza en el artículo 2, párrafo 3, en el disfrute de los derechos económicos entre nacionales y extranjeros, pero no es la única, porque si bien por el artículo 12 los Estados reconocen el derecho de toda persona al goce del más alto nivel posible de salud física y mental, cuando se refiere a la reducción de la mortalidad alude únicamente a la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños (párrafo 2, inc. a). Empero, en la actualidad hay Estados Parte en los cuales se consiente el matrimonio infantil, circunstancia que impide gozar tanto del derecho a la educación como reducir la mortalidad y la mortalidad infantil⁵.

⁴ CIJ. *Asunto relativo a Ahmadou Sadio Diallo* (República de Guinea c. República Democrática del Congo. Sentencia de 30 de noviembre de 2010.

⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Matrimonios precoces y*

c) *Reservas y declaraciones interpretativas*

Uno de los hándicap de los Pactos constituye la ausencia de prohibición de reservas, aún aquellas disfrazadas de declaraciones interpretativas. En el caso del PDCyP en 1994 el Comité indicó que de los 127 Estados Parte 40 habían formulado 150 reservas sobre disposiciones que garantizaban derechos específicos o limitaban la competencia de dicho órgano.

En los países de religión islámica el reconocimiento y la amplitud de los derechos encuentra una interpretación particular: la *sharia* islámica, lo que produce restricciones a los mismos, trátase de mujeres o de extranjeros.

Hay variantes en algunos derechos, por ejemplo, en el derecho a la educación. La reserva realizada por Madagascar al artículo 13 del PDESyC se aplica a la población en general, mientras que la formulada por India a la misma disposición únicamente afecta a los extranjeros.

A través de las reservas otros Estados excluyen los efectos del art. 8, que garantiza el derecho a formar sindicatos y el derecho de huelga (Kuwait), o como Reino Unido y Países Bajos que limitan la aplicación del art. 12 del PDCyP (derecho de residencia)⁶ a los ciu-

embarazos en la adolescencia y la juventud. Informe de la Secretaría. A65/13 (16 de marzo de 2012). UNICEF. *Matrimonio infantil* (disponible en:

https://www.unicef.org/spanish/protection/files/FactSheet_child-marriage_sp.pdf).

⁶ “The Government of the United Kingdom reserve the right to interpret the provisions of article 12 (1) relating to the territory of a State as applying separately to each of the territories comprising the United Kingdom and its dependencies”. The Government of the United Kingdom reserve the right to continue to apply such immigration legislation governing entry into, stay in and departure from the United Kingdom as they may deem necessary from time to time and, accordingly, their acceptance of article 12 (4) and of the other provisions of the Covenant is subject to the provisions of any such legislation as regards persons not at the time having the right under the law of the United Kingdom to enter and remain in the United Kingdom. The United Kingdom also reserves a similar right in regard to each of its dependent territories.

Declaration: “...The Kingdom of the Netherlands, consisting, as per 10 Oc-

dadanos de territorios de ultramar y no garantiza la igualdad laboral entre hombres y mujeres (art. 8 del PDESyC).

Más general es la reserva del gobierno francés al PDCyP relativa al ingreso y permanencia de extranjeros, pese a que fue redactada bajo la forma de declaración⁷.

d) Situaciones excepcionales del estado que pongan en peligro la vida de la Nación (art. 4)

Es aceptado que frente a situaciones excepcionales el disfrute de algunos derechos puede ser restringido, pero además, el mismo tratado puede admitirlo ante la ausencia de su tratamiento en sus disposiciones. Así, por ejemplo, el art. 4 del PDCyP dispone que está permitida la suspensión de los derechos mientras no se discrimine por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social, sin hacer mención al origen nacional. De manera tal que los extranjeros pueden verse limitados en sus derechos, salvo que se trate de aquellos que garantizan la vida, la integridad personal (tortura), la esclavitud y servidumbre, la prisión por deudas contractuales, el principio de legalidad, la personalidad jurídica y las libertades de pensamiento, religión y conciencia.

Fuera de ello, cada Estado goza de un margen de apreciación para juzgar si la situación amerita tales restricciones, en tanto sus acciones no constituyan un abuso de derecho. Esta circunstancia fue admitida por el Comité del PDCyP cuando señaló que no puede juzgar sobre las razones de seguridad que fundan la restricción a ciertos derechos⁸.

tober 2010, of the European part of the Netherlands, the Caribbean part of the Netherlands (the islands of Bonaire, Saint Eustatius and Saba), Aruba, Curaçao and Saint Maarten, regards these parts as separate territories for the purpose of Article 12, paragraph 1, and as separate countries for the purpose of Article 12, paragraphs 2 and 4, of the Covenant.”

⁷ “The Government of the Republic declares that article 13 cannot derogate from chapter IV of Order No. 45-2658 of 2 November 1945 concerning the entry into, and sojourn in, France of aliens, nor from the other instruments concerning the expulsion of aliens in force in those parts of the territory of the Republic in which the Order of 2 November 1945 does not apply”.

⁸ Al referirse al caso de expulsión de un apátrida vinculado al movimiento

sandinista que ingresa clandestinamente en Costa Rica y que había sido adiestrado en Cuba, el Comité sostuvo: “ha examinado también si se han cumplido las condiciones previstas en los artículos 2 y 3 del Protocolo Facultativo. En lo que atañe a una posible violación del artículo 9 del Pacto, el Comité observa que ese artículo prohíbe la detención y prisión arbitrarias. El autor fue detenido y recluido legalmente en razón de su ingreso no autorizado a Costa Rica. El Comité observa que el autor se encuentra detenido en espera de la deportación y que el Estado Parte trata de encontrar un país dispuesto a aceptarlo. En ese contexto, el Comité observa que el Estado Parte ha aducido razones de seguridad nacional en relación con el procedimiento de deportación. No incumbe al Comité calificar la evaluación por un Estado soberano de los problemas de seguridad que un extranjero entraña para él. En cuanto a la posible violación del artículo 14 del Pacto, un minucioso examen de la comunicación no ha revelado hecho alguno que corrobore la denuncia del autor de ser víctima de tal violación (Comunicación N° 296/1988 -*Declarada inadmisibile*: 30 de marzo de 1989, 35° período de sesiones).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas

Retrospectivas a 50 años de su aprobación

CHRISTIAN G. SOMMER *

* *(Abogado. Doctor en Derecho - Universidad Nacional Córdoba - Profesor de Derecho Internacional Público (UNC - UCC - UBP). Miembro titular del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Director del Instituto de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba)*



tegen una gran variedad de derechos. De los principales instrumentos y pactos internacionales, deben destacarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976¹.

Este pacto internacional, al igual que su homólogo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, constituyen las bases sobre los cuales se fue estructurando todo el sistema internacional de derechos humanos que en la actualidad contamos a nivel global. Su implementación no ha estado exenta de escollos propio de los vaivenes de la realidad nacional e internacional que a lo largo de estos 50 años los Estados han ido experimentando. Pero a la vez, sus normas son el reflejo de los principales derechos humanos en el ámbito civil y político, incluso llegando a ser el camino de aplicación interpretativa para otros derechos de tipo económicos o sociales a través de la labor del Comité de derechos Humanos².

*El contenido del Pacto*³

El Pacto se divide en seis partes principales. Las partes I y II enuncian una serie de disposiciones que se aplican en general a todos los derechos descritos en el Pacto. La parte III es la «columna vertebral» del Pacto, donde se exponen en detalle los derechos individuales sustantivos. Las partes finales tratan del establecimiento del Comité de Derechos Humanos, sus funciones de vigilancia y diversas cuestiones técnicas.

¹ El Pacto fue ratificado por Argentina 8 de agosto de 1986 e incorporado previamente por ley n° 23.313 el 17 de abril de 1986 y promulgada la ley el 6 de mayo de 1986.

² Cf. SALVIOLI, F. “Indivisibilidad e Interdependencia de los derechos humanos como criterios rectores para el trabajo de los órganos convencionales de monitoreo. La relación contemporánea entre los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. En CANCADO TRINDADE, A – BARROS LEAL, C – SERBINI RIBEIRO LEAO, R. *O Cinquentenario do dois pactos de direitos humanos da ONU*. Vol 1. Graffica Editora, Fortaleza, 2016, págs. 69-133.

³ Para una lectura más amplia del contenido del Pacto ver: El Comité de Derechos Humanos. Folleto informativo n° 15.

<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet15rev.1sp.pdf>

Las dos primeras partes, que abarcan los artículos 1 a 5, forman un importante conjunto de lo que podría muy bien definirse como disposiciones de carácter general o estructural. El artículo 1, que constituye la parte I, garantiza el derecho de libre determinación. Este derecho es diferente de los otros derechos del Pacto en el sentido de que se confiere expresamente a los “pueblos”, y no a los “individuos”. Es también el único derecho común a ambos Pactos, ya que el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es idéntico. Si bien el alcance preciso, con arreglo al derecho internacional, del derecho a la libre determinación todavía no se ha definido, puede afirmarse con fundamento que una condición para la expresión cabal y genuina de la libre determinación por parte de un pueblo es el pleno disfrute por sus miembros de los derechos enunciados en el Pacto.

La parte II abarca los artículos 2 a 5. El artículo 2 es una de las piedras angulares del Pacto. Establece que cada Estado Parte debe respetar y garantizar a todos los individuos que están sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto. Con algunas excepciones, como el derecho de voto, esos derechos se aplican no sólo a los ciudadanos sino a todas las personas que se encuentren en el territorio del Estado y se deben respetar sin discriminación. Si fuere necesario, habrá que promulgar legislación para garantizar adecuadamente esos derechos. Un aspecto crucial es que los Estados Partes tienen que poner recursos a disposición de las personas cuyos derechos con arreglo al Pacto hayan sido violados.

Ya hace tiempo el Comité de Derechos Humanos ha interpretado este derecho como la exigencia de que exista un foro para oír la alegación de una violación de un derecho reconocido en el Pacto si está “suficientemente bien fundada como para que pueda invocarse con arreglo al Pacto”⁴. Comúnmente, son los tribunales y las autoridades administrativas los que proporcionan esos recursos. Sin este derecho de hacer valer un derecho enunciado en el Pacto ante las autoridades nacionales por vía de un recurso, los derechos sustantivos dimanantes del Pacto quedarían privados de buena parte de su efecto práctico. El al-

⁴ Ver. Observación General n° 13. Alcances del Art. 14 del Pacto. “Administración de Justicia”. 21 período de sesiones. 1984 - Observación General n° 32. Alcances del Art. 14 del Pacto. “derecho a un juicio justo”. 90 período de sesiones. 2007.

cance de la obligación que entraña este artículo clave puede verse con más detalle en la Observación general N° 31 sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto⁵.

Los órganos creados en virtud de tratados y los especialistas en la materia han elaborado una interpretación tripartita de las responsabilidades que imponen los tratados a un Estado Parte. La primera obligación es la de *respetar* los derechos, lo cual entraña, como la exigencia más obvia, que los gobiernos deben abstenerse de violar los derechos humanos. Esto suele también denominarse una obligación “negativa”, o la obligación de no realizar determinados actos o prácticas. El ejemplo clásico es que un Estado debe abstenerse de realizar actos de tortura o de privación arbitraria de la vida. La segunda obligación, *proteger* el disfrute de los derechos, va más allá: el Estado Parte no sólo debe abstenerse de violar los derechos de un individuo, sino que también debe proteger al individuo contra cualquier violación de sus derechos por terceros, ya sean particulares, empresas o entidades no estatales. Esto puede muy bien exigir una actuación positiva del Estado Parte, por ejemplo, el establecimiento de un marco legislativo y normativo adecuado y la dotación de recursos suficientes para su puesta en práctica efectiva. En tercer lugar, un Estado Parte debe *promover o hacer efectivos* los derechos de un individuo, es decir, adoptar las medidas que se precisen para crear un entorno necesario y propicio en el que puedan realizarse plenamente los derechos en cuestión. Se trata aquí también de una obligación «positiva», que puede exigir la adopción por el Estado Parte de medidas importantes, entre ellas la asignación de recursos apropiados, para cumplir sus obligaciones en virtud del tratado.

El artículo 3 del Pacto establece la igualdad de hombres y mujeres en el goce de los derechos del Pacto. A medida que las decisiones del Comité han evolucionado, el artículo 26 de la parte III del Pacto, que prevé la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación, incluso por motivos de sexo, se ha interpretado de manera que abarca la misma protección, pero el hecho de que esta cuestión figure en la primera parte del Pacto pone de manifiesto la importancia que le atribuyeron los artífices del Pacto⁶.

⁵ Ver: (CCPR/C/74/CRP.4/Rev.6).

⁶ Ver. Observación General n° 4. Alcances del Art. 3 del Pacto. “derecho

Los artículos 6 a 11 pueden considerarse las disposiciones básicas para la protección de la vida, la libertad y la seguridad física del individuo. Estas disposiciones también estipulan los estrechos límites dentro de los cuales puede imponerse legítimamente la pena capital en los Estados Partes que todavía no la hayan abolido. Se establecen prohibiciones específicas en relación con la tortura, los experimentos médicos no autorizados, la esclavitud y el trabajo forzoso. También se mencionan los derechos de las personas privadas de libertad, normalmente por detención, y que están bajo arresto. Los artículos 12 y 13 tratan de la libertad para entrar y salir de un Estado y para circular dentro de él, y establecen normas concretas aplicables a la expulsión de extranjeros.

Los artículos 14 a 16 describen la manera en que debe ser tratada una persona en un proceso judicial. El artículo 14 garantiza el derecho a un juicio justo en las causas tanto penales como civiles, derecho de fundamental importancia, habida cuenta sobre todo del vínculo estrecho existente con el derecho a un recurso efectivo, que figura en el artículo 2. Expone los derechos a la igualdad ante los tribunales, y a una justa resolución judicial ante las cortes de justicia y los tribunales, y enumera una serie de protecciones adicionales que se aplican a los procesos penales. El artículo 15 prohíbe la imposición de sanciones penales con efecto retroactivo, en tanto que el artículo 16 declara simplemente que todo ser humano tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los artículos 17 a 22 estipulan las libertades fundamentales que se han de disfrutar sin injerencias injustificadas. El artículo 17 trata del derecho a la vida privada, el artículo 18 de la libertad de pensamiento y de religión, el artículo 19 de la libertad de opinión y expresión (con sujeción a las prohibiciones expuestas en el artículo 20, a saber, la apología de la guerra o del odio nacional, racial o religioso), el artículo 21 del derecho de reunión pacífica y el artículo 22 de la libertad de asociación, inclusive por conducto de sindicatos.

Los artículos 23 y 24 reconocen la función particular de la unidad familiar y se ocupan de cuestiones relativas al matrimonio y los derechos de los niños. El artículo 25 consagra el importante de-

recho de la participación política y describe los derechos a votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal y por voto secreto, así como los derechos a participar en la dirección de los asuntos públicos y a tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas.

Junto con los artículos 2 y 14, el artículo 26, como se señaló antes, es una disposición fundamental del Pacto. Establece el derecho de igualdad ante la ley y el derecho a tener igual protección de la ley, seguido de una extensa garantía de no discriminación. El Comité de Derechos Humanos ha adoptado una interpretación amplia de esta disposición, poniéndola en relación con todas las disposiciones de la ley, y no simplemente con los términos del Pacto⁸. Así, si un Estado Parte otorga un beneficio particular de cualquier tipo a una persona o grupo de personas, debe hacerlo de manera no discriminatoria. En otras palabras, las distinciones que se hagan en virtud de la ley deben estar basadas en motivos razonables y objetivos, motivos que el Comité debe poder evaluar, para que sean compatibles con esta disposición.

La parte III del Pacto termina con el artículo 27, que garantiza a las personas que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas el derecho, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, practicar su propia religión y emplear su propio idioma. Aunque está expresada formalmente como un derecho individual, la mejor manera de entender esta disposición es, por definición, como un derecho colectivo que protege a una comunidad de individuos.

Vigilancia y aspectos técnicos del Pacto

Las partes restantes del Pacto establecen el Comité de Derechos Humanos, como órgano de vigilancia del tratado. La parte IV, que abarca los artículos 28 a 45, establece el Comité y estipula sus funciones y procedimientos. La parte V del Pacto, que comprende los artículos 46 y 47, contiene disposiciones de salvaguardia respecto

⁸ Ver. Observación General n° 18. Alcances del Art. 4 del Pacto. "no discriminación". 37 período de sesiones. 1989 -

de la Carta de las Naciones Unidas y, en conexión con el artículo 1, del derecho inherente de los pueblos a disfrutar y utilizar libremente sus riquezas y recursos naturales. Estos articulados han tenido también tratamiento en el marco del Comité para analizar más recientemente las relaciones entre los derechos humanos y el rol de las empresas transnacionales en las violaciones de derechos de pueblos originarios o de grupos⁹. Los artículos 48 a 53, que constituyen la parte VI y última, contienen las disposiciones habituales de los tratados acerca del mecanismo para hacerse parte, la notificación y las enmiendas. El artículo 50 estipula que las disposiciones del Pacto son aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna. Esto es importante para los Estados cuyo derecho interno reserva la competencia exclusiva en determinadas esferas a las autoridades estatales o provinciales, y no a las federales. En tales casos, las autoridades federales, que normalmente representan al Estado Parte ante el Comité, deben tomar las medidas procedentes para garantizar la plena aplicación del Pacto dentro de su territorio y la disponibilidad de los recursos necesarios en caso de violación.

En este sentido, el artículo 50 es una reafirmación de los principios conocidos de derecho internacional, según los cuales la responsabilidad internacional de un Estado se basa en los actos y omisiones de sus autoridades a todos los niveles, ya sean nacionales, provinciales o locales, y el derecho interno de un Estado no excusa la violación de una obligación contraída en virtud del tratado.

A diferencia de numerosos tratados, las disposiciones finales del Pacto no prevén la posibilidad de que un Estado Parte denuncie un tratado y se retire de él. En esas circunstancias, el Comité ha considerado que, habida cuenta del carácter particular de los tratados de derechos humanos, como el Pacto, que confieren derechos y libertades básicos a las personas dentro de la jurisdicción de un Estado Parte, esos derechos y libertades no pueden suspenderse una vez que se han confirmado¹⁰. Por consiguiente, si un Estado ha ra-

⁹ Cfr. RIEDEL, E. "Reflections on the UN Human Rights Covenants at Fifty". *Archiv des Völkerrechts*, Volume 54, Number 2, June 2016, pp. 132-152(21).

¹⁰ CCPR/C/21/Rev.1/add.6. Comentario general n° 24 aprobado por el

tificado el Pacto, no puede cancelar sus obligaciones mediante la denuncia del tratado. De manera análoga, los Estados Partes no pueden denunciar el segundo Protocolo Facultativo, que tampoco contiene ninguna disposición sobre la denuncia. En cambio, el primer Protocolo Facultativo establece específicamente un procedimiento de denuncia. Una cuestión conexas es la situación que se crea, en lo que se refiere a la aplicabilidad del Pacto, cuando un Estado Parte en el Pacto se desmiembra en una serie de Estados sucesores. Aplicando un criterio parecido, el Comité ha considerado que un Estado sucesor asume las obligaciones contraídas en virtud del Pacto por el Estado predecesor. En general, esta situación precisa no se ha planteado, ya que los Estados sucesores han confirmado la aplicabilidad del Pacto en sus ordenamientos jurídicos.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto

El Comité de Derechos Humanos se estableció con arreglo al artículo 28 del Pacto. Está integrado por 18 miembros, que deben ser nacionales de Estados Partes en el Pacto. Los miembros del Comité, al igual que los de otros órganos creados en virtud de tratados, se denominan a menudo “expertos”. Conforme al artículo 28 del Pacto, los miembros del Comité deben ser “personas de gran integridad moral, con reconocida competencia en materia de derechos humanos”, y “se tomará en consideración la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica”. Cada miembro es un nacional del Estado Parte que lo propone, pero no representan posteriormente a los Estados, por consiguiente, las deliberaciones del Comité deberían ser políticamente imparciales. Para asegurar el respeto a las más altas normas de conducta, el Comité ha adoptado directrices éticas que sirvan de orientación a sus miembros.

El reglamento del Comité¹¹ también estructura alguno de esos

Comité de Derechos Humanos con relación a las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de los Protocolos facultativos o de la adhesión de ellos, o con relación con las declaraciones hechas de conformidad con el art. 41. Del Pacto. 11 de noviembre de 1994.

¹¹ Rules of Procedure of the Human Rights Committee, UN Doc CCPR/C/3/Rev.6, 24.04.2001, en <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Sym->

nacional, en tanto complementan una explicación práctica de las obligaciones en virtud del tratado y pueden servir de orientación para determinadas cuestiones para los Estados.

En la práctica, las Observaciones Generales han cambiado con el tiempo. Se aprecia en las primeras un carácter descriptivo y poco detallado de las consideraciones del Comité. Aunque se ha seguido una tendencia a comentar artículo por artículo las cláusulas sustantivas del PIDCP, se han adoptado algunas Observaciones más bien temáticas que atraviesan diversas disposiciones de manera simultánea, haciendo mayor énfasis en los recursos interpretativos del PIDCP. Un efecto adicional de las Observaciones Generales es la sinergia que producen entre los actores no gubernamentales, así como su referencia en los órganos jurisdiccionales nacionales o internacionales.

En lo que respecta a las obligaciones de los Estados, de conformidad con el artículo 40 del Pacto, los Estados Partes del Pacto adquieren la obligación de *presentar informes al Comité de Derechos Humanos* en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor del Pacto en el respectivo Estado Parte, y de ahí en adelante cada vez que el Comité lo requiera. En ellos, los Estados Partes deben indicar las disposiciones adoptadas y los progresos realizados, con el fin de asegurar el goce de los derechos reconocidos en el Pacto.

En la práctica del Comité de Derechos Humanos, la preparación de los informes iniciales requiere que se proporcionen datos por cada uno de los artículos del tratado.⁸⁰ En los informes periódicos los Estados sólo deben reportar las acciones de acuerdo con las disposiciones destacadas por el Comité en sus Observaciones Finales, así como las áreas en las que ha habido un desarrollo significativo¹³. Se deben incluir, específicamente:

—Como base, las Observaciones Finales del Comité, en particular las preocupaciones y recomendaciones respecto del reporte previo y la evaluación del Estado respecto del progreso hacia la vigencia de los derechos contenidos en el PIDCP.

¹³ Cf. BARRERA, G. *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Colección del Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos. Fascículo 3. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 2012. Pág. 38.

- Los informes deben seguir la estructura del PIDCP.
- Las directrices para informes iniciales también pueden considerarse.
- Un cambio fundamental en lo político o jurídico que impacte la vigencia de los derechos del PIDCP.
- Nuevas medidas administrativas o legislativas que ameriten un documento anexo, con decisiones judiciales incluidas.

Estos informes que los países presentan han permitido al Comité de Derechos Humanos a lo largo de su vigencia, el ponderar cómo los Estados vienen dando cumplimiento a sus compromisos, pero como se ha sostenido, el órgano del Pacto debería tener en cuenta la situación particular del Estado en cuando a ratificación o adhesión a otros instrumentos internacionales universales o regionales de derechos humanos y las decisiones e interpretaciones de los órganos jurisdiccionales que aplican dichos instrumentos, a fin de lograr una “fertilización cruzada” para una mejor tutela de derechos¹⁴. Como política de poder constatar muchas de las apreciaciones de los Estados, el Comité ha venido adoptando desde hace varias décadas la posibilidad que las ONGs puedan presentar sus apreciaciones sobre la situación de derechos humanos en los países y en algunos casos reciben informes confidenciales o “shadow reports” de parte de personas u ONGs que trabajan en temas vinculados en el Pacto.

El Comité se encarga de examinar estos informes y emite, tras un diálogo con la representación del Estado Parte, conclusiones y recomendaciones para mejorar la aplicación del Pacto. Estas conclusiones y recomendaciones se conocen con el nombre de “observaciones finales”. Estas observaciones finales contienen la evaluación general que el Comité hace del informe del Estado Parte y del diálogo mantenido con la delegación. En ellas se destacan los progresos observados durante el período que se examina; los factores y dificultades que afec-

¹⁴ SALVIOLI, F. “Desafíos y perspectivas del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el sistema internacional contemporáneo de protección de los derechos y libertades fundamentales de mujeres y hombres”. En PANELLA, L. – SPATAFORA, E. *Studi in Onore di Claudio Zanghi. Organizzazione Internazionale e Diritto dell Unione Europea*. Vol III. Giappichelli, Torino, 2011. Pag. 309.

tan a la aplicación del Pacto, y los motivos de preocupación relacionados con su aplicación. Incluyen asimismo sugerencias y recomendaciones al Estado Parte interesado para mejorar la aplicación del Pacto.

Además del procedimiento de presentación de informes, el artículo 41 del Pacto establece que el Comité debe *examinar las denuncias entre los Estados*. Además, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto otorga al Comité competencia para examinar las *denuncias de los particulares* en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados Partes en el Protocolo.

Este aspecto ha sido de gran avance en la posibilidad que los habitantes de los Estados puedan acudir a instancias internacionales para reclamar el incumplimiento del Pacto en los Estados Partes, cuando se hayan agotado todas las instancias locales de reclamación internacional o sean inverosímil las acciones para reclamar en el Estado. Con arreglo al artículo 86 del reglamento del Comité, éste puede, tras recibir una comunicación y antes de emitir su dictamen, pedir a un Estado Parte que tome medidas provisionales a fin de evitar daños irreparables a la víctima de las presuntas violaciones. El Comité sigue aplicando esta norma en las ocasiones oportunas, sobre todo en los casos presentados por personas o en nombre de personas que han sido sentenciadas a muerte y esperan la ejecución, si alegan que se les ha privado de un juicio justo. Dada la urgencia de esas comunicaciones, el Comité ha pedido a los Estados Partes interesados que no ejecuten las sentencias de muerte mientras se estén examinando los casos. En este aspecto se han conseguido concretamente suspensiones de la ejecución. El artículo 86 se ha aplicado también en otras circunstancias, por ejemplo en casos de deportación o extradición inminente que pudiera suponer para el autor un riesgo real de violación de los derechos amparados por el Pacto, en particular cuando existe riesgo de tortura¹⁵.

En términos generales, el procedimiento involucra la comunicación de una persona sujeta a la jurisdicción del país, y la res-

¹⁵ Cf. DE ZAYAS, A. M. *Desarrollo jurisprudencial del Comité de Derechos Humanos en aplicación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Una visión práctica*. Disponible en: <https://alfreddezayas.com/Chapbooks/ALCALALIBRO.doc>

puesta del Estado Parte en un plazo de seis meses. El Comité resuelve sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación y da seguimiento al cumplimiento de sus Observaciones en el mecanismo normal de monitoreo que se ha discutido en este texto. Al evaluar la admisibilidad de las comunicaciones, el Comité determinará causas de litispendencia o de no agotamiento de recursos internos. Una vez que la comunicación ha sido registrada, se comunica a los Estados el ingreso de los casos para solicitar sus opiniones de admisibilidad y fondo. Es posible que el relator proponga la inadmisibilidad de la comunicación o que se prepare su transmisión al Estado. En estas etapas iniciales comienza la posibilidad de ejercer las amplias facultades del Comité para dictar medidas provisionales “para evitar un daño irreparable a la víctima de la violación alegada”. El ejercicio de esta facultad se lleva a cabo a través del Relator de Comunicaciones y se observa típicamente en casos de pena de muerte. Según estipula el artículo 96 del reglamento, todos los documentos de trabajo publicados por el Comité son confidenciales, a menos que el Comité decida otra cosa. Ahora bien, el autor de una comunicación y el Estado Parte interesado pueden hacer públicos todo documento o información que tenga que ver con los procedimientos a menos que el Comité haya pedido a las Partes que respeten su confidencialidad. Las decisiones finales del Comité (dictámenes, decisiones de declaración de inadmisibilidad de una comunicación, decisiones de cancelar comunicaciones) se hacen públicas; también se hacen públicos el nombre del autor, a menos que el Comité decida otra cosa. Normalmente el Comité no hace públicas las decisiones por las que se declaran admisibles las comunicaciones¹⁶.

Los primeros 50 años del Pacto, han permitido que el instrumento internacional logre una vigencia casi global en la mayoría de los países. Ya sea con una aplicación más acotada de solo posibilitar el informe nacional o que se permita la aplicación del Protocolo facultativo para recibir comunicaciones particulares, lo cierto es que su uso por parte de los ciudadanos y las ONGs constituye

¹⁶ Cfr. LOPEZ MARTIN, A. G. “La reclamación individual como técnica de control del respeto a los derechos humanos. ¿Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas o Tribunal Europeo de Derechos Humanos?” *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. 5, 2004, págs. 225-260.

un instrumento jurídico de relevancia. Pero a la vez, mucha de esa evolución, se lo debemos al trabajo de los miembros del Comité de derechos Humanos que contribuyen con sus comentarios, reportes y observaciones, a una mejor progresividad de los derechos humanos.





Resumen: Desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en el año 1966 el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se ha recorrido un camino de casi cincuenta años, con el fin de lograr una progresiva realización de estos derechos (DESC), tanto en su reconocimiento a nivel interno de los Estados, como la posibilidad de hacerlos valer a instancias internacionales. Se pretendía que gozaran de la misma jerarquía y operatividad de la que siempre han gozado los derechos civiles y políticos. Ahora, el esperado Protocolo Facultativo al PIDESC aprobado en el año 2008, constituye un paso importante para el reconocimiento a nivel mundial de los DESC, como hacia la consolidación de los principios de no discriminación y trato único del que deben gozar todos los derechos humanos. El contenido central de estas reflexiones consiste en presentar las principales disposiciones del Protocolo Facultativo, el que ya entró en vigor en el año 2013, como así también de los distintos procedimientos previstos en el Protocolo para hacer efectivos los DESC.

Palabras claves: Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC); Protocolo Facultativo al PIDESC; Procedimientos internacionales; Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Abstract: *Since the General Assembly of the United Nations adopted the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) in 1966, it's been nearly fifty years of constant search in order to achieve a progressive realization of these rights (ESCR), in their recognition at the international institutions as well as in their validation at the national level. They were supposed to reach the same hierarchy and operability that civil and political rights have always had. The expected Optional Protocol to the ICESCR, adopted in 2008, is now an important step towards to the worldwide recognition of the ESCR, and also the consolidation of the principles of non-discrimination and the single treatment of all the human rights. The central content of this reflection is to present the main provisions of the Optional Protocol, which came into force in 2013, as well as the various procedures provided in the Protocol to make ESCR effective.*

Keywords: *Human Rights, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), Optional Protocol to the ICESCR; International Procedures, Committee on Economic, Social and Cultural Rights.*

I. Introducción

En el mes de mayo de 2013, cobró plena vigencia el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el que se nos presenta como un instrumento necesario para alcanzar una mayor protección de los derechos que ya habían sido consagrados en el Pacto Internacional de 1966, juntamente con los deberes de los Estados en relación con dicho instrumento. Entendemos que el Protocolo Facultativo permitirá una materialización de los Derecho Económicos Sociales y Culturales (DESC), para aquellas personas o grupos de personas afectados en forma directa o indirecta en la violación de esos derechos; personas que hasta ahora, contaban con límite infranqueable de los sistemas jurisdiccionales estatales, salvo la posibilidad que tenía el afectado de relacionar algunos de estos derechos con una violación a los derechos civiles y políticos, los que, a diferencia de los DESC, ya contaban con un sistema de protección y control a nivel internacional y aún regional, sistema del cual carecían estos derechos. El presente trabajo pretende realizar algunas reflexiones sobre el contenido del Protocolo Facultativo al PIDESC y de los distintos procedimientos que el mismo ha establecido para una mayor realización de los derechos económicos, sociales y culturales.

II. El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC)

El Pacto Internacional de Derecho Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) fue adoptado en el marco de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 (Resolución N° 2200 A XXI) y abierto a la ratificación y adhesión por parte de los

Estados, entrando en vigencia el 3 de enero de 1976, de acuerdo a lo dispuesto en su art. 27, que exigía como mínimo treinta y cinco ratificaciones. A la fecha, son parte del mismo ciento sesenta y cinco (165) Estados del mundo¹, y sin lugar a dudas, constituye el principal marco legal para la protección y la promoción de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel universal.² El Pacto contempla entre otros, el derecho al trabajo, a la salud, a la educación, a la alimentación, el acceso al agua, al saneamiento, a la vivienda adecuada, a la seguridad social, y a participar en la vida cultural; todos ellos, atinentes a reconocer la dignidad de la persona humana, tal como lo contempla el propio Preámbulo del Pacto.³ Como contrapartida, este instrumento le impone determinados deberes a los Estados Partes, quienes tienen la obligación, de respetar, proteger y garantizar los derechos reconocidos a todas las personas sin discriminación y siempre hasta el máximo de los recursos que disponga (PIDESC art. 2.1).

Sin embargo, el PIDESC, a diferencia de su contemporáneo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), no contaba con mecanismos de control y un sistema de procedimientos específicos para tutelar los derechos en aquel reconocidos. Por lo tanto, se podría decir que a nivel internacional, había un trato discriminatorio de los derechos económicos, sociales y culturales, si los comparamos con el reconocimiento y la protección que históricamente han recibido los derechos civiles y políticos. Así, por

¹ La República Argentina ratificó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, juntamente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo a este último, mediante Ley N° 23.313 del 17 de abril de 1986 (Promulgada el 6/6/1986 y Publicada el 13/6/1986). Luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1994, ambos Pactos se incorporan al sistema constitucional argentino (art 75 inc. 22 de la C.N).

² El Estado de Palestina en el 2014 y Sudáfrica en el 2015 son las más recientes ratificaciones al PIDESC.

³ "... la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalterables". (1° párr.). "Reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana". (2° párr.).

ejemplo, el PIDCP estableció que los derechos civiles y políticos contenidos en el Pacto, son de reclamación inmediata ante los tribunales estatales, consagrando la garantía de su tutela y del recurso efectivo para toda persona víctima de vulneraciones a estos derechos. También, el PIDCP adoptó un Protocolo Facultativo que otorgó al Comité de los Derechos Humanos (en adelante, CDH)⁴, capacidad para recibir quejas de carácter individual por las violaciones estatales a los derechos en él consagrados (P.F. 1 al PIDCP art. 1).⁵ Muy diferente al PIDCP en materia de protección de los derechos consagrados, ocurrió con el PIDESC, pues este último establece que la realización de estos derechos será progresiva, en función de los recursos disponibles de los Estados y sin contemplar la posibilidad de que estos puedan ser justiciables ante los tribunales estatales.

Si bien existe una discriminación, no es del todo correcto sostener que las obligaciones asumidas por el Estado en el PIDCP son “obligaciones de resultando”, mientras que las del PIDESC son “obligaciones de comportamiento”. El Comité de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, en su observación General N° 3, sostuvo que: “...*En particular, aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato... Una de ellas consiste en que los Estados se “comprometen a garantizar” que los derechos pertinentes se ejercerán “sin discriminación...”*. “...*La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párr. 1° del art. 2, en el sentido de “adoptar medidas”, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración”*.”⁶

⁴ El Comité de Derechos Humanos fue creado por el mismo instrumento del PIDCP y el Protocolo Facultativo a este último, reiteró la denominación de “Comité de Derechos Humanos” y no “Comité de Derechos Civiles y Políticos”, apropiándose así del amplio espectro que incluye el término “Derechos Humanos”, pero dejando al margen de su competencia a los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵ Así por ejemplo, nuestro país al momento de ratificar ambos Pactos mediante Ley N° 23.313, dispuso en el art. 2 de la misma: “*Reconócese la competencia del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto internacional de Derecho Civiles y Políticos*”.

⁶ Comité DESC. Observación General N° 3 sobre “La índole de las obliga-

Es necesario recordar que en función del PIDESC, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como Comité DESC o CESCR)⁷, que el 28 de mayo de 1985, se puso bajo la órbita del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Resolución N° 1985/17), el Pacto no fue acompañado de ningún protocolo opcional que lo dotara de la facultad para recibir quejas individuales frente a casos que representaran una violación a tales derechos. El mencionado Comité DESC fue dotado de una facultad de supervisión en el cumplimiento del PIDESC por los Estados Partes, a través de un sistema de informes periódicos, así como de un poder de recomendación general. En consecuencia, existió, durante los últimos cincuenta años, una clara discriminación en perjuicio de los DESC⁸, si lo comparamos con los derechos civiles y políticos consagrados en PIDCP. Podemos afirmar que ese trato discriminatorio constituía una violación a los principios de *indivisibilidad, interdependencia e igual valor* que deben imperar entre todos los derechos humanos. Esa ausencia de un mecanismo de denuncias particulares en el sistema del PIDESC significó relegar los DESC a derechos de segunda categoría.

La desigualdad en materia de protección internacional entre los dos “grupos” de derechos, se hizo más evidente con la adopción de nuevos tratados de derechos humanos, que establecieron procedimientos de investigación en casos de violaciones masivas o sistemáticas de derechos humanos. A partir de la última década del siglo XX, se comenzaron a identificar a nivel global, las necesidades de desarrollo económico, social y cultural de los países, para luego incorporarlas en el conjunto integral de los derechos humanos. Fue en esta década, que se conformó una coalición internacional de de

ciones de los Estados Partes”.

⁷ Este, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC o CESCR según sus siglas en inglés), fue creado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, y lo colocó bajo su autoridad. Integrado por 18 expertos, basa su labor en el procedimiento de informes de cada Estado Parte, requiriendo información sobre un número considerable de derechos de aquellos establecidos en el PIDESC.

⁸ Banus Lucía, Adler, Federico, Massari, Leandro y Murad Andres “Breve Reflexión en torno al nuevo Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales”. (www.infojus.gov.ar - Id SAIJ: DACF130128).

organizaciones no gubernamentales (ONG), en pro de la necesidad, primero, de celebrar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, semejante al Protocolo del PIDCP; y luego, recomendando a los distintos gobiernos que lo ratificaran.⁹

III. EL Protocolo Facultativo al PIDESC

El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (P.F.-PIDESC) fue aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008, mediante la Resolución N° A/RES/63/117. La fecha de su aprobación coincidió con la celebración de los sesenta años de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10/12/1948), que fuera el primer instrumento universal en la materia. El Protocolo Facultativo (P.F.) fue abierto para su ratificación el 24 de septiembre de 2009 y entró en vigor el 5 de mayo de 2013, a partir de su décima ratificación por parte de Uruguay. A la fecha de redactar estas líneas, apenas veintidós Estados lo han ratificado y por ende, forman parte del mismo. Los Estado firmantes del Protocolo, que luego lo ratificaron son: Argentina, Bélgica, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Cabo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Francia, Gabón, Eslovaquia, España, Italia, Luxemburgo, Mongolia, Montenegro, Portugal, y Uruguay; y se han adherido al mismo República Centroafricana, Níger y San Marino.¹⁰

⁹ La Coalición Internacional de ONG por el Protocolo Facultativo al PIDESC es coordinada por un Comité Ejecutivo, conformado por: Amnistía Internacional (AI), Community Law Centre (CLC); Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Red-DESC), Food First Information and Action Network (FIAN), Comisión Internacional de Juristas (CIJ), la Federación Internacional por los Derechos Humanos (FIDH), International Women's Rights Action Watch Asia Pacific (IWRAP Asia-Pacific), Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (PIDHDD), y Social Rights Action Centre (SRAC).

¹⁰ Los demás Estados firmantes del Protocolo Facultativo y que aún no lo ratificaron, son: Angola, Armenia, Azerbaiyán, Benin, Burkina Faso, Chile, Eslovenia, Ghana, Guatemala, Guinea Bissau, Irlanda, Islas Salomón, Kazajistán,

Para llegar a la aprobación de este Protocolo Facultativo, fue necesaria superar varias dificultades, entre ellas, corregir la tradicional y errónea creencia de que los derechos económicos, sociales y culturales son genéricos e imprecisos como para obligar a los Estados a darles cumplimiento, como también que constituyen una simple expresión de deseos u objetivos de la política interna.¹¹ Pero quizá, lo más dificultoso fue y será hacer que la comunidad internacional acepte que los derechos económicos, sociales y culturales pueden ser reconocidos por la justicia de los Estados, como ocurre con los demás derechos humanos. En función de las propias disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, se sostenía que los DESC *“son de naturaleza diferente” a los derechos civiles y políticos y no pueden ser adjudicados debido a: (i) el concepto de “realización progresiva”; (ii) la obligación de tomar medidas “al máximo de los recursos disponibles” para alcanzar los derechos económicos, sociales y culturales; y (iii) el basarse sobre las implicaciones de recursos potenciales de las decisiones.* Es entonces que estos principios, consagrados en el art. 2.1 del PIDESC, atentaron contra la operatividad del Pacto y su reconocimiento judicial a nivel interno de los Estados. Y ello es así porque la tradicional concepción soberanista del Estado hace que los asuntos relativos a la asignación de recursos o las cuestiones de políticas públicas, constituyen decisiones políticas de los Estados y no pueden sujetarse a la revisión de los tribunales internos o por parte de órganos de la ONU creados en función del tratado.

Es preciso resaltar que el Protocolo Facultativo no agrega obligaciones nuevas para los Estados. Aquellos 165 Estados que son parte del PIDESC ya tienen el compromiso legalmente vinculante

Madagascar, Maldivas, Malí, Países Bajos, Paraguay, Macedonia, República Democrática del Congo, Senegal, Timor Oriental, Togo, Ucrania y Venezuela.

¹¹ También, se tuvieron en cuenta casos que se presentan en diversos lugares del mundo, de lo que se desprende que los DESC pueden ser adjudicados por la justicia y que se otorga un amplio margen a los gobiernos para crear las respuestas apropiadas. Esa base de datos puede consultarse en el sitio <https://www.escr-net.org/es/recursos/como-seleccionamos-casos-para-base-datos>, donde hay ejemplos de derechos económicos, sociales y culturales que han sido considerados por los órganos nacionales e internacionales.

de respetar, proteger y cumplir los derechos económicos, sociales y culturales. Por lo que el P.F. viene a ofrecer simplemente, un mecanismo correctivo para que las víctimas puedan exigir su cumplimiento, pretendiendo reducir la diferencia de estos derechos con los demás derechos humanos. Ese mecanismo correctivo establecido en el Protocolo pretende tornar operativos los DESC, al igual que lo hizo en su momento, el PIDCP y sus protocolos facultativos, en relación con los derechos civiles y políticos.

Como ya lo expresamos, hasta la entrada en vigencia del presente Protocolo Facultativo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales otorgaba competencia al Comité DESC para realizar informes anuales sobre la situación de estos derechos en los Estados partes, aunque se encontraba impedido de tratar casos concretos de violación a estos, no habilitaba mecanismos de denuncia ni habilitaba la protección judicial local. Bajo esta modalidad, el rol del Comité sería el de “procurar” que el Estado Parte reduzca la brecha entre los derechos reconocidos, a través del pacto y la realidad social dentro de su jurisdicción.

Ahora, el Protocolo Facultativo al PIDESC modifica parcialmente esa discriminación de los DESC frente los derechos civiles y políticos y dota al Comité de competencia para analizar reclamos concretos de personas o grupo de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado que lo haya ratificado, por violaciones a los derechos previstos en el PIDESC (art. 2). Por consiguiente, tendrá la posibilidad de expedirse en relación con el accionar de los Estados en cada caso particular que le sea sometido.

IV. Los procedimientos de comunicaciones

El Protocolo Facultativo no modifica ni reglamenta los derechos reconocidos en el PIDESC, sino que establece para el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante, Comité), la facultad de recibir y examinar comunicaciones, competencia que le es reconocida por todos los Estados partes del P.F. (art. 1.1). Además, el Comité no podrá recibir comunicaciones que no concierna

a un Estado Parte del P.F, aun si ese Estado fuere parte del PIDESC (art.1.2).

Procedimientos: El Protocolo Facultativo contempla, para la realización de los DESC, tres clases de procedimientos: 1) un *procedimiento de quejas (comunicaciones) individuales*, previsto para individuos o grupos de ellos que alegan violaciones a los derechos del Pacto, procedimiento que se asimila al que establecieron los Protocolos Facultativos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; 2) un *procedimiento de investigación* que proporciona al Comité la facultad de realizar investigaciones cuando haya recibido información confiable sobre violaciones graves o sistemáticas de los derechos del PIDESC por un Estado Parte; y 3) un *procedimiento de queja (comunicaciones) interestatales*, que permite a un Estado Parte denunciar a otro Estado Parte cuando considere que este no está cumpliendo con las obligaciones impuestas por el Pacto. Para estos dos últimos procedimientos, se requiere una declaración especial del Estado Parte del Protocolo Facultativo. A continuación, analizaremos cada uno de esos procedimientos:

a) Procedimiento de queja individual

Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento (art 2 del P.F.)

La disposición transcrita resulta ser una pieza clave para la realización de los DESC a título personal (ya individual o grupal) y en ella, se plasma el alcance del procedimiento de comunicaciones en tres aspectos: en primer lugar, se define la competencia material del Comité, es decir, que podrá recibir comunicaciones que se re-

fieran a derechos reconocidos por el PIDESC. En segundo lugar, se define la legitimación para presentar comunicaciones, es decir, quiénes están habilitados para presentar comunicaciones ante el Comité. En tercer lugar, la disposición, plantea la cuestión del ámbito territorial de la protección prevista por el procedimiento de comunicaciones.

1. Contenido material de la comunicación: en cuanto al *contenido material de la comunicación*, la denuncia debe referirse la existencia de una violación de uno o más de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el PIDESC, no requiriéndose para ello, ninguna declaración especial y previa del Estado Parte, como ocurre en el caso de los otros dos procedimientos consagrados en el P.F. (el de comunicaciones entre Estados o el de investigación por parte del Comité).

Las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales pueden ocurrir cuando los Estados interfieren indebidamente con su goce (como ser desalojos forzados injustificados), o cuando no adoptan medidas para el pleno goce de los derechos (como ser la falta de medidas específicas para asegurar la licencia laboral de las mujeres por causas de embarazo o el acceso universal a la educación primaria), o cuando se niegan derechos de manera discriminatoria (como ser requisitos extraordinarios para el ejercicio de un derecho previsional, de igual modo, al establecer requisitos extraordinarios y/o discriminatorios para acceder al educación superior), o cuando no cumplen con las principales obligaciones mínimas (como la prestación de alimentos a carenciados, no tomar medidas para asegurar la reducción de la mortalidad infantil), o cuando se adoptan deliberadamente medidas arbitrarias e injustificadas (como ser la abrogación de las leyes existentes que otorgan a los trabajadores compensación por accidentes laborales, o cuando se establecen límites a la libertad de investigación científica, o se expropián bienes sin la debida y justa indemnización).

2. Legitimación para presentar comunicaciones: la *legitimación* para presentar comunicaciones plantea, con mayor razón, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, dos dimensio-

nes: por un lado, el carácter individual o colectivo de los derechos y, por otro, los conceptos de víctimas individuales y víctimas colectivas. En función del art. 2 del P.F, cualquier persona o grupo de personas (incluyendo comunidades, ONG, sindicatos, etc.) pueden presentar una denuncia por violación de todos o de alguno de los derechos económicos, sociales y culturales, siempre y cuando el Estado autor de la violación haya ratificado el P.F. al PIDESC. Esta norma permite a las víctimas, individualmente o de manera conjunta, presentar su propio caso al Comité, a través de una comunicación. Pero además, se permite que terceros apoderados puedan presentar casos en nombre de las supuestas víctimas, de acuerdo con los principios tradicionales de la representación voluntaria o consensual. Por último, y lo que significa una gran avance en la materia, se permite la presentación de quejas en nombre de o las presuntas víctimas, aun cuando no medie su consentimiento y cuando exista justificación adecuada para ello.

Por lo tanto, el art. 2 del P.F. ofrece varias hipótesis de legitimación, habilitando a presentar comunicaciones: *a)* a individuos que aleguen ser víctimas de violaciones al Pacto; *b)* a grupos de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones al Pacto; *c)* terceras personas, en nombre de esos individuos o grupos de individuos, requiriéndose en este caso su consentimiento; y *d)* otras personas, en nombre de esas personas o grupos de personas, sin su consentimiento, pero justificando las razones para actuar en su nombre. El último supuesto prevé la posibilidad de que alguien presente una comunicación individual a nombre de la presunta víctima o grupo de víctimas sin su consentimiento, con la carga de justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento, lo cual puede ocurrir cuando se presente alguna situación de riesgo o vulnerabilidad de las víctimas, como también frente a la imposibilidad de obtener el consentimiento de todos los individuos afectados por el propio carácter masivo de la violación. A modo de ejemplo de esto último, podría consistir en una comunicación donde se denuncie al Estado Parte por no adoptar medidas para impedir la explotación económica de menores, en este caso, al denunciante le resulta imposible obtener el consentimiento de las presuntas víctimas menores de edad.

3. Ámbito territorial de protección: en cuanto *al ámbito territorial de la protección*, el art. 2 del P.F. se refiere a “*personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte*”. Se advierte que la disposición pone un límite al alcance y el ejercicio de los DESC, y ello se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el art. 1.1., pues solo los Estados que son Partes del P.F. reconocen la competencia del Comité. Por lo tanto, al ratificar el Protocolo, los Estados están reconociendo la posibilidad de que el Comité reciba y analice comunicaciones por posibles violaciones de derechos reconocidos en el PIDESC, que ocurran dentro de su ámbito jurisdiccional y siempre que le sean atribuidos a ese Estado Parte. En este caso, el P.F. ha tomado una redacción similar a la del art. 1 del Protocolo Facultativo al PIDCP.

Debemos considerar que en materia de derechos humanos, se entiende que, cuando los Estados se obligan a través de los distintos instrumentos internacionales, asumen las obligaciones derivadas de los mismos, con respecto a las personas que se encuentran sometidas a su jurisdicción, término que no es equivalente al de territorio del Estado. De esa manera, las obligaciones estatales sobre los derechos humanos no se refieren únicamente a las acciones que realice un Estado en su territorio, sino que su responsabilidad se extiende a toda violación o afectación de los derechos a una persona, mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio del lugar donde ello ocurra, esto es lo que se conoce como obligaciones extraterritoriales de los Estados.

Por su parte, el PIDESC no reconoce limitaciones jurisdiccionales ni territoriales, y ello se desprende del mismo art. 2.1 del Pacto, que dispone que: “*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 disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. El criterio de la extraterritorialidad de las obligaciones de los Estados en materia

de derechos humanos resulta ampliamente reconocido. Al respecto, la propia Corte Internacional de Justicia ha considerado que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹² y la Convención sobre los Derechos del Niño son de aplicación extraterritorial cuando un Estado actúa en ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio. También, el Comité de Derechos Humanos ha reconocido la aplicación extraterritorial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en casos de actos que han tenido lugar fuera del territorio nacional. En igual sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció que el deber de asegurar los derechos humanos contenidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, alcanza a todas las personas dentro de la jurisdicción del Estado y no está limitado al territorio del Estado Parte, sino que se extiende a todas las personas bajo su autoridad y responsabilidad, tanto si la autoridad se despliega dentro del territorio, como fuera de él.¹³

Entonces, si bien el PIDESC no reconoce limitaciones territoriales ni jurisdiccionales, sí lo hace su Protocolo Facultativo, pues de conformidad al enunciado del art. 2, solo será aplicable en relación con personas o grupos de personas que se hallen bajo su jurisdicción. Debemos entender que la norma será interpretada progresivamente por el Comité, seguramente flexibilizando y otorgando contenido amplio al concepto jurisdicción estatal que exceda el límite territorial del Estado Parte.

4.- Condiciones de admisibilidad: encontrándose cumplidos los presupuestos de competencia material (derechos reconocidos en el

¹² La Corte Internacional de Justicia en la *Opinión Consultiva sobre las Consecuencias Jurídicas de la Construcción de un Muro en el Territorio Palestino Ocupado (9 de julio de 2004)* ha remarcado que el PIDESC es aplicable tanto a territorios sujetos a la soberanía de un Estado como a aquellos en los que ejerce jurisdicción territorial, estableciendo en consecuencia que Israel, como Potencia Ocupante tenía que cumplir con las obligaciones derivadas del PIDESC respecto de los individuos presentes en los territorios ocupados.

¹³ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asuntos *Stocké v. República Federal de Alemania* (sentencia 12 de octubre de 2005).

PIDESC), legitimación para actuar (en los términos del art. 2 del P.F.), como así también presentándose las condiciones aplicación territorial, se nos plantea ahora la cuestión de *admisibilidad de las denuncias*. El art. 3 del P.F. dispone para que el Comité pueda evaluar una “comunicación”, que el peticionante debe haber agotado previamente la vía recursiva interna, salvo que exista un retardo injustificado en ella. Si bien no se aclara qué recursos corresponde agotar y qué se entiende por un “retardo injustificado”, esos son aspectos que irá resolviendo el propio Comité en su labor frente a los casos concretos que deba entender; pero que seguramente, no se apartará de los criterios sostenidos por el Comité de Derechos Humanos, por lo que en materia de agotamiento de recursos, habrá de referirse a los recursos judiciales locales que sean efectivos para resolver el conflicto.

Como excepción a ese principio de agotamiento, se prevé expresamente la posibilidad de la *prolongación injustificada de la tramitación de esos recursos internos*, del mismo modo en que fue establecida expresamente a partir del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁴ del año 1984 y en la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas¹⁵ del año 2006. Entonces, como ocurre en los instrumentos citados, cuando los recursos judiciales resulten inútiles o sean muy poco habituales¹⁶, no será necesario agotar las vías internas. En la práctica, tampoco se exige agotar los

¹⁴ Art. 22. 5. *El Comité no examinará ninguna comunicación de una persona, presentada de conformidad con este artículo, a menos que se haya cerciorado de que: ...b) La persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer; no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención.*

¹⁵ Art. 31. 2. *El Comité declarará inadmisibles cualquier comunicación si: ... d) Los recursos internos efectivos disponibles no han sido agotados. Esta regla se aplica si los procedimientos de recurso exceden plazos razonables.*

¹⁶ El seno del Grupo de Trabajo para la redacción del P.F. se eliminó otra de las excepciones incluidas en algunos de los instrumentos ya referidos, consistente en la improbabilidad de que los recursos sean efectivos.

recursos cuando resulte peligroso ni cuando se demuestre la falta de voluntad o la incapacidad del Estado, para proporcionar asistencia jurídica gratuita a las personas que carecen de recursos económicos. En relación con el retardo injustificado, no existen parámetros preestablecidos, sino distintas circunstancias que se deben tener en cuenta en el caso particular, como pueden ser la actuación del propio denunciante a lo largo del proceso, la de los funcionarios judiciales que intervinieron en el mismo y la complejidad del caso.

Además del requisito de agotar los recursos internos, el Comité declarará la inadmisibilidad de una comunicación (art. 3 P.F.) si: 1) la presentación se hubiese realizado luego de un año del agotamiento de los recursos internos, salvo que el autor pueda demostrar que fue imposible presentarla; 2) se refiere a hechos que hubiesen sucedido con anterioridad a la entrada en vigencia del protocolo para el Estado Parte, salvo que hayan continuado después de esa fecha; 3) la cuestión haya o esté siendo juzgada por el propio Comité o cualquier otro procedimiento o arreglo internacional; 4) fuera incompatible con las disposiciones del PIDESC; 5) constituyera un abuso de derecho; 6) sea anónima o no se haya presentada por escrito. La primera causal de inadmisibilidad resulta innovadora en relación con otros instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos. La segunda causal de inadmisibilidad resulta lógica, en cuanto al principio de irretroactividad de la norma, pero prevé la excepción para el caso que una violación de derechos, si bien se hubiere iniciado antes que el Estado se constituya en Parte del Protocolo Facultativo, dicha violación ha continuado después de esa fecha.¹⁷ Las demás causales de inadmisibilidad son similares

¹⁷ En el Dictamen a la Comunicación N° 14 (junio de 2015), presentada por una particular contra el Estado español, el Comité observa que parte de los hechos que dieron origen a las violaciones alegadas por la autora (en el caso, la falta de acceso efectivo a los tribunales para proteger el derecho a una vivienda) sucedieron antes del 5 de mayo de 2013, fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte (España). Sin embargo, la decisión del Tribunal Constitucional, que declaró inadmisibles los recursos de amparo constitucional de la autora, tuvo lugar el 16 de octubre de 2013, y esa fue la oportunidad para que el Tribunal Constitucional examinara las alegaciones de violación de los derechos fundamentales de la autora, relacionados con la presente comunicación, por lo

a la contempladas en el Protocolo Facultativo del PIDCP (art. 3 y art 5.2 a. del PF-PIDCP). También, conforme a la práctica del Comité del Derechos Humanos, entendemos que este Comité habrá de desestimar toda comunicación cuando resulte infundada, no lo esté suficientemente o se base exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación.

5. Comunicaciones que no revelen una clara desventaja: *De ser necesario, el Comité podrá negarse a considerar una comunicación que no revele que el autor ha estado en situación de clara desventaja, salvo que el Comité entienda que la comunicación plantea una cuestión grave de importancia general* (art. 4 P.F.)

En función del art. 4 del P.F., el Comité podrá negarse a considerar una comunicación en la cual no surja que el autor de la propia comunicación se encontrare en una “clara desventaja”. Esta cláusula constituye una novedad en los procedimientos de comunicaciones establecidos en los tratados de derechos humanos del sistema universal. Su redacción fue propuesta por algunos Estados, tomando como antecedente el art. 12 del Protocolo modificadorio N° 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el fin de intentar reducir la excesiva carga de trabajo sufrida por la Corte Europea de Derechos Humano, si bien el Convenio Europeo se refiere a Derechos Civiles y Políticos, no así a derechos económicos, sociales o culturales.

Al ser redactada en sentido potencial, así lo refleja el término “podrá”, implica que esa declaración de inadmisibilidad es facultativa para el Comité y no obligatoria en todos los casos en los que no se revelen situaciones de “clara desventaja”. Por lo tanto, dada esta última circunstancia, la admisibilidad de la comunicación queda librada a la discrecionalidad del Comité. La disposición incluye además, un motivo posible para justificar la admisión de la

cual en ese momento, se materializa la eventual violación al derecho de la autora. Por tanto, el Comité considera que es competente *ratione temporis*, para examinar la presente comunicación. El texto completo del dictamen se puede consultar en

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/TableJurisprudence.aspx>.

comunicación por el Comité y es el caso de “*que la comunicación plantee una cuestión grave de importancia general*”, y en tal caso, aun cuando el autor de la comunicación no haya sufrido una “clara desventaja”, el Comité habrá de admitir la comunicación.

Por lo general, si comparamos este Protocolo Facultativo con otros instrumentos del sistema universal de Derechos Humanos, observamos que en los procedimientos de comunicación, se establecen posibles situaciones de inadmisibilidad, como las de comunicación “manifiestamente infundada”, o “no suficientemente fundamentada”, o la de “abuso del derecho al presentar una comunicación”, términos estos que constituyen causales suficientemente flexibles como para permitir al órgano receptor de comunicaciones declararlas inadmisibles cuando a *prima facie*, resulte evidente la falta de consistencia de las mismas. Es por ello que el término “clara desventaja” resulta una innovación innecesaria, pues genera problemas, a la hora de valorar la clara desventaja. Nos preguntamos: ¿bajo qué parámetros el Comité debe medir esa “clara desventaja”?; ¿será respecto de las demás personas que habitan el Estado Parte demandado?; ¿será en relación con las otras personas que estén bajo la jurisdicción de los demás Estados Partes del Protocolo Facultativo?; ¿o se hará tomando en consideración determinados grupos de personas, grupos sociales, comunidades, conglomerados de extranjeros, etc.? En definitiva, al no especificar en relación a qué debe evaluarse la desventaja, se trata de una expresión inacabada, que da lugar a un amplio margen de arbitrariedad para que el Comité rechace *in limine* cualquier comunicación que desee, lo cual convertiría en arbitraria su decisión.

6. Medidas provisionales. En cualquier momento del proceso y siempre antes de tomar la decisión de fondo, inclusive con anterioridad a la declaración de admisibilidad de la comunicación, el Comité puede emitir una solicitud al Estado involucrado, para que tome las medidas necesarias para evitar un daño irreparable a las víctimas. Estas medidas, que son cautelares, proceden cuando resulten *necesarias en circunstancias excepcionales*, a fin de evitar posibles daños irreparables a la víctima o víctimas de la violación denun-

ciada. Tienen como fin evitar el agravamiento de la situación de vulnerabilidad de un derecho económico social o cultural reconocido a una persona o grupo de ellas. La adopción de una medida cautelar por parte del Comité no implica juicio alguno sobre la admisibilidad ni sobre el fondo de la cuestión (art. 5.2 P.F.), pero sí requieren de una acción previa y concreta por parte del Estado.

El dispositivo procesal de las medidas provisionales del PF-PI-DESC establece que solo podrán ser dispuestas después de haberse recibido una comunicación y antes de emitir su dictamen sobre el fondo, descartándose la posibilidad de requerir como de disponer medidas cautelares antes de recibir una comunicación, tal como ocurre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por otra parte, toda solicitud de medidas cautelares contra un Estado Parte requiere un examen urgente por parte del Comité.

7. Transmisión, examen y seguimiento de las comunicaciones.

Cuando el Comité considere admisible una comunicación, la pondrá en conocimiento del Estado Parte en cuestión y lo hará de forma confidencial. La confidencialidad adoptada en este caso por el P.F. no garantiza la publicidad de la cuestión denunciada, negándoles la posibilidad a las personas de conocer las comunicaciones presentadas contra el Estado en el que residen. Una vez notificado el Estado Parte denunciado, este cuenta con un plazo de seis meses, para hacer valer en modo escrito su defensa, consistente en aclaraciones y explicaciones sobre la cuestión, o en su defecto, las medidas correctivas que el Estado haya adoptado (art. 6 P.F.).

Corresponde aclarar que en el procedimiento, se permite la intervención de terceros que puedan aportar documentación relevante al caso bajo estudio (art. 8.3 P.F.). Presentada la defensa por el Estado o vencido el plazo para su presentación, el Comité examinará las comunicaciones, a la luz de toda la documentación que se haya puesto a su disposición por las partes interesadas (art. 8.1 P.F.), como de toda otra información útil proveniente de cualquier otro órgano internacional o regional de protección de los derechos humanos (art. 8.3). Las comunicaciones que reciba el Comité serán examinadas en sesiones privadas (art. 8.2 P.F.).

8. Del dictamen. Antes del dictaminar, el Comité facilitará una solución amigable entre las partes, para lo que pondrá sus buenos oficios a disposición. En este caso, de llegarse a una solución amigable entre las Partes, se pone fin anticipadamente el procedimiento de comunicaciones (art. 7 P.F.).

A la hora de dictaminar, el Comité evaluará hasta qué punto resultan razonables las medidas correctivas adoptadas por el Estado Parte, de conformidad a la Parte II del Pacto. Esto equivale a evaluar el cumplimiento de los principios consagrados en el PIDESC, el de progresividad y el de disponibilidad hasta el máximo de los recursos, teniendo en consideración que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de medidas para hacer efectivos los DESC (art. 8.4 P.F). El Comité dictará su resolución, examinando la forma en la que el Estado destina sus recursos económicos para la satisfacción específica del derecho cuestionado, así como el grado en que este ha sido garantizado hasta ese momento, teniendo en cuenta que en razón del principio de progresividad, un Estado nunca puede retroceder en el respeto de los DESC.¹⁸

Es así que a la hora de evaluar las medidas correctivas adoptadas por el Estado Parte que fue objeto de una comunicación, no se establecen parámetros específicos para dictaminar, por lo que quedará a la discrecionalidad del Comité, que al mismo tiempo se encontrará con un límite respecto del qué, el cómo y el cuánto puede exigírsele a un Estado en la satisfacción de estos derechos. En efecto, los Estados pueden seguir amparándose en la cláusula “hasta el máximo de los recursos disponibles” para justificar su accionar contrario a la protección de los DESC. Ahora, si bien resulta comprensible y lógico que, a la hora de dictaminar se considere la situación económica del Estado, pero

¹⁸ Esta cláusula reconoce que el Comité es competente para evaluar si las medidas razonables se han ejecutado y si contribuyeron a hacer efectivos derechos garantizados por el Pacto o no. *“Al llevar a cabo esta evaluación, el Comité no estará sujeto al reconocimiento o a la decisión política adoptada por un Estado parte, aunque debe tenerse en cuenta que los Estados... podrían elegir la adopción de diferentes políticas legítimas para implementar los derechos contenidos en el Pacto”* (GROTE, Rainer *El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ¿Hacia una Aplicación más efectivos de los Derechos Sociales?* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de de Investigaciones Jurídicas de la UNAM - archivos.juridicas.unam.mx).

ello no puede resultar una excusa para no garantizar la protección de un núcleo esencial¹⁹ de cada derecho humano, como lo disponen los arts. 4 y 5.2 del PIDESC.

Una vez tomada la decisión, el Comité pondrá en conocimiento de las partes su dictamen y, en su caso, sus recomendaciones. Se debe destacar que el dictamen no es vinculante para el Estado Parte; no obstante, este deberá considerar el dictamen como las recomendaciones que contenga, y en un plazo de seis meses, deberá remitir al Comité un informe sobre todas las medidas que haya adoptado a la luz del dictamen y las recomendaciones del Comité (art. 9.2 P.F.) El hecho de que el dictamen no resulte vinculante para el Estado, si bien no evidencia un gran avance en el Protocolo en materia de realización de los DESC, corresponde valorar un aspecto positivo y que consiste en la coacción de carácter moral que debe afrontar Estado, al tener varias recomendaciones dictadas en su contra por el Comité. Pero además, los dictámenes y recomendaciones que progresivamente vaya realizando el Comité en la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, permitirá que su contenido pase a formar parte del *Corpus Iuris Internacional*. Esta última expresión en un concepto que abarca los diferentes instrumentos existentes a nivel universal, relativos a los derechos humanos y la posibilidad de que el contenido de algunas de las disposiciones sean utilizadas para aclarar o interpretar el contenido de otras fuentes.²⁰

¹⁹ Se denomina núcleo duro a aquel grupo de derechos reconocidos por los tratados internacionales, los cuales no se pueden limitar o restringir por parte de un Estado Parte, incluso en caso de conflictos armados, de peligro u otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte o situaciones excepcionales que pongan en peligro la subsistencia del Estados. Consiste entonces, en un núcleo básico de derechos fundamentales que no resultan susceptibles de interpretación y por ende, no dan margen a la discrecionalidad.

²⁰ En su Opinión Consultiva OC-16/1999, la Corte Interamericana manifestó que: "(...) *El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) (...)*". Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-18/03, expresó que: "*Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el Pacto Inter-*

9. Medidas de protección: el art. 13 del P.F. se refiere a la necesaria protección por parte del Estado de las personas que hagan uso de su derecho de presentar comunicaciones o que participen de otro modo en el procedimiento de comunicaciones. Esta disposición crea una nueva obligación para los Estados partes en el PF-PIDESC, de tomar todas las medidas necesarias para proteger a las personas autoras de comunicaciones ante el Comité, a fin de que no sean sometidas a malos tratos o intimidaciones de ningún tipo.

B) Procedimiento de investigación

El art. 11 del Protocolo Facultativo prevé un procedimiento de investigación, que permite al Comité iniciar una investigación, si recibe informaciones fiables de *violaciones graves o sistemáticas* del PIDESC atribuidas a un Estado Parte. Para poner en marcha este procedimiento de investigación, se requiere una declaración previa y específica de los Estados Partes, reconociendo la competencia del Comité para que este ejerza las prerrogativas del art. 11. Es justamente una cláusula de *opción*, que se puede hacer en cualquier momento, ya al ratificar o adherirse al Protocolo o ulteriormente, y con la posibilidad de ser retirada en cualquier momento por parte de su autor.

El procedimiento previsto en esta norma hará que una vez recibida la información sobre violaciones graves o sistemáticas, por un Estado Parte de cualquiera de los DESC reconocido en el Pacto, el Comité invitará a ese Estado a colaborar en el examen de la información, como para que realice las observaciones pertinentes. Luego, tomando en cuentas las observaciones que haya presentado el Estado Parte interesado, como cualquier otra información fidedigna recibida por el Comité, este podrá encargar a uno o más de sus miembros para que realice una investigación y presente un informe con carácter de urgente. La norma prevé la posibilidad de la investigación *in loco*, con consentimiento del Estado Parte.

nacional de Derechos Civiles y Políticos tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la Declaración Americana, puesto que los derechos humanos forman un corpus iuris unitario, inescindible, interrelacionado e interdependiente”.

La investigación iniciada por este mecanismo será de carácter confidencial y las conclusiones de la misma, como así también las posibles recomendaciones le serán transmitidas al Estado Parte. Luego de seis meses de recibir los resultados de la investigación y las recomendaciones, el Estado Parte presentará ante el Comité sus propias observaciones. Por último, concluidas las actuaciones relacionadas con una investigación hecha, de conformidad al art. 11, tras celebrar consultas con el Estado interesado, el Comité podrá tomar la decisión de incluir un resumen de los resultados del procedimiento en su informe anual.

C) Procedimiento de queja interestatal

El art. 10 del Protocolo prevé un procedimiento de comunicaciones o quejas entre Estados Partes que al igual que el procedimiento de investigación del art. 11, requiere de los Estados Partes del Protocolo una declaración especial, reconociendo la competencia del Comité para recibir, como para examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple con las obligaciones dimanantes del PIDESC. Esta declaración se puede hacer en cualquier momento y constituye un requisito admisibilidad de la comunicación o queja, siendo necesaria para que un Estado Parte pueda presentar una comunicación al Comité; pero también resulta necesaria que dicha declaración especial la haya formulado el Estado Parte, al cual dicha comunicación le atribuye incumplimiento de las obligaciones del Pacto. Entonces, el Comité no podrá examinar comunicaciones de un Estado, que se refieran a otro Estado Parte que no haya reconocido, respecto a sí mismo la competencia del Comité, mediante esa declaración al efecto. La declaración prevista en este artículo, reconociendo la competencia del Comité, será depositada ante el Secretario General de las Naciones Unidas, quien remitirá copias de las mismas a los demás Estados Partes. El procedimiento de retiro de la declaración, que puede hacerse en cualquier momento, también deberá ser notificado al Secretario General.

El procedimiento de comunicación interestatal se inicia a partir de que un Estado Parte del Protocolo Facultativo considera que otro Estado Parte del mismo no está cumpliendo con las obligaciones del Pacto. En tal caso, aquel podrá, mediante comunicación por escrito, señalar la atención de este Estado Parte, pudiendo también informar de ello al Comité. Recibida la comunicación por Estado receptor, este dentro del plazo de tres meses, ofrecerá al Estado autor de la comunicación por escrito, las explicaciones y aclaraciones, pudiendo hacer referencias a los procedimientos y recursos empleados pendientes o disponibles sobre la materia.

Si el asunto no se resuelve amigablemente y a satisfacción de ambos Estados Partes interesados, luego de seis meses de recibida la comunicación inicial por el Estado receptor, cualquiera de ellos podrá remitir el asunto al Comité. Este examinará el asunto, luego de cerciorarse de que se han hecho valer y se han agotado todos los recursos internos sobre la materia. En este caso, no se ha definido cuáles son los recursos internos (art. 10.1.c P.F.) que se deben agotar, teniendo en cuenta la naturaleza interestatal del procedimiento, y que difiere el procedimiento individual donde el agotamiento de los recursos resulta más claro. El Comité también pondrá a disposición de los Estados Partes sus buenos oficios para llegar a una solución amigable. En caso de no concluir el procedimiento por la vía amigable, corresponde que el Comité se expida mediante un informe, sobre los hechos pertinentes que contenga las declaraciones por escrito, una relación de las declaraciones orales, pudiendo transmitir cualquier observación que estime pertinentes a los Estados Partes interesados (art. 10.1 ii P.F.) . Se advierte que a diferencia del procedimiento de comunicaciones individuales, como el de investigación, el modo de concluir el procedimiento de queja interestatal no necesariamente reviste la formalidad de dictamen, pues se trata de un simple informe, donde las observaciones del Comité sobre el asunto en cuestión tienen (conforme a la norma) un carácter opcional.

V. Reflexiones finales

El Protocolo Facultativo al PIDESC representa una importante iniciativa, tendiente a reducir el histórico déficit de protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales, en relación con los demás derechos humanos. El Protocolo hace extensiva a esta clase de derechos, la posibilidad de que un Comité reciba y examine comunicaciones, tanto individuales, como interestatales y lleve a cabo investigaciones.

En Protocolo Facultativo ha seguido en gran medida, los lineamientos ya establecidos en instrumentos similares y anteriores al mismo, como el *Protocolo Facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* y la *Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. Es decir, el texto adoptado por el presente Protocolo satisface en buena medida, el criterio de igual protección de los derechos económicos, sociales y culturales, cumpliendo en relación a estos derechos, con el principio de indivisibilidad, interdependencia e igual valor que debe imperar entre todos los derechos humanos.

Por el contrario, no ha seguido con la misma línea de los otros instrumentos, en lo que concierne al procedimiento de investigación. Así, mientras todos los demás instrumentos establecen tal procedimiento de manera automática, por lo que se exige del Estado que manifieste su voluntad expresa para quedar excluido de su aplicación, el presente Protocolo ha adoptado la solución contraria. Es decir, el Estado Parte debe efectuar una declaración expresa para quedar vinculado por el procedimiento de investigación, como también para el procedimiento de queja interestatal.

En relación con los procedimientos de comunicaciones y de investigación, el Protocolo se asemeja a lo establecido con anterioridad en el sistema universal de Derechos Humanos con mínimas modificaciones e innovaciones. Entre estas, se encuentra la inclusión de dos nuevos criterios de admisibilidad, uno obligatorio (art. 3.2.a), como lo es el hecho de haberse dispuesto un plazo máximo

para presentar comunicaciones que es de un año contadas, desde que se agotaron los recursos internos, y otro criterio de facultativo para el Comité (art. 4), como es la de no considerar comunicaciones que no revelen en relación con su autor una situación de “clara desventaja”. También, es de destacar la previsión de una etapa procesal de solución amistosa en el procedimiento de comunicaciones individuales (art. 7) y de los buenos oficios por parte del Comité en este procedimiento y en el de queja interestatal.

Destacable resulta la posibilidad de consulta con la cuenta el Comité, respecto de documentación proveniente de otros órganos, organismos especializados fondos y programas de la Naciones Unidas y otra organizaciones internacionales y regionales (art. 8.3). Además de ello, la posibilidad de entidades intermedias como las ONG de participar como terceros interesados en el procedimiento de comunicaciones individuales y la inclusión de una cláusula que permite vincular el procedimiento de comunicaciones con mecanismos de asistencia y cooperación internacional (art. 14). También, resaltamos la inclusión de un estándar de revisión para la consideración de las comunicaciones (art. 8.4), que le permite al Comité considerar hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte.

Los resultados del Protocolo Facultativo no son automáticos, pero sus previsiones implican un nuevo punto de partida en la lucha por el reconocimiento y protección de los DESC, que al momento de reconocer la posibilidad de realizar presentaciones individuales, conlleva una apertura en el trabajo del Comité, superando la limitada competencia que tiene cuando el mismo actúa en el marco de las facultades que le fueron conferidas, al momento de su creación en 1985 por parte del ECOSOC. Estimamos además, que la labor del Comité, cuya competencia se ve ampliada para recibir denuncias individuales, sumadas a las quejas entre Estados, permitirá a través de sus dictámenes e informes, ir aclarando el contenido y alcance de las obligaciones contenidas en el PIDESC, pudiendo servir de guía a los sistemas judiciales nacionales.

Y aún cuando los dictámenes o recomendaciones que el Comité pueda emitir carezcan de carácter vinculante para los Estados, más

allá de la sanción moral, permitirá de todos modos, que su contenido pase a formar parte del Corpus Iuris Internacional, pudiendo ser considerados a modo interpretativo, tanto en causas jurisdiccionales locales, como al momento en que un Estado determine su política con respecto a la protección de los DESC.

En particular, para los Estados Partes del Protocolo Facultativo, la progresiva recepción y adecuación interna que hagan de las recomendaciones y dictámenes del Comité contribuirán al fortalecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, como también para sean justiciables los casos relacionados con violaciones a estos derechos humanos, donde por lo general, las víctimas de violaciones a esta clase de derechos son personas que integran grupos vulnerables dentro de la sociedad, comúnmente discriminados en el ámbito del acceso a la justicia.

En otro orden, el cumplimiento por parte de los Estados, a las recomendaciones y dictámenes del Comité, contribuirá a la proyección de una imagen internacional del Estado en el cumplimiento de los DESC. Que un número, aunque todavía limitado de Estados, se hayan sujeto voluntariamente a la competencia del Comité para entender en casos particulares, resulta de destacable, ya que le brindan a las personas que habitan en sus territorios la posibilidad de hacer conocer fuera de las fronteras la vulneración de uno de estos derechos.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y el Derecho Humano a la Paz

JOSÉ A. MUSSO*

* *Doctor en Derecho y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular de Derecho Internacional Público y de Derechos Humanos en la Universidad Católica de Santiago del Estero. Miembro del Instituto de Derecho Internacional Público y de Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.*



Resumen: Este trabajo analiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, teniendo en cuenta que la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz, actualizada en 2016, afirma que los elementos constitutivos de dicho derecho están establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en esos instrumentos.

Palabras-clave: Derecho a la paz - Derecho humano a la paz - Elementos constitutivos del derecho humano a la paz - Declaración Universal - Seguridad humana.

Abstract: This paper analyses the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights considering that, in accordance with the Santiago Declaration, 2016 version, the legal foundations of human right to peace are included in the UN Charter and those instruments.

Keywords: Right to peace - Human right to peace - Legal foundations of human right to peace - Universal Declaration of Human Rights - Human security.

I. Introducción

La palabra “paz” se utiliza muchas veces en la Carta de las Naciones Unidas. En general, junto con la palabra “seguridad”. En contraposición, encontramos la palabra “guerra” solamente una vez, en el preámbulo de la Carta: “*Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles*”.

Casi cuarenta años después, en 1984, la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz¹, tras reconocer en su preámbulo

¹ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 39/11, del 12 de no-

“la voluntad y las aspiraciones de todos los pueblos de eliminar la guerra de la vida de la humanidad y, especialmente, de prevenir una catástrofe nuclear mundial”, puso las cosas en su lugar al proclamar el derecho sagrado a la paz de los pueblos de nuestro planeta y señalar que protegerlo “y fomentar su realización es una obligación fundamental de todo Estado”.

A mitad de camino entre uno y otro momento, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aportan lo suyo, junto con la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuanto a los elementos básicos del derecho humano a la paz.

II. La paz en la Declaración Universal

El instrumento internacional de derechos humanos más importante e influyente emplea la palabra “paz” solo una vez. El primer párrafo de su preámbulo afirma “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. Se trata de un reconocimiento parcial de la relación simbiótica que existe entre la paz y los derechos humanos, pues se circunscribe a una de sus manifestaciones. Lo cierto es que, como dice el preámbulo de la Declaración de Santiago sobre el Derecho Humano a la Paz², actualizada en marzo de 2016, “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”.

El segundo párrafo preambular de la Declaración Universal da cuenta de que la aspiración humana más elevada es el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos, “liberados del temor y de la miseria”, disfruten de ciertas libertades fundamentales. Varias

viembre de 1984.

² Aprobada el 10 de diciembre de 2010 por el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz reunido en Santiago de Compostela con ocasión del Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz.

décadas después, en los años '90, comenzó a hablarse de seguridad humana, un concepto que se apoya, precisamente, en esa doble liberación: *freedom from fear* y *freedom from want*.

Por otro lado, dicho concepto está en ciernes en el artículo 3 de la Declaración, que enuncia el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Y la Declaración de Santiago lo consagra con amplitud: “Las personas tienen el derecho a la seguridad humana, lo cual incluye la libertad frente al miedo y frente a la necesidad” (art. 6.1). Y aclara que “la libertad frente a la necesidad implica el disfrute del derecho al desarrollo sostenible y de los derechos económicos, sociales y culturales” (art. 6.3).

En otro de sus artículos, la Declaración de Santiago señala que “todas las personas tienen el derecho a solicitar refugio y a disfrutar de él sin discriminación, de acuerdo con el derecho internacional” (art. 7.8). Y es la Declaración Universal el instrumento que proclama el derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país (art. 14.1), anticipándose al desarrollo del Derecho Internacional de los Refugiados.

El derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas, enunciado en el párrafo 1 del artículo 20 de la Declaración de 1948, es también uno de los derechos que el preámbulo de la Declaración de Santiago menciona como elemento constitutivo del derecho humano a la paz.

El artículo 28 es una pieza clave, ya que 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. Mary Glendon recuerda que René Cassin, uno de los integrantes del Comité de Redacción encargado de elaborar un proyecto preliminar de carta internacional de derechos humanos, ubicaba ese artículo en el frontis del pórtico del templo con el que comparó la Declaración, sosteniendo que “bajo un solo ‘techo’ se unen a través de sus respectivos derechos y responsabilidades tanto los individuos como la sociedad civil y el Estado”³. Tam-

³ M. A. GLENDON, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Universidad Panamericana,

bién comenta Glendon que “el artículo 28 de Malik sirve de preámbulo al frontis” y que “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 las naciones hecha en el preámbulo”⁴. De este comentario se desprende, además, que el libanés Charles Malik dejó su impronta en el artículo del que surge el derecho a la paz como un derecho implícito.

La idea que subyace en ese “preámbulo del frontis” ha sido desarrollada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 63/189, aprobada el 18 de diciembre de 2008, en la que, reafirmando que toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal se hagan plenamente efectivos, así como la determinación expresada en el preámbulo de la Carta de preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, y subrayando que es imprescindible que la comunidad internacional vele por que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, “mediante una acción amplia y sostenida basada en la humanidad común en toda su diversidad”, afirma que toda persona tiene derecho a un orden internacional democrático y equitativo, el cual requiere, *inter alia*, del derecho de todo ser humano y de todos los pueblos al desarrollo, el derecho de todos los pueblos a la paz, la solidaridad internacional como derecho de los pueblos y de las personas, el derecho de todas las personas y todos los pueblos a un medio ambiente sano, el disfrute por todos de la propiedad del patrimonio común de la humanidad y la responsabilidad compartida entre las naciones del mundo de gestionar el desarrollo económico y social en el mundo entero y hacer frente a través del multilateralismo a las amenazas contra la paz y la seguridad internacionales.

De este modo, se cerró el círculo con la precisión de que el orden internacional a que hace referencia el artículo 28 de la Declaración es un orden democrático y equitativo en el que la paz adquiere un valor fundamental. Sin embargo, a diferencia de lo que

México, D. F., 2011, p. 274.

⁴ *Ibid.*, pp. 274-275.

ocurre con el derecho al desarrollo, consagrado desde 1986 como derecho humano⁵, y el emergente derecho a la solidaridad⁶ y los demás derechos enunciados en esa resolución, el derecho a la paz sólo tiene como titulares a los pueblos, con lo cual se incurre en una contradicción, porque si toda persona tiene derecho a un orden internacional democrático y equitativo que requiere, a su vez, del derecho a la paz, no se comprende que los titulares de este último sean únicamente los pueblos.

La resolución mencionada reafirma que todos los Estados deben promover el establecimiento, mantenimiento y fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales y, con este fin, deben hacer cuanto esté a su alcance para lograr el desarme general y completo bajo un control internacional eficaz, además de asegurar que los recursos liberados por medio de la aplicación de medidas efectivas de desarme se utilicen para el desarrollo integral, en particular de los países en desarrollo. Al respecto, vale recordar que el artículo 1.2 de la Carta de las Naciones Unidas establece el propósito de fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto a la igualdad de derechos y a la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal, y que el artículo 26 del mismo instrumento introduce la idea “de promover el esta-

⁵ Resolución 41/128 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 4 de diciembre de 1986. La Declaración sobre el Derecho al Desarrollo expresa que tal derecho “es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él” (art. 1.1).

⁶ La Experta Independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Virginia Dandan, presentó en abril de 2017 su proyecto de declaración sobre el derecho de los pueblos y las personas a la solidaridad internacional, cuyo texto plantea que “el derecho a la solidaridad internacional debe entenderse como un derecho humano fundamental en virtud del cual todos los pueblos y todas las personas tienen derecho a disfrutar, por igual y sin discriminación, los beneficios de una sociedad internacional armoniosa, con un orden político y económico internacional justo y equitativo, en el que puedan ejercerse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Estos términos remiten de nuevo al artículo 28 de la Declaración Universal.

blecimiento y mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales con la menor desviación posible de los recursos humanos y económicos del mundo hacia los armamentos”.

La Declaración de Santiago prevé que “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”, agregando que el uso de armas que destruyen el medio ambiente, en particular las armas radioactivas y las armas de destrucción masiva, resulta contrario al derecho internacional humanitario, al derecho a un medio ambiente saludable y al derecho a la paz, y que “los recursos liberados por el desarme serán destinados a la promoción y la realización de las obligaciones establecidas en los tratados de derechos humanos, así como a la implementación de los derechos al desarrollo y al medio ambiente”⁷.

El 7 de julio de 2017 fue adoptado el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares⁸, que constituye un paso muy importante hacia la meta trazada en aquella resolución de la Asamblea General y en el documento que refleja las aspiraciones de la sociedad civil.

“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”, expresa el párrafo 1 del artículo 29. La formulación genérica que hace la Declaración permite incluir el deber de participar en la construcción de una cultura de paz.

A propósito de ello, cabe destacar que “una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida”, y se basa, entre otras cosas, en “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”⁹. Dado que “el progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz se logra por medio de

⁷ Párrafos 1, 2 y 4 del artículo 4 de la Declaración de Santiago, actualizada en 2016.

⁸ Con el voto favorable de 122 de los 129 Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas para negociar un instrumento legalmente vinculante que prohíba las armas nucleares y que conduzca a su total eliminación, que comenzó el 27 de marzo de 2017.

⁹ Artículo 1.a de la Declaración sobre una Cultura de Paz, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 1999.

valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida propicios para el fomento de la paz entre las personas, los grupos y las naciones”¹⁰, es indudable que el desarrollo pleno de esa cultura está integralmente vinculado 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 las controversias”, a la erradicación de la pobreza y la reducción de las desigualdades, y a todo lo demás señalado en el artículo 3 de la Declaración sobre una Cultura de Paz. Ciertamente, la educación a todos los niveles es uno de los medios fundamentales para edificar la cultura de la que hablamos, particularmente la educación en la esfera de los derechos humanos¹¹.

A su vez, el Programa de Acción sobre una Cultura de Paz¹² postula que la sociedad civil debería participar en los distintos planos -local, regional y nacional- a fin de ampliar el ámbito de las actividades relativas a una cultura de paz.

Por último, el párrafo 3 del artículo 29 de la Declaración Universal contempla que los derechos y libertades proclamados en ella no pueden ejercerse “en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”, y esto nos pone otra vez en el camino de la paz.

III. La paz en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos

El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos ha subrayado que la Carta de las Naciones Unidas proclama la paz y la seguridad internacionales como propósito común, en el artículo 1, como principio, en el artículo 2, y como base para el arreglo de controversias, en el Capítulo VI (artículos 33 a 38), recordando también que el artículo 55 de la Carta se refiere a la promoción de los derechos humanos como condición necesaria para las relaciones pacíficas y amistosas entre los Estados. Sobre estas bases, concluye que “el derecho a la paz es inherente a la Carta”¹³.

¹⁰ Artículo 2 de la Declaración sobre una Cultura de Paz.

¹¹ Artículo 4 de la Declaración sobre una Cultura de Paz.

¹² Aprobado conjuntamente con la Declaración sobre una Cultura de Paz.

¹³ Informe sobre la marcha de los trabajos del Comité Asesor del Consejo

Puede sostenerse lo mismo con respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Según la Declaración de Santiago, “los elementos constitutivos del derecho humano a la paz están establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (art. 2.1).

El preámbulo de ambos instrumentos comienza reiterando que la paz en el mundo tiene “por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables”. Otro párrafo del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que, “con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”. El preámbulo del restante instrumento contiene un párrafo de igual tenor, aunque invirtiendo el orden en que se mencionan los derechos.

Nuevamente se corporiza allí la idea de la liberación del temor y de la miseria, que remite al concepto de seguridad centrado en las personas.

El primer artículo de cada Pacto reconoce el derecho de libre determinación como un derecho de todos los pueblos y prescribe 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” (art. 1.2). El antecedente de esta norma es la Declaración sobre la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales¹⁴.

de Derechos Humanos sobre el derecho de los pueblos a la paz (2011). Doc. A/HRC/17/39.

¹⁴ Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1962.

El proceso de descolonización había comenzado en 1960 y el hecho de que un instrumento convencional de derechos humanos reconociera derechos enunciados hasta entonces en resoluciones de la Asamblea General reforzaba la decisión de avanzar en el camino emprendido, pero lo que más importa destacar aquí es que el derecho de libre determinación de los pueblos es otro elemento constitutivo del derecho humano que nos ocupa.

En consonancia con ello, la Declaración de Santiago afirma que “todas las personas, pueblos y minorías sometidos a agresión, genocidio, racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, así como al *apartheid*, colonialismo, neocolonialismo y otros crímenes internacionales, merecen atención especial como víctimas de violaciones del derecho humano a la paz” (art. 2.3). De modo que si un pueblo no puede ejercer su derecho de libre determinación es víctima de una doble violación de derechos. Por eso, la Declaración de Santiago establece que los Estados, principales deudores de aquel derecho, deben respetar el derecho de los pueblos a la libre determinación (art. 3.8).

El ejercicio y el respeto del derecho de libre determinación contribuyen al establecimiento de relaciones amistosas y de cooperación entre los Estados y al fortalecimiento de la paz y la comprensión internacionales. El Comité de Derechos Humanos considera que la historia así lo demuestra¹⁵.

El compromiso de garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos enunciados en el PIDCP (art. 3) y el compromiso de asegurarles igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el PIDESC (art. 3) adquieren un significado distinto si se tiene en cuenta que el derecho humano a la paz no será efectivo sin la realización de la igualdad de derechos y el respeto a las diferencias de género, como asevera el preámbulo de la Declaración de Santiago, en el que se reconocen las aportaciones de las mujeres a los procesos de paz, remarcándose la importancia de su participación en todos los niveles de adopción de decisiones, como pone de resalto la resolución 1325 (2000) del Consejo de Seguridad. Hay que destacar,

¹⁵ Observación general N° 12 (1984), párr. 8.

asimismo, que cuando la Declaración se refiere a los deudores del derecho humano a la paz subraya que “los Estados facilitarán la contribución de las mujeres a la prevención, gestión y resolución pacífica de controversias, así como al mantenimiento de la paz después de los conflictos” (art. 3.6).

La Declaración de Santiago contempla otras medidas pertinentes al decir que “los Estados revisarán las leyes y políticas nacionales que sean discriminatorias contra las mujeres, y adoptarán legislación para perseguir la violencia doméstica, el tráfico de mujeres y niñas y la violencia de género” (art. 5.4).

Una nuevo aporte a la cultura de paz proviene de lo dispuesto en ambos Pactos (art. 5.2) en el sentido de 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 normas consuetudinarias, a pretexto de que el PIDCP o el PIDESC, respectivamente, no los reconoce o los reconoce en menor grado. Aplicando el criterio que propone el documento de la sociedad civil analizado en este trabajo, el principio *pro persona*, formulado en esos términos en los Pactos, adquiere el carácter de elemento constitutivo del derecho humano a la paz.

Tanto el preámbulo del PIDCP como el del PIDESC expresan que el individuo, por el hecho de tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, tiene la obligación de esforzarse por la consecución y la observancia de los derechos reconocidos. El PIDESC lo dice de una manera ligeramente diferente, postulando que el individuo “está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto”. Sin duda, el cumplimiento de los deberes correspondientes ayuda a crear las condiciones para el desarrollo de una cultura de paz.

Volviendo al artículo 28 de la Declaración Universal, cabe agregar algo más: su contenido es reproducido en el preámbulo de la Declaración de Santiago, haciéndolo extensivo a los Pactos, en el párrafo que reafirma “que todas las personas tienen derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que se hagan plenamente efectivos los derechos y libertades proclamados en la De-

claración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, y en el que el estado de derecho exija la aplicación uniforme de las normas y rechace la selectividad, el privilegio, la impunidad y la discriminación”.

IV. Las disposiciones del PIDCP

De conformidad con los párrafos 1 y 2 del artículo 2, cada uno de los Estados partes se compromete a respetar y garantizar a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, sin distinción alguna, y a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones del Pacto, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos que no estuviesen ya garantizados.

El Comité de Derechos Humanos ha puntualizado que, en virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 2, deben respetarse y garantizarse los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo de un Estado parte aunque no se encuentre en su territorio, porque “el disfrute de los derechos reconocidos por el Pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de la paz”¹⁶.

En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y hayan sido proclamadas oficialmente, se permite a los

¹⁶ Observación general N° 31, *Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, del 29 de marzo de 2004, párr. 10.

Estados partes que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, adopten medidas que suspendan las obligaciones contraídas en virtud del Pacto, siempre que las disposiciones adoptadas no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el Derecho Internacional y no entrañen discriminación alguna (art. 4.1). Sin embargo, ello no autoriza la suspensión de las obligaciones relativas a los derechos a la vida, a no ser sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a no ser encarcelado por incumplimiento de obligaciones contractuales, a no ser condenado por actos u omisiones que al momento de cometerse no fueran delictivos según el Derecho nacional o el Derecho Internacional ni recibir pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión de un delito, a beneficiarse de una pena más leve impuesta con posterioridad a la comisión del delito, a la personalidad jurídica y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 4.2). En consecuencia, en caso de conflicto armado las obligaciones inherentes a tales derechos no pueden dejar de cumplirse.

En relación con el derecho a la vida, enunciado en el artículo 6 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos ha puesto énfasis en que “la guerra y otros actos de violencia masiva siguen siendo un flagelo de la humanidad que arrebatada cada año la vida de millares de seres humanos inocentes” y que “los Estados tiene la suprema obligación de evitar las guerras, los actos de genocidio y demás actos de violencia de masas que causen la pérdida arbitraria de vidas humanas”, resaltando que “todos los esfuerzos que realicen para evitar el peligro de guerra, especialmente de guerra termonuclear, y para fortalecer la paz y la seguridad internacionales, constituirán la condición y garantía más importante para la protección del derecho a la vida”¹⁷.

La Declaración sobre una Cultura de Paz reconoce en su preámbulo “que la paz no sólo 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”. El documento de la sociedad civil recoge esta concepción pero la reformula diciendo “que

¹⁷ Observación general N° 6 (1982), párr. 2.

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”.

Desde esta perspectiva, la prohibición de la tortura (art. 7) y de la esclavitud en todas sus formas (art. 8), el derecho a la libertad y a la seguridad personales (art. 9), el trato humano a las personas privadas de libertad (art. 10), el derecho a circular libremente (art. 12), así como el derecho de toda persona extranjera que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte a no ser expulsada de él sino en cumplimiento de una decisión adoptada de conformidad con la ley, a exponer las razones que la asistan en contra de su expulsión y a someter su caso a revisión ante las autoridades competentes (art. 13), son contribuciones a la construcción de la paz, lo mismo que el reconocimiento de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 18)¹⁸, el derecho de reunión pacífica (art. 21) y el derecho a la igualdad ante la ley (art. 26).

La Declaración de Santiago aborda uno de los aspectos de la libertad de conciencia al proclamar el derecho de toda persona de obtener la objeción de conciencia frente a las obligaciones militares (art. 7.1) y que “los miembros de toda institución militar o de seguridad tienen derecho a desobedecer órdenes manifiestamente contrarias a la Carta de las Naciones Unidas, al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho internacional humanitario”, y que esa desobediencia “no constituye en ningún caso un delito militar”. Por su vinculación con el tema, es pertinente mencionar que el Comité de Derechos Humanos señaló que Turkmenistán debía revisar su ley sobre el servicio militar para contemplar el derecho a la objeción de conciencia como parte del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión¹⁹.

¹⁸ En la versión original de la Declaración de Santiago, tales libertades están contempladas en el artículo 8, cuyo párrafo 3 dice: “Las personas y los pueblos tienen derecho a ser protegidas contra cualquier forma de violencia cultural. Con este fin, las personas deben gozar plenamente de sus libertades de pensamiento, conciencia, expresión y religión, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos”.

¹⁹ Casos *Hudaybergenov c. Turkmenistán* (2016) y *Japparow c. Turkme-*

El párrafo 1 del artículo 20 del Pacto establece que “toda propaganda a favor de la guerra estará prohibida por la ley”, disponiendo el siguiente párrafo que también lo estará “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”. El Comité de Derechos Humanos ha dicho que “estas prohibiciones, necesarias, son plenamente compatibles con el derecho a la libertad de expresión enunciado en el artículo 19, cuyo ejercicio implica deberes y responsabilidades especiales”, aclarando que la prohibición establecida en el párrafo 1 abarca toda forma de propaganda que amenace con un acto de agresión o de quebrantamiento de la paz contrario a la Carta de la ONU, o que pueda llevar a dicho acto, mientras que el párrafo 2 abarca tanto la propaganda o apología que se hace con fines internos al Estado de que se trate como la que tiene fines externos a ese Estado²⁰.

Ahora bien, “las disposiciones del párrafo 1 del artículo 20 no prohíben la apología del derecho soberano a la defensa nacional ni del derecho de los pueblos a la libre determinación y a la independencia conforme a la Carta de las Naciones Unidas”²¹, y para que dicho artículo “llegue a ser plenamente eficaz deberá existir una ley en la que se dejase bien sentado que la propaganda y la apología en él descritas son contrarias a la política del Estado y en la que se estableciese una sanción adecuada en caso de incumplimiento”²².

A su vez, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial advierte que “el discurso de odio racista puede adoptar múltiples formas y no está limitado a las expresiones de carácter explícitamente racial”; es posible, incluso, que recurra a “un lenguaje indirecto para disimular sus metas y objetivos”. Tal discurso puede proferirse por individuos o grupos, en forma oral o escrita, o difundirse “a través de medios electrónicos como Internet y los sitios de redes sociales, así como mediante formas de expresión no verbales, como la exhibición de símbolos, imágenes y comportamientos racistas en reuniones públicas, incluidos los eventos deportivos”. En consecuencia, el Comité considera que, “como exigencia mínima

nistán (2016).

²⁰ Observación general N° 11 (1983), párr. 2.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

y sin perjuicio de otras medidas, es indispensable una legislación completa, tanto en derecho civil y administrativo como en derecho penal, para luchar con eficacia contra el discurso de odio racista²³. La lucha contra el discurso de odio racista es cada vez más importante en el marco de la convivencia en paz.

El artículo 27 reconoce a las personas que pertenecen a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas 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 usar su propio idioma. Aparecen así esas personas como titulares de un derecho que les permite participar en el desarrollo de una cultura de paz.

Las minorías y la humanidad deben ser también reconocidas como titulares del derecho humano a la paz de conformidad con el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz, la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz y la Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, como destaca Villán Durán²⁴.

Así, por ejemplo, en el preámbulo de la Declaración sobre la Preparación de las Sociedades para Vivir en Paz se reafirma “el derecho de las personas, los Estados y toda la humanidad a vivir en paz”, y entre los principios que la Declaración insta a observar figura el siguiente: “Toda nación y todo ser humano, independientemente de su raza, convicciones, idioma, o sexo, tienen el derecho inmanente a vivir en paz. El respeto de ese derecho, así como de los demás derechos humanos, redundan en el interés común de toda la humanidad y es una condición indispensable para el adelanto de todas las naciones, grandes y pequeñas, en todas las esferas”²⁵.

²³ Recomendación general N° 35, *La lucha contra el discurso de odio racista*, del 26 de septiembre de 2013, párrafos 7 y 9.

²⁴ C. VILLÁN DURÁN, *The Emerging Right To Peace: Its Legal Foundations*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2014, p. 23.

²⁵ Resolución 33/73 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del

Teniendo en cuenta dichos antecedentes, la Declaración de Santiago incluye a las minorías entre los titulares del derecho humano a la paz, junto con las personas, los grupos, los pueblos y toda la humanidad (art. 1.1), y en su preámbulo puntualiza que el derecho humano a la paz no será efectivo “sin el respeto a los diferentes valores culturales y creencias religiosas que sean compatibles con los derechos humanos universalmente reconocidos; y sin la eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia”.

V. Las disposiciones del PIDESC

El logro progresivo de la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto es la modalidad de cumplimiento de las obligaciones de los Estados partes (art. 2.1), mientras que el artículo 2.3 prevé que 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 Pacto a personas que no sean nacionales suyos.

Diversos párrafos de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (2016)²⁶ pueden considerarse en el análisis de esas previsiones del Pacto ante los desafíos que plantean los grandes movimientos de refugiados y migrantes. Por ejemplo, el párrafo 21, del que resulta que en el cumplimiento de los compromisos definidos es necesario tener en cuenta “las distintas realidades, capacidades y niveles de desarrollo nacionales” y respetar “las políticas y prioridades de cada país” (párr. 21); el párrafo 38, que deja constancia del compromiso de adoptar “medidas para proporcionar, sobre la base de la cooperación bilateral, regional e internacional, financiación para la asistencia humanitaria que sea suficiente, flexible, previsible y sistemática, para que los países y las comunidades de acogida puedan responder a las necesidades humanitarias inme-

15 de diciembre de 1978.

²⁶ Documento final de la reunión plenaria de alto nivel sobre la respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, aprobado el 13 de diciembre de 2016.

de que la paz requiere un proceso en el que sea posible alcanzar niveles de vida más elevados, expresada en la Declaración de Santiago en los siguientes términos: “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 contribuir a ese desarrollo y disfrutar de él” (art. 8.1).

La realización del derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre (art. 11.2) impone a los Estados partes la obligación de adoptar, individualmente o por medio de la cooperación internacional, las medidas necesarias para, entre otras cosas, “asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que exportan” (art. 11.2.b). De esta manera, el PIDESC sienta las bases de la seguridad alimentaria, que es otra de las dimensiones de la seguridad humana.

En línea con la Declaración Universal (art. 26), el párrafo 1 del artículo 13 del PIDESC refleja el acuerdo de los Estados partes en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de la dignidad de la persona y fortalecer el respeto de los derechos humanos y libertades, así como 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 entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

Queda así formulado el compromiso de implementar la educación en derechos humanos, que es también, y ante todo, educación para la paz. El proyecto de la sociedad civil reafirma que “todas las personas y 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”, poniendo de relieve 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”²⁷.

²⁷ Párrafos 1 y 2 del artículo 5 de la Declaración de Santiago.

y son justiciables, bajo los procedimientos de los Protocolos Facultativos del PIDCP y del PIDESC, entre otros, el derecho a la vida, la libertad, la integridad y la seguridad de las personas, el derecho a la libertad de expresión y a la reunión y asociación pacífica, el derecho a un nivel de vida adecuado incluyendo alimentación, agua potable, saneamiento, vestido y vivienda y a la mejora continua de las condiciones de vida, así como los derechos a la salud, la educación, la seguridad social y la cultura”. Completando la idea, la Declaración expresa que “las personas pueden hacer valer los distintos elementos del derecho humano a la paz presentando quejas ante los órganos establecidos en tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas, los tribunales regionales de derechos humanos y los procedimientos relevantes del Consejo de Derechos Humanos” (art. 2.1)²⁸.

Por lo tanto, cuando se presentan quejas ante el Comité de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, se hace valer el derecho cuya violación se alega y también puede hacerse valer un elemento constitutivo del derecho humano a la paz. Y cuando una persona, o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos presente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición en los términos del artículo 44 de la Convención Americana, no invocará una violación del derecho humano a la paz pero puede hacer valer uno o más de los elementos constitutivos de ese derecho.

VII. Un proceso inconcluso

Reconocer el derecho a la paz en su dimensión individual, además de su dimensión colectiva, y con todos sus elementos constitutivos, es una necesidad cada vez más imperiosa. Que la Asamblea General de la ONU apruebe resoluciones reafirmando el derecho de los pue-

²⁸ Además, en el artículo 9.4 de la Declaración de Santiago “se invita a los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas y los organismos regionales competentes, a incorporar la presente Declaración en sus actividades de protección”.

blos a la paz es de innegable valor pero no alcanza. Es preciso completar el desarrollo progresivo del derecho humano a la paz.

La Declaración sobre el Derecho a la Paz, adoptada por el Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos el 16 de abril de 2012 y basada en gran medida en la Declaración aprobada en Santiago de Compostela en 2010 con la intención de que la Asamblea General de las Naciones Unidas la hiciera suya en un futuro cercano, generó expectativas en cuanto al proceso de codificación iniciado en el seno de aquel órgano. Después las cosas cambiaron. El Consejo de Derechos Humanos estableció un grupo de trabajo de composición intergubernamental para redactar el proyecto de Declaración sobre el Derecho a la Paz a partir del texto elaborado por el Comité Asesor, y el 1 de julio de 2016, haciendo suyo el proyecto del presidente-relator del grupo de trabajo, adoptó la Declaración sobre el Derecho a la Paz²⁹. Recomendó, además, que la Asamblea General la adoptara. El texto se aleja mucho de la Declaración de Santiago de 2010 y de la Declaración del Comité Asesor.

El 19 de diciembre de 2016, la Asamblea General aprobó la Declaración sobre el Derecho a la Paz, contenida en el anexo de la resolución 71/189, cuyo artículo 1 proclama 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”. Es verdad que “la paz es la condición para el disfrute de todos los derechos humanos universalmente reconocidos, incluidos el derecho al desarrollo y al medio ambiente”, como asegura el artículo 1.1 de la Declaración de Santiago, pero no hay que olvidar que se construye a través de un proceso participativo en el que las personas desempeñan un rol activo de la mayor relevancia.

La Declaración sobre el Derecho a la Paz, sin reconocer el derecho a la seguridad humana, alude a tal concepto señalando que los Estados garantizarán “la liberación del temor y la miseria, como medio para consolidar la paz dentro de las sociedades y entre éstas” (art. 2), y añade que “deben promoverse instituciones internacionales y nacionales de educación para la paz con el objeto de fortalecer el espíritu de tolerancia, diálogo, cooperación y solidaridad

²⁹ Resolución 32/28.

entre todos los seres humanos” (art. 4). Más allá de estas referencias parciales y aisladas, el texto no reconoce el derecho humano a la paz ni sus elementos esenciales, con todas las implicancias de cada uno de ellos.

En la resolución 71/189 la Asamblea General ha decidido seguir examinando la cuestión de la promoción del derecho a la paz en su septuagésimo tercer período de sesiones, es decir, en 2018. Y el 22 de junio de 2017 el Consejo de Derechos Humanos aprobó la resolución 35/4, convocando un taller para examinar la aplicación de la Declaración sobre el Derecho a la Paz con participación de la sociedad civil.

Mientras tanto, el texto actualizado de la Declaración de Santiago ha puesto en evidencia que los elementos esenciales del derecho humano a la paz, como el derecho al desarme, el derecho a la educación en la paz y los derechos humanos, el derecho a la seguridad humana, el derecho al desarrollo y a un medio ambiente sostenible, entre otros, están contenidos en la Carta de las Naciones Unidas y en las disposiciones pertinentes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La libertad de expresión en la era digital

MARÍA PILAR LLORENS*

* *Becaria doctoral, CIJS, CONICET, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba, Caseros 301, 1º piso, Córdoba Argentina. Profesora Ayudante "A" de Derecho Internacional Público, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Internacional y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, Argentina. Contacto: mplorems@derecho.unc.edu.ar*



Resumen: La libertad de expresión constituye un derecho fundamental para el desarrollo de la persona porque su goce permite el ejercicio de otros derechos humanos. Es por ello que el artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prevé una regulación de su alcance y de las restricciones a las que puede verse sujeto. Ahora bien, en la actualidad el ejercicio del derecho de libertad de expresión está íntimamente vinculado con la utilización de nuevas tecnologías. En este contexto es válido preguntarse si la regulación prevista por el derecho internacional de los derechos humanos es suficiente. En consecuencia este trabajo explora los alcances del artículo 19 del PIDCP y su adecuación a las particularidades que presenta la libertad de expresión en el entorno de Internet.

Palabras clave: Libertad de expresión -Internet - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) - Restricciones

Abstract: *Freedom of expression is one of the most fundamental rights as it allows the exercise of other human rights. That is why the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) establishes in its article 19 a regulation of the scope and restrictions of freedom of expression. Nowadays the exercise of this right is closely related with new technologies usage. In this context one may ask if the regulation of the international human rights law is enough. Consequently this paper explores the scope or article 19 ICCPR and its application to the characteristics of freedom of expression in the Internet era.*

Key Words: *Freedom of expression - Internet - International Covenant of Civil And Political Rights (ICCPR) – Restrictions*

I. Introducción

Hoy es innegable el valor y la influencia de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana. Estas permean cada una de las interacciones de las personas y son particularmente relevantes en el ámbito de las

comunicaciones. Ello implica que las TICs y en especial Internet han provocado cambios profundos en los comportamientos y relaciones de las personas con la tecnología. De este modo, como lo señala la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, “Internet se ha convertido en un recurso mundial importante, que resulta vital tanto para el mundo desarrollado por su función de herramienta social y comercial, como para el mundo en desarrollo por su función de pasaporte para la participación equitativa y para el desarrollo económico, social y educativo”¹.

La expansión de las TICs ha supuesto nuevos desafíos para la Comunidad Internacional ya que ha surgido la necesidad, por un lado, de garantizar el acceso a estos medios de comunicación, y por el otro lado, la necesidad de controlar el uso de esta tecnología. Esta dicotomía da lugar a ciertas tensiones que contraponen la soberanía estatal y la nueva dimensión que han adquirido los derechos humanos en los últimos años. Particularmente se destaca la tensión que existe en torno a la regulación de dos derechos humanos: la libertad de expresión y la intimidad y su control por parte del Estado.

Siendo el derecho a la libertad de opinión y de expresión un derecho fundamental para el desarrollo de la persona y también de las sociedades democráticas, es necesario garantizar su ejercicio. Para ello el derecho internacional de los derechos humanos ha establecido un marco regulatorio que determina el alcance de este derecho así como de las restricciones a las que puede ser sometido. Sin embargo, esta regulación data de mediados de siglo pasado cuando la vertiginosa evolución tecnológica era impensada.

Es por ello que este trabajo busca explorar si el derecho a la libertad de opinión y a la libertad de expresión en la era digital alcanza una adecuada protección en el derecho vigente. Para ello en primer término se examinará la regulación de este derecho en el ámbito universal; para luego, en segundo término considerar las particularidades que presenta la libertad de expresión en el contexto de Internet.

¹ Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información. *Información básica – Preguntas más frecuentes: ¿Qué es la Sociedad de la Información?*[en línea] [Último acceso: 19 07 2017] Disponible en: http://www.itu.int/wsis/basic/faqs_answer.asp?lang=es&faq_id=102

II. La libertad de expresión en el Derecho Internacional

La libertad de expresión puede considerarse uno de los derechos más fundamentales de las personas ya que su goce constituye la base para la protección de los demás derechos humanos. Asimismo tiene una importancia fundamental para la protección del régimen democrático ya que, como lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), constituye una condición para que la sociedad a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada².

El derecho a la libertad de expresión ha sido recogido en la mayoría de los instrumentos de derechos humanos tanto en el ámbito universal –art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)– como en el ámbito regional –art. 4 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; y art. 9 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos–. Estos instrumentos garantizan el derecho de toda persona de sostener una opinión (libertad de opinión) y de transmitir y recibir información e ideas (libertad de expresión).

Si bien la regulación internacional contempla en una única disposición tanto la libertad de opinión como la de expresión se trata de dos derechos distintos puesto que se refieren a diferentes ámbitos personales. Así la libertad de opinión se vincula con la posibilidad que tiene una persona de formar y sostener una opinión, situación que se da exclusivamente en el fuero interno de la persona y por lo tanto no puede ser restringido ni limitado; mientras que la libertad de expresión se refiere a la posibilidad de expresar opiniones, pensamientos o ideas que se han formado en el fuero interno así como también se refiere a la posibilidad de transmitir dichas opiniones, pensamientos o ideas y que corresponde al fuero externo de la persona en sus relaciones con otros sujetos³.

² Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5; párrafo 70.

³ WENZEL, N. "Opinion and Expression, Freedom of, International Pro-

Sin una efectiva garantía de la libertad de expresión, se debilita el sistema democrático y sufren quebranto el pluralismo y la tolerancia; los mecanismos de control y denuncia ciudadana pueden volverse inoperantes y, en definitiva, se crea un campo fértil para que arraiguen sistemas autoritarios.

Este derecho goza de una naturaleza dual: es tanto un derecho civil como un derecho político. En su naturaleza civil impide que la arbitrariedad del Estado afecte la esfera civil de la vida de las personas; mientras que en su naturaleza política garantiza que el individuo pueda tomar parte en actividades políticas⁷.

El derecho contenido en el artículo 19 comprende tres elementos diferenciados: a) el derecho a sostener opiniones sin interferencia –párrafo 1-; b) el derecho de buscar y recibir información –el derecho de acceso a la información– párrafo 2-; y c) el derecho de 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.

Asimismo el derecho a la libertad de expresión impone ciertas obligaciones a los Estados: a) respetar el derecho o abstenerse de interferir con su disfrute; b) proteger el derecho y ejercer la diligencia debida para prevenir, sancionar, investigar o compensar el daño causado por individuos o entidades privadas; y c) efectivizar el derecho o adoptar medidas positivas para permitir la realización del derecho⁸.

II.1.a. Libertad de opinión (párrafo 1).

El derecho a la libertad de opinión se encuentra establecido en el párrafo 1 del artículo 19 que prevé el derecho a no ser molestado a causa de las opiniones. Este derecho, que implica la posibilidad de formar una opinión a través del razonamiento, hace referencia a una cuestión puramente privada que pertenece al reino de la ideas; como tal se superpone con la libertad de pensamiento prevista en el artículo 18 del PIDCP⁹.

zuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 junio de 2015. Serie C No. 293; párrafo 140.

⁷ E/CN.4/1995/32, p. 5.

⁸ Cfme. A/HRC/14/23.

⁹ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 441.

Constituye un derecho absoluto que no puede ser restringido por el Estado ni por los particulares; y que supone el derecho a cambiar de opinión en el momento y por el motivo que la persona elija libremente. Existe una interferencia a esta libertad cuando una persona es influenciada contra su voluntad y cuando esta interferencia es efectuada por medio de la coerción, la amenaza u otra conducta similar¹⁰.

Dentro de la libertad de opinión quedan protegidas todas las formas de opinión ya sean de índole política, científica, histórica, moral o religiosa. Asimismo la libertad de expresar las propias opiniones comprende necesariamente la libertad de no expresarlas¹¹.

II.1.b. Libertad de expresión e información (párrafo 2).

El segundo párrafo del artículo 19 reúne bajo el término *libertad de expresión* un conjunto de conductas que se refieren a la libertad de buscar, recibir e impartir ideas e informaciones. Es decir, en este párrafo se garantiza el derecho de las personas a la libre expresión así como a la búsqueda y recepción de comunicaciones sobre toda clase de ideas y opiniones que puedan transmitirse a otros.

El artículo 19 (2) protege todas las formas de expresión¹² *-informaciones e ideas de toda índole-*; a modo de ejemplo puede señalarse que se protege cualquier tipo de idea subjetiva u opinión que sea susceptible de ser comunicada, noticias e informaciones, publicación comercial, trabajos de arte, comentarios políticos, entre otros. Todas estas formas de expresión están sujetas a las limitaciones previstas en el párrafo 3.

En relación a las formas de comunicación, el artículo 19 (2) del Pacto tienen un alcance amplio. En primer lugar se reconoce el derecho *sin consideración de fronteras*; es decir se considera que el de-

¹⁰ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 442; E/CN.4/1995/32, p. 8

¹¹ Cfme. CCPR/C/GC/4, p. 3.

¹² El Comité de los Derechos Humanos en su Comentario General N° 34 señala que las formas de comunicación comprenden la palabra oral y escrita, el lenguaje de signos y expresiones no verbales tales como las imágenes y los objetos artísticos. (CCPR/C/GC/34, p. 3)

recho tiene un carácter internacional¹³. En segundo lugar esta disposición protege todos los medios para la difusión de ideas u opiniones¹⁴ *–ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección–*. No sólo se protege la comunicación puramente verbal, sino también las manifestaciones, y cualquier medio acústico, visual y electrónico, así como cualquier otra forma de comunicación¹⁵.

Otro aspecto de esta disposición se vincula con la protección que brinda respecto de la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones; esto es el derecho de buscar información activamente. Este derecho puede ejercerse respecto de la información que se encuentra generalmente accesible; aunque también puede ejercerse respecto de la información en poder de las autoridades públicas que todavía no se ha hecho pública¹⁶. El Comité de Derechos Humanos considera que los Estados deben proceder activamente a incorporar al dominio público la información que se encuentre en su poder y que sea de interés público así como establecer los procedimientos para poder acceder a esa información¹⁷.

El Pacto prevé que la libertad de expresión debe estar protegida respecto de las interferencias tanto de las autoridades públicas como de los particulares.

II.1.c. Restricciones a la libertad de expresión (párrafo 3).

El derecho a la libertad de expresión no es absoluto y como consecuencia supone la existencia de deberes y responsabilidades especiales¹⁸; es

¹³ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 445.

¹⁴ Para el Comité de Derechos Humanos, estos medios de expresión comprenden los libros, los periódicos, los folletos, los carteles, las pancartas, las prendas de vestir, los alegatos judiciales, así como modos de expresión audiovisuales, electrónicos o de Internet, en todas sus formas. (CCPR/C/GC/34, p. 4)

¹⁵ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 445.

¹⁶ WENZEL, N., *op. cit.* en nota 5, párrafo 19; se refiere a este mismo aspecto el principio 4 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁷ CCPR/C/GC/34, p. 5.

¹⁸ Cfme. DE ZAYAS, A. y ROLDÁN MARTÍN, Á. "Freedom of Opinion

decir que es un derecho que puede estar sujeto a restricciones. Sin embargo, no toda restricción a este derecho es permisible y por ende solo podrá limitarse cuando se den las condiciones previstas en el párrafo 3 del artículo 19: a) deben estar previstas por ley; b) servir a uno de los fines previstos por el PIDCP; y c) ser necesarias para alcanzar uno de los propósitos previstos. Asimismo debe tenerse en cuenta que las restricciones no pueden ser de tal naturaleza que tengan como resultado la anulación del derecho.

II.1.c. a) Previsión legal expresa

Que las restricciones se encuentren *expresamente fijadas por la ley* supone que estas han sido previstas en una legislación formal o su equivalente en una norma no escrita del *common law* y además que en ella se establezca expresamente la permisibilidad de la intromisión¹⁹. Ello implica que las limitaciones deben estar previstas de manera clara y transparente (principios de previsibilidad y transparencia) de forma tal que cualquier individuo debe poder adecuar su comportamiento a la norma ya que esta se encuentra formulada con la precisión suficiente y además es accesible al público²⁰. Asimismo se requiere que las leyes que impongan estas restricciones sean compatibles con las disposiciones, fines y objetivos del PIDCP; es decir que por ejemplo se respete el principio de no discriminación.

II.1.c. b) Fines legítimos de interferencia

Las restricciones deben obedecer a alguno de los fines establecidos en el tercer párrafo del artículo 19²¹. Esto es: a) respeto a los dere-

and Freedom of Expression: Some Reflections on General Comment No. 34 of the UN Human Rights Committee” *Netherlands International Law Review*. V. 59, N° 3. 2012, pp. 425-454, p. 439. WENZEL, N., *op. cit.* en nota 5, señala que *la existencia de estos deberes y responsabilidades especiales destaca el hecho que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir con el derecho a la libertad de expresión sino que también debe adoptar medidas positivas para asegurar que el derecho es respetado entre los individuos* (párrafo 27).

¹⁹ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 460.

²⁰ CCPR/C/GC/34, p. 7.

²¹ En términos del Relator Especial sobre la promoción y protección del

chos o la reputación de los demás; y b) protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas.

En relación con el *respeto a los derechos o la reputación de los demás* puede señalarse que la disposición pone de manifiesto la existencia de un conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos; particularmente con la privacidad de los demás –que se encuentra protegida en el artículo 17 de este mismo tratado–²². Asimismo es necesario destacar que el término *derechos* refiere a todos los derechos humanos reconocidos en la normativa internacional de los derechos humanos y no únicamente a los previstos en el Pacto²³. Por su parte el término *los demás* debe interpretarse tanto en el sentido de que se refiere a una persona individual como a miembros de una comunidad. Esta protección puede ser asegurada mediante medidas de carácter penal, civil o administrativo.

En cuanto al segundo fin, esto es *la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral públicas*, debe señalarse que engloba diferentes objetivos que pueden dar lugar a la restricción de la libertad de expresión. Sin embargo, en todos los casos deben ser evaluadas conforme al test de necesidad y proporcionalidad teniendo en cuenta las demás disposiciones de la Convención²⁴; esto es que se apliquen de conformidad a las condiciones previstas en el párrafo 3 del artículo 19.

La seguridad nacional sólo permite imponer limitaciones cuando existan graves riesgos políticos o militares para toda la nación²⁵; así, por ejemplo, los principios de Johannesburgo sobre seguridad nacional, libertad de expresión y acceso a la información

derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, esto es lo que se denomina principio de legitimidad. A/HRC/17/27, p. 8.

²² Como lo señalan De Zayas y Roldán Martín, el derecho al honor y la reputación *se relaciona con la dignidad personal tal como se proyecta a otros y también tal como es percibida por cada persona*. DE ZAYA, A. y ROLDÁN MARTÍN, Á., *op. cit.* en nota 20, p. 441.

²³ Nowak, señala que algunos ejemplos de los derechos que pueden justificar una restricción a la libertad de expresión son: la libertad de religión, la prohibición de la discriminación, incluyendo la prohibición de la incitación al odio racial y religioso, entre otros. NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 462.

²⁴ DE ZAYA, A. y ROLDÁN MARTÍN, Á., *op. cit.* en nota 20, pp. 442 y 443.

²⁵ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, pp. 463-464.

considerarán que una restricción basada en la seguridad nacional solo será legítima cuando tenga por objetivo y sus efectos demostrables sean proteger la existencia de la nación o de su integridad territorial contra un uso de la fuerza o su capacidad para responder a un uso de la fuerza o una amenaza del uso de la fuerza²⁶.

El orden público, es un término que engloba “*principios fundamentales aceptados universalmente, consistentes con el respeto de los derechos humanos y sobre la base de los que una sociedad democrática se encuentra basada*”²⁷. Esta definición amplia de lo que es el orden público puede dar lugar a un gran margen de discrecionalidad de los Estados a la hora de imponer restricciones a la libertad de expresión; es por ello que se exige una evaluación estricta de los requisitos de necesidad y proporcionalidad de la medida.

La moral pública es un término elástico ya que su contenido va a variar de sociedad en sociedad; no existiendo un estándar universalmente aplicable²⁸. Consecuentemente el Comité de Derechos Humanos considera que las limitaciones a la libertad de expresión impuestas con el fin de proteger la moral deben basarse en principios que no se deriven exclusivamente de una sola tradición²⁹.

II.1.c. c) Necesidad

Que las restricciones sean *necesarias* para la consecución de un propósito legítimo suponen que deben ser proporcionales tanto en severidad como en intensidad con el propósito perseguido. Ello significa que no deben ser excesivamente amplias sino que deben ser *adecuadas para su función protectora, ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse*³⁰. Consecuentemente la proporcionalidad constituye el criterio relevante para evaluar la necesidad de la interferencia³¹.

²⁶ Principios de Johannesburgo sobre la Seguridad Nacional, la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información, 1996, Principio 2.

²⁷ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 465.

²⁸ DE ZAYAS, A. y ROLDÁN MARTÍN, Á., *op. cit.* en nota 20, p. 442.

²⁹ CCPR/C/GC/34, p. 9.

³⁰ CCPR/C/GC/34, p. 9.

³¹ NOWAK, M., *op. cit.* en nota 5, p. 460; DE ZAYAS, A. y ROLDÁN

Como toda excepción, en caso de duda las restricciones deben ser interpretadas de manera restrictiva; siendo responsabilidad del Estado demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza –conexión directa e inmediata entre la expresión y el peligro– y la necesidad y proporcionalidad de la medida concreta adoptada³².

III. La libertad de expresión en la era digital

En la actualidad es innegable que las nuevas tecnologías han modificado la forma en que las personas se relacionan y estos cambios en los comportamientos han repercutido en la forma en que se entiende y ejerce la libertad de expresión como así también han provocado que la privacidad tenga límites mucho más difusos. Ante este panorama, cabe preguntarse si las disposiciones diseñadas en la década de 1960 pueden dar una respuesta a los escenarios que se plantean en la actualidad.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos fue elaborado en una época en donde la existencia de las actuales tecnologías de la comunicación aún no se vislumbraba. La radio, la televisión y la prensa eran los medios a través de los cuales se producía la transmisión de la información y constituían los medios a partir de los cuales se formaba la opinión pública. Ello contrasta de manera notable con el modo en que en se produce y se transmite la información así como en la forma en que genera la opinión pública en la actualidad dónde existe un rol activo y una interacción constante entre los diferentes actores que intervienen en el proceso de producción de la información.

Ahora bien, tal como lo señala el relator especial sobre la promoción y protección del derecho a libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, en su informe A/HRC/17/27, de mayo de 2011, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos se redactó en términos que tuvieran la suficiente amplitud para comprender

MARTÍN, Á., *op. cit.* en nota 20, p. 441.

³² Cfme. CCPR/C/GC/34, pp. 9-10.

todas aquellas innovaciones tecnológicas que permitieran el ejercicio del derecho a la libertad de expresión a las personas³³. Es por ello que es posible pensar que el marco de regulación existente en el derecho internacional de los derechos humanos es plenamente aplicable a las nuevas tecnologías de la comunicación como Internet.

En consecuencia es posible considerar que Internet constituye un mecanismo fundamental en materia de promoción del ejercicio de la libertad de expresión y consecuentemente de otros derechos humanos. Ello es consecuencia de varios elementos: en primer lugar la ampliación del flujo de información circulante que es posible gracias a los modos en que Internet facilita el intercambio de ideas e información; en segundo lugar, la interactividad que permite que los usuarios se conviertan en generadores activos de información y no meros receptores de información; en tercer lugar los bajos costos relacionados con el intercambio de ideas que contribuye al acceso a informaciones y conocimientos que de otro modo no se podrían obtener y que como consecuencia ayuda al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto.

III.1. Restricciones a la libertad de expresión en la era digital

Si bien Internet es medio versátil que presenta numerosas ventajas fundadas en sus particularidades: velocidad, alcance mundial y relativo anonimato. Son estas mismas características las que han determinado un mayor control por parte de los Estados, que en numerosas ocasiones imponen restricciones que se encuentran en franca contravención a las obligaciones asumidas por los Estados en materia de protección del derecho de libertad de expresión³⁴.

Sin embargo debe tenerse en cuenta que cualquier restricción al derecho a la libertad de expresión, independientemente del medio a través del cual se ejerza, debe cumplimentar con todos los parámetros previstos en el artículo 19 párrafo 3 del PDCP. Esto es: debe estar prevista en la ley; obedecer a los fines previstos en la

³³ A/HRC/17/27, p. 7.

³⁴ A/HRC/17/27, p. 8.

nes e información libremente y sin injerencias; ejerciendo de esta manera su derecho a la libertad de expresión.

Sin embargo, para que los derechos garantizados por el artículo 19 del PIDCP puedan ejercerse libremente es necesario acudir a ciertas herramientas digitales que por sus características permiten la protección de estos derechos. Así, por ejemplo, el informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye, del año 2015³⁹, pone especial atención a las herramientas del cifrado⁴⁰ y el anonimato en las comunicaciones digitales como mecanismos destinados a la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. La importancia de estos instrumentos radica en el hecho de que ayudan a las personas a ejercer sus derechos sin injerencias externas o ataques arbitrarios o ilegales, ya que permiten crear una zona de privacidad para las personas⁴¹.

Estas herramientas son un componente esencial en la protección de la identidad de las personas ya que, entre otras funciones, permiten que no sea posible identificar a un usuario por su huella digital. Siendo esta protección necesaria para garantizar la privacidad de una persona de manera tal que pueda ejercer su derecho a la libertad de opinión y expresión sin injerencia. Ello permite que una persona pueda explorar aspectos básicos de su identidad –género, religión, etnia, origen nacional, sexualidad– sin temor ya que la búsqueda de información, la elaboración de ideas y la comunicación es segura.

En este contexto el cifrado es fundamental porque garantiza a los usuarios que las comunicaciones se realicen sin interferencias. De este modo un usuario puede estar seguro de que las comunicaciones que envía son recibidas sin ninguna modificación y sin ninguna injerencia solamente por aquellas personas a los que están dirigidas. Del mismo modo, también puede estar seguro de que las comunicaciones que reciba reúnen las mismas condiciones.

³⁹ A/HRC/29/32

⁴⁰ El cifrado es “un proceso matemático ‘de convertir mensajes, información o datos en algo ilegible, excepto para el destinatario deseado’”. A/HRC/29/32, p. 4.

⁴¹ A/HRC/29/32, p. 6.

Asimismo en materia de libertad de opinión, el cifrado y el anonimato son herramientas de particular importancia ya que van a garantizar que una persona pueda emitir así como también forjarse opiniones. Esta cuestión tiene mucha importancia en la actualidad ya que la evolución de las tecnologías y con ello los cambios en los modos de expresarse exponen a las personas a vulnerabilidades significativas; particularmente deben considerarse que las opiniones que se vierten en el espacio digital pueden ser objeto de ataques, persecuciones, medidas destinadas a castigar a las personas que emiten una opinión particular, vigilancia específica, entre otras. Teniendo en cuenta las particularidades que presentan las restricciones referidas a la libertad de opinión, debe evaluarse que cualquier limitación que se imponga en materia de cifrado y anonimato puede constituir una injerencia no permisible a la luz del artículo 19 del PIDCP.

Por su parte en relación a la libertad de expresión las tecnologías del cifrado y el anonimato son esenciales para garantizar el ejercicio de este derecho especialmente en contextos donde existen graves problemas de censura. En estos casos estas herramientas permiten garantizar, por un lado, que una persona pueda buscar, recibir y difundir informaciones e ideas al eludir las restricciones existentes en un entorno determinado; y por el otro, también aseguran que el tráfico de información fluya de manera transfronteriza eludiendo las filtraciones de las que pueden ser objeto. Así, a la hora de evaluar si es posible establecer restricciones en materia de cifrado y anonimato debe considerarse que estas limitaciones deben ser compatibles con los requisitos previstos en el artículo 19, párrafo 3 del PIDCP.

IV. Consideraciones finales

Los derechos a la libertad de opinión y a la libertad de expresión constituyen unos de los derechos más fundamentales con los que cuenta una persona ya que su goce es necesario para garantizar el ejercicio de otros derechos humanos. Asimismo constituyen la base



Resumen: Las instituciones del asilo y del refugio han sido objeto de estudio y de aplicación con características particulares en el continente americano, especialmente desde su vinculación con los instrumentos universales y regionales de derechos humanos.

En este trabajo se analizan esas particularidades tratando de desentrañar las características de ambas y su evolución en nuestra región.

Palabras clave: Asilo - Refugio - Pactos sobre derechos humanos

Abstract: *The institutions of asylum and refuge have been the object of study and application with particular characteristics in the American continent, especially since their connection with universal and regional human rights instruments. In this paper, I'm analyze these particularities trying to unravel the characteristics of both and their evolution in our region.*

Key words: *Asylum. Refuge. Covenants on human rights.*

Introducción

La institución del asilo se remonta a antiquísimas prácticas, cuyo fundamento religioso la muestran desde tiempos inmemoriales. Asimismo sus orígenes se remontan a costumbres españolas y portuguesas que se trasladaron a América, especialmente durante el reinado de Carlos VI. Pero sería sobre finales del siglo XVIII y principios del siguiente que sufriría la mayor transformación, ya que, aplicada en Europa hasta entonces en protección de delincuentes comunes, basada en la inmunidad de jurisdicción, sea territorial o de las legaciones diplomáticas, comenzó a aplicarse para la protección de personas perseguidas por razones políticas¹.

El Instituto de Derecho Internacional, por su parte, ya desde 1880 inició una serie de estudios sobre temas relacionados con los

¹ Para A. Rodríguez Carrión ello se debió a la expansión del movimiento revolucionario burgués. Lecciones de Derecho Internacional Público. Tecnos. Madrid 1994. Pág. 374.

derechos humanos, originariamente vinculados a los conflictos armados, a la emigración, preanunciando ya una declaración de derechos del hombre y del ciudadano², en una etapa en la que también se desarrollaba la institución de la protección diplomática y la protección de los derechos del hombre ya estaba saliendo del dominio del derecho interno estatal hacia el Derecho Internacional³.

En los años previos al estallido de la Segunda Guerra mundial, el problema de los refugiados comenzaba a acuciar a Europa, al mismo tiempo que la institución del asilo se venía afianzando en nuestro continente, en este caso sobre la base de la soberanía estatal, cubriendo al perseguido por razones política, en parte como una costumbre regional, pero ya con un bagaje jurídico indiscutido.

Así, el título segundo del Tratado de Derecho Penal Internacional (1889), está reservado a la institución del asilo, reservándose los arts. 15 y 16 al asilo territorial y el 17 al asilo diplomático. Ya desde la firma de este tratado, al referirse a la institución de la extradición, el sistema jurídico de nuestro continente la excluye en caso de delitos relacionados con delitos políticos. En 1928 se había firmado en La Habana la Convención sobre Asilo en la que aparecen ambos tipos, aunque el asilo territorial se acerca más al concepto de refugio. Asimismo en la Convención de Montevideo de 1933 se recogen normas sobre asilo político, mientras que en 1939 se firmó el Tratado de Montevideo sobre Asilo y Refugio Políticos en los que finalmente se diferencia ambos tipos refiriéndose en primer término al asilo político o diplomático y en segundo lugar al asilo territorial, al que Gros Espiell cita como sinónimo de refugio.

Por su parte también el Instituto de Derecho Internacional se había ocupado del estatuto de los Apátridas y de los Refugiados en su sesión de Bruselas de 1936, donde junto al tratamiento de temas tan trascendentes se abrió paso también la protección diplomática⁴.

² Sesión de Londres, 1929.

³ DE VISSCHER, PAUL. *La contribution de l'Institut de droit international a la protection des droits de l'homme*. Mélanges Michel Virally. Pág. 218. Disponible en: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/IDI-DH.pdf>

⁴ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire*. Tome 39. 1936. Pág. 21. Disponible en: <http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/05/4025->

En esta apretada síntesis podemos mencionar que en el tema que nos ocupa es insoslayable mencionar que, tras la creación de las Naciones Unidas, se celebró la Novena Conferencia Panamericana (Bogotá, 1948), de la que surgiría no sólo la Carta y el Pacto de Bogotá, sino también la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y posteriormente en el mismo año la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el ámbito universal.

Se completaban así los cimientos del futuro sistema de promoción y protección de derechos humanos, incluyendo a las instituciones que nos ocupan.

Asilo y refugio

La finalización de la Segunda Guerra mundial estuvo vinculada no solamente con la necesidad de mantener la paz y la seguridad internacionales sino también con la necesidad de promocionar y asegurar el respeto de los derechos humanos.

Desde el comienzo de su vida activa, a partir de la celebración de la Carta de San Francisco (1945), las Naciones Unidas orientaron su accionar hacia la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual se creó la Comisión de Derechos Humanos, que tendría como objetivo primordial avanzar hacia la formulación de una Declaración que incluyera ambas corrientes. Es de destacar que América Latina tuvo un rol destacadísimo en esta tarea en tanto las repúblicas que la integraban ya venían trabajando en la materia a partir de la Conferencia de Chapultepec, a través del Comité Jurídico Interamericano que ya había formulado el proyecto de la que sería Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y que por otra parte constituían el grupo regional más numeroso⁵ en las deliberaciones de la recién creada ONU.

Aún así se plantearon diferentes posiciones respecto del asilo. Australia impulsó la idea de consagrarlo como un derecho humano y no únicamente como una prerrogativa del Estado. La URSS se

39-OCR-min-TBU.pd

⁵ Las repúblicas latinoamericanas eran 21, mientras que los estados europeos eran apenas 10 en ese momento.

opuso a que se otorgara el asilo a quienes habían cometido crímenes de lesa humanidad, lo que en definitiva fue recogido en el art. 14 de la Declaración de Naciones Unidas de 1948. La discusión siguiente se planteó respecto del derecho de recibir asilo y la obligación del Estado de otorgarlo. Resultó reconocido el primero y rechazado el segundo, con lo que la cuestión quedó limitada definitivamente. Esta posición fue compartida por los países latinoamericanos en los que tras una larga tradición de esta institución estaba fuertemente enraizado el principio del asilo como potestad del Estado.

En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en la Declaración Americana, el artículo 14 de la Declaración Universal no reconoce un derecho de recibir asilo y la decisión de otorgar asilo se adopta por el Estado en ejercicio de su soberanía.

Por otra parte, no debemos perder de vista que una de las bases del derecho de asilo es el derecho de emigración.

Las grandes transformaciones operadas en el mundo con posterioridad a la Segunda Guerra mundial mostraron también un cambio de enfoque en los temas que nos ocupan en tanto, colocados los derechos humanos en la base del sistema de las Naciones Unidas, parte de la doctrina comenzó a ver al asilo no ya exclusivamente como un derecho del Estado sino como un derecho de la persona humana y que se traduciría tímidamente en el art. 14 inc. 2 de la Declaración de Derechos Humanos de 1948⁶.

Más específicamente en nuestro continente, y en ocasión de la Décima Conferencia Interamericana de Caracas (1954) se firmaron sendas convenciones: la Convención sobre Asilo Diplomático y la Convención sobre Asilo Territorial, continuando con la posición mantenida con anterioridad y puesta de manifiesto ya desde la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948) en su art. 27 y se proyecta sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) en su art. 22, pár. 7, 8 y 9.

Así, y como regla general a nivel internacional, ya desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 14)⁷ se excluye del

⁶ DE VISSCHER, PAUL. *La contribution de l'Institut de droit international a la protection des droits de l'homme*. Pág. 219. Disponible en: <http://www.sfdi.org/wp-content/uploads/2014/09/IDI-DH.pdf>

⁷ En el mismo sentido la AG/RES/ 2.312 (XXII) Declaración sobre el

otorgamiento de asilo diplomático a los perseguidos por delitos comunes, limitación a la que se agrega a quienes sean responsables de actos contrarios a los objetivos y principios de las Naciones Unidas, y también a quienes cometen crímenes contra la paz y crímenes contra la Humanidad.

Por otra parte, y si bien el asilo constituye una institución de gran desarrollo en nuestro continente, dificultosamente encontraremos una definición que la caracterice, más allá del contenido de la convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, que define al asilo como:

“Art. 1. El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas por motivos o delitos políticos. ...”

Sin embargo, a nivel general se hace dificultoso diferenciar la institución del asilo del refugio. En este último caso se firmó en 1951 la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que nació restringida en su aplicación a una etapa directamente relacionada con la Segunda Guerra Mundial, en el continente europeo.

A partir esencialmente de este instrumento Max Sörensen define al refugiado político como:

*“... un extranjero que ha dejado su país, o ha sido compelido a dejarlo, debido a **persecución por motivos políticos, religiosos o étnicos**”⁸.*

Esta expresión contribuye a echar algo de luz sobre la confusión que se observa en general entre el concepto de asilado y el de refugiado, limitándose el primero a quien es perseguido por razones políticas, mientras que el segundo se hace extensivo a otras causales.

De esta rápida síntesis podemos extraer que si bien en Europa se desarrolló el asilo territorial y dejó de aplicarse mayormente el

Asilo Territorial

⁸ Sörensen, Max. Manual de Derecho Internacional Público. Fondo de Cultura Económica. México, 1973, pág. 470.

asilo diplomático, a comienzos del Siglo XIX, en nuestro continente ambas formas de una misma institución se desarrollaron en forma casi paralela. Particularmente en América Latina el asilo se relacionó rápidamente con la protección de los derechos humanos, y en el asilo diplomático se operó un desarrollo, inexistente en otras partes del mundo, donde a menudo ha estado más vinculado con cuestiones humanitarias⁹. No debemos perder de vista en este sentido que la institución del asilo ya está incluida en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre(1948) en su art. 27, también en el preámbulo de la AG/RES/ 2.312 (XXII) Declaración sobre el Asilo Territorial (art. 1) y se proyecta sobre la Convención Americana de Derechos Humanos(1969) en su art. 22, pár. 7, 8 y 9. Por otra parte, el tratamiento de los asilados ya había merecido en nuestro continente un interés especial que derivó en la celebración de sendas conferencias sobre el particular¹⁰. Cabe agregar además que en la base de esta institución se encuentra el ejercicio soberano de los derechos de los estados en tanto la decisión de su otorgamiento responde a esa soberanía y a ella corresponde el respeto por parte de los terceros estados.

En definitiva en nuestro continente se han utilizado diversas denominaciones: asilo diplomático, también conocido como político, y asilo territorial¹¹, en ocasiones aplicado como sinónimo de refugio, aunque estudios comparativos entre los citados instrumentos y aquellos formulados dentro del sistema de Naciones Unidas no guarden estricta relación.

Sin embargo, la complejidad de la vigencia de las citadas convenciones obliga a un análisis pormenorizado ante cada situación

⁹ Es así para aquellos estados que no lo admiten como institución de Derecho Internacional.

¹⁰ Es el caso del Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados firmado en la ciudad de Nueva York, y la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 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.

¹¹ Así lo recuerda H. Gros Espiell en su trabajo *El Derecho Internacional Americano Sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*, pág. 35. Consultado el 10.12.15.

puntual. En este punto es ampliamente conocido el caso del Derecho de Asilo (Haya de la Torre), en el que la CIJ debió expedirse en un caso de aplicación de esta institución, cuando regían entre ambas partes las Convenciones de La Habana de 1928 y de Montevideo de 1933, al margen de las particularidades que estuvieron en discusión en esa oportunidad. Respecto de la capacidad de calificación del delito de que se trate por parte del Estado receptor, que fuera objeto de discusión en esa ocasión, encontramos normas concretas en las Convenciones de Caracas sobre Asilo Territorial (art. 11) y sobre Asilo Diplomático (art. 9). Estas convenciones americanas constituyen los únicos instrumentos internacionales consagrados a esta institución.

Por otra parte no podemos perder de vista que ambas convenciones solamente obligan a los estados signatarios, sin embargo el grado de obligatoriedad de la mayoría de las normas incluidas en ellas, al derivar de la práctica latinoamericana, se aplica también por vía consuetudinaria. Debemos remarcar además que el asilo, particularmente el diplomático, no constituye una institución de Derecho Internacional general, en virtud de lo apuntado más arriba. Ello así en la medida que muchos autores consideran que el mismo existe dentro de los estrechos límites de los motivos humanitarios cuyo objetivo es el de proteger al perseguido político de un peligro grave e inminente¹². A nivel general, si bien no se reconoce al asilo como una institución de Derecho Internacional general, se conocen casos en que se ha aplicado con fundamentos humanitarios.

Otra de las características tanto del asilo como del refugio es su naturaleza transitoria, especialmente el asilo diplomático, sin embargo en ocasiones se han dado casos de asilo durante períodos prolongados¹³.

¹² VERDROSS, Alfred. Derecho Internacional Público. Aguilar, 1973, pág. 264.

¹³ Fue el caso de Jozsef Mindszenty, quien buscó asilo en la legación diplomática de EEUU en Budapest, que se prolongó entre 1956 y 1971. También fue el caso de Tesfaye Gebre Kidan, ex presidente de Etiopía quien, junto a otras ex autoridades de ese país buscaron asilo en la embajada de Italia en Addis Abeba, estancia que se prolongó durante más de dos décadas (desde 1991). También el caso de Michel Aoun, asilado en la embajada de Francia en Beirut (1990), entre otros. Posteriormente el caso de Julian

Por otra parte es necesario no perder de vista que en esta materia prevalecen la soberanía y la supremacía territorial del estado, y tanto el asilo como el refugio implican excepciones a esa supremacía. En consecuencia, salvo los casos de asilo o de refugio en las condiciones apuntadas, debe aplicarse la jurisdicción estatal a quienes resulten perseguidos por delitos comunes, en cuyo caso es de aplicación la extradición, o inclusive la jurisdicción de los tribunales penales internacionales para los crímenes de guerra o de lesa humanidad, en su caso. De allí la importancia de la calificación del delito por el cual se persigue al asilado.

Por otro lado todo Estado tiene derecho a otorgar asilo, pero no está obligado a otorgarlo ni a fundamentar su decisión. Y si bien no está obligado a otorgar el asilo tampoco puede rechazar a quien lo solicita (*non refoulement*). La situación parecería sutil, pero no debemos perder de vista que el bien jurídicamente protegido es la integridad de una persona perseguida por razones políticas, que solicita protección a un Estado. Pero hasta tanto se resuelve su situación esa persona corre riesgo en su seguridad, en consecuencia, la misma debe resolverse sin perder de vista ese objetivo.

La evolución de estas instituciones en nuestro continente

Como decíamos más arriba, en numerosas ocasiones la doctrina coloca al asilo y al refugio en una zona gris en la que no es posible una mayor distinción entre una u otra. Inclusive los primeros instrumentos latinoamericanos de alguna forma contribuyeron a esa confusión. Sin embargo, promediando el pasado siglo, la preocupación en nuestro subcontinente había avanzado hacia la positivación de la costumbre de la región y había logrado, en primer lugar, reconocer al asilo como un derecho humano en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), que en su art. XXVII dice:

Assange en la embajada de Ecuador en Londres a partir de 2012.

*“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”.*

Como puede observarse, se trata de un derecho de buscar y recibir asilo, pero no de una obligación del Estado de concederlo y guarda éste siempre el derecho de calificar las razones por las cuales una persona solicita el asilo.

Como decíamos más arriba, ya el enfoque de esta institución va orientándose hacia los derechos humanos, cuando coloca al asilo territorial entre los derechos de la persona, pero al mismo tiempo mantiene el derecho soberano del Estado de otorgarlo, como lo sostenía la doctrina clásica.

En esto el sistema interamericano es pionero, superando inclusive al europeo, que recién recepta estas instituciones en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), en su art. 18:

“... dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto para los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Unión Europea”.

Esta orientación provenía de una tendencia del DI puesta evidenciada por el Instituto de Derecho Internacional, en su Sesión de Bath (1950), que ya rescataba la interacción entre las instituciones del asilo, el refugio y los derechos humanos, citando como precedentes las resoluciones de las sesiones de Nueva York (1929) sobre los derechos fundamentales del hombre; de Bruselas (1936) sobre el Estatuto Jurídico de los Apátridas y Refugiados, y de Lausanne (1947) sobre los Derechos Fundamentales del Hombre; base de una restauración del Derecho Internacional; sus resoluciones de Estocolmo (1928) sobre el régimen legal de los navíos y de sus tripulaciones en los puertos extranjeros cuyo art. 21 se refiere a un caso de asilo; el art. 2 de sus resoluciones de Neuchâtel (1900) sobre los Derechos y Deberes de las Potencias Extranjeras en caso de movi-

Finalmente con una frase tan simple, los estados americanos asumen la obligación de no expulsar colectivamente a los extranjeros, entendible precisamente ante la gran cantidad de refugiados y desplazados que se produjo con posterioridad a las dos grandes guerras mundiales y en particular en las últimas décadas en América como consecuencia de conflictos internos.

De esta forma la Convención Americana sobre Derechos Humanos se transformó en el primer instrumento regional convencional en establecer el derecho de buscar y recibir asilo, al que se agregó posteriormente la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981) en su art. 12. 3) y continuó con la Declaración de Cartagena (1984). Sin embargo, ya en esa oportunidad se comienza a observar una nueva utilización de los términos *asilo* y *refugio* como sinónimos, aunque ratifican que en la región se mantiene vigente la institución del asilo¹⁴. ¿Qué había ocurrido?

Hasta ese momento se consideraba que el asilo alcanzaba a personas individuales como dirigentes políticos, sindicales, periodistas, personalidades de la cultura. Pero esta situación comenzó a cambiar con la afluencia en gran escala de refugiados del Caribe durante los años '60, tal como lo dejó de manifiesto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Informe Anual de 1965. Se intentó la celebración de una Convención sobre Refugiados en la región, que no llegó a concretarse, aunque sirvió de impulso para un nuevo proceso de ratificaciones de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

Si nos detenemos en la Declaración Americana (1948) vemos que en su artículo XXVII reconoce en forma amplia el derecho de asilo, "*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*", mientras que respecto de los refugiados la Convención Americana difiere de la Declaración Americana en dos puntos remarcables: en primer lugar la Convención limita y precisa los alcances del asilo en su artículo 22 al derecho de asilo a personas perseguidas "*por delitos políticos o delitos comunes conexos*". En segundo lugar, la Convención reconoce en el artículo 22

¹⁴ Estrategia, página 8, punto 14.

(8) el derecho de no retorno, cuando dice que “*en ningún caso el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal están en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas*”... Y a continuación prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

Pero hasta ese momento la cuestión planteada se relacionaba más bien con casos de asilo. Sin embargo, por las situaciones producidas en Centroamérica se hacía necesario ampliar la mirada jurídica sobre los refugiados y la aplicación en la región de los instrumentos internacionales vigentes, para lo cual se convocó al Coloquio de Cartagena sobre la protección internacional de los refugiados de América Central (1984) del que surgió la Declaración de Cartagena a la que ya hicieramos referencia más arriba. Esta Declaración colocó en relieve la necesidad de coordinación entre los órganos internacionales y regionales en aplicación de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 y de procurar su aplicación dentro de los Estados, estableciendo los mecanismos jurídicos internos que permitan la puesta en práctica de esa protección de los refugiados. Y es en este punto en el que van a insistir las posteriores reuniones y conferencias interamericanas en la materia y el dictado de importante legislación a nivel nacional en estados de la región.

También se abre camino en esta oportunidad la problemática de los desplazados internos y la necesidad de encuadrar la normativa en un contexto más amplio como es el mantenimiento de la paz y la constante promoción de los derechos humanos. De allí que encontremos esta referencia en los sucesivos instrumentos regionales y subregionales.

De todos modos es de destacar la adopción de la definición ampliada de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, por parte de la Declaración de Tlatelolco (1999), el establecimiento de un marco normativo de protección y tratamiento de refugiados, y la aplicación de medidas concertadas para enfrentar la crisis de los refugiados, en aquel momento centroamericanos, siempre en el marco del respeto de los derechos humanos¹⁵.

¹⁵ Declaración de Tlatelolco (1999).

“**Sexto:** se continúen tomando y ampliando las medidas para garantizar el trato de los migrantes conforme a los derechos humanos...”

No obstante, pese a los aspectos positivos mencionados, esa Declaración también advierte desde el comienzo que las causas que provocan refugiados, como la persecución, la violación de los derechos humanos, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al Derecho Internacional Humanitario siguen presentes en algunos países de la región. Además, las causas profundas que originan el desarraigo forzoso de personas, como la pobreza extrema, la falta de oportunidades económicas y de participación política, los problemas demográficos, los recurrentes desastres naturales y más recientemente la violencia en la vida diaria¹⁶, subyacen en algunos países de la región. Así, y pese a las dificultades planteadas por los grandes desplazamientos, particularmente en Centroamérica, se aplicó el principio de no devolución, sin necesidad de recurrir a figuras subsidiarias que llevaran a aplicar parámetros de protección inferiores a aquellos que se aplican a los refugiados en el Derecho Internacional general.

Un capítulo muy especial en nuestro continente debe ser reservado a la paz en Centroamérica y a los acuerdos de Esquipulas, que en su momento no sólo significaron un importante paso hacia la paz en esa parte de América, sino que entre esos acuerdos una parte importante estuvo reservada a los refugiados y desplazados. Ese fue uno de los fundamentos para que en el punto 8 del acuerdo de Esquipulas II¹⁷ los gobiernos de la región se comprometieran a ocuparse con urgencia de los flujos de refugiados y desplazados que había provocado la crisis regional, siempre sobre la base de que esa repatriación, reasentamiento o reubicación, sea de carácter voluntario y se manifieste individualmente.

De todos modos vemos que la Declaración de Cartagena (1984) revitaliza la tradición latinoamericana de asilo y, consolida la costumbre regional en el tratamiento de los refugiados, repatriados y personas desplazadas¹⁸. Por otra parte, al haberse adoptado como Declaración

¹⁶ En ocasiones vinculada con la delincuencia, la trata de blancas o el narcotráfico.

¹⁷ Consultado el 30.06.17. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2004/2530.pdf?view=1>

¹⁸ Informe del Grupo de Consulta sobre las "Posibles soluciones a los problemas de los refugiados centroamericanos" (Ginebra, 25-27 de mayo de

se ha salvado la necesidad de un proceso de incorporación al derecho interno, lo que no ha impedido que se le reconozca y apoye por parte de instituciones internacionales a través de diversos pronunciamientos de reconocimiento y apoyo por parte de la *Asamblea General de las Naciones Unidas*¹⁹, la *Asamblea General de los Estados Americanos*²⁰, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*²¹, el *Parlamento Andino*²², el *Parlamento Europeo*²³ y el *Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas sobre Refugiados*²⁴, entre otros.

A la Declaración de Cartagena le sucedió la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas diez años después, cuando ya se habían hecho notorias las nuevas características de los desplazamientos de población en América Latina, y surge con palmaria claridad no sólo la relación con los derechos humanos sino también con la vigencia de los sistemas democráticos, tarea ésta de especial interés para los países de la región, puesta ya de manifiesto desde el propio preámbulo:

...”Considerando asimismo que la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático son la mejor medida para prevenir los conflictos, los éxodos de refugiados y las graves crisis humanitarias;...

Y agrega luego que:

1987), p. 2. párrafo 4.2.

¹⁹ Res. A.G. ONU 42/110, A/42/808.

²⁰ Res. A.E. OEA, AG/Res 891 (XVII-87), AG Doc. 2370/88.

²¹ Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1984-1985 (OEA/Ser.L/V/II. 66, doc. 10, rev. 1, p. 177 et. Seq.).

²² Decisión Núm. 173/VI del 16 de marzo de 1987

²³ Consejo de Europa, Asamblea del Parlamento 1987, informe sobre el Flujo de migraciones concerniente a América Latina, párrafo 18C (ii) A/Doc. 5718.R.

²⁴ Comité Ejecutivo Conclusión Núm. 37 (XXXVI) sobre Refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados.

...” la problemática de los desplazados internos, no obstante ser fundamentalmente responsabilidad de los Estados de los que son nacionales, constituye también objeto de preocupación de la comunidad internacional por tratarse de un tema de derechos humanos que puede estar relacionado con la prevención de las causas que originan los flujos de los refugiados...”

Posteriormente, en ocasión de conmemorarse el vigésimo aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, los países latinoamericanos se reunieron en la ciudad de México. De esa reunión surgió la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina a partir de la cual se comenzó a trabajar también en programas regionales de reasentamiento de refugiados, en los que se reconoce que los procesos de integración en marcha en la región pueden desempeñar un rol importantísimo, como veremos más adelante y también se evidencia la vigencia de los principios de solidaridad y responsabilidad compartida, propios de nuestro continente en la materia.

Surgieron a partir de entonces los programas “ciudades solidarias”, “fronteras solidarias”, el “reasentamiento solidario”, en este caso como solución duradera, y no como una carga compartida sino como un deber de solidaridad internacional, contando necesariamente con la cooperación técnica y financiera de la comunidad internacional para su fortalecimiento y consolidación. En este punto es de destacar el valor de la tarea desarrollada por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay.

Una nueva reunión se celebró en la ciudad de Brasilia (2010), de la que surgió la Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, y ya desde su nombre puede apreciarse que el alcance abarca a todo el continente americano.

En esta Declaración se reitera el derecho de toda persona de buscar y recibir asilo, y la importancia del derecho a la nacionalidad, consagrados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 y en la Convención Americana sobre De-

rechos Humanos de 1969, y se reitera la vigencia irrestricta de principios como el de no devolución²⁵, que incluye el no rechazo en la frontera, no sanción por ingreso ilegal y la no discriminación. Pero fundamentalmente se remarca la necesidad de hacer frente a las causas de los desplazamientos de refugiados, a fin de evitar nuevas corrientes de refugiados, lo que implica volver la mirada hacia el interior de los respectivos estados.

Una nueva reunión se celebró en Brasilia (2014)²⁶, de la que surgió el documento *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*, en el que se reconoce la importancia de la cooperación en el marco de los procesos de integración regionales, con un marcado compromiso con la consolidación de la integración regional profundizando los niveles de articulación, complementariedad, cooperación y convergencia entre los mecanismos regionales y subregionales de integración, aún en los temas relacionados con la migración, las personas refugiadas, desplazadas y apátridas.

En este orden es que se produjeron consultas regionales: CARICOM, Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Comunidad Andina (CAN), OEA, SICA y la Unión de las Naciones Suramericanas (UNASUR), MERCOSUR.

En el caso de MERCOSUR, en ocasión de la XII Reunión de Ministros del Interior del MERCOSUR, de la República de Bolivia y de la República de Chile se celebró una serie de acuerdos aprobados por el Consejo²⁷, precisamente con el objeto de regular los flujos migratorios entre los países de la subregión y los entonces estados asociados.

²⁵ Este principio ha sido considerado inclusive como de *jus cogens* en algunos instrumentos regionales.

²⁶ Dentro del proceso conmemorativo Cartagena + 30

²⁷ MERCOSUR/CMC/DEC. N° 28/02. Sobre Acuerdo N° 11/02 – Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR. Acuerdo N° 12/02 – Regularización Migratoria Interna de Ciudadanos del MERCOSUR, Bolivia y Chile. Acuerdo N° 13/02 – Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR. Acuerdo N° 14/02 – Residencia para Nacionales de los Estados Partes del MERCOSUR, Bolivia y Chile.

Por otra parte la reunión Cumbre celebrada en Montevideo en 2013 entre los presidentes de Argentina, Brasil, Uruguay, Venezuela y el Estado asociado Bolivia, en relación a la situación planteada por el caso Snowden en la legación diplomática de Ecuador en Londres, formuló lo que se conoce como la *Decisión sobre el reconocimiento universal del derecho de asilo político*. En ella se destacan tanto el derecho de las personas a solicitar asilo como del Estado a otorgarlo.

De todos modos, en la propia Declaración de Tlatelolco (1999) se coloca en un pie de igualdad a las instituciones del asilo y del refugio, sobre la base del principio de no rechazo, y además se reconoce la existencia de los desplazados internos y de los trabajadores migrantes, que revisten características particulares dentro de la situación de los migrantes en general. Nacen así nuevas ramas como son los derechos de las familias de los trabajadores migrantes, de los menores, de los menores no acompañados, y también de los desplazados internos. En este último caso se trata de casos planteados especialmente en países de nuestro continente como consecuencia de problemas políticos o de violencia interna, como así también de cuestiones a menudo no resueltas, respecto de territorios ancestrales de los pueblos originarios.

En el caso de la UE el Tratado de Lisboa reserva el capítulo 2²⁸ al asilo, la protección subsidiaria y la protección temporal de las personas de terceros países, al establecer una política común al respecto, sobre la base del respeto del principio de no rechazo.

Sin embargo, a nivel de DI general más recientemente observamos que paulatinamente se viene abandonando la referencia al asilo para recurrirse a la denominación más genérica de refugiado.

Finalmente, la distinción entre las instituciones que nos ocupan en esta oportunidad, como son el asilo, y el refugio, va surgiendo con claridad en nuestro continente, en las últimas décadas con la firma de instrumentos interamericanos de la importancia de la Declaración de Cartagena (1984), la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004), Declaración de Brasilia Sobre la

²⁸ Capítulo 2. Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano (2010), entre otros, como así también la labor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia²⁹.

En el ámbito del Derecho Internacional general

En el ámbito del Derecho Internacional general más recientemente surgieron instrumentos internacionales que certifican la vinculación de los derechos humanos con las instituciones que nos ocupan.

Así la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes³⁰, desde su carácter político pone de manifiesto las grandes líneas de la cooperación internacional en materia de refugiados y migrantes, que reafirman la vigencia de principios como el de no rechazo que citáramos más arriba.

El tratamiento de este tema, en general, responde más a los desplazamientos de población por diferentes razones y sin incidentes, que superan en número y proporción a la población que se desplaza por razones de violencia, incluyendo en ellos a los refugiados, a los desplazados internos y a los asilados³¹ y su vinculación con el desarrollo sostenible.

A su vez se reconoce que este es un tema mundial, que exige enfoque y soluciones mundiales, con un enfoque en los derechos humanos, de manera que se debe cooperar y trabajar tanto en las causas

²⁹ Ver Informe Anual 1993.

³⁰ Es un proyecto de resolución remitido a la reunión plenaria de alto nivel de la Asamblea General sobre la Respuesta a los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes en su septuagésimo período de sesiones A/71L.1 de 13 de septiembre de 2016. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10793>

³¹ En la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes (2016) dice que en 2015 los migrantes ascienden a “*más de 244 millones, 65 millones son desplazados por la fuerza, 21 millones de refugiados, 3 millones de solicitantes de asilo y más de 40 millones de desplazados internos*”. Como puede observarse, diferencia a los refugiados de los solicitantes de asilo, y la notable cifra inferior respecto de los refugiados.

internas que provocan el desplazamiento de la población como la lucha contra la xenofobia, la discriminación racial y la intolerancia en las comunidades de acogida. Esto en situaciones si se quiere de cierta normalidad en la vida internacional.

Junto a esta situación se proyectan los desplazamientos de población en casos de desastres, de lo que se ocupa específicamente el Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres (2015 – 2030)³².

Pero esta apretadísima síntesis no podría dejar de mencionar al menos la necesidad de contar con el financiamiento necesario para los países de acogida de los miles de migrantes que se desplazan, en primer lugar al Estado vecino y cuyas condiciones generales distan mucho de ser las ideales para prestar la asistencia humanitaria esencial a miles de personas que a menudo carecen hasta de lo más mínimo, incluyendo la documentación identificatoria.

Por otra parte, la Declaración que nos ocupa, parecería reconocer la distinción entre refugio y asilo cuando en el párrafo 67 expresamente dice:

“67. Reafirmamos el respeto de la institución del asilo y del derecho a solicitar asilo. ...”

También es importante remarcar el rol desempeñado a nivel general por los acuerdos regionales, y en nuestro caso por América Latina y el Caribe, que en las últimas décadas no sólo fue escenario de verdaderos procesos de migración, sino que a la vez fue centro de acogida de grandes masas de migraciones. Fue así que se convocó a la Consulta Regional para América Latina y el Caribe del Pacto Mundial sobre Migración que se llevó a cabo en Chile (2017)³³, con vistas a la celebración del Pacto Mundial para una migración segura, ordenada y regular y donde se destacó la posición de los acuerdos de integración puestos de manifiesto en el Acuerdo de Residencia del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), los instru-

³² A/Res/69/283 Anexo II

³³ Disponible en: <https://www.iom.int/es/news/consulta-regional-para-america-latina-y-el-caribe-del-pacto-mundial-sobre-migracion-se-realizo>

mentos de libre tránsito creados por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y, más recientemente, algunos acuerdos sobre libre movilidad adoptados por la Alianza del Pacífico.

A nivel interno

Es importante destacar también que en el continente americano lentamente los estados han incorporado en su legislación interna la definición de refugiado establecida en la Declaración de Cartagena de 1984.³⁴

Asimismo cabe remarcar que la institución del refugio, de mayor desarrollo a nivel de Derecho Internacional general en las últimas décadas que el asilo, a su vez generó la necesidad de regulación a nivel de derecho interno, de allí la importancia de la legislación nacional y europea en su caso.

La República Argentina lo ha hecho mediante la Ley de Migraciones, Ley 25.871 (2004), más recientemente modificada por el Decreto N° 70/2017, y la Ley General de Reconocimiento y Protección al Refugiado, Ley 26.165 (2006).

En ella se establece en primer lugar cuál es la normativa que rige en la materia en nuestro país:

“ARTÍCULO 1° — 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 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967, así como por cualquier otro instrumento internacional sobre refugiados que se ratifique en lo sucesivo y por lo que dispone la presente ley”.

³⁴ Así lo informa la página web de ACNUR <http://www.acnur.org/t3/que-hace/proteccion/declaracion-de-cartagena-sobre-los-refugiados/paises-que-incorporan-la-definicion-de-refugiado-establecida-en-la-declaracion-de-cartagena-> ACNUR. NACIONES UNIDAS. Derechos Humanos Oficina del Alto Comisionado. Ecuador. *La protección internacional de refugiados en las Américas*. Consultado el 27.05.16. Disponible en: http://www.acnur.es/PDF/8340_20120402180124.pdf en-su-legislacion-nacional/

Surge con meridiana claridad que la vigencia de esta institución, para la República Argentina, se encuadra dentro de los derechos humanos, es decir en el esquema instrumentado desde la Carta de las Naciones Unidas, las declaraciones americana y universal sobre derechos humanos, la Carta de la OEA y los pactos firmados en su consecuencia, de los que forma parte en los términos establecidos por la Constitución Nacional.

A renglón seguido define al refugiado de acuerdo a lo establecido en las convenciones de Ginebra de 1951, la Declaración de Cartagena de 1984 y la Declaración y Plan de Acción de México Para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (2004), como sigue:

“ARTICULO 4º... A los efectos de la presente ley, 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”.

Es importante destacar también que en este caso el concepto de refugiado se hace extensivo también a los apátridas, condición ésta doblemente agravante para los derechos humanos de quienes se encuentran en esta situación y que nuestro país ha resuelto en forma generosa, como siempre lo ha hecho en materia de Derecho Internacional de extranjería.

De todos modos, y sin entrar en mayores detalles, que excederían los alcances de este trabajo, es importante destacar que en las legislaciones nacionales se incluyen normas sobre procesos de admisión y reconocimiento de la condición de refugiado. Este punto se transforma en esencial al tiempo de la admisión del extranjero en condición de refugiado y el derecho al debido proceso, que sería motivo de un trabajo especial sobre este punto.

En definitiva

A modo de conclusión podríamos decir que la institución del refugio podría ser interpretada como el género y el asilo como la especie, teniendo en cuenta las definiciones de cada una de ellas, citadas más arriba, y superando aún los límites geográficos impuestos por los respectivos instrumentos internacionales.

Por otra parte, ya la Comisión³⁵ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han expedido al respecto en el sentido que al aplicarse los instrumentos internacionales de derechos humanos a casos concretos de refugiados en nuestro continente, es importante la interpretación de los acuerdos regionales dentro del sistema general de las Naciones Unidas, es decir, en el marco de los acuerdos de DI general.

Finalmente podríamos concluir que en nuestro continente en las últimas décadas se ha producido una escisión muy clara entre la institución del asilo y otras instituciones vinculadas con los movimientos de población como los migrantes en general, los refugiados, los apátridas, y los desplazados internos.

Sin embargo, las apuntadas diferencias en lo jurídico no pueden perder de vista que toda persona que se encuentra bajo la jurisdicción de un Estado se encuentra protegida a la vez por los derechos humanos que surgen de los instrumentos internacionales porque es su propia condición humana la que lo constituye en titular de esos derechos.

³⁵ Informe N° 06/02 admisibilidad, Petición 12.071 Las Bahamas, 03.04.02.



