

Nº 4

# Derecho Internacional sobre Migración

# MIGRACIONES Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS



OIM Organización Internacional para las Migraciones



La OIM está consagrada al principio de que la migración en forma ordenada y en condiciones humanas beneficia a los migrantes y a la sociedad. En su calidad de organismo intergubernamental, la OIM trabaja con sus asociados de la comunidad internacional para: ayudar a encarar los desafíos que plantea la migración a nivel operativo; fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias; alentar el desarrollo social y económico a través de la migración; y velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes.

Organización Internacional para las Migraciones  
17 route des Morillons  
1211 Ginebra 19  
Suiza  
Tel: +41.22.717 91 11  
Fax: +41.22.798 61 50  
E-mail: [hq@iom.int](mailto:hq@iom.int)  
Internet: <http://www.iom.int>

ISSN  
2005 Organización Internacional para las Migraciones

Las opiniones expresadas en los capítulos de este libro por los autores citados son aquellas de los autores y no reflejan necesariamente las opiniones de la OIM.

Todos los derechos reservados. Sin previa autorización escrita del editor, ninguna parte de esta publicación podrá reproducirse, almacenarse en un sistema de recuperación de datos o transmitirse bajo cualquier forma por un medio electrónico, mecánico, de fotocopia, grabado u otro.

**No.4**

**Derecho  
Internacional  
sobre Migración**

**MIGRACIONES  
Y  
PROTECCIÓN  
DE LOS DERECHOS  
HUMANOS**



---

OIM Organización Internacional para las Migraciones



# Tabla de Contenido

	pag.
I. Introducción.	7
II. La condición jurídica del individuo.	12
III. Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos.	17
IV. La promoción y la protección de los derechos humanos: órganos y mecanismos internacionales de protección.	34
V. La protección de los derechos humanos de los migrantes y de los trabajadores migrantes.	97
VI. El asilo y el refugio en el derecho internacional de los derechos humanos.	113
VII. La protección de los derechos humanos en situaciones internas.	146
VIII. Bibliografía.	155



## **I. Introducción**

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) tiene por mandato encauzar una migración ordenada y humana, ayudando a proteger los derechos de los migrantes en cooperación con los Estados Miembros para encarar los problemas relacionados con la migración. En este contexto, la realización de cursos de formación y capacitación relacionados con la promoción y el respeto de los derechos humanos en general y de los derechos humanos de los migrantes, en particular, en coordinación con los Gobiernos de los países de la región, resulta una iniciativa muy importante.

Se persigue con estos cursos fortalecer las capacidades nacionales para manejar con mejores herramientas la situación de los derechos humanos, en todos sus aspectos. Asimismo, parte del objetivo que se persigue es lograr una coherencia interna a través del mejor conocimiento de los diversos regímenes jurídicos aplicables y fortalecer la capacidad de negociación en las relaciones internacionales de los Gobiernos.

El curso “Migraciones y Protección Internacional de los Derechos Humanos” que se dicta a profesores de derecho internacional y a funcionarios gubernamentales encargados de la cuestión migratoria, facilitará la implementación del derecho internacional relacionado con la promoción y la protección de los derechos humanos de diversas categorías de personas: los desplazados internos, la población civil en situaciones de violencia generalizada y de conflicto armado, los solicitantes de asilo, los refugiados y los migrantes, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares.

La formación de formadores es una modalidad importante en lo que respecta al fortalecimiento de las capacidades nacionales. La formación de profesores y de funcionarios de alto nivel de la Administración facilitará la organización de Cursos similares en las diversas instituciones nacionales encargadas de la promoción y respeto de los derechos humanos, en general: Ministerios de Relaciones Exteriores, Justicia, Defensa y de Gobernación, la Fiscalía, la Defensoría del Pueblo, el Parlamento, el Poder Judicial, o las Policías nacionales, entre otros.

El tema principal del curso lo conforman los movimientos de personas, materia que cada vez cobra más relevancia en la sociedad internacional contemporánea. Su tratamiento se realiza por parte de distintas instituciones, por lo que están sometidos a regímenes jurídicos diversos. Es sabido que no existe una conciencia clara a nivel político, a nivel administrativo, e incluso a nivel ciudadano, sobre las realidades, el impacto y las implicaciones de tales movimientos, las normas aplicables y los derechos protegidos, lo que es indispensable para que el ser humano pueda disfrutarlos en toda su globalidad.

Las categorías de personas que se desplazan no son definitivas ni autónomas, dado que las circunstancias definen el cambio de su estatuto, lo que supone en última instancia su sometimiento a regímenes jurídicos distintos. Los desplazados internos o las poblaciones afectadas por un conflicto armado internacional pueden alcanzar una frontera del Estado en el que se encuentran, pudiendo adquirir el estatuto de solicitante de asilo. Más tarde esa misma persona puede ser un refugiado o un asilado en el Estado de recepción o en un tercer Estado, lo que también supone la aplicación de determinadas normas y principios de derecho internacional, incluso de las normas internas del Estado de que se trate. En algunos otros casos, las personas se convierten al traspasar la frontera e ingresar al territorio de otro Estado, en migrantes o en trabajadores migratorios, regulares o irregulares, que en todos los casos requieren de la protección que ofrece el Derecho Internacional aplicable a los migrantes.

Estamos ante regímenes jurídicos específicos que se integran alrededor de su objetivo: la protección de los derechos humanos. Así, se pueden señalar varias ramas que guardan relación con esta materia: el derecho internacional de los refugiados, esto es, el conjunto de normas que busca la protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados; el derecho internacional humanitario (especialmente el régimen de Ginebra y sus desarrollos), junto al derecho internacional de los migrantes, ramas del derecho internacional integradas por normas y principios que, aunque con orígenes distintos y probablemente con fuentes igualmente diversas, conforman un cuerpo único aplicable a la protección de los derechos de las distintas categorías de personas.

El curso sobre “Migraciones y Protección de los derechos humanos” tiene como objetivo presentar una visión integral de esos regímenes jurídicos que por lo general se estudian en forma separada, obviándose la interrelación existente entre ellos que resulta en un elemento común: la protección de la persona, de sus derechos fundamentales.

En primer lugar, se examinarán las normas de aplicación general relacionadas con la protección de las personas, es decir, las fuentes del derecho internacional general de los derechos humanos tanto de origen universal como regional. De la misma manera, se verán los regímenes específicos de protección de las distintas categorías de personas que complementan las primeras. Serán puestas de relieve las normas y principios aplicables a personas o grupos de personas que se desplazan por la violencia, la violación masiva de derechos humanos o por un conflicto armado: desplazados internos y población civil; los solicitantes de asilo, asilados y refugiados, migrantes y los trabajadores migratorios incluidos sus familiares.

A nivel universal y general destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos adoptados en 1966 para otorgarle mayor fuerza jurídica y precisión a los principios contenidos en la Declaración. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son instrumentos que garantizan los derechos fundamentales del individuo.

Igualmente, destacan en este contexto la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, así como sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Convención contra la Tortura, otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la Convención relativa a los Derechos del Niño y, entre otras, las relativas a los Migrantes, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares.

Desde luego, examinar esas fuentes convencionales obliga también a considerar documentos distintos a los Tratados, que tienen también una indudable significación jurídica, tales como las diversas Declaraciones finales de Conferencias internacionales, resoluciones de los órganos internacionales y Declaraciones conjuntas de los Estados en el marco de reuniones internacionales, entre otros.

Al lado de los textos generales deben examinarse los regímenes específicos que precisan y complementan las normas y principios aplicables a la protección de las personas en determinados contextos. Así, los instrumentos internacionales relacionados con la solicitud de asilo, el refugio y la concesión de asilo. Entre otros cabe citar la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo de 1967; las Convenciones sobre la apatridia, la nacionalidad, el asilo territorial y diplomático. En resumen, se hará referencia a todos aquellos instrumentos y textos que se refieren a la protección de las personas que se desplazan de sus lugares de origen, por la violencia o por la violación masiva de los

derechos humanos y que solicitan asilo en otro Estado y que adquieren el estatuto de refugiado.

Otra normativa importante es la relativa a las personas que se desplazan dentro del territorio del Estado en el que habitan o tienen residencia: el régimen de Ginebra o el Derecho Internacional Humanitario, integrado por las Convenciones de Ginebra de 1949 y los Protocolos adicionales y otros instrumentos adoptados más tarde. De igual modo, las normas relativas a la protección de los desplazados internos reflejan una importante evolución que abarca tanto normas de orden interno como de origen internacional, estas últimas en formación.

La protección de los migrantes, incluidos los trabajadores migratorios y sus familiares, sean ellos regulares o no, constituye una faceta muy importante en el contexto del régimen jurídico relativo a la protección de los derechos humanos. La protección de los migrantes y de los trabajadores incluidos sus familiares tiene su fundamentación en las normas de aplicación general, universales y regionales, pero también en otros instrumentos internacionales fundamentales relacionados con los derechos humanos como la Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Esa protección se establece a grandes rasgos en las Convenciones universales y regionales de carácter general, pero también por las reglas particulares adoptadas por la OIT y por las Naciones Unidas, Convenciones fundamentales que garantizan a los trabajadores migrantes la protección de sus derechos, el salario justo, la no discriminación, la libertad sindical y los derechos inherentes a la persona relacionados con su vida y sus libertades.

Pero, fundamentalmente, el régimen de protección está centrado en un instrumento de suma importancia que entró en vigor hace poco tras recibirse las ratificaciones exigidas: la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, adoptada por la Asamblea General en 1990, en la que se reafirma la protección de los derechos de estos trabajadores y sus familiares, incluso si ellos se encuentran en situación irregular o no documentados.

Examinar la normativa existente exige la consideración de los órganos de promoción y de protección de los derechos humanos. La eficacia de la normativa está estrechamente vinculada a la función de éstos, tanto a nivel universal, especialmente en el contexto de las Naciones Unidas, como al

nivel regional. En este último ámbito se presentan las instituciones y los mecanismos previstos en los sistemas interamericano, europeo y africano, haciendo especial énfasis en el primero.

El texto que se presenta se ha elaborado con base en las Conferencias dictadas por los profesores invitados a los Cursos realizados en la Universidad Centroamericana de Managua (UCA) y en la Universidad del Rosario de Bogotá, en febrero-marzo de 2004. Agradecemos altamente a los profesores participantes sus aportaciones, que han permitido elaborar este texto, coordinado académicamente por Richard Perruchoud, Asesor Jurídico y Director del Departamento de Derecho Internacional sobre Migración y Asuntos Jurídicos de la OIM y Víctor Rodríguez Cedeño, Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

Se debe hacer patente en estas páginas el agradecimiento a los profesores antes mencionados, y que pasamos a citar de forma separada: Ricardo Abello, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad del Rosario; Julio Barboza, profesor de Derecho Internacional Público y Presidente del Tribunal Administrativo de las Naciones Unidas (TANU); Milagros Betancourt Catalá, profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad Metropolitana de Caracas; Charlotte Clavreul, Diplomada en Derechos Humanos de la Universidad de París II; Héctor Faúndez Ledesma, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad Central de Venezuela; Ligia Galviz Ortiz, Docente en las Universidades Externado de Colombia, Andes y Rosario; Elena García Rico, profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga; Orlando Guerrero Mayorga, profesor de Derecho Internacional Público de la UCA y Secretario de la Corte Centroamericana de Justicia; Mauricio Herdocia Sacasa, profesor de Derecho Internacional y Miembro del Comité Jurídico Interamericano; Beatriz Londoño, profesora de Derecho Internacional Público de la Universidad del Rosario; Djamchid Momtaz, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Teherán y Miembro de la Comisión de Derecho Internacional; Pedro Nikken, profesor de Derecho Internacional y ex Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Alain Pellet, profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de París (X), Nanterre, y Miembro de la Comisión de Derecho Internacional; María Isabel Torres Cazorla, profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga; Edmundo Vargas Carreño, profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Chile, ex Miembro de la Comisión de Derecho Internacional y Secretario General del OPANAL. Esta obra es la suma de sus contribuciones, en aras de abordar una materia, sin duda difícil y compleja, pero cuyo estudio es necesario.

## II. La condición jurídica del individuo

Uno de los cambios más notables del derecho internacional es el relativo a la condición jurídica del individuo. Hasta 1945, el único sujeto de Derecho Internacional era el Estado y su función exclusiva era regular las relaciones entre éstos. A partir de la adopción de la Carta de las Naciones Unidas la situación cambia. El individuo se convierte en sujeto secundario del derecho internacional. La normativa incluida en la Carta y su evolución a partir de 1948, con la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, reconocen la importancia de la persona en el contexto internacional.

La Carta de San Francisco es el primer instrumento jurídico internacional global en el que se reconoce a la persona como titular de derechos consagrados por el derecho internacional; con su adopción se desechó la vieja idea según la cual el Estado podía tratar a sus habitantes en la forma que considerara conveniente, sin que los demás Estados o la sociedad internacional organizada pudieran intervenir.

El Preámbulo de la Carta establece que:

*“los Pueblos de las Naciones Unidas resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra ... a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas (...) y a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad.”*

Y el artículo 3, parágrafo 1 de ese mismo texto establece que uno de los propósitos de la Organización es:

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

En forma más precisa, la Carta establece en el artículo 55, parágrafo

3, inciso c), que “la Organización promoverá el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades”, que la Organización se compromete a promover y a procurar su efectividad. Esta disposición, principalmente, destaca la importancia de la protección de los derechos humanos y de la capacidad jurídica y las obligaciones de los Estados y de la Organización con respecto a la promoción y protección de tales derechos.

El individuo deja así de ser un objeto del derecho internacional, constituyéndose en un sujeto con derechos, aunque no situado en pie de igualdad con el Estado, continuando este último siendo el sujeto por antonomasia de derecho internacional. La persona va a ser protegida por el sistema jurídico internacional y además va a tener ciertos deberes que le impone también esa normativa. Esto último se traduce en la exigencia de responsabilidad penal internacional del individuo, reflejada como hito más reciente en los Estatutos de los tribunales internacionales, principalmente en el Estatuto de Roma de 1998, por el que se constituye la Corte Penal Internacional, que recoge el derecho consuetudinario a este respecto.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos está conformado por los instrumentos internacionales adoptados por los Estados, tanto en

el plano regional como en el ámbito universal, por las normas de origen consuetudinario que han cristalizado como tales, así como por principios generales aceptado por todos, siendo algunas de sus normas, como bien lo han confirmado la jurisprudencia y la doctrina, de naturaleza imperativa o de *jus cogens*.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene características muy particulares. Es un derecho ideológico, complementario del derecho interno, que ofrece una garantía mínima, de ahí deriva su carácter protector y progresivo.<sup>1</sup> Su normativa, de reconocimiento universal, es igualmente particular. La naturaleza de las obligaciones que se derivan de este régimen es distinta a la de las obligaciones internacionales en general. Obligaciones claras de resultado, en el contexto de los derechos civiles y políticos, obligaciones de comportamiento en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

Los tratados de Derechos Humanos establecen obligaciones a cargo de los Estados, a favor de la protección de la persona. Se trata de una materia de interés común, del interés de la humanidad entera. Así, lo subraya la Corte Internacional de Justicia en su Opinión Consultiva sobre las Reservas a la Convención para la prevención y sanción del Delito de Genocidio:

*“En tal Convención los Estados contratantes no tienen intereses*

*propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la Convención. En consecuencia, en una Convención de esta naturaleza no puede hablarse de ventajas o de desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones.”<sup>2</sup>*

Se trata de instrumentos internacionales particulares no sólo en lo que respecta a las reservas que pueden formular los Estados parte en ellos, sino con respecto a otros aspectos del derecho de los tratados en general. Así, la suspensión o la terminación de un tratado aplicable por reciprocidad no se aplican sin más respecto a determinados tratados relativos a derechos humanos. El artículo 60, párrafo 5, de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece que ello no es aplicable “a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.

El Derecho de los Derechos Humanos está constituido, como se indi-

có antes, por una serie de normas y principios de carácter general que buscan la protección de las personas. Pero, también lo está por una serie de instrumentos y textos internacionales que, basados en gran medida en los primeros, constituyen regímenes específicos de protección que deben verse conjuntamente.

Las personas tienen una serie de derechos que emanan del orden jurídico interno y del derecho internacional, dentro de la jurisdicción del Estado en el cual habitan o residen. El Estado, en consecuencia, asume una serie de obligaciones que constituyen la conformación de la norma jurídica. El espacio de aplicación no se limita a un criterio territorial sino que se deben considerar igualmente las situaciones que se plantean, principalmente cuando las personas deben desplazarse por la violencia o por cualquier otra causa.

Las situaciones de violencia generan movimientos de personas que requieren protección; en primer lugar, del Estado en donde se encuentran y en segundo término del Estado en donde se ubican posteriormente, para salvaguardar sus vidas y su integridad física. Ante situaciones de violencia dentro del territorio de un Estado las personas se desplazan internamente y corresponde al Estado territorial garantizar la protección de sus derechos humanos. Durante el desarrollo de conflictos armados, la población civil requiere también de protección particular del Estado, con base en el Derecho Internacio-

nal y en el Derecho Interno del Estado territorial.

Las situaciones no se limitan al territorio de un Estado. Las personas suelen desplazarse a otros países, a los vecinos limítrofes e incluso a terceros Estados, en ocasiones ajenos a esa órbita regional o continental. Esas personas tienen garantías fundamentales en normas de aplicación general, pero también en regímenes jurídicos específicos que complementan y desarrollan tal normativa.

En el caso de los solicitantes de asilo y los refugiados se trata de situaciones diversas y de espacios diferentes, con regímenes jurídicos básicos y normas específicas complementarias que buscan la protección de los derechos humanos de tales personas que abarcan, además del derecho a la vida y a la integridad física, derechos fundamentales como los relativos a la alimentación, la educación, la salud o el trabajo, entre otros.

A estas personas desplazadas por la violencia hay que agregar las personas que se desplazan por otras causas, especialmente, los migrantes y los trabajadores migratorios y sus familiares, una categoría de personas que tiene también un régimen específico de protección recogido en diversos instrumentos internacionales.

Se sabe que el trabajador migratorio no es un fenómeno reciente. Desde que aparece el trabajo remunerado,

millones de personas se han desplazado a otros países en búsqueda de mejores condiciones de vida. Hoy, las cifras tienden a aumentar cada vez más, facilitado ese movimiento por un esquema de globalización que caracteriza hoy las relaciones internacionales. La pobreza está, sin duda, en la base de estos movimientos. Las condiciones de vida en algunos países en desarrollo obligan a muchas personas a moverse hacia el exterior convirtiéndose en migrantes y en trabajadores migrantes.

La cuestión de los derechos humanos es el centro de las preocupaciones de los gobiernos y de la sociedad civil, cuando se trata de migrantes y de trabajadores migrantes; así se destaca, por ejemplo, en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993. En la Declaración y Plan de Acción de Viena se insta a los Estados a que garanticen la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes y de sus familiares. La Conferencia afirmó la importancia de crear condiciones que promuevan una mayor armonía y tolerancia entre los trabajadores migrantes y el resto de la sociedad del país receptor. Es cierto que “tanto los Gobiernos como las comunidades locales receptoras suelen tener una percepción negativa de la migración. Dicha percepción desencadena reacciones que resultan en el maltrato de los trabajadores migrantes, que son objeto de hostilidad, explotación y negación de sus derechos humanos.”<sup>3</sup>

Las categorías de personas y los regímenes aplicables suelen confundirse, afectando en algunos casos al pleno disfrute de los derechos humanos. De ahí la necesidad de presentar un examen global, integral, de los distintos regímenes aplicables, tal como se desarrolla en el programa enunciado antes en la Introducción.

### III. Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son las mismas fuentes del Derecho Internacional general. La doctrina acepta que las fuentes mencionadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) son fuentes formales del derecho internacional. Éste considera fuentes principales a los tratados, la costumbre y los principios generales del derecho y auxiliares a la jurisprudencia y la doctrina. Menciona también la equidad cuando dice que la Corte puede fallar *ex aequo et bono*, a petición de las partes. Las fuentes principales son las que proveen las normas sobre las cuales las fuentes auxiliares trabajan para fijar su alcance e interpretación.

#### 1. LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

El derecho de gentes era casi completamente consuetudinario hasta que aparecieron los tratados multilaterales que aportaron normas generales y que se llamaron, por esas características, “tratados leyes”. Hoy quedan pocas áreas no cubiertas por tratados multilaterales, especialmente tras la intensa labor codi-

ficadora de las Naciones Unidas. La Asamblea General tiene un órgano subsidiario, la Comisión de Derecho Internacional, que promueve e intensifica esa labor de codificación.

El art. 38 del Estatuto de la CIJ, antes mencionado, cita entre las fuentes a “la costumbre, como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho”. Cuando dice “la costumbre” se refiere a una norma jurídica y cuando menciona la práctica, está mentando las conductas uniformes y repetidas que originan aquella norma. A veces, la palabra “costumbre” no distingue entre esas dos acepciones, pero costumbre es la norma consuetudinaria. Por ello, la costumbre (norma jurídica consuetudinaria) no parece ser la prueba de la existencia de una “práctica” (conducta), sino acaso fuera al revés: la práctica comprobable es una de las posibles pruebas de que sobre su base se ha elaborado una norma consuetudinaria.

Si esa redacción no es feliz, en cambio sí lo es la que califica a la costumbre (norma consuetudinaria) como *una práctica generalmente aceptada como derecho*. Se

alude así a la llamada *opinio juris* – aunque sin mencionarla – como elemento “psicológico”, que alude a un elemento subjetivo que en ocasiones resulta difícil de aprehender en un ente como el Estado.

La práctica y la *opinio juris* son los dos elementos clásicos de la costumbre. La práctica debe ser constante y uniforme. Tanto la práctica como la *opinio juris* deben ser generales, la primera en su ejercicio, la segunda en su aceptación. La aceptación se refiere al carácter obligatorio de la práctica, a su naturaleza de ser una regla de derecho. En su fallo sobre la *Plataforma continental del Mar del Norte*, la Corte decidió que la regla del art. 12 de la Convención de Ginebra sobre mar territorial no se había convertido en consuetudinaria como alegaban Dinamarca y Países Bajos, debido a que su aplicación entre Estados contiguos carecía de la suficiente generalidad.

La generalidad es, entonces, la clave. No se requiere la unanimidad de la aceptación: si así fuera, la costumbre universal no sería sino un tratado tácito, como lo sostuvieron – entre otros – Triepel y Anzilotti. Eso distingue también, cualitativamente, a la costumbre universal de la costumbre regional o local. En esta última, el consentimiento de ambos Estados es obviamente necesario y las costumbres regionales no pueden oponerse a los Estados de la región que no las hubieren aceptado. En tal sentido, la CIJ así lo declara en su sentencia sobre el

caso del *Asilo* (asilo diplomático de Haya de la Torre en la Embajada de Colombia en Lima).<sup>4</sup>

Respecto al tiempo de formación, solía hablarse de “tiempo inmemorial”. Ahora es necesariamente más breve, porque aún la costumbre clásica acorta el tiempo de su formación, debido a la rapidez de las comunicaciones y a una mayor intensidad en los contactos entre Estados. Además, la llamada “nueva costumbre” puede formarse en un tiempo muy corto.

En cuanto a la *opinio juris*, se puede decir que definirla como un elemento psicológico (una convicción) es atribuir al Estado cualidades humanas. Mejor es referirse a la aceptación generalizada de los Estados deducida de sus conductas. El origen de la *opinio juris* como convicción psicológica puede deberse a una noción *jusnaturalista* importada en el siglo XIX del derecho romano-cánónico: descubrir en ciertas conductas reglas del derecho natural ya existentes y adoptarlas como obligatorias por esa misma causa. “La verdad es que la Corte, aunque rinda homenaje verbal al concepto de *opinio juris* y aunque haya tenido ocasión de hablar de esa conciencia de un deber jurídico, se interesa más en los hechos probados cuando revelan el ejercicio efectivo de un derecho y el reconocimiento de una obligación correspondiente”.<sup>5</sup>

La codificación y la abundancia de tratados multilaterales sobre dife-

rentes aspectos del derecho de gentes hicieron pensar que la costumbre había perdido su papel central en ese orden jurídico. Paradójicamente, las costumbres formadas sobre los textos de esos tratados, de carácter normativo, proliferaron y completaron realmente la obra de codificación. En efecto, muchas normas de esos tratados se fueron adoptando por terceros Estados y pasaron a ser consuetudinarias, por varias razones. Se trataba de textos redactados por juristas, en foros donde los intereses opuestos estaban en presencia y por ende reflejaban compromisos, que llenaban un vacío legislativo y que eran impulsados por la presión del grupo que había suscrito el tratado (comunidad pionera). Su tiempo de formación se acortaba considerablemente por esas circunstancias, pero era necesario un lapso de maduración: La Corte Internacional de Justicia (CIJ) dijo a ese respecto que: “Aunque el hecho de que no haya transcurrido sino un breve lapso no constituye necesariamente por sí solo un impedimento a la formación de una nueva regla de derecho internacional consuetudinario a partir de una regla puramente convencional en su origen, continúa siendo indispensable que en ese lapso, por breve que haya sido, la práctica de los Estados, incluyendo las de quienes son particularmente interesados, haya sido frecuente y prácticamente uniforme”.<sup>6</sup>

Básicamente, la llamada “nueva costumbre” se edifica, no solamen-

te a partir de conductas repetidas, sino sobre textos que orientan estas conductas. Primeramente, se trata de textos de tratados y allí no hay gran novedad en la nueva costumbre, dado que eso viene sucediendo desde mitades del siglo XIX. Pero luego se extendió el mismo mecanismo a otros textos, por ejemplo, las resoluciones normativas de órganos de las Naciones Unidas, en primer término la Asamblea General. Hay muchos ejemplos. La doctrina coincide en que “las resoluciones normativas de la Asamblea General pueden suscitar los mismos modos de interacción con la costumbre que aquellos que la Corte ha identificado en relación con los tratados de codificación.”<sup>7</sup> Jiménez de Aréchaga habló de que una resolución de este tipo podía tener tres diferentes efectos en la creación de una norma consuetudinaria: declaratorio, cristizador y generador, según el momento de desarrollo de la práctica a que se refiriera la resolución<sup>8</sup>. El efecto generador parece dudoso, porque la Asamblea General no se reuniría para comenzar una costumbre, sino sobre una práctica ya comenzada. Por último, otros textos pueden servir de base a la “nueva costumbre”. El texto consolidado sobre los consensos alcanzados en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar sirvió de base para la creación de costumbres sobre mar territorial, zona contigua y zona económica exclusiva, que maduraron antes de que la Convención misma entrara en vigencia.

El gran número de convenciones codificadoras, paradójicamente, dio origen a un auge de la costumbre. Paul Reuter decía que “la costumbre es aún más central que el tratado”<sup>9</sup>. Es más adecuado decir que el derecho escrito flota en la costumbre, se sustenta en ella. El *desuetudo* anula una norma escrita, el uso la respalda cotidianamente. La norma fundamental del derecho de los tratados, *pacta sunt servanda*, es consuetudinaria.

Es capital distinguir entre la costumbre universal y las costumbres especiales. Estas últimas pueden ser bilaterales y regionales, en las que es necesario el consentimiento de los Estados partes. Respecto a las regionales, hay que considerar el fallo de la CIJ en el caso del derecho de asilo, que negó la oponibilidad al Perú de la calificación del delito como político a la Embajada de Colombia en Lima porque Perú no había consentido en esa regla.<sup>10</sup> En lo tocante a las bilaterales, no podrían materialmente formarse sin el asentimiento expreso o tácito de ambos Estados. En las costumbres especiales, por ejemplo, durante el período formativo de una costumbre universal sobre la base de un tratado, la aceptación de la regla convencional por Estados terceros requiere también el consentimiento. Estas costumbres no se diferencian de un tratado tácito.

La costumbre universal es cualitativamente diferente: basta la aceptación de la generalidad de los Es-

tados y es oponible a Estados que no participaron en su formación ni dieron consentimiento alguno. En tal sentido, es un fenómeno casi legislativo. La novedad en este auge consuetudinario se debe, no tanto al mecanismo de conversión de regla convencional a costumbre, sino a la masiva intervención de foros de las Naciones Unidas en la creación de nuevas normas.

La codificación enseña que la mera sanción de un tratado multilateral no completa el proceso. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados apenas consiguió 77 ratificaciones, lo que equivale a menos de la mitad de Estados de la comunidad internacional. Un tratado sólo obliga a sus miembros; sin embargo la Convención citada es considerada como expresión del derecho consuetudinario al respecto. Fue recibida por la costumbre, que universalizó sus reglas. De la costumbre al derecho escrito, del derecho escrito de nuevo a la costumbre. Son tres etapas y de la primera a la segunda hay una transformación mayor, como lo señalan Villiger<sup>11</sup> y Jennings.<sup>12</sup> Las tres completan el proceso de codificación.

Quedan varios puntos por esclarecer. Hay que distinguir claramente la costumbre declarada del período de su formación. Ciertas normas de un tratado suelen ir extendiéndose allende la comunidad de sus miembros a las relaciones con terceros Estados; al cabo de cierta re-

petición se consideran obligatorias para ellos. Son calificadas, a veces, de costumbres especiales que requieren consentimiento, verdaderos tratados tácitos. En un cierto momento, se produce el cambio a costumbre universal, cuando la generalidad la acepta. Dos instituciones interamericanas, la no intervención y las reservas a los tratados multilaterales, pudieran servir de ejemplo, puesto que se trasladaron del ámbito regional al mundial. Cuando tiene lugar el cambio, Estados que no participaron en su formación se ven obligados por ellas, como sucedió cuando las costumbres existentes fueron oponibles a los Estados nuevos emergidos de la descolonización.<sup>13</sup> Si mañana un Estado mediterráneo adquiere un litoral marítimo, le serían aplicables las costumbres del derecho del mar anteriores a su ingreso. El momento de la transformación de crisálida a mariposa encierra algún misterio: ¿cuándo se produce? Se puede decir que cuando la comunidad internacional toma conciencia de ello, pero para nacer una costumbre universal necesita ser declarada.<sup>14</sup> La comunidad tiene un poder legislativo difuso, por no estar centralizada ni personificada.

La declaración está a cargo de voceros de la comunidad internacional, como la Corte Internacional de Justicia, o la Asamblea General, acaso también la doctrina. Nadie designa a estos voceros pero implícitamente se constituyen en tales por su prestigio o posición.

## **2. LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS**

Los tratados internacionales constituyen también una de las fuentes principales del derecho internacional de los derechos humanos. Se examinarán a continuación los tratados generales relativos a la materia, para luego en capítulos ulteriores examinar las fuentes específicas de los distintos regímenes de protección.

### **A. La Carta de la ONU**

La Carta hace menciones específicas en el Preámbulo. También se hace mención en el artículo 1º (cooperación en “el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”), en el art. 55 c) (la Organización promoverá “el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos”); en el art. 62.2 (entre las funciones del Consejo Económico y Social: “hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y a la efectividad de tales derechos y libertades”).

### **B. La Carta Internacional de los Derechos Humanos**

Suele llamarse así al conjunto compuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los dos Pactos redactados por la Asamblea General en 1966: el Pac-

to de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Protocolos facultativos correspondientes.

***a. La Declaración Universal de los Derechos Humanos***<sup>15</sup>

El Comité de Redacción encargado de elaborar la Declaración se basó en la Declaración francesa de 1789 de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en un instrumento producido por el Congreso Nacional de la Liga de los derechos humanos, en el que también se introducen conceptos relativos a los derechos económicos, sociales y culturales, fundamentándolos en la “dignidad intrínseca” de todas las personas.

La Declaración adoptada el 10 de diciembre de 1948, si bien no es un tratado en el sentido estricto del término, es un texto internacional de contenido jurídico que vincula a los Estados. La Declaración recoge normas fundamentales sobre la materia de origen consuetudinario, es decir, de derecho internacional general. La doctrina y la jurisprudencia otorgan un valor jurídico incuestionable a la citada Declaración.

El derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad es la disposición principal de la Declaración que expresa los derechos fundamentales del hombre en sus artículos siguientes: Nadie será sometido ni a

la servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos. Tampoco ninguna persona podrá ser sometida a la tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

La Declaración recoge los derechos a la personalidad jurídica; a la igualdad; al recurso a los tribunales nacionales competentes; a no ser detenido arbitrariamente, preso ni desterrado; a ser oído públicamente en condiciones de igualdad y con justicia por un tribunal independiente e imparcial; a la presunción de inocencia; a la privacidad; a la libre circulación; a solicitar y disfrutar del asilo; a la nacionalidad; a constituir una familia; a la propiedad individual y colectiva y a no ser privado de ella arbitrariamente.

Toda persona tiene además derecho a opinar libremente; a reunirse y asociarse; a participar en el gobierno y ejercer funciones públicas y a elegir y ser elegido; a la seguridad social; al trabajo y a su libre elección en condiciones equitativas y satisfactorias; al descanso; a un nivel de vida adecuado que le asegure junto a su familia salud y bienestar y especialmente la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; a la educación que debe ser gratuita, al menos la elemental y fundamental; a la vida cultural y científica.

La Declaración establece los deberes del individuo hacia la comuni-

dad “puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Ciertamente, la Declaración sirvió como nexo de unión entre las tres posiciones enfrentadas existentes en el momento de su adopción en materia de derechos humanos: la de los Estados occidentales, que ponían el acento en los derechos civiles y políticos; en sentido contrario, los de corte socialista, que lo hacían en los derechos económicos y sociales; en tercer lugar, los Estados de reciente independencia, que ponían énfasis en la autodeterminación, la preservación de los recursos naturales y algunas cuestiones relacionadas con el desarrollo.<sup>16</sup>

En este sentido, lleva toda la razón Carillo Salcedo, al señalar que, tanto la Carta de Naciones Unidas como la Declaración “son, en definitiva, expresiones jurídicas positivas y jurídicamente obligatorias de un principio generalmente aceptado en el Derecho Internacional contemporáneo: *el de la dignidad de la persona humana*”.<sup>17</sup>

#### ***b. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***<sup>18</sup>

Proclama derechos como la libertad de circulación, la igualdad ante la ley, el derecho a un juicio imparcial y la presunción de inocencia, a la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión, derecho de reunión pacífica, libertad de asociación y de participación en la vida pública, en

las elecciones y la protección de los derechos de las minorías. Además protege el derecho a la vida y sanciona las torturas y los tratos o penas crueles o degradantes, la esclavitud o el trabajo forzado, el arresto o detención arbitraria y la injerencia arbitraria en la vida privada, la propaganda bélica y la instigación al odio racial o religioso.

#### ***c. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales***<sup>19</sup>

Proclama ciertos tipos de derechos: a) al trabajo, b) a la seguridad social, nivel de vida y bienestar físico y mental, c) educación y disfrute de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico. Las obligaciones de los Estados miembros corresponden a la naturaleza programática de aquellos derechos.

#### ***d. Los Protocolos facultativos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***

Habilita a los individuos para presentar al Comité de Derechos Humanos comunicaciones relativas a su alegación respecto a presuntas violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. También cuenta con el “Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte”, del 15 de diciembre de 1989.

## **C. Los otros instrumentos universales de derechos humanos**

### **a. La protección de derechos específicos**

#### **(i) La Convención para la prevención y la sanción del Delito de Genocidio<sup>20</sup>**

Su artículo 2 define los actos que quedan comprendidos en la definición de genocidio, conforme a la Convención. Debe existir la intención de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Tales actos son: a) la matanza de miembros del grupo; b) las lesiones graves a su integridad física o mental; c) su sometimiento a condiciones de existencia que acarreen su destrucción física, total o parcial; d) el impedimento de que se produzcan nacimientos en el grupo; e) el traslado de niños del grupo a otro grupo. No están exentos de poder ser castigados por la comisión de un genocidio los gobernantes, funcionarios o particulares (conforme se estipula en el art. 4). Los Estados Parte están obligados a establecer en su derecho interno sanciones penales eficaces. La jurisdicción correspondería al tribunal territorial o al tribunal penal internacional competente (que, de hecho, con carácter general no ha llegado a establecerse hasta la adopción del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma). La Convención establece la competencia de la CIJ para las controversias relativas a la interpretación

y aplicación de la Convención entre Partes contratantes a petición de una de las Partes en la controversia.

La CIJ emitió una Opinión Consultiva sobre las reservas formuladas por algunos Estados respecto de esta Convención, a petición de la Asamblea General.<sup>21</sup> En ella se puso de relieve, además de las tremendas dificultades que entraña la cuestión de las reservas a los tratados internacionales, la necesidad de que dichas reservas no choquen con el “objeto y fin” del tratado internacional.

#### **(ii) Las medidas relativas a la esclavitud y trabajos forzados**

Con fecha 25 de septiembre de 1926 se adoptó en Ginebra (Suiza), la Convención sobre la Esclavitud<sup>22</sup>; varias décadas después, el 23 de octubre de 1953, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por Resolución 794 (VIII) el Protocolo Modificativo de dicha Convención; y con fecha 7 de septiembre de 1956 se adoptó nuevamente en Ginebra (Suiza), la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

La Convención sobre esclavitud define la esclavitud en relación con el derecho de propiedad ejercido sobre las personas y la trata de esclavos (comercio o transporte). Incluye en el concepto el trabajo forzado. Requiere penas internas severas

en el derecho interno de los Estados miembros. Para la solución de controversias sobre interpretación y aplicación de la Convención estableció la Corte Permanente de Justicia Internacional. Por el Protocolo de 1953 se traspasaron las funciones de la Sociedad de Naciones a las Naciones Unidas, con lo que esa referencia a la CPJI se entendía subsumida por la CIJ.

La Convención suplementaria de 1956 por la que se asimilan ciertas prácticas a la esclavitud contempla diversidad de situaciones: servidumbre por deudas, la servidumbre de la gleba, entrega forzada en matrimonio de una mujer o de un menor para su explotación laboral, el transporte de esclavos de un país a otro. Se redefine la esclavitud y la trata de esclavos. Se define a la “Persona de condición servil” como aquella sujeta a prácticas análogas a la esclavitud. Se confirma la competencia de la Corte Internacional de Justicia, en lo referente a cuestiones relativas a la interpretación y aplicación de la Convención, a petición de una cualquiera de las Partes.

### **(iii) El derecho de asilo**

Este tema será objeto de examen más adelante.

### **(iv) La protección contra la tortura**

La Asamblea General adoptó en 1975 la Declaración sobre la protección de todas las personas con-

tra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Posteriormente, en 1984, se aprobó la Convención sobre la misma materia: la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que entró en vigor en junio de 1987. En ella se define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, para obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier otra razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o inherentes o incidentales a éstas.”

Debe destacarse la calidad oficial del responsable, que en posteriores instrumentos internacionales, como el Estatuto de la Corte Penal Internacional de Roma, carece de relevancia. Las Partes tienen la obligación de impedir la tortura en toda su jurisdicción y no están eximidas por circunstancias excepcionales, como la guerra o la amenaza de guerra, la inestabilidad política interna u otra emergencia pública. Tampoco son eximentes de responsabilidad las

órdenes superiores o de la autoridad pública. Las Partes tienen la obligación de penalizar en su derecho interno la tortura, la tentativa, complicidad o participación criminal. Un Estado parte tendrá jurisdicción sobre ese delito en su territorio o en una aeronave o un buque matriculados en ese Estado o cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; o lo sea la víctima y el Estado lo considere apropiado. La Convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales y establece la cláusula *aut dedere, aut judicare* (art.7).

Se prohíben asimismo otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y que no lleguen a ser tortura, cuando los cometa un funcionario público o alguien en ejercicio de funciones oficiales, o por su instigación o con su consentimiento o aquiescencia.

### ***b. Principios inherentes a los derechos humanos***

#### **(i) El derecho a la libre determinación de los pueblos**

El principio de libre determinación de los pueblos se forja en el proceso descolonizador, auspiciado en buena medida por las Naciones Unidas. La Resolución (Declaración) 1514 (XV)<sup>23</sup>, señala en su art.2 que:

*“Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación; en virtud de ese derecho deter-*

*minan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.*

También proclama el derecho de esos pueblos a mantener la integridad territorial. El principio, como lo confirmó la CIJ en su opinión consultiva sobre *Namibia*<sup>24</sup> se ha transformado en consuetudinario y es un derecho humano fundamental según la opinión de esa misma Corte en el asunto de *Timor Oriental*.<sup>25</sup>

No se aplica dicho principio de forma tradicional a la escisión de minorías, sólo a territorios coloniales, que se consideran “geográficamente separados y étnicamente o culturalmente distintos del país que lo administra”. Según la Resolución 2625 (XXV),<sup>26</sup> esos territorios tienen una condición jurídica distinta y separada de la metrópoli. No es, por ende, lo relativo a su libre determinación un asunto interno de los países colonizadores, como ellos pretendieron.: “Se ve que el derecho de los pueblos a disponer de sí mismos apunta a los pueblos sometidos a la dominación colonial. De allí que aparezca el territorio como de más importancia que la población. En efecto, no se exige que ésta sea homogénea, lo que hubiera sido impensable habida cuenta de la arbitrariedad con que fueron trazadas las fronteras coloniales. Lo que se ha querido, y toda la historia de la descolonización lo prueba, es encaminar hacia la independencia a los territorios en los límites de las

fronteras administrativas trazadas por la antigua metrópoli”.<sup>27</sup>

El principio de autodeterminación, inclusive, no ha de concebirse exclusivamente como tendente a lograr la independencia. Como la Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General puso de relieve, la idea de autodeterminación implica que el pueblo elija libremente su destino, pudiendo consistir ello en la independencia, la libre asociación o la integración en una entidad estatal preexistente.<sup>28</sup>

#### (ii) La prevención de la discriminación racial

El instrumento más importante es la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que entró en vigor el 4 de enero de 1969. Se define “discriminación racial” como: “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”. Se excluyen del concepto de “discriminación” las medidas generales o de progreso para grupos raciales o étnicos que requieran especial protección. Se establecen obligaciones de los Estados miembros de tomar medidas

positivas para prevenir la discriminación racial. Se enumeran asimismo una serie de derechos humanos respecto de los cuales no se admitirá discriminación alguna y la obligación de los Estados de asegurar los recursos judiciales efectivos a tales efectos. Con ese objetivo se establece un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, creado por la misma Convención, que se inspira en las reglas que rigen el Comité del Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos. En lo tocante a la solución de controversias, se establece también aquí la competencia de la CIJ a instancia de cualquiera de las partes.

#### c. La protección especial de categorías de personas

##### (i) Los migrantes y los trabajadores migratorios

El tema de la protección de los trabajadores migrantes se examina más adelante.

##### (ii) El niño

La Convención sobre los Derechos del Niño entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Es sumamente detallada, contempla todos los aspectos posibles de la protección de los niños, tanto por ser niños como por su calidad de seres humanos. Es así como se encuentran en ella algunas cláusulas establecidas en otras convenciones con respecto a cualquier ser humano. “Niño” es definido

como todo ser humano menor de dieciocho años, salvo mayoría de edad legal anterior a esa edad. El “interés superior del niño” es el criterio inspirador de todas sus disposiciones. Impone la obligación a los Estados miembros de hacer cumplir a padres, tutores u otros responsables, así como instituciones a cargo, sus deberes hacia el niño.

La Convención consagra ciertos derechos generales: el “derecho intrínseco a la vida”, nombre y nacionalidad.<sup>29</sup> Otros más particulares: al desarrollo, a conocer sus padres y a ser cuidado por ellos, a preservar su identidad y sus relaciones familiares, a no ser separado de sus padres, a mantener relaciones personales y contacto directo y regular con ambos, a entrar y salir del Estado para una reunión de familia, etc. Asimismo, su libertad de expresión, pensamiento, conciencia, religión, asociación, entre otros. El artículo 29 trata de la educación del niño, que deberá estar encaminada a desarrollar al máximo sus posibilidades; inculcarle respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios de la Carta de las Naciones Unidas; de sus padres, de su propia identidad cultural, idioma y valores, de los valores nacionales, y de las civilizaciones distintas de la suya, etc.

### **(iii) La mujer**

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer entró en

vigor el 3 de septiembre de 1981. Define «discriminación contra la mujer» como toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Los Estados deben promover una política contraria a las discriminaciones contra la mujer, promover la igualdad entre ambos sexos y abstenerse de discriminaciones así como eliminar las existentes. Deben asimismo asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, así como el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en iguales condiciones que el hombre. Se impulsa a los Estados a modificar ciertos patrones socioculturales negativos, a garantizar la comprensión adecuada de la maternidad como función social, a suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución. Los Estados miembros proyectarán estos principios a la vida política y pública del país, al derecho de familia, al estatuto personal y nacionalidad de la mujer, a la esfera de la educación y capacitación profesional, a la del trabajo y protección de la salud, etc. El amparo que ofrece el instrumento

se extiende a todas las esferas de la convivencia social, incluyendo los problemas especiales de la vida rural. Contiene normativa en materia de legislación civil, capacidad jurídica, libre circulación, libertad para elegir residencia y domicilio, contraer matrimonio, elegir apellido, profesión y ocupación; en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. Se crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre las líneas generales del Comité del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. La solución de controversias entre Partes se resolverá mediante el recurso al arbitraje a petición de una de ellas o la CIJ si en seis meses las partes no acuerdan la forma del arbitraje. Esta cláusula es facultativa, con *contracting out*. El Protocolo facultativo a la Convención reconoce la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (“el Comité”) para comunicaciones de particulares.

#### (iv) Las personas impedidas

La Asamblea General proclamó el 3 de diciembre como el Día Internacional de los impedidos, coronando el Decenio a ellos dedicado. Siguiendo la definición de la OMS “la discapacidad es toda restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”.

Los protegidos no forman un grupo homogéneo: las afecciones pueden ser mentales, visuales, auditivas o del habla, o de otras enfermedades, o movilidad restringida o “deficiencias médicas”. Las distintas dificultades deben ser encaradas en forma diferente.

El objetivo del decenio y del establecimiento de un día dedicado a esta causa es crear conciencia de que estas personas deben gozar y ejercer plena y equitativamente sus derechos fundamentales en todas las áreas, así como promover su integración y su participación social. De hecho, el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1982, busca lograr los objetivos arriba mencionados.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 es la base del régimen de protección del impedido. Existen diversas resoluciones, emanadas principalmente del Consejo Económico y Social.<sup>30</sup> En 1982 la Asamblea General adoptó el Programa mundial de acción relativo a las personas discapacitadas, con una estrategia para promover la igualdad y plena participación de esas personas en la vida social y el desarrollo. A través de la Oficina del Alto Comisionado se formuló un proyecto de Convención temática sobre derechos humanos y dignidad de los discapacitados y en el año 2002 se adoptó la Convención Internacional Amplia e Integral para

Promover y Proteger los Derechos y la Dignidad de las Personas con discapacidad.

**(v) Los refugiados**

Este tema, junto al del asilo, se desarrolla más adelante.

**(vi) Las personas sometidas a detención o prisión**

Existen varias normativas protectoras de esas personas. En primer lugar, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, proclamadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra (Suiza). Se adoptaron el 30 de agosto de 1955 y fueron aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus Resoluciones 663C (XXIV), del 31 de julio de 1957, y 2076 (LXII), del 13 de mayo de 1977. En sus “Observaciones preliminares”, el instrumento que nos ocupa dice que: “El objeto de las reglas siguientes no es de describir en forma detallada un sistema penitenciario modelo, sino únicamente establecer, inspirándose en conceptos generalmente admitidos en nuestro tiempo y en los elementos esenciales de los sistemas contemporáneos más adecuados, los principios y las reglas de una buena organización penitenciaria y de la práctica relativa al tratamiento de los reclusos. Es evidente que debido a la gran variedad de condiciones jurídicas, sociales, económicas y

geográficas existentes en el mundo, no se pueden aplicar indistintamente todas las reglas en todas partes y en todo tiempo. Sin embargo, deberán servir para estimular el esfuerzo constante por vencer las dificultades prácticas que se oponen a su aplicación, en vista de que representan en su conjunto las condiciones mínimas admitidas por las Naciones Unidas”.

Además es importante la Declaración de la Asamblea General, Proclamada en su Resolución 43/173 y adoptada el 9 de diciembre de 1988, en la que se establece un “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, “, al igual que el Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, proclamado por la Asamblea General en su Resolución 34/169 y adoptado el 17 de diciembre de 1979. Cabe citar igualmente los Principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente a los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, proclamados por la Asamblea General en su Resolución 37/194, del 18 de diciembre de 1982; inclusive las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, aprobadas por el Consejo Económico y Social en su Resolución 1984/50, de 25 de mayo de 1984. También señalaremos las reglas mínimas de las Naciones

Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), proclamadas por la Asamblea General en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

En conjunto, se trata de un grupo de recomendaciones que los Estados deben observar, aunque las mismas no han sido recogidas hasta la fecha en una Convención como en los otros casos mencionados con anterioridad.

### **3. Los principios generales del derecho**

Constituyen la tercera fuente principal contemplada en el art. 38 del Estatuto de la CIJ. Como puso de relieve Lord Phillimore en el Comité Consultivo de Juristas que redactó el Estatuto de la Corte Permanente, dichos principios se aplicaban *in foro domestico*. Por lo demás, se aplican supletoriamente cuando no existe una regla convencional o consuetudinaria de aplicación al caso. Ejemplos de estos principios lo constituyen el enriquecimiento sin causa, la cosa juzgada, la buena fe, el principio de que nadie puede transmitir a otro un derecho mejor ni más extenso que el que tiene, que nadie puede alegar su propia torpeza para beneficiarse en derecho, que el daño causado por un hecho ilícito debe ser reparado, etc. ¿Configuran realmente una fuente formal? No son un procedimiento de creación de normas, son más bien una fuente adonde acudir en busca de normas ya hechas. En los principios genera-

les encontramos un *topos*, un lugar donde buscar normas, no de fabricarlas.

Esta fuente se relaciona, por ser supletoria, con la teoría de las lagunas del derecho. Según Kelsen, no hay lagunas del derecho, que es un orden pleno y hermético. Si la pretensión de un demandante es amparada por una norma jurídica, obtendrá sentencia favorable; si no, el juez declarará que no ha lugar. No hay tercera posibilidad en lógica. ¿Dónde está la laguna?

En realidad, la laguna lo es más en un sentido valorativo. Si el Juez siente que sería una gruesa violación del valor justicia negar su demanda al litigante y que debería existir una norma que resolviera el caso, el derecho le permite acudir a sus principios generales. En todo caso, esta tercera fuente del art. 38 obedeció a un compromiso con una corriente jusnaturalista dentro del Comité Consultivo de Juristas que quería inspirarse en el art. 7.2 de la Convención XII de La Haya sobre el Tribunal Internacional de Presas.<sup>31</sup> Este se remitía a los “principios generales de la justicia y de la equidad”. Era excesivo y el Comité prefirió referirse a principios ya asentados y forjados en los derechos internos de las “naciones civilizadas.”

#### **A. Ciertas normas relacionadas con tratados y costumbre**

Los tratados son las fuentes más productivas de normas primarias de

derechos humanos: son su punta de lanza normativa. El art. 38 del Estatuto de la CIJ cita a los tratados como fuente: “Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas generales expresamente reconocidas por los Estados litigantes”. Las normas protectoras de derechos humanos originadas en tratados pueden transformarse en consuetudinarias y por tanto universales a través del mecanismo arriba examinado. Tales normas suelen ser, en el caso de los derechos humanos, creadoras de obligaciones colectivas, esto es, que un Estado debe a todos los demás del grupo, ya sea éste el creado por un tratado multilateral o la comunidad internacional en su conjunto. Estas últimas pueden ser imperativas o *erga omnes* y las debidas al grupo de un tratado multilateral, como en un tratado regional de derechos humanos, se llaman *erga omnes partes*.

La existencia de obligaciones colectivas fue proclamada en la Convención de derecho de los tratados (art. 53, obligaciones imperativas) y en un *dictum* de la CIJ en el fallo de la *Barcelona Traction* (obligaciones *erga omnes*).<sup>32</sup> La doctrina no es pacífica sobre su definición y diferencias. La imperativa es una norma que “no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (art.53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). La CDI en sus comentarios

a los artículos recogidos en la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 56/83 la asimila virtualmente y las considera un poco el anverso y el reverso de la medalla. Dice que hay un área común considerable entre ellas (“*there is at the very least substantial overlap between them*”). La diferencia estaría en que las imperativas ponen el acento en el alcance y prioridad debidos a las obligaciones que crea, mientras que las *erga omnes* lo ponen en el interés jurídico de todos los Estados en su cumplimiento.<sup>33</sup> Sin embargo, hay diferencias importantes entre unas y otras, no obstante no haber sido esas obligaciones exploradas en su totalidad. “Las obligaciones *erga omnes* y las que resultan de las normas imperativas forman dos círculos concéntricos, el primero de los cuales es mayor que el segundo.

Hay un núcleo de obligaciones emanadas de normas protectoras de los derechos humanos que son, indudablemente, *erga omnes*. La Corte menciona, en su célebre pasaje de la *Barcelona Traction*, que tales obligaciones resultan, entre otros “de los principios y reglas relativas a los derechos humanos fundamentales de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial”. La palabra “incluyendo” sugiere claramente que hay otros principios y reglas relacionados con los derechos humanos que dan origen a obligaciones *erga omnes*. La Corte menciona obligaciones que son también im-

perativas. Hay un núcleo de ellas que serían las prohibiciones que no pueden suspenderse por motivo alguno: la de asesinar (derecho a la vida), la de la tortura y tratamientos inhumanos o degradantes, la de la esclavitud o servidumbre, la de la retroactividad de la ley penal. Son las contenidas en el art.3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, aquellas “consideraciones elementales de humanidad” del fallo del canal de CORFO.<sup>34</sup>

Es conveniente recordar las obligaciones que Fitzmaurice bautizó como “interdependientes” y como “integrales”. La violación de las primeras “modifica radicalmente la situación de los demás Estados con los que existe esta obligación con respecto al ulterior cumplimiento

de ésta”.<sup>35</sup> Son las del art. 42, anexo a la Res. AGNU 56/83. En cambio, la violación de las integrales produce el efecto contrario: la violación por una de las partes no autoriza en manera alguna, por vía de represalia, el incumplimiento de las demás. Están contempladas en el art. 48 de aquel anexo, protegen un interés colectivo y cualquier Estado perteneciente al grupo – si son *erga omnes partes* – o de la comunidad internacional – si son *erga omnes* – puede invocar la responsabilidad del Estado autor, pedir la cesación y las seguridades y garantías de no repetición cuando corresponda, así como reparación para el lesionado o beneficiarios. Son éstas, precisamente, las obligaciones protectoras de los derechos humanos en las convenciones multilaterales.

## **IV. La promoción y la protección de los derechos humanos: órganos y mecanismos internacionales de protección**

El examen del Derecho Internacional aplicable a los derechos humanos en todos sus aspectos plantea a la vez el estudio de los mecanismos y órganos de promoción y de protección de tales derechos.

Ante todo conviene distinguir la promoción de la protección de los derechos humanos aunque desde luego hay una interrelación muy estrecha entre ambos conceptos. La promoción es fundamentalmente preventiva mientras que la protección se refiere a hechos o situaciones que se producen. Si la promoción está más bien relacionada con el futuro, la protección lo está con el pasado y el presente. Ambas acciones, sin embargo, no se delimitan con facilidad por lo que en muchos casos se confunde siempre, desde luego, con el mismo fin: salvaguardar los derechos humanos.

Los órganos de promoción y de protección se ubican en el sistema universal, principalmente en el marco del sistema de las Naciones Unidas que incluye las instituciones

especializadas del sistema como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); y en los distintos sistemas regionales: interamericano, europeo y africano. Algunos de estos órganos y mecanismos tienen una competencia general, como es el caso de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y las Comisiones regionales similares, mientras que otros tienen facultades limitadas al objeto del tratado por el cual se crean, como los Comités de Derechos Civiles y Políticos, de los derechos del Niño, entre otros.

### **1. El sistema de las Naciones Unidas**

En el sistema de las Naciones Unidas, órganos de promoción y de protección funcionan separadamente para cumplir sus funciones, aunque la delimitación, como se indicó antes, no es fácil. En el contexto de la promoción, tenemos órganos institucionales que forman parte del sis-

tema administrativo de la Organización, como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; y órganos integrados por Estados, como la Comisión de Derechos Humanos. En el ámbito de la protección se observan los órganos de carácter general en el que se puede incluir a la misma Comisión de Derechos Humanos que tiene también funciones de protección y los órganos de carácter particular, creados por los tratados internacionales que velan por la aplicación por los Estados partes.

Sin entrar en los detalles de la labor de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debe señalarse que su jurisprudencia es muy favorable a la promoción y la protección de los derechos humanos. Casos recientes muy importantes se refieren a estos derechos. Es el caso, por ejemplo, de la aplicación de la Convención sobre Genocidio en el contexto de la crisis en Yugoslavia, labor que es secundada por la Corte Penal Internacional de reciente creación y que está encargada, ésta última, de conocer los crímenes internacionales más importantes: genocidio, lesa humanidad, de guerra y la agresión, según lo prescribe su propio Estatuto.

#### **A. Órganos y mecanismos de promoción**

##### ***a. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos***

Por recomendación de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, se crea la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que resulta de la fusión de la Oficina existente y el Centro para Derechos Humanos.

La Oficina del Alto Comisionado hace las veces de Secretaría de la Comisión de Derechos Humanos y de todos los mecanismos de protección especialmente de origen convencional; es un órgano técnico, provisto de una autonomía importante dentro de la Secretaría de la Organización, que asiste los trabajos de los distintos órganos encargados de la promoción y la protección de los derechos humanos. La Oficina recibe las quejas de los particulares y de los Estados sobre la violación de los derechos humanos y las tramita de manera que sean examinados por los órganos competentes.

La función de promoción del ACNUDH se traduce principalmente en la cooperación y asistencia técnica que presta a los Estados que se encuentran en dificultades para cumplir con sus obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos.

##### ***b. La Comisión de Derechos Humanos: promoción y cooperación internacionales***

La Comisión de Derechos Humanos, creada por el ECOSOC en 1946,<sup>36</sup> está integrada por 43

Miembros, elegidos por el mismo ECOSOC, conforme a un criterio de distribución geográfica equitativa, que permite un equilibrio entre las diversas regiones y culturas. La Comisión reúne anualmente en Ginebra por diez semanas e informa sobre sus actividades al ECOSOC y a la Asamblea General por intermedio de éste. La Secretaría de la Comisión, que brinda todo el apoyo técnico, está representada por la Oficina del Alto Comisionado.

La Comisión tiene una función principalmente de promoción, aunque también de vigilancia y protección de los derechos humanos, como se puede constatar al examinar su práctica. Una agenda temática que permite el estudio promocional con miras al desarrollo de normas y de políticas y temas relativos a la consideración de la situación de los derechos humanos en determinados países.

Las deliberaciones en la Comisión son muy importantes, alimentadas ellas por la participación cada vez mayor de las organizaciones no gubernamentales (ONGs) que sin duda juegan un papel sumamente relevante hoy en las relaciones internacionales, particularmente en el contexto de la promoción y protección de los derechos humanos. En las reuniones de la Comisión se hacen representar centenares de ONGs que tienen un derecho de participación, aunque lógicamente restringido. Sus declaraciones, señalamientos y apreciaciones sobre

los distintos temas, considerados por los Estados, sin duda, ejercen alguna influencia sobre los trabajos de la Comisión.

La Comisión examina los asuntos relativos a las situaciones de derechos humanos en dos espacios y momentos diferentes: en sesión pública y de acuerdo con el procedimiento 1503, mecanismo muy particular establecido por el ECOSOC en 1970.<sup>37</sup>

Los procedimientos públicos de la Comisión consideran asuntos temáticos y situaciones por países. En el primer caso, en base a los Informes del Relator Especial que designa la misma Comisión, se estudian temas concretos, como, por ejemplo: derecho al desarrollo, derechos humanos de los trabajadores migrantes. En el segundo caso, la Comisión examina los Informes de los Relatores Especiales designados sobre la situación en los países, como por ejemplo, Sudán o el Congo que han centrado la atención de la Comisión en los últimos años.

Las comunicaciones que se dirigen al Alto Comisionado son consideradas por un Grupo de Trabajo de la Subcomisión de Derechos Humanos que decide sobre su admisibilidad. Si es el caso, las remite al grupo de Situaciones, constituido por 5 expertos igualmente designados sobre la base de la distribución geográfica equitativa, que decidirá de acuerdo con procedimiento minuciosamente establecido, si hay méritos o no para

que la Comisión conozca de tales situaciones y en ese caso, las remite para que la misma se pronuncie sobre las medidas a adoptarse para mejorar la situación en el país de que se trate.

La Comisión, como se ha señalado siempre, es un órgano técnico en el que las cuestiones políticas no deberían influenciar sus decisiones, lo que no es siempre el caso. La politización de la Comisión que a veces intenta apoderarse de las deliberaciones pone en peligro la eficacia y la credibilidad del sistema. La Comisión en la realización de sus funciones debe buscar proveer a los Estados con dificultades en la materia, asistencia y cooperación técnicas. La Comisión, lejos de ser un órgano de sanción política, es un órgano de cooperación internacional. En este contexto se pueden observar en la práctica numerosos programas acordados desde su creación para mejorar las situaciones de los derechos humanos en los países en los que se plantean dificultades en ese ámbito.

## **B. Órganos y mecanismos de protección de los derechos humanos**

Dos tipos de órganos se observan en relación con la protección de los derechos humanos. Los primeros, derivados de los mismos instrumentos internacionales. Se trata de órganos de control creados expresamente por las Convenciones sobre derechos humanos, y de mecanismos

que obligan solamente a los Estados partes en esas Convenciones.

Otros son mecanismos que no están contenido en que Convenios internacionales. Se trata de órganos de control creados por resoluciones internacionales como por ejemplo, la Comisión de la Condición de la Mujer, originalmente una subcomisión de la Comisión de Derechos Humanos, que se ocupa de la discriminación basada en el sexo.

### **a. Los mecanismos convencionales**

Algunos órganos son creados por instrumentos relativos a los derechos humanos: Comité de Derechos Humanos, Comité contra la Tortura, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de los Derechos del Niño, Comité contra la Discriminación Racial y el Comité sobre los Derechos Humanos de los Trabajadores Migrantes y de sus familiares. Estos órganos ejercen tres tipos de actividades: examen de informes periódicos, examen de las comunicaciones y producción de directivas u observaciones generales.

Los Estados deben presentar, de acuerdo con los distintos instrumentos internacionales, informes periódicos sobre el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de tales instrumentos y sobre las medidas que adoptan los Gobiernos a nivel nacional para dar cumplimiento cabal a ellas. Se intenta mediante estos informes y su discusión en los órganos de control, establecer un

diálogo constructivo, positivo, y no enjuiciar a los Estados. Más que órganos de sanción, se está ante órganos de cooperación y de asistencia.

**(i) Los Comité de los Derechos Civiles y Políticos y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

En virtud de los Pactos de 1966 sobre los Derechos Civiles, Políticos y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se crean estos Comités en 1976 y en 1987 respectivamente.

El Comité de Derechos Humanos constituido en virtud del artículo 28 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, con la finalidad, entre otros, de hacer cumplir las obligaciones del Pacto. Utiliza procedimientos como informes de los Estados sobre su situación respecto al cumplimiento del Pacto, reclamaciones de Estado a Estado, en las que hay una etapa de conciliación, un informe al Consejo y a la Asamblea General, y reclamaciones de las víctimas, sujeto ello al Protocolo facultativo que se mencionará enseguida.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no es creado en base a una norma específica del Pacto. Se crea mediante resolución del ECOSOC (1985/17, del 28 de mayo de 1985). Este Comité, distintamente al anterior, es un órgano subsidiario del ECOSOC y no un órgano derivado del Pacto, es decir, no es un órgano convencional

en el sentido estricto del término. Los Estados presentan Informes periódicos sobre la realización de estos derechos y el Comité, integrado también por expertos, considera dichos Informes y hace las recomendaciones y sugerencias pertinentes a fin de que los estados puedan cumplir a cabalidad con la Declaración y los Pactos en esta materia.

**(ii) El Comité contra la Tortura**

Creado en virtud del artículo 17 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, el Comité, integrado por diez expertos, recibe informes de los Estados partes sobre las medidas adoptadas para dar efectividad.

El Comité examina las situaciones en los países y si considera que se practica sistemáticamente la tortura en el territorio del Estado parte en cuestión, invita a ese Estado a que coopere en la investigación. Si es necesario, el Comité puede encargar a uno de sus miembros para que realice un estudio confidencial pudiendo ello incluir una visita en el sitio.

El artículo 21 de la Convención se refiere a la posibilidad de que un Estado parte declare que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención.

Las comunicaciones de Estados relativas a otros Estados, y de particulares se admiten sobre una base facultativa.

**(iii) El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares**

El Comité es creado en virtud del artículo 72 de la Convención de 1990 que señala textualmente que:

*“1.a) Con el fin de observar la aplicación de la presente Convención se establecerá un Comité de Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”.*

El Comité está compuesto de diez expertos elegidos a título personal por los Estados Partes en la Convención, aunque después de la entrada en vigor para el cuadragésimo primer Estado Parte, de 14. Se requieren condiciones particulares propias a órganos de esta naturaleza: integridad moral, imparcialidad y reconocida competencia sobre el tema.

El Comité es creado para velar por la aplicación de la Convención. Los Estados partes “presentarán al Secretario General de la ONU un Informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención.”, según lo establece el artículo 73 de ese mismo texto.

**b. Otros órganos de control**

Otros órganos, no derivados de instrumentos concretos de derechos humanos, funcionan en igual sentido. La Comisión de la Condición jurídica y social de la mujer, la Comisión para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Grupo de Trabajo sobre la aplicación de la Convención sobre la Eliminación y la Represión del Crimen de Apartheid, el Grupo Especial de Expertos en África austral, el Consejo de Naciones Unidas para Namibia, el Comité Especial contra el Apartheid, el Comité de Descolonización.

Además, iguales órganos existen y funcionan en el marco de las instituciones especializadas, es decir, de las organizaciones internacionales vinculadas al sistema de Naciones Unidas, como la OIT y la UNESCO: derecho al trabajo y a la libertad sindical y de asociación y el derecho a la educación.

En el caso de la OIT, tres órganos se ocupan del control de las normas relativas a los derechos de los trabajadores y de la libertad sindical y de asociación: El Comité de Libertad Sindical, la Comisión de Expertos para la aplicación de las Convenciones y Recomendaciones y el Comité encargado de examinar las quejas relativas a las violaciones de los derechos de los trabajadores.

En el caso de la UNESCO, se observa el Comité de Derechos Hu-

manos<sup>38</sup> y la Comisión permanente encargada de la aplicación de la Convención relativa a la Discriminación en el ámbito de la educación y su Protocolo que tienen funciones propias importantes.

## **2. Los sistemas regionales**

### **A. El sistema interamericano: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

El sistema de protección a los derechos humanos en América se ha establecido en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Organización regional intergubernamental integrada por la mayoría de los Estados americanos. La OEA tiene actualmente treinta y cuatro miembros activos.<sup>39</sup>

La Carta de la OEA fue adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá en 1948. En esa misma Conferencia se proclamó, con la denominación de recomendación, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, sin que se contemplara ningún dispositivo para promover o vigilar su observancia. En 1959, la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Santiago de Chile creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), cuyo Estatuto fue aprobado en 1960 y reformado por

la II Conferencia Interamericana Extraordinaria de Río de Janeiro de 1965, donde se ampliaron los poderes de la Comisión.

La III Conferencia Interamericana Extraordinaria celebrada en Buenos Aires, en 1967, aprobó el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización, que incluyó a la CIDH entre los órganos permanentes de ésta y previó la necesidad de adoptar una Convención regional especial en materia de derechos humanos (arts. 112 y 150). Posteriormente se han adoptado otras reformas a la Carta que no se hacen referencias al sistema regional de derechos humanos.

La Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos celebrada en San José de Costa Rica, en 1969, adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado “Pacto de San José”<sup>40</sup> cuya estructura estableció dos instituciones encargadas de velar por el respeto a los compromisos contraídos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>41</sup> La Asamblea General de la OEA, asimismo, adoptó un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, XVIII período de sesiones, San Salvador, 1988).<sup>42</sup> Fue más tarde adoptado un nuevo Protocolo para la abolición de la

pena de muerte, en Asunción, en 1990.<sup>43</sup> Se han adoptado asimismo varias Convenciones regionales relativas a los derechos humanos que, junto con el Pacto de San José y sus Protocolos conforman un *corpus iuris* regional sobre la materia: la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura de Cartagena de Indias, de 1985,<sup>44</sup> la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas adoptada en Belém do Pará, en 1994,<sup>45</sup> la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “*Convención de Belém do Pará*”, adoptada en Belém do Pará, en 1994<sup>46</sup> y la Convención interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad, adoptada en Ciudad de Guatemala, en 1999.<sup>47</sup>

El sistema interamericano de derechos humanos se articula en el presente sobre la base de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que será el eje central de esta disertación. Sin embargo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia limitada sobre aquellos Estados miembros de la OEA que no han ratificado el Pacto de San José, pero a los que sí se aplica la Carta de la Organización y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

#### **a. Los derechos garantizados por la Convención de 1969**

#### **(i) La democracia representativa**

Una característica destacada del sistema interamericano es su expresa adhesión doctrinaria a la democracia representativa, que se presenta como el presupuesto necesario para la cabal observancia de los derechos humanos.<sup>48</sup>

La Carta de la OEA dispone en su artículo 3d) que los Estados americanos:

*“requieren de la organización política...sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”.*

En consonancia con ello, la Convención Americana reafirma en el Preámbulo:

*“el propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.*

Dentro de la misma orientación, la Convención prohíbe en su artículo 29 toda interpretación de sus disposiciones en el sentido de

*“excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.*

Desde el punto de vista jurídico, el principio democrático ha sido

invocado a menudo para orientar la interpretación de la Convención Americana, en especial cuando se ha tratado de definir el alcance de las limitaciones que ella misma autoriza para los derechos protegidos, limitaciones cuya legitimidad está en cuestión fuera del apego a los valores democráticos. Es así que esas restricciones no pueden emanar legítimamente sino de leyes dictadas por “los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos”,<sup>49</sup> lo que implica que “el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables”.<sup>50</sup> En el mismo sentido, conceptos como “orden público” o “bien común”, cuando son invocados como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, “deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de una ‘sociedad democrática’...”.<sup>51</sup> La suspensión de garantías, en fin, autorizada por la Convención en situaciones de emergencia “carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona”.<sup>52</sup>

En el plano político, el 10 de septiembre de 2001 la Asamblea General de la OEA adoptó la Carta Democrática Interamericana (que no es una convención internacional sino una resolución de la Asamblea), en cuyos términos “*son elementos esenciales de la democracia repre-*

*sentativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales...*” (art. 3).

La Carta prevé diversos procedimientos de acción regional colectiva en distintos supuestos: a) “*cuando un Estado Miembro considere que está en riesgo su proceso político institucional democrático o su legítimo ejercicio del poder*” (art. 17); b) “*cuando en un Estado Miembro se produzcan situaciones que pudieran afectar el desarrollo del proceso político institucional democrático o el legítimo ejercicio del poder*” (art. 18); c) cuando tenga lugar “*la ruptura del orden democrático o una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático en un Estado Miembro*” (art. 19) o cuando “*se produzca una alteración del orden constitucional que afecte gravemente su orden democrático,*” (art. 20). Las medidas colectivas a ser adoptadas van desde gestiones de cooperación y la acción diplomática de buenos oficios hasta la exclusión de la OEA del gobierno considerado ilegítimo en el plano democrático.

## **(ii) El respeto y la garantía de los derechos humanos**

La Convención contiene un cierto número de cláusulas comunes a todos los derechos que ella reconoce.

a) Cada Estado asume una *obligación de respeto y garantía*, de los derechos humanos reconocidos en la Convención a toda persona

bajo su jurisdicción. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estas obligaciones comportan los siguientes deberes:

- 1) la organización de los poderes públicos y del sistema jurídico interno en orden a la preservación de la integridad de los derechos humanos reconocidos en la Convención;
- 2) la prohibición de la utilización directa o indirecta de la función pública como medio para violar dichos derechos;
- 3) la consagración de recursos judiciales apropiados y eficaces para la protección de los derechos humanos;
- 4) la consagración de la ilicitud, dentro del Derecho interno, de todo acto atentatorio contra los mismos derechos humanos, cualquiera sea el agente que los lesione o menoscabe;
- 5) la investigación seria de toda situación que configure una lesión a los derechos protegidos, cualquiera sea su origen, y más aún si el mismo se presenta como desconocido;
- 6) el restablecimiento, en caso de violación, de la situación infringida, a través de la restauración, en cuanto quepa, del derecho o libertad conculcados y de la reparación, si es procedente, de las consecuencias de ese hecho ilícito;
- 7) la sanción, si cabe, contra los responsables, y
- 8) la adopción de medidas que, ra-

zonablemente, contribuyan a prevenir la repetición de hechos semejantes.<sup>53</sup>

- b) También de manera general, el artículo 2 de la Convención pone a cargo de los Estados partes el deber de adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para proteger los derechos garantizados en el derecho interno. A este respecto la Corte ha establecido que esta obligación comprende:

- 1) la obligación (positiva) de dictar nuevas normas para poner en vigencia, dentro de la jurisdicción nacional, los derechos internacionalmente reconocidos;
- 2) la obligación (también positiva) de suprimir normas o prácticas incompatibles con la plenitud del goce y ejercicio de dichos derechos; y
- 3) la obligación (negativa) o prohibición de dictar leyes contrarias al Derecho internacional de los derechos humanos.<sup>54</sup>

La adaptación del Derecho interno a la Convención es inmediatamente exigible, puesto que el régimen establecido en la convención " *está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo*".<sup>55</sup>

### (iii) Cuadro general de los derechos protegidos

#### A. Derechos relativos a la integridad de la persona

- a) Derecho a la vida (art. 4)
- b) Derecho a la integridad personal (artículo 5)
- c) Derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 7)
- d) La prohibición de esclavitud y servidumbre (art. 6)
- e) Derecho a la intimidad (art. 11)

**B. Derechos inherentes a la integridad de la persona al cuerpo social**

- a) Derecho a la igualdad y no discriminación (arts. 1 y 24)
- b) Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 3)
- c) Derecho a la nacionalidad (art. 20)
- d) Derechos políticos (art. 23)
- e) Derecho a la propiedad privada (art. 21)
- f) Derechos de la familia y del niño (arts. 17 y 21)

**C. Derechos judiciales**

- a) Derecho al debido proceso (art. 8)
- b) Derecho a un recurso judicial sencillo y rápido para la defensa de los derechos humanos
- c) Principio de legalidad y de no retroactividad (art. 9)
- d) Derecho a la indemnización por error judicial (art. 10)

**D. Las libertades públicas**

- a) Libertad de conciencia y religión (art. 12)
- b) Libertad de pensamiento y expresión (art. 13) y el derecho de rectificación o respuesta (art. 14)
- c) Libertad de asociación, com-

prendida la libertad sindical (art. 16)

- d) Libertad de reunión (art. 15)
- e) Libertad de circulación y residencia, incluidos el derecho a vivir en el país de la propia nacionalidad y el derecho de asilo (art. 22)

**(iv) Las limitaciones a los derechos proclamados por la Convención**

La Convención autoriza limitaciones a los derechos protegidos en dos tipos de circunstancias distintas. En condiciones normales, cada derecho puede ser objeto de ciertas restricciones autorizadas por la Convención, fundadas sobre distinto conceptos que pueden resumirse en la noción general de orden público. Por otra parte, en casos de emergencia, los gobiernos están autorizados para suspender las garantías.

Los derechos proclamados contienen, en su mayor parte, las condiciones en que puede ser legítimamente limitado. Sin embargo, en general, el artículo 30 dispone que las restricciones que la Convención autoriza para el goce de los derechos por ella reconocidos, sólo podrán emanar de “leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Respecto de este artículo, la Corte ha interpretado “que la palabra **leyes**... significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucio-

nalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento previsto en las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.<sup>56</sup> La Corte ha dicho igualmente que nociones como la de “orden público”<sup>57</sup> y la de “bien común”<sup>58</sup> no pueden invocarse como “medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención” y deben interpretarse con arreglo a las justas exigencias de una sociedad democrática, teniendo en cuenta “el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención”.<sup>59</sup>

Los derechos garantizados pueden verse expuestos a limitaciones excepcionales frente a ciertas emergencias. El artículo 27 de la Convención contempla la posibilidad de suspender las garantías en caso de peligro público o amenaza a la independencia o seguridad del Estado, por el tiempo estrictamente necesario para superar esa situación excepcional y con el deber de suministrar información inmediata a los demás Estados partes.

A propósito de la suspensión de las garantías, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que, dentro del sistema de la Convención, se trata de una medida enteramente excepcional, que se justifica porque “puede ser en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática”.

ca”.<sup>60</sup> Sin embargo, evocando quizás los abusos a que ha dado origen en el hemisferio, afirmó que “la suspensión de garantías no puede desvincularse del ejercicio efectivo de la democracia representativa a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA”<sup>61</sup> y que ella no “comport(a) la suspensión temporal del Estado de Derecho (ni) autori(za) a los gobernantes a apartar su conducta de la legalidad a la que en todo momento deben ceñirse”,<sup>62</sup> pues el efecto de la suspensión se contrae a modificar, pero no a suprimir “algunos de los límites legales de la actuación del poder público”.<sup>63</sup>

La Convención contempla una lista de derechos, más amplia que la de otros tratados, que no pueden ser afectados por medidas de excepción bajo ninguna circunstancia: el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de esclavitud y servidumbre; la prohibición de la discriminación; el derecho a la personalidad jurídica; el derecho a la nacionalidad; los derechos políticos; el principio de legalidad y retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; la protección a la familia y los derechos del niño; así como “las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

En relación con la última expresión citada, la Corte ha precisado que tales garantías son “aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los dere-

chos y libertades ... (que está prohibido suspender) ... y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud”.<sup>64</sup> La Corte concluyó que está vedado suspender el amparo, como institución que es, en general, aplicable a todos los derechos no susceptibles de suspensión,<sup>65</sup> y el hábeas corpus, como “medio para controlar el respeto a la vida e integridad de la persona”.<sup>66</sup>

Como la Convención prohíbe la suspensión de las “garantías judiciales indispensables” para la defensa de los derechos no susceptibles de suspensión, debe concluirse que tampoco autoriza la suspensión de las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), que definen “las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos estén bajo consideración judicial”.<sup>67</sup> Es así que el concepto de debido proceso “debe entenderse como aplicable, en lo esencial, a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión regulado por el artículo 27 de la misma.”<sup>68</sup>

En relación con la moderación con la que deben actuar los órganos encargados de velar por el orden público bajo situaciones de emergencia, la Corte, al censurar excesos cometidos en una de esas ocasiones, dispuso lo siguiente:

*“Las características de los hechos de este caso, revelan que los cuerpos armados y los orga-*

*nismos de seguridad del Estado no estaban preparados para encarar situaciones de perturbación del orden público mediante la aplicación de medios y métodos respetuosos de los derechos humanos. Es menester impedir a toda costa que vuelvan a repetirse las circunstancias descritas. El Estado debe adoptar todas las providencias necesarias para ello y, en particular, las tendientes a formar y capacitar a todos los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad sobre los principios y normas de protección de los derechos humanos y sobre los límites a los que debe estar sometido, aun bajo los estados de excepción, el uso de las armas por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley. No se pueden invocar pretextos de mantenimiento de seguridad pública para violar el derecho a la vida. Debe, asimismo, el Estado, ajustar los planes operativos tendientes a encarar las perturbaciones del orden público a las exigencias del respeto y protección de tales derechos, adoptando, al efecto, entre otras medidas, las orientadas a controlar la actuación de todos los miembros de los cuerpos de seguridad en el terreno mismo de los hechos para evitar que se produzcan excesos. Y debe finalmente, el Estado garantizar que, de ser necesario emplear medios físicos para enfrentar las situaciones de perturbación del*

*orden público, los miembros de sus cuerpos armados y de sus organismos de seguridad utilizarán únicamente los que sean indispensables para controlar esas situaciones de manera racional y proporcionada, y con respeto a los derechos a la vida y a la integridad personal.”*<sup>69</sup>

### **b. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

El régimen jurídico de la Comisión está contenido en la Carta de la OEA, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Estatuto aprobado por la Asamblea General en su XII Período de Sesiones, en La Paz, el 31 de octubre de 1979; y en su Reglamento, dictado por la misma Comisión, cuya última versión es del 25 de octubre de 2002.

La Comisión está integrada por siete miembros, que deben ser personas de alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos. Son electos por la Asamblea General de la OEA a título personal y no representan a ningún gobierno sino a la totalidad de los miembros de la organización. Deben ser nacionales de cualquier Estado miembro, pero la Comisión no puede estar integrada por más de un nacional de un mismo Estado.

Los miembros duran cuatro años en sus cargos y son reelegibles una sola vez. Las candidaturas son presentadas a la Asamblea General por

los Estados miembros, cada uno de los cuales puede proponer hasta tres nombres, pero, en ese caso, por lo menos uno de los propuestos debe ser nacional de un Estado americano distinto al postulante.

#### **(i) Competencia y funciones de la Comisión**

El Estatuto recoge el conjunto de atribuciones de la Comisión. El artículo 18 contiene las que son comunes a todos los miembros de la OEA; el artículo 19 se refiere a las que ejerce como órgano de la Convención; y el artículo 20 a las que le corresponden como órgano de la Carta. Sin embargo, es posible hacer un estudio unitario de esos poderes puesto que el Reglamento de la Comisión da sustancialmente el mismo tratamiento a las peticiones fundadas sobre la Convención y a las que lo están sobre la Declaración, cuyo procedimiento sólo se diferencia en las etapas finales.

#### **• Funciones de promoción**

La Comisión tiene numerosas funciones de promoción, incluyendo funciones consultivas (CIDH Estatuto, art. 18-e), dentro del propósito general de “estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América” (*ibid.* art. 18-a). E la práctica ha cumplido una importante actividad en esta área.

a) Ha auspiciado conferencias y seminarios y publicado numerosos libros, documentos y panfletos.

- b) Le corresponde formular recomendaciones a los gobiernos para que adopten medidas progresivas respecto de los derechos humanos.
- c) Presentar informes sobre la situación de los derechos humanos en los diversos países americanos. Para elaborar estos informes, en una primera etapa, después de haber reunido suficiente información, la Comisión prepara un proyecto de informe. En ese texto se analizan las condiciones particulares existentes en el país de que se trate, refiriéndolas a los *standards* establecidos en la Convención Americana o en la Declaración, según sea el caso. Después el proyecto es sometido al gobierno afectado para que formule sus observaciones. La respuesta del gobierno es luego analizada para determinar en qué medida debe corregirse el proyecto, a la luz de la información o los puntos de vista que el gobierno haya aportado. Una vez hecha esta reevaluación, la Comisión decide si publica o no su informe, pero si el gobierno no ha enviado ninguna respuesta éste es publicado en todo caso. En cambio, una respuesta apropiada del gobierno, que demuestre la observancia de los derechos humanos o que se están adoptando los correctivos necesarios para superar cualquier situación inconveniente, puede llevar a la Comisión a decidir la no publicación del informe. Al presente la CIDH ha presentado cerca de sesenta informes de este género.
- d) Debe responder las consultas que se le hagan el Secretario General de la OEA o los Estados miembros. Asimismo, ella ha sido regularmente consultada por el Consejo Permanente y por la Asamblea General en materia de derechos humanos.
- e) Preparar proyectos de protocolos o reformas a la Convención. A este respecto la Comisión prestó una importante colaboración en la preparación del proyecto de la Convención Americana y ha participado en la redacción del texto de los dos protocolos a la misma y en los proyectos de las demás convenciones que integran el *corpus iuris* del sistema interamericano de derechos humanos.<sup>70</sup>
- f) En diferentes ocasiones, desde el temprano inicio de sus actividades, la Comisión ha cumplido un importante papel de mediación y de protección de derechos humanos en situaciones de guerra civil, de conflictos armados internacionales o de secuestros de rehenes.<sup>71</sup> Esta actividad nos aproxima a las funciones de protección que conforman el núcleo duro de la actividad de la CIDH.
- ***Funciones de protección***
    - ***Efectuar visitas u observaciones in loco***
- El artículo 18-g del Estatuto faculta a la Comisión para practicar obser-

vaciones en el territorio de cualquier Estado miembro de la OEA, “con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo”. En la práctica de la Comisión, estas observaciones no han estado normalmente vinculadas con la investigación de casos particulares. Se ha recurrido a ellas para hacer una evaluación general de la situación de los derechos humanos en un país, cuando la Comisión advierte una práctica generalizada de violación de los derechos humanos. Esa opinión de la Comisión, desde luego, puede resultar del volumen de denuncias individuales recibidas. La presencia de la Comisión en un país determinado ha sido también a menudo la ocasión para verificar hechos denunciados previamente o para recibir nuevas comunicaciones.<sup>72</sup>

Las observaciones *in loco* son habitualmente convenidas a través de un intercambio de notas o de telegramas entre la Comisión y el gobierno involucrado. La regla general es que la Comisión requiera la autorización para practicarlas, pero existen casos en que ha sido el gobierno el que ha tomado la iniciativa de invitar a la Comisión.<sup>73</sup> Antes de 1977 las condiciones de la visita eran negociadas para cada caso sobre la base de la disposición del Estatuto que autorizaba a la Comisión a sesionar fuera de su sede. Más tarde, la Comisión adoptó un conjunto de reglas sobre la materia, las cuales en el presente se encuentran codificadas en su Reglamento. En todo caso, con la sola salvedad de

las observaciones necesarias para la investigación de un caso (Convención, art. 48.1.d), el Estado cuya autorización para una visita ha sido requerida no tiene el deber jurídico de extender su consentimiento.

En verdad, la Comisión ha cumplido en este ámbito una función mucho más amplia que la de instituciones internacionales similares. Ciertas visitas han tenido un impacto relevante para la protección de los derechos humanos en situaciones de violación sistemática de los mismos, como ocurrió con las visitas practicada a la República Dominicana (1965-66), Chile (1974) y Argentina (1979). En este último caso, el informe que siguió a la visita tuvo especial relevancia pues fue el primero que se refirió a uno de los países considerados con mayor peso en la OEA; y porque puso al descubierto la práctica de desaparición forzada de personas y sirvió para poner algún freno a la misma.

- *Exámen de casos o situaciones de violación a los derechos humanos*

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de los derechos humanos por un Estado parte (Convención, art. 44). Estas peticiones pueden ser presentadas en el propio nombre del denunciante o

en el de terceras personas, y deben referirse a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la pena de muerte, la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (CIDH Reglamento, art. 23).

La competencia general e incondicional de la Comisión para recibir peticiones individuales es una particularidad del sistema interamericano. Pues no hace falta ninguna declaración del Estado para aceptarla y porque, además, tampoco se requiere que el denunciante alegue la condición de víctima de la violación de los derechos humanos, sino que el denunciante puede actuar en nombre de una tercera persona, sin necesidad de acreditar la condición de representante de la misma, lo cual ha permitido a las organizaciones no gubernamentales tener un relevante papel en el sistema.

Sin embargo, la competencia de la Comisión para examinar casos de violación de derechos humanos no se agota en las peticiones individuales. Ella puede conocer denuncias de un Estado parte en la Conven-

ción contra otro Estado parte, siempre que ambos hayan reconocido previamente su competencia para ello (Convención, art. 45).<sup>74</sup> Este tipo de denuncia, sin embargo no ha sido introducida hasta el presente.

Por otra parte, aunque ni la Convención ni el Estatuto facultan a la Comisión para actuar *ex officio* frente a presuntas violaciones a los derechos humanos, el artículo 24 del Reglamento contempla la posibilidad de que inicie *motu proprio* la tramitación de un caso cuando “a su juicio” se reúnan “los requisitos para tal fin”. Tampoco esta disposición ha sido aplicada desde que se incluyó en el Reglamento.

- *Actuar ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Comisión está legitimada para someter casos contenciosos a la decisión de la Corte (Convención, art. 61.1) y para requerir de ésta opiniones consultivas (*ibid.* art. 64.1).<sup>75</sup> Ella puede asimismo solicitar de la Corte medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia, para evitar daños irreparables a las personas en casos aún no sometidos a la decisión de la Corte (Convención, art. 63.2).<sup>76</sup>

La Comisión debe asimismo comparecer en todos los casos ante la Corte (Convención, art. 57). Se le atribuye así “una clara función de auxiliar de la justicia, a manera de ministerio público del Sistema Interamericano”.<sup>77</sup>

- *Procedimiento aplicable a las denuncias*

- Admisibilidad de las denuncias
- Condiciones de forma: Las peticiones deben presentarse por escrito, lo que comprende télex, telegramas y otros medios rápidos de comunicación utilizados a menudo en casos urgentes como una vía inicial para requerir la acción de la Comisión. El artículo 28 del Reglamento describe el contenido requerido para las peticiones, las cuales deben describir suficientemente los elementos del caso, así como información sobre las gestiones emprendidas para agotar los recursos de la jurisdicción interna o la imposibilidad de hacerlo. Si la petición está incompleta, la Secretaría puede solicitar al peticionario que subsane las omisiones (CIDH Reglamento, art. 26.2).
- Condiciones de fondo: Debe tratarse de una materia que, por su naturaleza, pueda ser sometida a la consideración de la Comisión. En consecuencia, será declarada inadmisibile una denuncia que no exponga hechos que caractericen una violación de los derechos humanos reconocidos en la Convención o en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
- Agotamiento de los recursos internos: La admisibilidad de una

petición está condicionada a que “se hayan interpuesto y agotado los recursos de la jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos” (CADH, art. 46.1).<sup>78</sup> Por lo tanto, conforme al Derecho internacional, esa regla no es aplicable cuando esos recursos no existen o no son adecuados y efectivos, tal como ocurre cuando, a) no existe el debido proceso legal para proteger el derecho lesionado; b) se ha denegado a la víctima el acceso a los recursos existentes o c) hay retardo injustificado en la decisión sobre los mismos. La Comisión ha decidido que la regla tampoco es aplicable cuando se trata de casos generales de violación de derechos humanos (CADH. Art. 46.2).<sup>79</sup>

Conforme al Derecho Internacional, la jurisprudencia de la Comisión y de la Corte ha puntualizado que la regla del previo agotamiento de los recursos internos se ha establecido en provecho del Estado y es renunciabile por el Estado interesado en hacerla valer.<sup>80</sup> La renuncia puede ser tácita, lo que ocurre cuando el Estado interesado asume una actitud incompatible con hacerla valer o no la opone oportunamente, lo que indica que debe ser invocada en las primeras etapas del procedimiento. En cambio, la decisión sobre la excepción del gobierno por la que alegue que no se han ago-

tado los recursos internos puede ser suspendida para ser resuelta junto con el fondo, sobre todo si se discute sobre la existencia o efectividad de los medios de protección a los derechos humanos en el Derecho interno.

La carga de la prueba sobre los recursos internos admite un cierto grado de distribución, pues si el demandante afirma haberlos agotado, deberá demostrar que los intentó sin resultado. En cambio, si es el gobierno el que alega la falta de agotamiento, tendrá a su cargo el señalamiento de los recursos por agotarse y de la efectividad de los mismos.<sup>81</sup> El artículo 31.3 del Reglamento de la Comisión establece que, en el supuesto de que el peticionario afirme la imposibilidad de comprobar el agotamiento de los recursos internos, corresponderá al gobierno contra el cual se dirige la petición “demostrar que los recursos internos no han sido agotados, a menos que ello se deduzca claramente del expediente.”

- Procedimiento y decisión sobre admisibilidad: Una vez recibida la denuncia, la Comisión la transmite al Estado concernido, quien dispone de dos meses para presentar su respuesta (CIDH Reglamento, art. 30.3). Antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la petición, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales (CIDH Reglamento, art. 30.5).

También puede, si lo estima necesario, convocar a una audiencia sobre admisibilidad. La Comisión constituye un “grupo de trabajo sobre admisibilidad” (CIDH Reglamento, art. 36); y, una vez consideradas las posiciones de las partes, la Comisión se pronuncia sobre la admisibilidad del asunto. Los informes de admisibilidad e inadmisibilidad son públicos y la Comisión los incluye en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA (CIDH Reglamento, art. 37).

- Procedimiento sobre el fondo

De acuerdo con el artículo 38 del Reglamento, con la apertura del caso, la Comisión fijará un plazo de dos meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo. Las partes pertinentes de dichas observaciones son transmitidas al Estado en cuestión a fin de que presente sus observaciones dentro del plazo de dos meses. Antes de pronunciarse sobre el fondo de la petición, la Comisión fijará un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa previsto en el artículo 48.2 de la Convención. Asimismo, la Comisión podrá invitar a las partes a presentar observaciones adicionales por escrito.

Si lo estima necesario para avanzar en el conocimiento del caso, la Comisión podrá convocar a las partes a una audiencia.

En esta fase la Comisión puede aceptar y utilizar todos los medios de prueba adecuados a cada caso. Puede resolver la realización de una audiencia (CIDH Reglamento, art. 43.), o practicar una averiguación *in loco* (*ibid.*, art. 44). La Comisión está facultada para estas actuaciones, pero no está obligada a cumplirlas.<sup>82</sup>

De acuerdo con el artículo 39 del Reglamento se presumirá que son ciertos los hechos denunciados si el Estado no suministra información relevante para controvertirlos dentro del plazo reglamentario, siempre que de otros elementos de convicción no resulte una conclusión contraria.<sup>83</sup> Esta disposición se justifica porque la Comisión debe resolver con los elementos de juicio a su disposición en vista de que el gobierno no cumple con su deber general de cooperar en la investigación de las violaciones a los derechos humanos que ocurran bajo su jurisdicción.

La Comisión deberá ponerse “a disposición de las partes interesadas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto, fundada en el respeto a los derechos humanos” que la Convención protege (Convención, art. 48.1.f). La Comisión puede obviar este ofrecimiento si las circunstancias del caso indican que una solución amistosa no es viable o alguna de las partes no consiente en su aplicación, decide no continuar en él, o no muestra la voluntad de llegar a una solución amistosa fundada en el respeto de los derechos

humanos (CIDH Reglamento, art. 41.4). De llegarse a un arreglo, la Comisión debe preparar un informe que describa los hechos y el acuerdo, el cual debe ser transmitido al Secretario General (Convención, art. 49).

De no llegarse a un acuerdo, y si la CIDH establece una o más violaciones, prepara un informe preliminar con las proposiciones y recomendaciones que juzgue pertinentes y lo transmite al Estado en cuestión. En tal caso, fija un plazo dentro del cual el Estado deberá informar sobre las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones. El Estado no estará facultado para publicar el informe hasta que la Comisión adopte una decisión al respecto (CIDH Reglamento, art. 43.2).

Si el caso no ha sido solucionado o sometido a la Corte dentro del período de tres meses contados a partir de su informe preliminar, la Comisión podrá emitir “su opinión y conclusiones” y hará las recomendaciones pertinentes con un plazo para cumplirlas. Vencido dicho plazo, la Comisión debe decidir “si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe” (Convención, art. 51).

Las decisiones así adoptadas por la Comisión no son vinculantes como lo sería una sentencia de la Corte. Sin embargo, se trata de resoluciones adoptadas por un órgano “competente para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento

de los compromisos contraídos por los Estados Partes” (Convención, art. 33). A este respecto la Corte ha establecido que “en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, *si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana*”. “Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte *«para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes»*, por lo que, *al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes.*”<sup>84</sup>

En todo caso, si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, de conformidad con el artículo 62 de la Convención Americana, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe aprobado de acuerdo al artículo 50 del referido instrumento, someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión (CIDH Reglamento, art. 44.1).

### ***b. La Corte Interamericana de Derechos Humanos***

La Corte Interamericana de Derechos Humanos fue creada por la Convención Americana. Tiene su sede en San José de Costa Rica y está integrada por siete jueces, que deben ser nacionales de Estados miembros de la OEA aunque no sean partes en el tratado (Convención, art. 52.1) y son elegidos por la Asamblea General en una votación en la que sólo participan los Estados partes en la Convención (*ibid.* art. 53.1). El procedimiento de la elección es, en general, análogo al que se sigue para los miembros de la Comisión. Puede haber jueces *ad hoc*, pero nunca dos de la misma nacionalidad (*ibid.*, arts. 55 y 52.2). Los jueces duran seis años en ejercicio de sus funciones y pueden ser reelegidos una vez. La Corte se renueva parcialmente cada tres años (Convención, art. 54.1).

La Corte, a pesar de no figurar en la Carta de la OEA, es una institución judicial del sistema interamericano.<sup>85</sup> Ha sido creada por una convención prevista en la Carta, en la que sólo pueden ser partes los miembros de la OEA. Puede, además, ejercer funciones respecto de miembros de la OEA que no son partes en la Convención dado que el artículo 64 de ésta le atribuye competencia para responder opiniones consultivas que le sean sometidas por “los Estados miembros de la Organización”, sin distinguir en cuanto a su participación en la Con-

vención. La Corte ejerce su competencia en dos esferas: la contenciosa y la consultiva.

### (i) Competencia contenciosa

La Corte tiene competencia para conocer de casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención (Convención, art. 62.3). Su competencia *ratione materiae* en lo contencioso está así limitada, en principio, a la Convención Americana. Sin embargo, numerosas disposiciones de ésta reenvían a otras fuentes que llevan a la Corte a verse frente a un ámbito más amplio en lo que se refiere al Derecho aplicable.<sup>86</sup> Puede asimismo interpretar o aplicar las otras convenciones sobre derechos humanos del sistema interamericano.

#### • *Condiciones para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa*

El caso debe corresponder a la Convención *ratione materiae*. Deben además satisfacerse las condiciones correspondientes a los sujetos que pueden litigar ante la Corte y debe haberse agotado el procedimiento ante la Comisión.

En cuanto al demandante, sólo los Estados partes y la Comisión están facultados para introducir un caso ante la Corte. El individuo no está legitimado para demandar, a diferencia de lo que ocurre frente a la Comisión. La Convención nada previó sobre actuaciones de la víctima ante la Corte, por lo que aquella

no tuvo *locus standi* antes del Reglamento aprobado por la Corte el año 2000.<sup>87</sup> El actual Reglamento de la Corte reconoce a la víctima *locus standi* pleno y autónomo ante ella después que haya sido admitida la demanda introducida por la CIDH. Bajo el régimen anterior el litigio se entablaba exclusivamente entre la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado, de modo que la víctima y los peticionarios originales ante la CIDH sólo podían contribuir con sus ideas y observaciones al escrito de la demanda; y participar como asesores de la Comisión en el caso ante la Corte. El actual Reglamento, en cambio, autoriza a las víctimas y peticionarios a presentar su propio escrito de demanda (escrito de *solicitudes, argumentos y pruebas*, Corte, Reglamento, art. 23.2) y a participar a cuerpo entero en las distintas etapas del proceso, incluidas las audiencias.

En cuanto al demandado, debe haber reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte, sea por declaración unilateral, sea por convención especial. La declaración puede ser pura y simple o bajo condición de reciprocidad. Esta última condición no opera sino en casos planteados entre Estados, pero no cuando la demanda es introducida por la Comisión, en vista de los limitados efectos de la reciprocidad en el derecho internacional de los derechos humanos.<sup>88</sup> Puede ser general o para uno o varios casos específicos y hacerse por tiempo indefinido o por un plazo

determinado (Convención, art. 63). Veintiún países han formulado esa declaración: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

Para que un caso pueda ser introducido ante la Corte deben haberse agotado “los procedimientos previstos en las Artículos 48 a 50” de la Convención (Convención, art. 61.2). La complejidad del procedimiento ante la Comisión plantea la necesidad de una interpretación flexible de este requisito. En este sentido la Corte ha sentenciado que lo esencial es el cumplimiento de los objetivos de dicha etapa procesal ante la Comisión, la cual, según la misma Corte “contiene un mecanismo de intensidad creciente destinado a estimular al Estado afectado a fin de que cumpla con su deber de cooperar para la solución del caso. Se ofrece así al Estado la posibilidad de resolver el asunto antes de verse demandado ante la Corte, y al reclamante la de obtener un remedio apropiado de una manera más rápida y sencilla<sup>89</sup>.”

- ***Procedimiento***

Las reglas sobre procedimiento están contenidas en la Convención y en el Reglamento de la Corte del 4 de diciembre de 2003.

El proceso se inicia mediante la in-

terposición de la demanda por escrito (Corte Reglamento, art. 32). El escrito de la demanda debe contener Las pretensiones (incluidas las referidas a las reparaciones y costas); las partes en el caso; la exposición de los hechos; las resoluciones de apertura del procedimiento y de admisibilidad de la denuncia por la Comisión; las pruebas ofrecidas con indicación de los hechos sobre los cuales versarán; la individualización de los testigos y peritos y el objeto de sus declaraciones; los fundamentos de derecho y las conclusiones pertinentes. Además, la Comisión deberá consignar el nombre y la dirección del denunciante original, así como el nombre y la dirección de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados en caso de ser posible. También deben identificarse los agentes de los Estados y los delegados de la CIDH (Corte Reglamento, art. 33).

La demanda es notificada al Estado demandado, al denunciante original ante la CIDH así como a la presunta víctima y sus familiares. La presunta víctima o sus familiares dispone de dos meses para presentar en forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (Corte Reglamento, art. 36). El Estado demandado, a su vez, deberá contestar la demanda dentro del plazo de cuatro meses desde su notificación. Dentro del mismo plazo debe contestar a las solicitudes, argumentos y pruebas de la presunta víctima o sus familiares (Corte Reglamento, art. 38)

Si se plantean excepciones preliminares, ellas deben ser interpuestas por el demandado en el escrito de contestación de la demanda (Corte Reglamento, art. 37.1). Dichas excepciones no suspenden el trámite del asunto sobre el fondo. Según la práctica reciente de la Corte, lo normal es que la Corte resuelva en una sola sentencia las excepciones preliminares y el fondo del caso, en función del principio de economía procesal (Corte Reglamento, art. 37.6).

El proceso se divide en una fase escrita y otra oral. La escrita comprende, en principio, la demanda, el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y la contestación; pero las partes podrán solicitar al Presidente la celebración de otros actos del procedimiento escrito (Corte Reglamento, art. 39). La etapa oral se cumple en audiencias de la Corte en pleno.

Las sentencias deben ser motivadas y comunicadas a los Estados partes, a las partes en el caso, al Consejo Permanente a través de su Presidente, al Secretario General de la OEA, y a toda otra persona interesada que lo solicite. (Corte Reglamento, art. 58.6).

En lo que se refiere a los medios de prueba, la Corte ha definido expresamente criterios flexibles menos formales que en los sistemas legales internos. En tal sentido, ha reconocido que la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones pue-

den utilizarse. La Corte puede promover y evacuar diligencias probatorias de oficio (Corte Reglamento, art. 45).

- **Medidas provisionales**

De conformidad con el artículo 63.2 de la Convención, “en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.”

La Corte ha hecho uso frecuente de esta facultad y ha subrayado que “... en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo”.<sup>90</sup>

- **Reparaciones**

De acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención, “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Con-

vencción, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, de manera invariable, ha destacado que la obligación de reparar forma parte indisociable de los deberes asumidos por los Estados Partes en la Convención y que expresa una regla general del Derecho internacional,<sup>91</sup> según la cual “*toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*”.<sup>92</sup> El deber de reparar alcanza al daño material como al inmaterial o moral.

La misma Corte se ha encargado de definir el alcance y contenido del deber de reparar:

***“La reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas cómo un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Los modos específicos de reparar varían según la lesión producida: podrá consistir en la restitutio in integrum de los derechos afectados, en un tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, en la***

***obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, en la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegítimamente quitadas, en el pago de una indemnización, etc. En lo que se refiere a violaciones al derecho a la vida, como en este caso, la reparación, dada la naturaleza del bien afectado, adquiere sobre todo la forma de una indemnización pecuniaria, según la práctica jurisprudencial de esta Corte (Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 189; Caso Godínez Cruz, Sentencia del 20 de enero de 1989. Serie C No. 5, párr. 199; Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones, ..., párr. 46; Caso El Amparo, Reparaciones, ..., párr. 16 y Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones, ..., párr. 17). La reparación puede tener también el carácter de medidas tendientes a evitar la repetición de los hechos lesivos.”***<sup>93</sup> (Énfasis añadido).

- ***Alcance de la jurisdicción contenciosa***

La Corte ejerce plena jurisdicción sobre todas las cuestiones inherentes a los casos que le sean sometidos. Esto incluye el cumplimiento del procedimiento ante la Comisión<sup>94</sup> y la apreciación sobre si se han observado cabalmente las disposiciones relativas al agotamiento de los recursos internos cuando el caso fue admitido por la Comisión.<sup>95</sup>

Los Estados partes deben cumplir las decisiones de la Corte, que son definitivas e inapelables (Convención, arts. 68.1 y 67). En su aspecto patrimonial, la decisión de la Corte tiene, en el país afectado, la misma fuerza ejecutiva que las sentencias de los tribunales internos contra el Estado (*ibíd.*, art. 68.2).<sup>96</sup>

La Convención no establece mecanismos concretos para fiscalizar la ejecución de las sentencias de la Corte. Sin embargo, el artículo 65 señala que, en su informe anual a la Asamblea General, la Corte “de manera especial y con las recomendaciones del caso, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”, lo que ofrece una ocasión a la Asamblea para discutir el asunto. Aunque ella carece de poderes para adoptar resoluciones coactivas frente a los Estados miembros a este respecto, sus decisiones tienen considerable peso político, lo que se traduce en presión de la opinión pública. Los fallos de la Corte en general se han cumplido, aunque sea parcialmente. La Asamblea General no ha adoptado ninguna decisión sobre informes de la Corte relativos al incumplimiento de sus sentencias o resoluciones.

## (ii) Competencia consultiva

El artículo 64 de la Convención confiere a la Corte competencia consultiva en términos más amplios a los de otros tribunales internacionales.<sup>97</sup> Esa amplitud se manifiesta

tanto en lo que toca a las entidades que pueden solicitar consultas de la Corte como en la materia cuya interpretación puede requerirse. Ambos asuntos se verán de inmediato, para después abordar los efectos de las opiniones consultivas.

- ***Legitimación para solicitar una opinión consultiva***

Todos los Estados miembros de la OEA, incluso si no son partes en la Convención, pueden solicitar opiniones consultivas. Igualmente pueden consultarla todos los órganos permanentes de la Organización enumerados en el capítulo X de la Carta,<sup>98</sup> a propósito de los asuntos propios de su competencia particular. En el caso de la Comisión, esto se traduce en un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas. La competencia de la Corte desborda, pues, el marco de la Convención y puede ser ejercida como una función general dentro del sistema interamericano en su conjunto.

- ***El objeto de la interpretación***

La consulta puede referirse a la Convención Americana o a “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (art. 64). Esta última expresión ha sido interpretada por la Corte en el sentido más amplio, pues ha considerado que su competencia puede extenderse, en principio, a “toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cual-

quier tratado internacional, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes en él Estados ajenos al sistema interamericano”.<sup>99</sup> Sin embargo, su competencia es permisiva, por lo que puede abstenerse de responder una consulta si ella excede los límites dentro de los cuales está llamada a pronunciarse.<sup>100</sup>

La Corte ha interpretado asimismo que el artículo 64.1 la autoriza para “rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.<sup>101</sup> Ha declarado igualmente que la consulta puede referirse al tratado mismo o al contenido de una reserva.<sup>102</sup>

La Corte ha decidido también que no es obstáculo para el ejercicio de su función consultiva que la materia objeto de la consulta se refiera a un caso concreto. Esto, ni siquiera en el supuesto de que el mismo sea tema de controversia entre la Comisión y un gobierno que no ha aceptado su jurisdicción obligatoria, porque sus opiniones cumplen una función distinta a la de sus sentencias.<sup>103</sup>

La Corte puede ser consultada, en fin, pero sólo por los Estados miembros de la OEA, sobre la compati-

bilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención u otros tratados sobre derechos humanos (Convención, art. 64.2). La Corte ha aceptado una consulta sobre un proyecto legislativo.<sup>104</sup>

- ***Efecto de las opiniones consultivas***

La Corte ha subrayado que sus opiniones consultivas carecen del “efecto obligatorio que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”.<sup>105</sup> Ellas no están concebidas para resolver un litigio, sino para “coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que concierne a la protección a los derechos humanos, así como al cumplimiento de las funciones que, dentro de ese ámbito, tienen atribuidas los distintos órganos de la OEA.”<sup>106</sup> Sin embargo, en la práctica, las opiniones de la Corte pueden gozar de gran autoridad y llenar una importante función como medio de protección de los derechos humanos. La misma Corte ha destacado este hecho cuando ha considerado que la amplitud de términos en que ha sido concebida su función consultiva “crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alternativo de carácter consultivo, destinado a ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”.<sup>107</sup>

**(iii) La jurisprudencia consultiva de la Corte sobre trabajadores migrantes indocumentados**

El 10 de mayo de 2002 el gobierno de México solicitó a la Corte una opinión consultiva sobre el status de los trabajadores migrantes indocumentados. En las consideraciones que originaron la consulta, el gobierno expresó que, en su concepto, *“los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto [a]l goce y ejercicio efectivos de estos derechos.”*

El gobierno manifestó su preocupación por el tratamiento discriminatorio del que con frecuencia eran víctimas y su preocupación frente a *“interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales.”*

El asunto tiene una importancia digna de ser destacada dado el flujo

de latinoamericanos que, por razones políticas o de orden socio económico, han migrado masivamente hacia otros países, especialmente hacia los Estados Unidos.

Varios Estados de la región, como Nicaragua, El Salvador y Canadá, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presentaron ante la Corte sus observaciones escritas sobre el asunto sometido a consulta. El gobierno de los Estados Unidos informó a la Corte que se abstendría de presentar observaciones al respecto.

La Corte, tras hacer un minucioso análisis del principio de no discriminación, considerándolo una regla de *ius cogens* y oponible *erga omnes*; así como sobre la intangibilidad de ciertos derechos básicos de los trabajadores, independientemente de su status migratorio, emitió por unanimidad una opinión consultiva,<sup>108</sup> según cuya parte dispositiva la Corte es de opinión:

1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
2. *Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tra-*

- tamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.*
3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
  4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens.
  5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
  6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
  7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
  8. *Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.*
  9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

11. *Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.* (Énfasis añadido).

Se trata, a no dudarlo, de una importante contribución de la Corte para la protección de los trabajadores migrantes indocumentados, que son a menudo objeto de malos tratos y de discriminación por parte de los Estados receptores; y de explotación injusta y desmedida por parte del sector empleador. Puede aducirse que, si esas desventajas no existieran, los trabajadores migrantes indocumentados no encontrarían fuentes de trabajo. Pero la Corte se ha encargado de poner en claro que en esta materia están envueltas cuestiones de principio, varias de ellas imperativas y exigibles *erga omnes*, que no pueden ceder ante consideraciones utilitarias

que posponen o ignoran la dignidad inherente a la persona humana. No fue la decisión de la Corte una sentencia en un caso contencioso, pero dadas las conclusiones que el Tribunal extrajo de la aplicación a esta materia de la no discriminación como regla de *ius cogens*, se trata de una decisión imperativa que no puede ser ignorada por los Estados miembros de la OEA sin vulnerar radicalmente el sistema interamericano de derechos humanos.

## **B. El sistema europeo**

### **a. El Consejo de Europa y su labor en este ámbito**

Durante los siglos XVII y XVIII, una burguesía en ascenso como clase social comenzará a reclamar la igualdad de todos ante la ley y a reivindicar derechos civiles y políticos (de sufragio, libertades de reunión, de asociación, de expresión, etc.). Ello se plasmará en este contexto geográfico en la Declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789. Desde mediados del siglo XIX la lucha a favor de los derechos humanos va a aparecer conducida por una nueva clase social: el proletariado. Este factor motivó reivindicaciones de nuevos derechos, los que darán lugar a los derechos de contenido social, económico y cultural (por ejemplo, manifestados en la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado, de 4 de enero de 1918).<sup>109</sup>

En la actualidad, coexisten en Europa tres sistemas de protección de los derechos humanos, que operan en ámbitos geográficos no exactamente coincidentes. Nos referiremos en las líneas que siguen a los dos más desarrollados, esto es, el sistema auspiciado por el Consejo de Europa, y en concreto el auspiciado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como al sistema seguido en el ámbito de la Unión Europea, a pesar de que el desarrollo en este ámbito sea más incipiente. Respecto al tercero de los escenarios de protección contemplados, esto es, el de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), destaca tanto la reciente creación de esta organización, como la puesta en práctica de un mecanismo protector de derechos humanos.<sup>110</sup>

A renglón seguido, procedemos a desglosar a grandes rasgos los primeros logros ligados a la protección de derechos humanos, alcanzados de la mano del Consejo de Europa, como Organización internacional regional.

**(i) La protección de los derechos humanos, signo distintivo del Consejo de Europa<sup>111</sup>**

El año 1949 marca el comienzo en que se instaura en Europa esta organización internacional regional, de cooperación intergubernamental y parlamentaria, cuyo Estatuto se abriría a la firma en Londres el día 5 de mayo de dicho año, y que en su

art. 3 dispondría que “cada uno de los Estados Miembros reconoce el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”.

Han transcurrido más de cincuenta años desde que se creó el Consejo de Europa. Durante ese tiempo, la organización ha tenido que hacer frente a diversos retos respecto a uno de sus objetivos esenciales, como lo es la protección y promoción de los derechos humanos. Uno de ellos lo constituye el amplio abanico de convenios internacionales que, respecto a la protección de estos derechos, se han elaborado en su seno. De ellos, el CEDH constituye el eje central, aunque no único, en lo que a la protección de estos derechos respecta. Pero también ha debido hacer frente a una transformación intrínseca, favorecida por el enorme número de Estados que se han incorporado al Consejo de Europa en la última década, duplicando el número de Estados miembros de la organización, que debe adaptar su funcionamiento a esta realidad, sin duda enormemente diferente a la existente hace algunas décadas. Después de las transformaciones políticas experimentadas en diversos Estados de Europa Central y Oriental desde finales de la década de los ochenta (caída del muro de Berlín y transformaciones acaecidas en la URSS, Checoslovaquia o Yugoslavia), el Consejo de Europa

fue la organización europea mejor situada para dar respuesta a las exigencias de cooperación planteadas por Estados de Europa Central y del Este, que fueron rápidamente admitidos como nuevos Estados miembros. Era necesario colaborar con ellos para que consiguiesen abordar con éxito la transición entre un sistema político totalitario y la democracia y el respeto de derechos humanos incipiente; para ello, el Consejo de Europa puso en práctica procedimientos específicos de seguimiento del respeto de los compromisos asumidos por los Estados Miembros (*monitoring*). Se confió esta labor a dos órganos políticos, la Asamblea Parlamentaria y el Comité de Ministros, creándose una unidad específica relativa a este seguimiento en la Secretaría del Consejo de Europa.<sup>112</sup>

De esta forma, esta Organización Internacional regional dejaba de ser un *club de democracias*, como lo fue desde su creación en 1949 hasta las ampliaciones que siguieron a los acontecimientos de 1989-1990, para transformarse en una *escuela de democracia*.<sup>113</sup> Este cambio de perspectiva trajo consigo múltiples consecuencias, que aún perviven hoy día. Muchos de estos países vieron en el Consejo de Europa un medio para afianzar sus procesos de transición a la democracia y en Estrasburgo una antesala a Bruselas, esto es, un paso previo necesario para reforzar sus aspiraciones de posterior incorporación a la Unión Europea.<sup>114</sup> Esto ha cambiado

drásticamente el panorama que presenta este Consejo de Europa: si en 1989 tenía veintitrés Estados miembros y abarcaba a 400 millones de seres humanos, actualmente esta cifra alcanza ya casi una cincuentena de Estados Miembros, comprendiendo una población de más de 800 millones de personas. Su composición actual es tan diversa que algunos han llegado a rebautizarlo como *Consejo de Eurasia*, en vez de Europa, siguiendo al profesor Carillo Salcedo.<sup>115</sup>

En el seno del Consejo de Europa, los Estados Miembros han concluido casi doscientos tratados multilaterales en distintas materias de las que entran en el ámbito de competencias de la Organización, convenios que sin duda alguna han contribuido al desarrollo progresivo del derecho internacional; dentro de ese entramado de normas convencionales, cobran especial relevancia las relativas a la protección de los derechos humanos, signo distintivo del Consejo de Europa.<sup>116</sup> Tanto es así que a partir de 1990 se concibe como condición para ser miembro del Consejo de Europa la adhesión al CEDH, sin que esto figurase ni en el Estatuto de la Organización ni en la propia Convención.

En la Declaración adoptada en Viena el 9 de octubre de 1993, en la cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros del Consejo de Europa se determinó que:

*“... la adhesión presupone que el Estado candidato haya adaptado sus instituciones y su ordenamiento jurídico a los principios fundamentales del Estado democrático, a la preeminencia del Derecho y al respeto de los derechos humanos. (...) El compromiso de firmar el CEDH y de aceptar en breve plazo su mecanismo de control, es igualmente fundamental”.*

Asimismo, cabe destacar que, con ocasión del quincuagésimo aniversario del Consejo de Europa, el Comité de Ministros decidió, mediante su Resolución 99 (50) de 7 de mayo de 1999, la creación de la figura de Comisario para los Derechos Humanos, que ejercerá sus funciones con total independencia e imparcialidad, y presentará un informe anual al Comité de Ministros y a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

**(ii) El Convenio adoptado en Roma en 1950: una Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de la que todos los Miembros del Consejo de Europa forman parte**

El origen del CEDH lo podemos encontrar en el Congreso de Europa, que se celebró en La Haya del 8 al 10 de mayo de 1948. En la reunión plenaria final del mismo, los participantes declararon entre otras cosas, en el denominado *Mensaje a*

*los Europeos:*

*“Queremos una Carta de Derechos Humanos que garantice las libertades de pensamiento, reunión y expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política.*

*Queremos un Tribunal de Justicia capaz de aplicar sanciones necesarias para hacer respetar la Carta.”*

Fundamentándose en estas propuestas, el 12 de julio de 1949, el Movimiento Europeo sometió al Comité de Ministros del Consejo de Europa un proyecto de CEDH, en el que enunciaba los derechos reconocidos y además preveía un mecanismo de control con competencias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. El proyecto final adoptado en agosto de 1950 sería abierto a la firma en Roma, en noviembre de ese mismo año. Entró en vigor tres años después, y el mismo tiene como uno de sus logros el concretar las disposiciones fundamentales en materia de derechos humanos contenidas en el Estatuto del Consejo de Europa; además, transformó en obligaciones jurídicas precisas varios de los principios proclamados en la DUDH, a la que se refiere en tres ocasiones su Preámbulo.

La relación entre ambos instrumentos ha sido de tal calado que el proyecto de CEDH no definía los

derechos reconocidos, sino que éstos quedaban enunciados mediante una referencia explícita a los artículos correspondientes de la DUDH, utilizando incluso los siguientes términos: “de conformidad con el artículo (...) de la Declaración de las Naciones Unidas”. Más tarde se consideró que resultaba más conforme con la naturaleza de un tratado internacional definir de modo autónomo los derechos reconocidos, y no mediante referencias a la DUDH. A pesar de ello, el Preámbulo de la CEDH pone claramente de relieve que la DUDH ha sido una importante guía inspiradora, como se señala en los párrafos primero, segundo y quinto:

*“Considerando la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948;*

*Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella enunciados;*

*Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.*

La expresión “tomar las primeras medidas adecuadas”, siguiendo el Preámbulo, puso de relieve que el Convenio no fue concebido como algo definitivo sino, por el contrario, como un primer paso y punto de partida en el desarrollo progresivo del reconocimiento y perfección internacionales de los derechos humanos. Esto queda patente en la adopción de catorce protocolos al mismo, adoptados hasta la fecha, seis de los cuales son adicionales y tienen contenido normativo, puesto que amplían el catálogo de los derechos protegidos en el CEDH.

- ***Los derechos reconocidos por el CEDH y los Protocolos de contenido normativo***

El art. 1 del CEDH dispone que los Estados parte reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción – y no sólo a sus nacionales- los derechos y libertades definidos en el Título I del Convenio. Por ello, el Convenio no se limita a proteger a europeos, nacionales de los Estados Parte miembros del Consejo de Europa, sino que tiene un alcance mucho más amplio. Adquiere dimensión universal, puesto que toda persona que se halle bajo la jurisdicción de un Estado Parte, cualquiera que sea su nacionalidad e incluso si carece de ella, queda protegida por el Convenio en el goce de los derechos y libertades fundamentales que en él se reconocen.

Los derechos reconocidos en el CEDH son reducidos, sin perjuicio

de las labores interpretativas de los mismos que el TEDH ha realizado, así como la ampliación que este catálogo ha experimentado a raíz de sus protocolos adicionales, aunque para ello sea precisa la ratificación de los Estados parte en el CEDH. Y no todos han ratificado el conjunto de los protocolos, con lo que el sistema de protección no es idéntico en el ámbito global del Consejo de Europa.

De manera inicial, el CEDH consagra los siguientes derechos:

- Derecho a la vida, de la que nadie podrá ser privado intencionalmente, salvo en ejecución de una condena que imponga pena capital dictada por un tribunal al reo de un delito para el que la ley establece esa pena (art.2).<sup>117</sup>
- Derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3).
- Derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados u obligatorios (art. 4).
- Derecho a la libertad y seguridad y a los derechos del detenido (art. 5).
- Derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia (art. 6).
- Derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya un delito según el derecho nacional o el derecho internacional, y el derecho a que la ley penal no tenga efectos retroactivos (art. 7).
- Derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8).
- Las libertades de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), de expresión e información (art. 10), de reunión pacífica, de asociación y de sindicación (art. 11).
- Derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho (art. 12).
- Derecho de toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el Convenio hayan sido violados a un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales (art. 13).
- Derecho a disfrutar de los derechos y libertades antes enunciados sin discriminación por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (art. 14).

Como se desprende de esa lista, el Convenio protege fundamentalmente derechos civiles y políticos, aunque algunos de ellos tenga una indiscutible dimensión social y económica. Además, los derechos contemplados se configuran como un mínimo puesto que, conforme al art. 53, ninguna de sus disposiciones debe ser interpretada en el sentido de limitar o perjudicar los derechos humanos y las libertades

fundamentales que pudieran estar reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de un Estado parte o en cualquier otro tratado de derechos humanos en que éste fuese igualmente parte.

Ahora bien, el catálogo de derechos reconocidos se ha ampliado a través de los Protocolos Adicionales 1, 4, 6, 7, 12 y 13, que han añadido nuevos derechos y libertades a los reconocidos en el Convenio, con la finalidad de desarrollarlo y lograr una mayor concordancia entre el CEDH y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del que son Parte los Estados miembros del Consejo de Europa. Así, los derechos reconocidos en dichos Protocolos son los siguientes:

El Protocolo núm. 1 (1952)<sup>118</sup> incluye tres derechos:

- a) derecho al respeto de los bienes, de los que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y por los principios de derecho internacional (art. 1);
- b) derecho a la instrucción, respetando el Estado el derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones (art. 2);
- c) obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres (art. 3).

El Protocolo núm. 4<sup>119</sup> contempla los siguientes:

- a) prohíbe la privación de libertad por incumplimiento de una obli-

gación contractual (art. 1);

- b) reconoce el derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte a la libre circulación por el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia (art. 2);
- c) Los arts. 3 y 4 prohíben la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del Estado del que fuese nacional (art. 3) y la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4).

El Protocolo núm. 6<sup>120</sup> establece la abolición de la pena de muerte; nadie puede ser condenado a tal pena ni ejecutado (art. 1).<sup>121</sup> Su art. 2 permite a los Estados Parte imponer la pena de muerte, con arreglo a su legislación, por actos cometidos en tiempo de guerra o de peligro inminente de guerra.

El Protocolo núm. 7<sup>122</sup> prohibición arbitraria de la expulsión de extranjeros (art.1); reconoce nuevas garantías procesales, como el derecho a recurso contra una condena penal (art. 2); derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial (art. 3); el principio *ne bis in idem* (art. 4); proclama el principio de igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil (art. 5).

El Protocolo núm. 12: abierto a la firma en Roma con ocasión de

las ceremonias conmemorativas del cincuentenario de la firma del CEDH, el 4 de noviembre de 2000; enuncia en su art. 1 una prohibición general de la discriminación al disponer que “el ejercicio de cualquier derecho reconocido por ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación”.

El Protocolo núm. 13, relativo a la abolición de la pena de muerte en toda circunstancia, abierto a la firma en Vilnius el 5 de mayo de 2002, y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de julio de 2003.

- *Limitaciones, restricciones y ampliaciones del contenido de dichos derechos: la labor interpretativa realizada por el Tribunal Europeo de Derechos humanos (TEDH)*

Debe ponerse de relieve que los derechos antes mencionados, tanto los comprendidos en el CEDH como en los Protocolos Adicionales, no tienen un carácter absoluto. En lo concerniente a los derechos comprendidos en el CEDH, debido a que los arts. 8 a 11 contienen un párrafo 2 en el que se determina la posibilidad de limitar tales derechos, si bien no podrán ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constitu-

yan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzar alguna o algunas de las siguientes finalidades legítimas: seguridad nacional, seguridad pública, defensa del orden y prevención del delito, protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. El TEDH ha interpretado que las injerencias en el goce de un derecho, esto es, sus limitaciones y restricciones, han de ser proporcionadas.<sup>123</sup>

De igual modo, el art. 15 del CEDH prevé que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados Parte podrán derogar las obligaciones en él establecidas. Un caso en que esto se planteó sucedió tras los atentados contra las Torres Gemelas el 11 de septiembre, cuando Reino Unido derogó en octubre de 2001 la aplicación del art. 5.1 del Convenio, emitiéndose una opinión por el Comisario para los Derechos Humanos, que sometió a escrutinio ciertos aspectos de la *Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001*, promulgada por este país.<sup>124</sup>

Además, existe una segunda circunstancia que establece un cierto grado de diferenciación entre los Estados Parte en el CEDH y sus Protocolos: si bien todos los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el CEDH, no todos lo están por los distintos Protocolos adicionales normativos que han ampliado la lista de derechos y libertades reconocidos. In-

clusive los Estados pueden formular reservas y declaraciones interpretativas<sup>125</sup> que excluyen o interpretan de modo subjetivo las obligaciones jurídicas asumidas por los mismos (aunque algunos de los Protocolos Adicionales no permiten reservas, como sucede en los Protocolos 6 y 13, relativos a la abolición de la pena de muerte).

Otra posibilidad de limitación de los derechos contemplados se prevé en el art. 56 del CEDH, en que se establece que “cualquier Estado podrá, en el momento de la ratificación o con posterioridad a la misma, declarar (...) que el presente Convenio se aplicará (...) a todos los territorios o a alguno de los territorios de cuyas relaciones internacionales es responsable”, lo cual puede limitar el ámbito de aplicación territorial de sus disposiciones.

Ahora bien, debe afirmarse el alto grado de aceptación recibido por los Protocolos, y, en general, por los instrumentos convencionales de protección creados por el Consejo de Europa. De igual manera, el TEDH ha sabido limitar los efectos potencialmente devastadores del subjetivismo de los Estados, gracias a la interpretación del Convenio que ha llevado a cabo a través de su jurisprudencia. El Tribunal ha procedido a una interpretación evolutiva del Convenio, adaptada a las cambiantes condiciones de vida, y no ya a las existentes en 1950, ampliando así el alcance de la responsabilidad internacional de los Estados Parte.

Por ejemplo, como señaló en el asunto *Selmouni c. Francia* (par.101 de la sentencia de 28 de julio de 1999), el TEDH afirmó que:

*“teniendo en cuenta que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales (...) determinados actos, antes calificados de “tratos inhumanos y degradantes” y no de “tortura”, podrían recibir una calificación distinta en el futuro”.*<sup>126</sup>

El principio de proporcionalidad ha sido también utilizado por el TEDH en numerosas sentencias para modular las actuaciones estatales, interpretando las obligaciones jurídicas asumidas por los Estados Parte. Como sucedió en la sentencia de 27 de septiembre de 1995, dictada en el caso *McCann y otros c. Reino Unido*, relativo al derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida, conforme al art. 2.2 del Convenio.<sup>127</sup>

Es más, de la propia jurisprudencia del TEDH se desprende la necesidad de que en ocasiones los Estados están vinculados a realizar obligaciones positivas, a fin de satisfacer el deber de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. El Tribunal Europeo ha contribuido de esta forma a superar la clásica distinción entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales, entre los que no existe un foso insalvable,

a juicio del Tribunal.<sup>128</sup> Los derechos protegidos han de tener un contenido efectivo, no teórico ni ilusorio, y esto se hace patente especialmente cuando nos referimos a derechos que pudieran tener un contenido económico. Esta circunstancia se planteó en el *caso Lallement c. Francia*, en que el demandante alegaba que debido a la expropiación de que había sido objeto se encontraba desposeído del 60% de las tierras destinadas a la producción lechera, su actividad principal y fuente esencial de sus ingresos, y que la superficie restante sólo permitía el mantenimiento en explotación de una cabaña insuficiente para asegurar su subsistencia y la de su familia. El Tribunal estimó en su sentencia de 11 de abril de 2002 que las indemnizaciones percibidas por el demandante no estaban destinadas a compensar la pérdida de su “herramienta de trabajo”, sino que se basaban en la posibilidad de que continuase su actividad en la superficie no expropiada, por lo que, vista la especificidad de la situación del demandante, decidió que la indemnización pagada no era razonable y que hubo violación del derecho reconocido en el art. 1 del Protocolo adicional núm. 1 porque el demandante había sufrido una carga especial y exorbitante.<sup>129</sup>

También la jurisprudencia del TEDH ha conseguido extender el ámbito del Convenio a derechos no expresamente reconocidos en el mismo; esto ha sucedido, por ejemplo, respecto a los derechos de los extranje-

ros, o al menos una protección indirecta de los mismos. En correlación con el art. 3 del CEDH, el Tribunal ha sostenido que los extranjeros no pueden ser objeto de una medida de expulsión o de extradición cuando la persona de que se trate pueda ser sometida en el país de destino a un trato inhumano (*Caso Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña*, de 7 de julio de 1989).<sup>130</sup>

El Tribunal ha ampliado el alcance del Convenio al proteger un *derecho al medio ambiente* (no expresamente recogido en el Convenio) pero al que dio protección indirecta vinculándolo con el derecho al respeto del domicilio y de la vida de familia, que sí aparece contemplado en el art. 8. Así lo hizo en la sentencia de 9 de diciembre de 1994 en el caso *López Ostra c. España*, en que una demandante alegaba violación de su derecho al respeto del domicilio y de su vida familiar a causa de los malos olores, ruidos y humos contaminantes provocados por una estación depuradora de aguas y de residuos químicos; en este caso, el Tribunal declaró que hubo violación del art. 8 del Convenio atribuible a España, porque el Estado demandado no había sabido lograr un justo equilibrio entre el interés del bienestar de la ciudad de Lorca –disponer de una estación depuradora- y el disfrute efectivo por la demandante del derecho al respeto de su vida privada y familiar.<sup>131</sup> De manera muy reciente, España ha sido condenada en un asunto relativo igualmente a la conculcación del derecho

contenido en el art. 8, por los ruidos provocados por locales de diversión nocturna en Valencia.<sup>132</sup>

Inclusive el derecho al respeto del domicilio frente a injerencias medioambientales procedentes del ruido ha sido confirmado en la sentencia de 2 de octubre de 2001, en el asunto *Hatton y otros c. Reino Unido* de Gran Bretaña, en el que una Sala del Tribunal decidió por cinco votos contra dos que el Estado demandado era responsable de una violación del artículo 8 del Convenio a causa de los ruidos ocasionados por el aterrizaje y despegue de aviones en vuelos nocturnos en el aeropuerto de Heathrow. El Tribunal estimó que el derecho al descanso nocturno era un elemento fundamental del derecho al respeto del domicilio y de la vida privada y familiar de los demandantes, que debía prevalecer sobre la conveniencia para la economía del país de los vuelos de pasajeros y mercancías durante la noche.<sup>133</sup>

Desde luego, es un hecho innegable que el Tribunal de Estrasburgo ha consolidado a través de su jurisprudencia la posibilidad de proteger indirectamente derechos no expresamente reconocidos, con lo que su carácter progresivo, determinante del avance del Derecho Internacional en esta esfera, queda fuera de toda duda.

En el siguiente apartado se desglosa el procedimiento a seguir ante este Tribunal, así como la evolución que

el mismo ha experimentado a lo largo del tiempo.

#### ***b. La protección de los derechos humanos en el seno del Consejo de Europa: los mecanismos de control***

En palabras del que fuera Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, J.A. Carrillo Salcedo,<sup>134</sup> “la protección y desarrollo de los derechos humanos no es una actividad más entre otras para el Consejo de Europa, sino una dimensión inherente a su esencia”.<sup>135</sup> No resulta extraño, por tanto, que en el seno de esta organización internacional sus miembros hayan concluido numerosos tratados internacionales que atestiguan la progresiva aceptación de la subjetividad internacional del individuo en el marco del proceso de humanización experimentado por el derecho internacional contemporáneo a partir de la segunda mitad del siglo XX.<sup>136</sup>

Sobre el particular, debemos reconocer la decisiva contribución a esta labor del Consejo de Europa gracias a la elaboración y adopción de un amplio entramado de normas convencionales en las que, no sólo se reconoce a la persona un conjunto de derechos fundamentales,<sup>137</sup> sino también se establecen mecanismos jurídicos de control en virtud de los cuales se le otorga subjetividad internacional activa,<sup>138</sup> esto es, una cierta capacidad de actuar en la esfera internacional por violaciones

específicas de los derechos inherentes a su condición de ser humano.

Se puede afirmar, de igual modo, que la capacidad activa del individuo ha experimentado los mayores progresos en suelo europeo<sup>139</sup> merced al esfuerzo realizado por el Consejo de Europa a partir de la adopción, el 4 de noviembre de 1950, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH). Así, en cumplimiento de los objetivos y funciones para los que fue creada,<sup>140</sup> esta organización internacional ha propiciado la ratificación de instrumentos convencionales donde resulta habitual la presencia de algún mecanismo de control de la aplicación por los Estados partes de las normas relativas a la protección de derechos humanos.

Esta posición privilegiada del Convenio adoptado en 1950, por otro lado, es el resultado de más de cincuenta años de funcionamiento durante los cuales se ha tratado de convertir en realidad la voluntad de los países europeos, partes en este tratado, de “tomar las primeras medidas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”. La inclusión de estas palabras en el Preámbulo del CEDH resultan especialmente significativas, ya que demuestran que el Convenio no fue concebido como algo definitivo sino, por el contrario, como punto de partida en la creación de un auténtico sis-

tema europeo de protección de los derechos humanos en permanente proceso de revisión, como demuestra la adopción hasta el momento de catorce protocolos adicionales.

Algunos de ellos revisten un carácter esencialmente normativo, pues tienen por objeto profundizar y ampliar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH.<sup>141</sup> La mayor parte de sus Protocolos adicionales, no obstante, se centran en la reforma y adaptación del complejo mecanismo institucionalizado de garantía creado en 1950.<sup>142</sup> De este modo, debemos subrayar cómo en el seno del Consejo de Europa se ha procurado responder a la propia evolución experimentada por la sociedad europea en ese período de tiempo con una intensa actividad convencional, y ello sin caer en la autocomplacencia en que se podría haber incurrido tras lograr establecer un sistema de protección absolutamente innovador en el contexto del ordenamiento jurídico internacional de la segunda mitad del siglo pasado.

En el marco de esta permanente evolución, no cabe duda alguna acerca de la importancia que supuso la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo de enmienda número 11,<sup>143</sup> pues modificaba en profundidad el que, a partir de ese momento, constituía un mecanismo de control exclusivamente jurisdiccional de las obligaciones internacionales relativas a los derechos humanos asumidas por los Estados del

viejo continente. De ahí que nuestras reflexiones se hayan centrado en esta ocasión en el examen de sus características principales desde una perspectiva dinámica que toma en consideración, no sólo su evolución más reciente sino, en especial, la reforma hacia la cual se encamina este sistema jurisdiccional tras la adopción, el 13 de mayo de 1994, del Protocolo número 14 al Convenio Europeo de Derechos Humanos.<sup>144</sup>

(i) **El mecanismo jurisdiccional establecido por el Protocolo nº 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos**

• ***La necesidad de reforma del mecanismo de protección instaurado en 1950***

Antes de abordar los aspectos más relevantes del actual mecanismo de protección, conviene realizar algunas observaciones previas que nos permitan una valoración adecuada de sus orígenes y evolución. La primera de las cuales nos llevaría a destacar que el complejo sistema institucional de garantía instaurado a mediados del siglo pasado, constituyó una auténtica novedad que superaba todas las formas de protección internacional de los derechos fundamentales del individuo conocidas hasta entonces,<sup>145</sup> y rompía con principios plenamente asentados en el ordenamiento internacional de la época.<sup>146</sup>

La singularidad y alcance de este sistema, por otro lado, se asentaba

sobre el establecimiento de un mecanismo jurisdiccional de control articulado en torno a dos órganos de carácter integrado: la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), al que se añade un tercero, éste ya intergubernamental, el Comité de Ministros, dotado de competencias casi jurisdiccionales.

Ahora bien, no debemos olvidar que este sistema de protección fue el resultado del interés de los Estados negociadores del convenio por salvaguardar sus competencias soberanas y eliminar recelos hacia la instauración de órganos de garantía independientes e imparciales. Las reticencias de los Estados ante un sistema sin precedentes en la sociedad internacional contemporánea, en definitiva, ofrecen la clave para comprender algunos de los elementos fundamentales en la construcción de un mecanismo jurisdiccional de garantía que no podía actuar de oficio, y lastrado en su actuación por el carácter facultativo de la competencia de la Comisión respecto de las demandas individuales y la jurisdicción voluntaria del ETD.<sup>147</sup>

En la misma línea de concesión a las pretensiones estatales, debemos situar la anómala presencia de un órgano político, el Comité de Ministros, en el marco de un mecanismo jurisdiccional de protección de derechos humanos como instaurado en el Convenio de 1950,<sup>148</sup> así como el establecimiento de un sistema de

doble instancia mediante el cual los Estados tenían dos oportunidades para oponerse a la demanda: ante la Comisión y ante el Tribunal.

Hemos de reconocer, no obstante, que el paulatino reconocimiento por los Estados de la competencia de estos dos órganos, atenuó en la práctica el carácter excepcional de la intervención del TEDH, que pasó a convertirse en la pieza central de todo el sistema de garantía. Se confirma así, en palabras de Carrillo Salcedo, “el rasgo distintivo del mecanismo de protección de derechos humanos instituido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: *su carácter jurisdiccional*”.<sup>149</sup>

En el largo camino emprendido hacia la consolidación de ese carácter judicial, debemos subrayar la magnífica y decisiva contribución tanto de la Comisión como del Tribunal.<sup>150</sup> Sin ella, no podría afirmarse la dimensión constitucional del Convenio como expresión de un orden público europeo de los derechos humanos,<sup>151</sup> ni hubiera sido posible avanzar hacia el reconocimiento de legitimidad procesal activa a la persona humana, titular de los derechos subjetivos internacionales atribuidos por el CEDH.

La ausencia de carácter contradictorio en el procedimiento ante el Tribunal, en efecto, fue suplida en la práctica por los órganos de control del Convenio con el objetivo claro de reforzar la posición en el mismo del demandante individual. Los pri-

meros pasos en esa dirección correspondieron a la propia Comisión, que decidió incluir en su Reglamento una disposición por la cual, cuando decidiera llevar un asunto al TEDH comunicaría el Informe al demandante individual y le invitaría a presentar por escrito sus observaciones.<sup>152</sup>

Por su parte, el Tribunal confirmó expresamente la validez de esta norma en la Sentencia de 14 de noviembre de 1960<sup>153</sup> y, con posterioridad, la presencia del abogado del demandante y de éste durante el desarrollo de las audiencias.<sup>154</sup> Asimismo, y ante la negativa de los gobiernos a elaborar un protocolo adicional que reconociera *ius standi* ante el Tribunal al demandante individual, este órgano judicial optó por realizar en 1982 una profunda reforma de su Reglamento interno,<sup>155</sup> que le atribuía a aquel un *status* propio y una representación separada de la Comisión en el procedimiento seguido ante el TEDH.

Los intentos realizados por estos órganos a fin de suplir algunas de las deficiencias del mecanismo de protección del CEDH no impidieron que, como se ha señalado acertadamente, éste resultara con frecuencia “pesado, lento e insatisfactorio”.<sup>156</sup> Así, la obligada intervención de dos órganos, fueran cuales fueran, complicaba excesivamente un procedimiento que de forma inevitable avanzaba con una lentitud exasperante en la solución de los asuntos,<sup>157</sup> al tiempo que se mostraba claramente insatisfactorio

para aquellos particulares que alegaran ser víctimas de la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio, en la medida en que sólo estaban legitimados ante la Comisión.

Esta situación ponía en peligro la propia credibilidad del sistema de control y garantías establecido por el CEDH, y se encuentra en el origen de la acción intergubernamental auspiciada por los propios Estados partes, encaminada a mejorar su eficacia a través de la adopción de diversos Protocolos. En esa línea se situaría el Protocolo nº 8 abierto a la firma durante la Conferencia Ministerial de Viena en marzo de 1985<sup>158</sup>, relativo a la organización y funcionamiento de la Comisión y el Tribunal.<sup>159</sup> Por su parte, el Protocolo facultativo nº 9<sup>160</sup> introdujo reformas en las disposiciones institucionales del Convenio, a través de las cuales se reconocía el derecho a que un comité de tres miembros examinara el asunto a instancias del demandante individual y pudiera decidir acerca de la procedencia de su examen por el ETD.<sup>161</sup>

Estas reformas legislativas, así como las relativas al procedimiento ante el Comité de Ministros introducidas por el Protocolo de enmienda nº 10<sup>162</sup> se mostraron, no obstante, poco eficaces para hacer frente a la sobrecarga de trabajo de los órganos de control y la excesiva duración del procedimiento en el que, a pesar de las novedades introducidas al respecto, no se reconoce un auténti-

co derecho de recurso del individuo ante el Tribunal y sí la participación de un órgano político en el mecanismo de control del Convenio.

La progresiva toma de conciencia de esta situación poco satisfactoria, se acrecentó tras los profundos cambios acaecidos en el continente europeo en la última década del siglo XX, que tuvieron su reflejo inmediato en la petición de ingreso de los países que formaban parte del llamado bloque de Este en el Consejo de Europa. A partir de 1990, en efecto, la pertenencia a esta organización se supeditó a la plena aceptación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de su mecanismo de protección, por lo que la inminente incorporación de un significativo número de Estados al sistema de garantía establecido en 1950, se convirtió en otro importante motivo a favor de una reforma en profundidad del sistema.

La necesidad y urgencia de dicha reforma se puso de manifiesto en el curso de los debates suscitados en el seno del Consejo de Europa,<sup>163</sup> así como en los órganos del CEDH<sup>164</sup> y los gobiernos de los Estados partes.<sup>165</sup> Entre las propuestas realizadas se encuentran algunas de marcado perfil continuista, que buscaban el incremento de la capacidad de trabajo de la Comisión y el Tribunal a través de su conversión en órganos permanentes, o bien de una simplificación del procedimiento por la vía de suprimir algunas competencias de la Comisión.<sup>166</sup>

Frente a ellas, el Protocolo n° 11 supuso una cierta ruptura con el mecanismo vigente hasta ese momento, fruto del consenso alcanzado en torno a dos propuestas de reforma que giraban, respectivamente, en torno al establecimiento de un sistema de doble instancia<sup>167</sup> y a un sistema de tribunal único.<sup>168</sup> A pesar de sus diferencias, ambas propuestas tenían en común la creación de un sistema de protección plenamente judicial y accesible al demandante individual.<sup>169</sup> Un rasgo que se encuentra presente, asimismo, en la opción finalmente elegida por los Estados partes en 1993,<sup>170</sup> y ratificada por la Asamblea en 1994,<sup>171</sup> esto es, la de “un sistema de doble instancia articulado sobre un tribunal único”.<sup>172</sup>

En efecto, con la entrada en vigor el 1 de noviembre de 1998 del Protocolo n° 11 de enmienda al Convenio Europeo de Derechos Humanos, se crea una nueva instancia jurisdiccional: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo, lejos de constituir una simple fusión de los antiguos órganos de control dotado con las competencias heredadas de éstos, las reformas introducidas en su estructura y funcionamiento lo convierten en pieza central de un sistema de doble grado de jurisdicción, en la medida en que se asigna a dos formaciones distintas de este Tribunal competencias para decidir.

- *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos como parte del mecanismo de protección juris-*

*diccional creado por el Protocolo de enmienda n° 11*

- *Estructura y competencias*

El sistema de garantía y control establecido por el Protocolo n° 11 se articula sobre la base de un único órgano judicial, integrado por un número de jueces igual al número de Estados partes en el CEDH,<sup>173</sup> con sede en Estrasburgo y que funciona con carácter permanente.<sup>174</sup>

La jurisdicción de este tribunal internacional se caracteriza por las notas de exclusividad y subsidiariedad.<sup>175</sup> Además, a diferencia de lo establecido en el Convenio de 1950, el TEDH tiene jurisdicción obligatoria, por lo que todos sus Estados partes aceptan la jurisdicción del Tribunal respecto de todo asunto relacionado con la interpretación y aplicación del mismo, sin necesidad de que el Estado formule una declaración unilateral reconociendo su competencia en esta materia. De este modo se elimina una de las quiebras del antiguo sistema, al mismo tiempo que se le otorga un carácter exclusivamente judicial, puesto que en el mecanismo actual no se atribuye competencia al Comité de Ministros del Consejo de Europa para decidir si ha habido o no violación del Convenio.

Por lo que se refiere a su estructura organizativa, en el nuevo texto convencional se establece que el Tribunal ejercerá sus funciones en Pleno, Gran Sala, Salas y Co-

mité,<sup>176</sup> asistido por letrados.<sup>177</sup> En contra de lo habitual en otros tribunales de justicia, el Pleno del TEDH se limita a desempeñar tareas relativas al funcionamiento interno y al ejercicio del poder de autoorganización del Tribunal, en virtud del cual elige por un período de 3 años al Presidente y dos Vice-Presidentes, así como al Secretario o Secretarios adjuntos, además de constituir las Salas y elegir a su presidentes.

De este modo será la Gran Sala, integrada por 17 jueces, que se divide en dos formaciones compuestas según criterios representativos,<sup>178</sup> la que ejerza competencias relativas a la unificación de los criterios de las Salas a través de su jurisprudencia. Así, esta formación del Tribunal debe garantizar el mantenimiento del principio del doble examen en aquellos asuntos que planteen alguna cuestión grave relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de sus Protocolos, o una cuestión grave de carácter general, entre los que se incluirían los supuestos en los que se aprecien divergencias de criterios entre las Salas o se plantee la conveniencia de un cambio de criterio jurisprudencial.<sup>179</sup> La Gran Sala, por tanto, en el ejercicio de sus funciones contenciosas podrá conocer de los asuntos relacionados tanto con las demandas individuales como estatales. También se le atribuyen competencias consultivas que ejercerá de forma exclusiva a solicitud del Comité de Ministros.<sup>180</sup>

Las Salas, cuatro en la actualidad, están compuestas por siete jueces, para cuya designación rige un sistema de rotación a fin de que todos los miembros del Tribunal puedan participar como titulares. A diferencia de la Gran Sala, sólo tiene competencias contenciosas, aunque en el ejercicio de las mismas también puede conocer se las demandas interestatales e individuales.

En el nuevo mecanismo, la Sala se convierte en la formación ordinaria que enjuicia en primera o única instancia, según los casos, las demandas que no sean declaradas inadmisibles por los comités de tres miembros, lo que conlleva el examen de las condiciones de admisibilidad, la determinación de los hechos, la búsqueda de arreglos amistosos y el fallo de los asuntos. Por lo tanto, “las Salas aparecen configuradas como la formación encargada de tratar en única instancia los asuntos “de serie”, pero sólo en primer instancia los asuntos que revisten especial importancia, que volverán a ser examinados por la Gran Sala”.<sup>181</sup>

Por último, el Protocolo nº 11 prevé la existencia de Comités integrados por tres jueces designados por las Salas por un período determinado, a los que se asigna la competencia de realizar un examen previo de la admisibilidad de las demandas individuales registradas y, en caso de que por unanimidad se estimasen manifiestamente inadmisibles, declararlas como tal sin posibilidad de recurso alguno. Sobre esta

formación del TEDH se ha hecho recaer, por consiguiente, la importante tarea de ejercer de filtro eficaz respecto de la auténtica avalancha de demandas individuales que se ha producido desde la entrada en vigor de este texto de enmienda.

- *Ius standi y procedimiento*

A tenor de lo dispuesto en los actuales artículos 33 y 34 del CEDH, pueden deducir demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tanto un Estado que lo haya ratificado,<sup>182</sup> como “cualquier persona física, organización no gubernamental o todo grupo de personas particulares que aleguen ser víctimas de una violación del Convenio por cualquiera de sus Estados parte”.<sup>183</sup> Con esta regulación, por tanto, no sólo se mantiene una de las notas distintivas de este sistema presente ya en el Convenio de 1950, sino que se profundiza y mejora en la medida en que confiere legitimación activa a los particulares ante el Tribunal.

La reforma experimentada en esta materia con el Protocolo nº 11, sin embargo, no ha supuesto la aceptación de una *actio popularis*. La exigencia de que el demandante haya de alegar ser víctima de una violación de los derechos contenidos en el Convenio sigue vigente, y les impide plantear demandas por el solo hecho de considerar que una ley interna es contraria al CEDH, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia más reciente del Tribunal.<sup>184</sup> En ella encontramos, no obstante,

una clara apuesta de este órgano por continuar la labor realizada en su momento por la Comisión, relativa a la ampliación de la noción de víctima contenida en el artículo 34.<sup>185</sup>

Así pues, en el actual mecanismo de garantía y control del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el procedimiento se inicia con la presentación de una demanda interestatal o individual ante la Secretaría del Tribunal<sup>186</sup> que, una vez registrada, se adjudica a una Sala, la cual designará a su vez un Juez ponente para el caso.

Las condiciones de interposición y admisibilidad de las demandas reguladas en el actual artículo 35 del CEDH son esencialmente las mismas que las establecidas en el mecanismo de 1950.<sup>187</sup> Algunas de ellas son comunes a las demandas interestatales y particulares; es el caso de la exigencia del agotamiento previo de los recursos internos y el plazo de 6 meses desde la fecha de la decisión interna definitiva. Dos condiciones a las que se añaden en el caso de las demandas particulares aquellas otras, en virtud de las cuales se consideran inadmisibles las demandas anónimas, que no contenga hechos nuevos; que sean esencialmente iguales a una demanda ya examinada con anterioridad por el Tribunal; o que esté sometida a otra instancia internacional de investigación o de arresto.

Junto a estos requisitos de carácter esencialmente procesal, el apartado

3º del artículo 35 recoge otros que suscitan cuestiones más de fondo, en la medida en que una demanda individual puede considerarse inadmisibles cuando se estime “incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus Protocolos adicionales normativos”, o bien “sea manifiestamente infundada y abusiva”.<sup>188</sup>

La ausencia de cambios sustanciales en esta materia se debe, en primer lugar, a la relevancia que tales condiciones o requisitos han ido adquiriendo a lo largo de los más de cincuenta años de funcionamiento del sistema de protección del CEDH,<sup>189</sup> así como al dato apuntado por Sánchez Legido, cuando señala que uno de los aspectos en los que existía práctica unánimidad por lo que se refiere a la reforma del mecanismo de protección instituido en 1950 “era, precisamente, el relativo a la necesidad de que, fuera cual fuera la estructura que el nuevo mecanismo revistiera, éste debería garantizar un filtro eficaz de las demandas, de modo que sólo fueran examinadas en cuanto al fondo aquéllas que realmente merecieran serlo”.<sup>190</sup>

De este modo se reconocía la importancia fundamental de la fase de admisibilidad en el procedimiento ante el TEDH, cuya relevancia se ha visto incluso reforzada en el Protocolo nº 11 cuando recoge la posibilidad de que este órgano pueda rechazar, en cualquier fase del procedimiento,<sup>191</sup> las demandas que considere inadmisibles, así como de

modo especial, en su reforma del procedimiento de examen de la admisibilidad de las demandas.

En efecto, una de las principales modificaciones introducidas por la reforma de 1994, es aquella relativa a la forma en que se procederá a determinar los asuntos que, a tenor de las condiciones apuntadas, deben ser objeto de examen en cuanto al fondo por el Tribunal y qué formación o formaciones del mismo deben realizar esta función. Al respecto, y tras descartar otras propuestas sobre esta se cuestión,<sup>192</sup> optó finalmente por la solución prevista ya en el Protocolo nº 8 para el procedimiento ante la antigua Comisión de Derechos Humanos, que supone atribuir a las Salas el pleno examen de todos los asuntos, sin perjuicio de que se otorgue a una formación más reducida competencias únicamente para excluir las demandas manifiestamente inadmisibles.

Así pues, serán los Comités integrados por tres jueces los encargados de realizar un examen previo sobre la admisibilidad de las demandas individuales y, en su caso, declararla inadmisibles por unanimidad a través de una decisión definitiva. Tras pasar el filtro del Comité, esta demanda será trasladada a la Sala, que deberá adoptar una resolución tanto sobre su admisibilidad como sobre el fondo.

Por lo que se refiere a las demandas interestatales, el texto definitivo del Protocolo nº 11 atenúa el tratamien-

to diferenciado que tradicionalmente se les venía otorgando, ya que a pesar de no estar sujetas al control previo de los Comités, confiere a las Salas competencias para decidir sobre admisibilidad y fondo<sup>193</sup> a través de resoluciones separadas y convenientemente motivadas.

Tras declarar la demanda admisible, comenzaría lo que podría considerarse como fase de instrucción en el transcurso de la cual, la Sala designada procederá a la determinación de los hechos a través de un examen contradictorio con los representantes de las partes<sup>194</sup> y, si lo considera necesario, de una investigación que los Estados interesados están obligados a facilitar.

Llegados a esta fase del procedimiento, el artículo 38.1.b) del Convenio establece que “la Sala se pondrá a disposición de las partes a fin de llegar a un arreglo amistoso del asunto que se inspire en el respeto a los derechos humanos reconocidos en el Convenio y sus Protocolos”. Si éste se produjera, el Tribunal dará el caso por concluido, limitándose a realizar una breve exposición de los hechos y la solución adoptada. Resulta evidente pues, que en el nuevo mecanismo se otorga un lugar destacado a la posibilidad, ya presente en el sistema instaurado en 1950, de la finalización del procedimiento a través del arreglo amistoso. Ahora bien, en la medida en que desaparece la Comisión como órgano de control, tras la reforma es el nuevo Tribunal quien asume la función de

conciliación a la vez que continúa con el examen contradictorio del asunto.<sup>195</sup>

En caso de no alcanzar un arreglo amistoso, la Sala examinará el fondo del asunto en audiencia pública, durante la cual podrán realizar observaciones las partes, un tercer Estado parte interesado, así como aquel otro Estado parte o persona interesada a quien el Presidente de la Sala invite o autorice a realizar observaciones escritas y orales.<sup>196</sup>

Concluida la audiencia, y con ella la que podríamos considerar fase oral del procedimiento, la Sala decidirá mediante sentencia motivada si ha habido o no violación del Convenio. No en vano, el vigente sistema de protección configura a las Salas como las encargadas del enjuiciamiento pleno de los asuntos que sean planteados al TEDH, con independencia de que la demanda se interestatal o individual.

Ahora bien, las sentencias de la Sala no son definitivas, salvo que concurren algunas de las condiciones enunciadas en el segundo apartado del artículo 44, esto es, que las partes declaren que no tienen intención de someter el asunto a reexamen ante la Gran Sala; que hayan transcurrido tres meses sin que el caso haya sido sometido para su reexamen a la Gran Sala; y cuando el órgano colegiado de cinco jueces rechace la demanda

para que la Gran Sala conozca del asunto.

De este modo se introduce el principio del reexamen en la nueva estructura del actual sistema de protección, pues se configura a la Gran Sala como una segunda instancia que conocerá de un asunto, bien cuando una Sala se inhiba en su favor,<sup>197</sup> bien cuando tras la sentencia de la Sala alguna de las partes en el litigio soliciten que el caso sea reexaminado por la Gran Sala. En este último caso, no obstante, el nuevo examen del asunto se encuentra supeditado a la decisión del órgano colegiado de cinco jueces y reviste, por tanto, un carácter excepcional.<sup>198</sup> Sólo cuando dicho órgano admita la demanda, se pronunciará la Gran Sala en torno a la vulneración o no del Convenio al término del procedimiento que se siga ante ella, a través de una Sentencia que, esta vez sí, es definitiva.<sup>199</sup>

Una de las principales diferencias respecto del mecanismo de protección establecido en 1950, estriba en que tras la reforma de 1998 la jurisdicción del Tribunal es obligatoria, por lo que no resulta extraño que en el artículo 46 del CEDH, los Estados miembros del Consejo de Europa y partes de este instrumento convencional, asuman la obligación de acatar las Sentencias definitivas “en los litigios donde sean partes”.

Los efectos que producen las Sentencias del Tribunal, por otro lado, son los de *cosa juzgada*, respecto

del Estado demandado; y de *cosa interpretada*, de alcance general o *erga omnes*, respecto de todos los Estados partes en el Convenio.<sup>200</sup> Asimismo, y en la medida en que la competencia del TEDH se extiende únicamente a la interpretación y aplicación del Convenio en un caso determinado, “a fin de determinar si el Estado demandado ha incumplido o no sus obligaciones convencionales y, por consiguiente, si ha incurrido o no en responsabilidad internacional”,<sup>201</sup> podemos afirmar que estas sentencias son de naturaleza meramente declamatoria.<sup>202</sup>

Esto significa que tales resoluciones no tienen carácter ejecutivo, de modo que a pesar de tratarse de pronunciamientos definitivos que los Estados partes en el Convenio se encuentran jurídicamente obligados a ejecutar, los medios para dar cumplimiento a las mismas serán los previstos en el ordenamiento interno de cada Estado. De ahí que el Tribunal no pueda atribuir la violación del Convenio a una determinada autoridad nacional,<sup>203</sup> ni tampoco declarar nula una norma del Derecho interno, una decisión de las autoridades administrativas, o una decisión de los tribunales internos del Estado demandado que haya sido declarado responsable de la violación del Convenio.

En la línea marcada por el sistema de 1950, el CEDH no articula pues ningún mecanismo en orden a la ejecución de las sentencias y el Tribunal no tiene competencias

para pronunciarse al respecto. No obstante, el Comité de Ministros del Consejo de Europa asume el control del cumplimiento de las sentencias del TEDH, puesto que el artículo 46.2 del Convenio establece un mecanismo institucional destinado a asegurar el respeto de los derechos humanos reconocidos en este tratado normativo de ámbito regional.

Hemos de reconocer, sin embargo, que la puesta en práctica de este sistema de control institucional sólo puede tener como consecuencia la adopción, por parte de ese órgano político que es el Comité de Ministros, de una “recomendación” al Estado que el Tribunal haya declarado responsable de la violación del Convenio para que éste, en su caso, reexamine o reabra en sede de derecho interno, el asunto que provocó la demanda y posterior sentencia del Tribunal a fin de asegurar su ejecución.

El alcance limitado de este mecanismo de control, muestra así la deficiente respuesta del sistema de garantías instaurado en el CEDH al problema que suscita la efectiva ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en particular, en aquellos Estados donde no se ha procedido a establecer los cauces legales y procesales oportunos para lograr este fin.<sup>204</sup>

- *Luces y sombras del actual mecanismo jurisdiccional de control establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Con la entrada en vigor, el 1 de noviembre de 1998, del Protocolo de Enmienda nº 11 al CEDH, se avanzó de manera significativa en relación con el perfeccionamiento del sistema europeo de protección de derechos humanos establecido en el texto de 1950. No en vano, la reforma sustancial que supuso esta enmienda convencional, vino a resolver de modo muy satisfactorio uno de los objetivos que se perseguían con la misma, esto es, reforzar los rasgos de independencia del mecanismo de protección y su eficacia, otorgándole un carácter netamente judicial.<sup>205</sup>

Se perfila así uno de los aspectos más relevantes del actual mecanismo de control, asentado sobre lo dispuesto en el artículo 19, que instituye un único órgano judicial, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y acaba con la estructura tripartita característica del antiguo sistema. Un tribunal que funciona con carácter permanente y dotado de jurisdicción obligatoria, tanto si se trata de demandas interestatales como de demandas planteadas por particulares, y se erige en el único competente para decidir si en un caso hubo o no violación de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos adicionales por alguno de los Estados partes en el mismo.<sup>206</sup>

Pero sin duda alguna la más destacable y valiosa aportación del Protocolo nº 11 al mecanismo de protección de los derechos humanos

creado en el seno del Consejo de Europa, reside en la posibilidad que le confiere a los particulares de interponer, en las mismas condiciones que los Estados, demandas ante el TEDH. En este sentido, no resulta exagerado afirmar que este instrumento convencional constituye un auténtico hito al otorgar al individuo o grupo de ellos, legitimación procesal activa ante un órgano judicial internacional.

Ahora bien, para alcanzar este importante logro fue necesario vencer las reticencias de los Estados ante lo que supone una clara limitación de sus competencias soberanas, gracias a la solución de compromiso que supone situar al que hemos denominado “principio del reexamen” como elemento estructurador del nuevo sistema.<sup>207</sup> De este modo, se les garantiza a los Estados que los asuntos considerados de mayor importancia puedan ser examinados en doble instancia a través de dos formaciones distintas del nuevo Tribunal, las Salas y la Gran Sala, tal y como tuvimos ocasión de examinar *ut supra*.<sup>208</sup>

No resulta extraño, por tanto, que más allá de las críticas formuladas por un importante sector doctrinal en el momento de su adopción,<sup>209</sup> coincidamos plenamente con la opinión de Carrillo Salcedo, cuando señala que esta concesión a los intereses estatales suscita importantes problemas, “entre los que destacan dos en particular: 1) que la función de establecimiento y unificación de la

jurisprudencia que debe corresponder a la Gran Sala no puede operar, o sólo puede hacerlo parcialmente, respecto de la interpretación de las condiciones de admisibilidad, y 2) que los objetivos de simplificación del procedimiento y consiguiente reducción de la duración de la tramitación de un caso (...) apenas puedan ser alcanzados en aquellos asuntos en que opere el reexamen y el asunto no concluya hasta que no exista un pronunciamiento definitivo de la Gran Sala”.<sup>210</sup>

A estas deficiencias debemos unir, por otro lado, las derivadas de la naturaleza declarativa y no ejecutoria de las Sentencias del Tribunal, que no logra paliar en modo alguno el avance que supuso la reducción drástica de las funciones del Comité de Ministros en el actual mecanismo de control, limitadas en la actualidad a la vigilancia de la ejecución de las decisiones del ETD.<sup>211</sup>

## (ii) Principales retos a los que debe hacer frente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A pesar de la mejora del mecanismo de control instaurado en 1950 que ha supuesto el Protocolo nº 11, no podemos dejar de tomar en consideración las principales cuestiones de orden esencialmente técnico que suscita esta enmienda convencional. De hecho, la entrada en vigor en noviembre de 1998 del este Protocolo y, con ella, el establecimiento del actual Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, no han hecho más que agravar algunos de los problemas sobre los que ya alertara la doctrina en su momento.<sup>212</sup>

Han bastado unos pocos años para confirmar, en efecto, la falta de previsión de la que hicieron gala los negociadores de un instrumento convencional cuyo ámbito de aplicación espacial estaba llamado a cambiar de forma radical en un breve período de tiempo. Nos referimos, en particular, a la existencia de lo que el profesor Carrillo Salcedo denomina factores o causas externas al sistema,<sup>213</sup> entre los que sin duda destaca el relativo a la decisión de abrir las puertas del Consejo de Europa a los Estados surgidos de la desintegración del llamado Bloque del Este y de la antigua Unión Soviética.

Esta decisión de eminente carácter político, provocó cambios sustanciales en el Consejo de Europa, que pasó de constituir una organización internacional con veinte miembros en 1989 a contar en la actualidad con cuarenta y seis Estados parte.<sup>214</sup> Un incremento espectacular del número de miembros que no sólo aporta elementos novedosos a su composición desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa, derivados de la heterogeneidad que caracteriza el conjunto de Estados vinculados por el CEDH en nuestros días.

En este sentido cabría situar las dudas expresadas por algunos auto-

res respecto de la capacidad de los regímenes políticos democráticos instaurados en los nuevos Estados miembros para asumir las importantes obligaciones que derivan del CEDH,<sup>215</sup> en la medida en que ello pueda significar la ruptura o quiebra de los valores democráticos propios de un Estado de Derecho que han caracterizado a esta organización internacional desde su creación.

Si bien a tenor de la escasa práctica sobre la materia podría resultar aún prematuro afirmar lo acertado o no de estos temores, no resulta por el contrario arriesgado, sostener que esta modificación del ámbito de aplicación territorial de la Convención ha provocado asimismo la de su ámbito *ratione personae*, que ha pasado de situarse en torno a los cuatrocientos millones de personas a finales de la década de los noventa del siglo pasado, a los aproximadamente ochocientos millones de personas que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados partes en 2004.

Los datos ofrecidos por la propia organización<sup>216</sup> resultan tremendamente ilustrativos acerca de las consecuencias que la nueva configuración del continente europeo a comienzos del siglo XXI ha tenido respecto del espectacular incremento del número de casos pendientes y de demandas ante el TEDH. Baste en ese sentido, con citar las últimas cifras disponibles: en el transcurso de 2003 se plantearon 39.000 nuevas demandas, y aunque unas

12.000 fueron objeto de una decisión acerca de su admisibilidad en los primeros nueve meses de ese mismo año, el número total de casos pendientes se situaba a su término en torno a los 65.000.

Por otro lado, debemos tomar en consideración que los riesgos inherentes a la consolidación de este sistema de protección de los derechos humanos realmente innovador derivan, no sólo de causas externas, sino también de las lógicas dificultades que conlleva el funcionamiento de un Tribunal internacional permanente con jurisdicción obligatoria, encargado de aplicar un conjunto normativo muy complejo, y ante el que potencialmente podrían deducir demandas casi ochocientos millones de individuos.

No resulta extraño, por consiguiente, que apenas dos años después de la entrada en vigor del Protocolo nº 11, coincidiendo con la celebración de la Conferencia Interministerial celebrada en Roma con motivo del 50º aniversario de la firma del CEDH, ya los Estados miembros instaran al Comité de Ministros “to initiate, as soon as possible, a thorough study of the different possibilities and options with a view to ensuring the effectiveness of the Court in the light of the new situation”.<sup>217</sup>

Se inicia de este modo en el seno del Consejo de Europa el proceso de análisis y posterior negociación que culminaría con la adopción, el 13 de mayo de 2004, del Protoco-

lo nº 14 de Enmienda del Sistema de Control del CEDH (en adelante, Protocolo nº 14), fruto de un intenso trabajo al que han contribuido activamente diferentes órganos políticos y jurídicos de esta organización internacional,<sup>218</sup> el TEDH<sup>219</sup> y representantes de la sociedad civil europea.<sup>220</sup>

La celeridad en el proceso de conclusión de este instrumento convencional constituye, en nuestra opinión, la mejor prueba de la sentida necesidad de ofrecer respuestas adecuadas al que se perfila como el principal reto del actual mecanismo de protección del CEDH. Tal y como se establece en su Preámbulo, en efecto, el nuevo Protocolo responde a la toma de conciencia por parte de los actuales miembros del Consejo de Europa sobre “the urgent need to amend certain provisions of the Convention in order to maintain and improve the efficiency of the control system for the long term, mainly in the light of the continuing increase in the workload of the European Court of Human Rights and the Committee of Ministers of the Council of Europe”.

Las actuales condiciones de trabajo en el marco de las cuales se desarrolla el mecanismo institucional creado en torno al TEDH, en definitiva, amenazan seriamente su eficiencia, calidad e, incluso su credibilidad, a pesar de que el incremento espectacular del número de demandas pueda ser contemplado también como una prueba de la confianza que los

ciudadanos europeos tienen en este órgano judicial.<sup>221</sup>

Frente a una amenaza de tal magnitud, se impone realizar algunas reflexiones en torno a la idoneidad de la nueva reforma prevista en el Protocolo n° 14, a pesar de que la ausencia de ratificaciones hasta el momento,<sup>222</sup> nos hagan temer un retraso sustancial de su entrada en vigor respecto del plazo de dos años fijado por los Estados miembros en el momento de su adopción.<sup>223</sup>

### **(iii) Algunas reflexiones acerca de la nueva reforma del sistema establecida en el Protocolo n° 14 de Enmienda al CEDH**

Los aspectos más relevantes de esta nueva reforma, concebida para dotar de mayor eficacia un mecanismo de protección aplicable a la práctica totalidad del continente europeo que al mismo tiempo respete y refuerce, si cabe aún más, el papel fundamental que desempeña el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como garante principal de la protección de los derechos humanos en Europa.<sup>224</sup>

En la consecución de ese objetivo, resulta muy positivo que se haya impuesto la opinión mayoritaria expresada tanto en el seno del Consejo de Europa,<sup>225</sup> como por la doctrina más autorizada,<sup>226</sup> en torno a la necesidad de salvaguardar los mayores logros alcanzados con la reforma de 1998, esto es, la legitimación activa procesal de los particulares ante el ETD,<sup>227</sup> y el carácter

exclusivamente judicial del sistema de control instaurado tras la entrada en vigor del Protocolo n° 11. Ambos pueden ser ya considerados, en efecto, como rasgos fundamentales que definen la esencia y convierten en único en el mundo a este mecanismo institucional.

Quizás por ello se ha sostenido que las medidas incorporadas al Protocolo de Enmienda adoptado en mayo de 2004 no buscan cambios sustantivos, sino mejorar el funcionamiento del actual mecanismo dotando al Tribunal de procedimientos flexibles necesarios “to process all applications in a timely fashion, while allowing it to concentrate on the most important cases which require in-depth examination”.<sup>228</sup> En esta línea, las enmiendas introducidas por el Protocolo n° 14 afectan a cuestiones diferentes pero conexas entre sí, centradas esencialmente en la determinación de las demandas admisibles y la resolución más rápida de los denominados “*well-established cases*”.

Por lo que respecta al primero de los ámbitos señalados, se ha pretendido reforzar la capacidad del TEDH para garantizar un filtro eficaz en virtud del cual sólo se examinen en cuanto al fondo, aquellos asuntos que realmente merezcan serlo. Para ello, se crea una nueva formación del tribunal compuesta por un único juez,<sup>229</sup> competente para declarar inadmisibles o fuera de la lista de asuntos las demandas de particulares cuando la misma no requiera un

examen adicional.<sup>230</sup> Salvo que el juez manifestara dudas y remitiera el asunto al Comité o la Sala, esta decisión es firme,<sup>231</sup> con lo que probablemente se lograría reducir con mayor rapidez la lista de casos pendientes.

No obstante, en la medida en que las competencias de esta nueva formación se pretenden limitar al examen de la admisibilidad de las demandas, su alcance en la práctica debe valorarse a tenor de la incorporación de un nuevo párrafo al texto del actual artículo 35,<sup>232</sup> en virtud del cual “The Court shall declare inadmissible any individual application submitted under Article 34 if it considers that:

- a) the application is incompatible with the provisions of the Convention or the Protocols thereto, manifestly ill-founded, or an abuse of the right of individual application; or
- b) *the applicant has not suffered a significant disadvantage*, unless respect for human rights as defined in the Convention and Protocols thereto requires an examination of the application on the merits and provided that no case may be rejected on this ground which has not been duly considered by a domestic tribunal”.

Este nuevo requisito de admisibilidad, sin duda alguna, otorga al TEDH un amplio margen de discrecionalidad que le permite rechazar asuntos en los que el particular no

haya sufrido un perjuicio importante; de ahí que vaya acompañado de dos cláusulas de salvaguardia que permitan entrar a examinar el asunto a pesar de la concurrencia de esta circunstancia. Asimismo, y en la medida en que su aplicación necesitará de una labor previa por parte de las Salas y Gran Sala, en orden a establecer principios de interpretación homogéneos aplicables a este nuevo requisito, se establece un período de dos años de inaplicación del mismo por parte de las otras formaciones del Tribunal.

Ahora bien, si tal y como se ha sostenido en el seno del Consejo de Europa,<sup>233</sup> esta nueva condición de admisibilidad ha sido incorporada con el objetivo de facilitar la aplicación de los criterios de admisibilidad empleados por el Tribunal durante décadas y que forman parte ya de una jurisprudencia asentada, cabría preguntarse si realmente puede resultar eficaz añadir un nuevo requisito a aquellos otros que ya de por sí, suscitan difíciles problemas de interpretación con vistas a su aplicación efectiva.

Estas consideraciones revisten especial relevancia si se toma en consideración, por otro lado, el corto periodo de tiempo que se contempla en el nuevo texto convencional para que el Tribunal pueda desarrollar criterios jurisprudenciales a tales efectos, así como la posibilidad de que, transcurrido éste, un único juez pueda declarar inadmisibile una demanda por no cumplir con este nue-

vo criterio, sin que haya posibilidad de contestar dicha calificación ante otras formaciones del TEDH.

En la búsqueda de reformas que permitan aliviar la sobrecarga de trabajo que soporta el Tribunal, el Protocolo nº 14 ha modificado también las funciones asignadas a los Comités de tres Jueces, otorgándole la competencia (prevista en el sistema actual para las Salas) de resolver sobre la admisibilidad y el fondo a través de un procedimiento simplificado siempre que, a tenor de lo establecido en el nuevo artículo 28,

*“1. (...) the underlying question in the case, concerning the interpretation or the application of the Convention or the Protocols thereto, is already the subject of well-established case-law of the Court”.*

Se incorpora así una de las propuestas formuladas en su momento por algún miembro del Tribunal<sup>234</sup> con las que podría darse una respuesta más ágil a la mayoría de las sentencias dictadas por este órgano judicial, sobre violaciones del CEDH derivadas de la existencia de deficiencias estructurales del ordenamiento interno de un Estado miembro, sobre las cuales existe ya una asentada jurisprudencia del Tribunal.

La valoración positiva que nos merece esta modificación, sin embargo, se encuentra atemperada por las dudas que plantea acerca de si

el procedimiento previsto para resolver conjuntamente sobre la admisibilidad y el fondo de estos supuestos, se muestra respetuoso con el principio de contradicción que debe presidir todo proceso. No olvidemos sobre el particular, que si bien las partes pueden oponerse a la utilización del mismo por el Comité, éste es el único competente para decidir la utilización de este nuevo procedimiento.<sup>235</sup>

El Protocolo nº 14 también ha abordado, si bien de forma parcial, otra de las deficiencias que aquejan a este mecanismo de control judicial desde su origen: la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para ello se ha procedido a una amplia reforma del artículo 46, en virtud de la cual se añaden nuevas funciones a las que tradicionalmente ha venido desempeñando en esta materia el Comité de Ministros. La primera de ellas recoge la posibilidad de que este órgano político del Consejo de Europa pueda solicitar al Tribunal que resuelva los problemas de interpretación que, en su opinión, puedan constituir un obstáculo para la ejecución de las sentencias cuyo cumplimiento debe vigilar.<sup>236</sup>

Con esta medida no se trata, en modo alguno, de exigir al Tribunal un pronunciamiento sobre cuestiones que no son de su competencia, como sería el determinar los medios a través de los cuales los Estados partes deben hacer efectivas las sentencias del TEDH; no obstante

lo cual, podría resultar de gran utilidad para lograr parecido objetivo al que se persigue con los recursos de interpretación ante otros tribunales internacionales.<sup>237</sup>

Aunque quizás el aspecto más novedoso, lo constituya la atribución al Comité de Ministros de competencia para solicitar a la Gran Sala un pronunciamiento en torno al incumplimiento de las sentencias por algún Estado. Se perfila así una especie de procedimiento por incumplimiento que, sin embargo, no puede dar lugar a una revisión de la sentencia o establecer medidas de ejecución de carácter pecuniario. Por el contrario, está llamado a ser empleado en circunstancias excepcionales, como demuestra la opinión según la cual, “the procedure’s mere existence, and the threat of using it, should act as an effective new incentive to execute the Court’s judgments”.<sup>238</sup>

En cualquier caso, y al margen de otras modificaciones de menor calado sobre las que no hemos incidido en este breve análisis del Protocolo nº 14, podríamos afirmar que si bien el mecanismo de control instaurado en 1998 no es en modo alguno perfecto ni parece el mejor de todos los imaginables, supuso un gran avance respecto del sistema original, como demuestra el interés mostrado por los autores del texto convencional adoptado en 2004 por no alterar la estructura básica del actual sistema de protección de los derechos humanos y sus rasgos más destacados.

A la espera de la aplicación de la nueva reforma, plagada de luces y sombras, conviene recordar el carácter subsidiario del sistema europeo de protección de los derechos humanos y, por consiguiente, que los Estados partes en el CEDH están obligados internacionalmente a prevenir y remediar eventuales violaciones de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. No debemos llamarnos a engaño acerca de las auténticas razones que se ocultan tras la actual sobrecarga de trabajo a que se ve sometido el TEDH: el fracaso de los ordenamientos jurídicos internos en su labor de protección de los derechos reconocidos en el CEDH.

La asunción plena y satisfactoria por parte de los Estados de sus compromisos internacionales resulta pues, imprescindible para garantizar el correcto funcionamiento del mecanismo de garantía vigente en la actualidad. De ahí que el fracaso o éxito de esta nueva reforma, dependa en última instancia de la voluntad de los encargados de transformar lo contenido en el Protocolo nº 14 en una realidad y, en particular, de cual sea la aplicación por parte de las jurisdicciones y autoridades nacionales de un texto internacional, Convenio Europeo de Derechos Humanos, que los ciudadanos del viejo continente europeo supimos hacer nuestro durante décadas, y del que podemos sentirnos orgullosos.

**c. La protección de los derechos humanos en el ámbito de la Unión Europea: breves pinceladas**

**(i) El principio de respeto de los derechos humanos en el ámbito comunitario**

Los Tratados fundacionales de las Comunidades Europeas apenas contenían disposiciones relativas a los derechos humanos y libertades fundamentales, a pesar de que esta cuestión no estaba totalmente ausente, con referencias en el Preámbulo, reconocimiento del principio de igualdad de trato o no discriminación, entre otras. Pero habrá de ser sin duda en la práctica llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) donde se producirá un gran cambio: si bien inicialmente el TJCE se negaba a entrar en el tema de protección de derechos humanos, por estimar que se trataba de cuestiones ajenas al ámbito de aplicación del Derecho comunitario, esta posición negativa cambia radicalmente a partir de la sentencia de 12 de noviembre de 1969 (*caso Stauder v. Stadt Ulm*) (C-29/69). En ella el Tribunal afirmó que “los derechos fundamentales de la persona están comprendidos dentro de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”. Un año más tarde, añadió el Tribunal que la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario está inspirada

“en los principios constitucionales comunes a los Estados miembros” (*caso Internationale Handelsgesellschaft*). En 1974, el tribunal añadió un tercer elemento, en el asunto *Nold*, al interpretar que los principios generales podían también ser deducidos de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a derechos humanos en los que fuesen partes los Estados miembros, y en particular del CEDH.<sup>239</sup>

Esta mención en la sentencia de 1974 se facilitó por la ratificación del CEDH por parte de Francia, ya que a partir de esa fecha todos los socios comunitarios eran parte en el CEDH. Así, poco a poco se fue construyendo una respuesta jurisprudencial por el TJCE al problema de la protección de los derechos humanos en el derecho comunitario, una verdadera construcción pretoriana, sintetizada en la sentencia de 18 de junio de 1991, en el caso *ERT* (C-260/89):

*“Conforme a una reiterada jurisprudencia (...) los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. Al efecto, el Tribunal se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados Miembros han coopera-*

*do o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene a este respecto un significado particular. De ahí se deduce que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos y garantizados de esta manera.”*

Esta jurisprudencia se constitucionalizó en el art. F2 del Tratado de la Unión Europea, en su versión adoptada en Maastricht el 7 de febrero de 1992 (art. 6 tras la reforma introducida mediante el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997), en el que se dispone:

*“1.La Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados Miembros.*

*2. La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho Comunitario.”*

*Teniendo presente la protección de esos derechos en el ámbito*

*comunitario, hubiera sido muy deseable la adhesión de las Comunidades Europeas al CEDH; el 28 de marzo de 1996 (C-2/94) el TJCE emitió un dictamen pronunciándose a este respecto, pero de forma negativa:*

*“...la adhesión al Convenio entrañaría un cambio sustancial del actual régimen comunitario de protección de los derechos humanos...”*

*Una modificación semejante del régimen de protección de los derechos humanos en la Comunidad cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional y sobrepasaría pues, por su naturaleza, los límites del art. 235. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado”.*<sup>240</sup>

Tal vez la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que se hará referencia en seguida, constituya un paso intermedio para la consolidación de un régimen de protección de derechos fundamentales a nivel comunitario, que permita en un futuro la adhesión comunitaria al CEDH.

**(ii) La definición de los derechos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea**

En junio de 1999, los Estados miembros de la Unión Europea, reunidos en el Consejo Europeo de Colonia, adoptaron una decisión en la que se determinaba la necesidad de regular adecuadamente la protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. Se decidió que era preciso elaborar una Carta de Derechos Fundamentales, en la que se distinguirían tres clases de derechos: la libertad e igualdad junto a los derechos procesales fundamentales reconocidos en el CEDH y en tradiciones constitucionales de los Estados Miembros; los derechos reservados a los ciudadanos de la Unión; por último, los derechos sociales y económicos enunciados en la Carta Social Europea y en la Carta comunitaria de los derechos sociales de los trabajadores. La Carta fue proclamada tras el Consejo Europeo de Niza en diciembre de 2000 y sus caracteres esenciales son los siguientes, a juicio del profesor Carrillo Salcedo,<sup>241</sup> cuya opinión a este respecto se comparte plenamente:

- Reúne en un mismo texto todos los derechos individuales: civiles, políticos, económicos y sociales, y los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea.
- La mayor parte de los derechos se reconocen a toda persona con independencia de su nacionalidad o su lugar de residencia; conforman una excepción los derechos vinculados a la ciudadanía europea o atribuidos a menores o trabajadores en rela-

ción con determinados derechos sociales.

- La Carta reconoce algunos derechos relativamente novedosos, como podrían serlo la protección de datos personales o los derechos relacionados con la bioética.

La Carta se proclamó solemnemente el 7 de diciembre de 2000, por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, pero la misma no fue incorporada al Tratado de Niza; este hecho motivó cierto sentimiento de frustración, aunque ello no le resta relevancia jurídica. Su contenido, su rigurosa formulación jurídica y su valor simbólico, son factores que nos mueven a pensar que la Carta llegará a ser obligatoria a través de su interpretación por el TJCE en tanto que síntesis y expresión de las tradiciones constitucionales de los Estados Miembros y de los principios generales del Derecho Comunitario en materia de derechos humanos.<sup>242</sup> Valga como muestra que el mismo año en que se adoptó la Carta de Derechos Fundamentales ya se hizo eco de ella un pronunciamiento del Tribunal Constitucional español,<sup>243</sup> inclusive antes de su proclamación solemne, marcando quizá una pauta de lo que habrá de ser su futuro. Si el Tratado por el se establece una Constitución para Europa alcanza su meta al ser ratificado por todos los socios comunitarios, el mismo lleva inserta la Carta de Derechos Fundamentales, lo que culminará un proceso deseable: la plasmación de un catálogo de derechos vía tratado

internacional que resultaría aplicable en la Unión Europea, de forma insoslayable, sin extrapolaciones a otros ámbitos organizativos.

## C. El sistema africano

### 1. La Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos

La Comisión africana de derechos humanos y de los pueblos, creada en virtud del artículo 30 de la Carta de Banjul, está compuesta de 11 miembros escogidos a título personal entre personalidades africanas de la más alta consideración, conocidos por su alta moralidad, integridad e imparcialidad y competentes en materia de derechos humanos y de pueblos” (art.31).

Los artículos 31 a 44 de la Carta se refieren a la organización y al funcionamiento de la Comisión mientras que el artículo 45 se refiere a la competencia y los artículos 46 y siguientes, al procedimiento.

La Comisión tiene funciones de promoción y de protección según lo establece su artículo 45 y también funciones interpretativas de la Convención.

La Comisión tuvo su primera reunión en 1987, en Addis Abeba. En 1988, durante su primera sesión, la Comisión adoptó su reglamento, en virtud del artículo 42, parágrafo 2, de la Carta. Una de las características del sistema africano es que

hasta hace poco, distintamente a los sistemas americano y europeo, no existía una Corte de Derechos Humanos. De manera que ella misma realizaba sus funciones de promoción: funciones de estudio y de información, funciones casi legislativas, así como de cooperación y de protección. En concreto, el artículo 45, parágrafo 2, de la Carta establece que la Comisión está encargada de “asegurar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en las condiciones fijadas por la presente Carta.”

La competencia material de la Comisión está establecida en el artículo 47 de la Carta que señala claramente que “si un Estado parte (...) tiene buenas razones para creer que otro Estado parte (...) ha violado las disposiciones de la Carta podrá...”.

La competencia territorial no está limitada, como en el caso de otros textos regionales similares, a las violaciones realizadas dentro del territorio de un Estado. Nada en la Carta lo prescribe así. De manera que como “no hay ninguna limitación en cuanto a las obligaciones de los Estados partes de la Carta de proteger los derechos que reconocen, hay que deducir que la Comisión es competente, incluso cuando la violación imputable a un Estado parte tiene lugar *vis à vis* de una persona protegida, fuera del territorio nacional del Estado parte.”<sup>244</sup>

La competencia personal está limitada a los Estados. La Comisión

no puede conocer las violaciones cometidas por entidades distintas al Estado. Las imputaciones a personas físicas o naturales no pueden ser conocidas por la Comisión.

## **2. La Corte africana de Derechos Humanos y de los pueblos**

El 25 de enero de 2004 entró en vigor el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, por el que se crea una Corte Africana de Derechos Hu-

manos y de los Pueblos. La elección de los jueces estaba prevista para el mes de julio de 2004.

La composición de la Corte será de 11 jueces, nacionales de los Estados Miembros de la Unión Africana, elegidos a título personal entre juristas de reconocida autoridad moral, con reconocida competencia y autoridad en el ámbito jurídico, judicial o académico, en materia de derechos humanos y de los pueblos (art. 11 del Protocolo).

## **V. La protección de los derechos humanos de los migrantes y de los trabajadores migrantes**

### **1. El fenómeno migratorio: su importancia y la necesidad de su regulación**

El fenómeno migratorio constituye una realidad que, lejos de disminuir, se configura como fenómeno en alza. A comienzos del siglo XXI se calculaba que el total de personas migrantes en el mundo sobrepasa los 175 millones de personas – frente a los 75 millones existentes en 1965 –<sup>245</sup> y asimismo esta es una cifra que cada vez parece crecer más.<sup>246</sup> Como afirma Stalker, “en un mundo de ganadores y perdedores, los perdedores no desaparecen; simplemente, buscan un lugar donde ir”. Teniendo presente un simple análisis cuantitativo, la realidad muestra la existencia de un fenómeno de múltiples caras. Ha crecido el número de personas migrantes, y también lo han hecho el número de países receptores de migrantes, especialmente trabajadores.<sup>247</sup>

Asimismo, la trata de migrantes se configura como un negocio sumamente lucrativo, al que los Estados

tratan de poner coto mediante instrumentos multilaterales o bilaterales. Simplemente, valgan como muestras algunos datos: por pasar en auto ilegalmente a alguien a través de una frontera de Europa Oriental ó en una embarcación de Marruecos a España, pueden cobrarse unos 500 dólares; un sofisticado paquete de viaje para un migrante indocumentado desde China a Estados Unidos puede llegar a costar hasta 30.000 dólares. Se estima que entre 5000 y 7000 millones de dólares se mueven anualmente a costa del tráfico ilegal de migrantes.

Por ello, dada la relevancia del fenómeno de la migración, son dos los aspectos esenciales que hay que tratar: por una parte, la necesaria protección con la que el derecho internacional –universal y regional – ha de dotar a estas personas, en su condición de seres humanos. Se hace referencia tanto a los migrantes, de forma general, como a los trabajadores migrantes, de manera particularizada. También debe destacarse la preocupación que ha despertado en los Estados el fenómeno

de la inmigración clandestina y la lucha contra las redes organizadas que se dedican al tráfico de personas; esta cuestión, centrada más en el ámbito sancionador, también será objeto de atención.

## **2. La protección de los derechos y libertades de los migrantes en el orden universal de protección internacional de derechos humanos**

La preocupación a nivel internacional por la protección de los migrantes es una cuestión que aparece a comienzos del siglo XX, con el objetivo de erradicar la esclavitud y la trata de personas. Es decir, el fundamento esencial consistía en intentar reprimir algunos aspectos de las migraciones forzadas, tratando de luchar por su erradicación.<sup>248</sup>

Actualmente existen una serie de convenios multilaterales, así como instrumentos elaborados en el seno de Naciones Unidas, a los que se unen determinados acuerdos bilaterales que regulan y canalizan el fenómeno migratorio.

### **A. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y la protección de los migrantes**

De manera particularizada, la denominada Carta Internacional de Derechos Humanos de Naciones Unidas determina una serie de derechos que, aunque no se refieran expresamente a los migrantes – ya se trate

de trabajadores o no –, sí podrían serles aplicables.

En primer término, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 establece en su art. 2 que:

*“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*,

y además añade que:

*“no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”*.

Tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptados el 16 de diciembre de 1966 deben ser objeto de atención. En ambos destaca una disposición que a todas luces es muy positiva: se parte de la igualdad de derechos entre todas las personas sometidas a la jurisdicción estatal, así como de la aplicabilidad del principio de no

discriminación, respecto a los derechos y libertades reconocidos (art. 2.1 PIDCP y 2.2. PIDESC). Sin embargo, distintamente, el art. 2.3 del PIDESC legitima a los países en vías de desarrollo para “determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.<sup>249</sup> Se trata de una disposición fruto de una época – en pleno proceso descolonizador – en que los Estados emergentes estaban deseosos de afirmar su soberanía sobre los recursos económicos, que muchas veces se encontraban en manos extranjeras. Inclusive, la existencia en el PIDCP de un artículo (el 26) que consagra el derecho de igualdad ante la ley y la protección de la ley sin discriminación tampoco implica que nunca pueda producirse un trato desigual,<sup>250</sup> se trata de una igualdad formal, que, como ha señalado el Comité de Derechos Humanos, “no significa identidad de trato en toda circunstancia”, en el bien entendido que “no toda diferenciación constituirá una discriminación, si los criterios de diferenciación son razonables y objetivos”.<sup>251</sup>

Esa igualdad formal queda soslayada en determinados supuestos, dado que se restringen determinados derechos a favor de los nacionales; así, los derechos de participación política y acceso a la función pública que, conforme al art. 25 PIDCP considera como sus titulares “a todos los ciudadanos”, expresión que sin duda pretende tener un sentido

restrictivo. Inclusive, el art. 12 PIDCP circunscribe el derecho a la libre circulación y a la libre elección de residencia a aquellos extranjeros que se encuentren legalmente en el territorio de un Estado. En última instancia, es el Estado quien tiene derecho a decidir las condiciones de entrada y permanencia en su territorio de los extranjeros.<sup>252</sup>

Por ello, como conclusión de este primer apartado, puede afirmarse la ausencia de referencias particulares a los migrantes en los Pactos, más que de forma indirecta, y especialmente mediante la vía de restricción del contenido de algunos derechos contemplados, bien de manera particular o mediante cláusulas de exoneración genéricas. La situación, por ello, no es excesivamente halagüeña a este respecto.

## **B. La protección de los derechos de los trabajadores migrantes a nivel universal: otros instrumentos internacionales auspiciados por Naciones Unidas**

Dejando a un lado otros instrumentos internacionales en los que podrían contenerse algunas disposiciones de protección de determinadas categorías de personas<sup>253</sup> y que resultarían de aplicación inclusive a los migrantes, analizaremos aquí algunos instrumentos internacionales elaborados bajo los auspicios de la ONU.<sup>254</sup> Los mismos intentan crear un marco jurídico especialmente dedicado a la protección de los migrantes y trabajadores migrantes.

También haremos mención a aquellos instrumentos que pretenden luchar contra determinados comportamientos que suponen una lacra en estos albores del siglo XXI, relacionados directamente con el tráfico de migrantes.<sup>255</sup>

Los primeros pasos dados en pos de una regulación específica de las migraciones por la Asamblea General de Naciones Unidas, dieron lugar a la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en el que viven (Resolución 40/144, de la Asamblea General, de 13 de diciembre de 1985). En la misma se establecen las obligaciones (art. 4) y los derechos (arts. 5, 6 y 8) que todo extranjero debe observar mientras se encuentre en un país del cual no es nacional. El texto de la declaración es breve, y se fundamenta en la máxima de la protección del ser humano de forma general y en la concesión de un mínimo de derechos. Ahora bien, el texto no tiene un carácter ilusorio, como se pone de relieve en el art. 7 relativo a la expulsión, donde se parte de la posibilidad de llevarla a cabo, con limitaciones, incluso cuando se trata de extranjeros que residan legalmente.

De manera algo más reciente, y moviéndonos aún en el ámbito de las declaraciones, en la Declaración del Milenio, aprobada por la Asamblea General, también aparecen referencias al fenómeno migratorio. Se prevé la adopción de medidas para garantizar el respeto y la protección

de los Derechos Humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias, eliminar los actos de racismo y xenofobia, lamentablemente cada vez más frecuentes en todas las sociedades, y promover una mayor armonía y tolerancia.

Sin ninguna duda, el instrumento internacional más importante relativo a los trabajadores migrantes es la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, que ha entrado en vigor el 1 de julio de 2003, tras obtener las 20 ratificaciones necesarias para ello. Eso sí, llama la atención que hayan sido necesarios casi trece años para que este hecho se produzca, puesto que la Convención se adoptó mediante la Resolución 45/158 de la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1990. Dada la escasa aceptación de la Convención durante los primeros años en que el proceso de ratificación estaba abierto, en 1988 se puso en marcha en Ginebra una Campaña Mundial para su Ratificación. Como unas 300 ONGs declararon en Ginebra, los inmigrantes son víctimas de xenofobia, explotación y del tráfico ilegal de personas; asimismo suelen ser el blanco de calificativos tendentes al menosprecio, como la utilización de las 3D (por las iniciales en inglés de sucios, exigentes y peligrosos: *dirty, demanding and dangerous*). Dichas razones justifican la adopción de un texto como éste; ahora bien, debe resaltarse un dato: actualmente la Convención ha sido

mayoritariamente ratificada por países actualmente exportadores de mano de obra, no por los receptores. Simplemente, basta leer el listado de Estados Parte en el momento en que este instrumento internacional entró en vigor.<sup>256</sup> Inclusive, los Estados que han firmado y aún no ratificado pertenecen a la misma esfera, lo cual augura oscuros presagios respecto a la efectividad práctica de la Convención. A mediados del año 2004 eran 25 los Estados Parte y 10 los signatarios de la Convención, pero destaca el dato de que prácticamente todos ellos son Estados en los que el fenómeno de la emigración al exterior, fundamentalmente debido a razones de carácter económico, es un hecho cierto.

Esta Convención reconoce y se inspira en los convenios ya existentes de la OIT, y en muchos casos va más allá de ellos, al extender a los trabajadores migrantes que entran o residen ilegalmente en el país de empleo (y a los miembros de sus familias) diversos derechos que antes se limitaban a personas que practicaban una migración legal, yendo más lejos que las disposiciones formuladas en la Parte I del Convenio núm. 143 de la OIT.

Entre los aspectos más relevantes que contempla la Convención destacan las cláusulas en las que se dispone que los trabajadores migrantes “gozarán de un trato que no sea menos favorable que el que reciben los nacionales del Estado de empleo” en lo tocante a remuneración, condi-

ciones de trabajo y horario laboral; además, señala que los trabajadores migrantes tendrán derecho a afiliarse y participar en las actividades de sindicatos y otras asociaciones “con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole”. Los Estados Parte en la Convención se comprometen a aplicar sus disposiciones adoptando las medidas necesarias, así como a garantizar que los trabajadores migratorios cuyos derechos hayan sido violados pueden presentar un recurso judicial.<sup>257</sup> La Convención intenta adaptar los derechos – tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales – a la especial realidad del trabajador migratorio. Incluso en algunos casos va más allá de los derechos contemplados en los Pactos de 1966, como por ejemplo en el art. 15, donde se reconoce el derecho del trabajador migratorio y sus familiares a no ser privados de modo arbitrario de sus bienes, por lo que en caso de expropiación deben ser indemnizados de forma justa y apropiada; también tienen derecho a transferir al terminar su estancia en el Estado receptor sus ingresos, ahorros y, de acuerdo a la ley, sus pertenencias (art. 31)<sup>258</sup>. Ahora bien, la Convención establece una serie de derechos comunes a todos los trabajadores migrantes y sus familiares; sin embargo, los derechos reconocidos en la Parte IV de la misma (arts. 36 a 56) están destinados a proteger a los trabajadores documentados o en situación regular y sus familias (entre ellos, derecho a crear asociaciones o sin-

dicatos, derechos patrimoniales más amplios, así como los económicos, sociales o culturales).

Pero no sólo se han llevado a cabo intentos de protección de derechos de los migrantes, sino que también la represión de determinadas conductas en las que los migrantes podrían verse involucrados, ocupa el centro de atención de la Organización. La lucha contra las redes que trafican con personas conforma otro ámbito que debe resaltarse. En el año 2000 se adoptó la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como varios Protocolos a la misma, interesando destacar aquí el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la citada Convención, hecho en Nueva York el 15 de diciembre.

Resulta destacable que, pese a requerirse para su entrada en vigor el doble de ratificaciones que en el instrumento antes comentado (40), este hecho se ha producido mucho antes que en la Convención de 1990, y en este caso sí se cuenta entre los Estados que lo han hecho con diversidad de ellos pertenecientes a la órbita geográfica Europea y del hemisferio norte. Este Protocolo, que complementa a la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, trata de cumplir una triple finalidad, conforme a su art. 2: “prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes”, “promover la coopera-

ción entre los Estados Parte con ese fin” y “proteger los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico”. Especial atención merece el tráfico ilícito de migrantes por mar, al que se dedican los arts. 7, 8 y 9, determinando medidas de asistencia entre los Estados Parte para llevar a cabo la visita, registro y otras medidas apropiadas para reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar.

Respecto a las medidas de protección y asistencia a los migrantes que han sido objeto de ese tráfico ilícito destaca el art. 16, referido a la protección de sus derechos, conforme al derecho internacional, en particular el derecho a la vida y a no ser sometido a tortura o a otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; protección de los mismos frente a actos de violencia que pudiesen sufrir por personas o grupos relacionados con el tráfico ilícito de migrantes; se tendrán en cuenta las necesidades especiales de mujeres y niños y además se cumplirán las obligaciones contraídas en virtud del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares,<sup>259</sup> en caso de mediar detención de personas que hayan sido objeto de dicho tráfico ilícito. El art. 18 se refiere a las medidas de repatriación de los migrantes, en su caso. Además, el art. 19, menciona otros instrumentos internacionales y principios relacionados directamente con la protección de derechos humanos de personas que han sufrido ese tráfico ilícito, mediante una cláusula de salvaguardia.

Pero Naciones Unidas no destaca únicamente como ámbito organizativo en el que se han elaborado los textos de referencia, sino también como organización impulsora a través de diversos organismos de los derechos de los migrantes. Junto a la labor realizada por la OIT, la OIM y el ACNUR, vale la pena destacar que la Comisión de Derechos Humanos ha creado una Relatoría Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes en 1999. La misma está facultada para solicitar y recibir información de todas las fuentes pertinentes, incluidos los propios migrantes, sobre violaciones de derechos humanos de los migrantes y sus familiares. Pide aclaraciones a los gobiernos sobre las situaciones en cuestión, a través de comunicaciones que dichos gobiernos le suministran.

La propia Comisión de Derechos Humanos ha adoptado diversas resoluciones relativas en concreto a esta materia, destacando la resolución 2003/46 sobre “Derechos de los Migrantes”, que reafirma los instrumentos referidos a las migraciones, tratando de garantizar los derechos fundamentales de éstos, condena toda forma de discriminación racial o xenofobia en el acceso al empleo, la formación profesional, la vivienda, la instrucción, los servicios de atención a la salud y los sociales. Cabe citar además otra resolución anterior, la 2000/48, de 25 de abril de 2000, también sobre el mismo tema, en

la que además se pide al Consejo Económico y Social de Naciones Unidas que estudie la posibilidad de recomendar al Secretario General la adopción del día 18 de diciembre como “Día Internacional del Migrante”, cosa que aprobó la Asamblea General en su resolución 55/93 de 4 de diciembre de 2000. También cabe destacar, por las concretas alusiones que se realizan en la misma a ciertos derechos que deben ser susceptibles de protección (información a los consulados, conforme a la Convención de Viena de 1963) y de represión (el tráfico ilícito de migrantes), lo contenido en la Decisión de la Comisión de Derechos Humanos 2001/52, de 24 de abril de 2001.<sup>260</sup>

De todo lo anterior cabe concluir que la preocupación por los migrantes (y los trabajadores migrantes como categoría englobada en la anterior), conforma un tema que ha recibido la atención de Naciones Unidas desde tiempos recientes; prácticamente hasta finales de la década de los ochenta no surge como tema autónomo, sino que podían desprenderse ciertos derechos para los mismos en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de carácter general. El hecho de que cada vez sea mayor el número de Estados que se ven afectados por el fenómeno migratorio provoca la necesidad de dotarlo de un tratamiento jurídico a nivel convencional, mediante la cooperación interestatal.

### **3. La protección de los migrantes en el ámbito regional americano: acuerdos multilaterales y bilaterales**

En el contexto regional americano, emigración y trabajadores migrantes no son un fenómeno novedoso, ni mucho menos. Los derechos de los migrantes conforman una gota, dentro del océano de asuntos relativos a derechos humanos de que conoce el sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Ahora bien, la regulación concreta de este fenómeno es muy reciente; prácticamente hasta comienzos de la década de los noventa no se puede afirmar la existencia de un instrumento convencional específico destinado a regular los derechos de los migrantes en el ámbito regional americano, sino que habrán de ser los instrumentos generales de protección de derechos los que determinen y modulen el contenido de esos derechos. Es más, las iniciativas propiciadas a este respecto se reflejan, principalmente, en las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha conseguido ofrecer cierta luz sobre los derechos de los migrantes y trabajadores migrantes.<sup>261</sup> También se plasma esa necesidad en la creación por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de una Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, cuando estos se mueven más allá de sus Estados de origen. La misma trata de concienciar acerca del pleno respeto de los derechos de estas personas, y además formu-

la recomendaciones específicas a los Estados Miembros, a fin de que adopten medidas progresivas a favor de la defensa de estos derechos.

En realidad, puede afirmarse que son las normas generales de protección de derechos humanos las vinculadas también al fenómeno de la migración en el contexto americano: Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948), así como la Convención Americana de los Derechos Humanos de 1969, que condenan la discriminación. Pero el verdadero tratamiento del tema de forma independiente comienza más tarde: en el MERCOSUR se adoptó un acuerdo en 1995, destinado a regular las migraciones dentro de la región; en la Comunidad Andina se ha instaurado desde 1996 la denominada Tarjeta Andina de Migración. En el Norte, el TLCAN sólo trata marginalmente estas cuestiones, en el Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte.

Pero ello no quiere decir que la cuestión de las migraciones en el ámbito americano no sea una cuestión que preocupa cada vez más a los gobiernos. Simplemente un dato: la Cumbre de las Américas, desde 1994, ha fomentado un proceso iniciado en Miami en 1994, ocupándose entre otros problemas, del factor migratorio. Sucesivas sesiones celebradas en Santiago en 1998 o en Québec en 2001, son ejemplos de ello. En estas cumbres se ha puesto énfasis en la necesidad de incentivar la coopera-

ción, el intercambio de información y las actividades promocionales para proteger los derechos de los migrantes y trabajadores migrantes. Pero a pesar de ello, los Estados aún tienden a considerar la migración como un asunto de seguridad nacional, lo que provoca escasos avances reales en la materia.

La puesta en práctica de conferencias regionales relativas al proceso migratorio es, sin duda, un factor a tener presente en el contexto americano: el denominado Proceso de Puebla es un importante detonante de un proceso aún inacabado. En la órbita sudamericana desde 1999 se reúne la Conferencia Sudamericana de Migraciones, foro de consulta y coordinación entre estos países, que trata de poner en práctica un Plan de Acción sobre Migraciones. La participación de ONGs en el ámbito latinoamericano debe destacarse en este sentido, dando lugar a la Red Regional de Organizaciones Civiles para las Migraciones.

También está siendo muy frecuente en los últimos años la regulación de los flujos migratorios a nivel bilateral. Por ejemplo, en lo concerniente a España, cabe hacer referencia al Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001,<sup>262</sup> el Acuerdo entre España y Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios<sup>263</sup> o el Acuerdo entre España y la República Do-

minicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001.<sup>264</sup> Los dos primeros acuerdos adoptan una definición prácticamente idéntica de qué se entiende como trabajadores migrantes a los efectos de su aplicación,<sup>265</sup> el acuerdo con República Dominicana es más prolijo, además de referirse a los flujos migratorios mutuos, no exclusivamente a las migraciones que vengán a España, distingue varias categorías de trabajadores (estables, de temporada o en prácticas). Los derechos que se reconocen en estos convenios a los trabajadores migrantes – que hayan seguido el procedimiento previsto en el mismo para obtener el trabajo y la documentación necesaria para ello – son básicamente los mismos, contemplados en un capítulo particular bajo la rúbrica “derechos y condiciones laborales y sociales de los trabajadores migrantes” (de conformidad con el derecho internacional y la legislación nacional, derecho de reagrupación familiar, remuneración conforme a contrato y legislación vigente, obligaciones y derechos de seguridad social, entre las fundamentales).

#### **4. La protección internacional de los derechos humanos de los migrantes y trabajadores migrantes en el ámbito regional europeo**

##### **A. La acción normativa del Consejo de Europa a este respecto**

**a. El régimen de protección plasmado en el CEDH**

En principio, el CEDH no se refiere de forma específica a los migrantes ni a los trabajadores migrantes; la prohibición de la discriminación y el principio de igualdad ante la ley encuentran, asimismo, sus excepciones. Inclusive, por ejemplo el derecho a elecciones libres al cuerpo legislativo encuentra como límite el pueblo, sin que los extranjeros (salvo el caso particular de los ciudadanos de la Unión Europea) encuentren cabida aquí (conforme al Protocolo Adicional Primero, art. 3). Esta limitación, se encuentra sin embargo matizada en aquellos Estados Partes en la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local, de 5 de febrero de 1992, que garantiza los derechos contenidos en los arts. 10 y 11 del CEDH a todo extranjero residente legalmente. Un factor que juega en contra del mismo es el escaso número de ratificaciones recibidas por este instrumento internacional hasta la fecha (tan sólo 8 Estados son Parte en la citada Convención).

En este marco de análisis debe sin embargo mencionarse la jurisprudencia del TEDH que ha aclarado el contenido de determinados derechos, en relación con su aplicación a extranjeros: así, el art. 3 CEDH, no pudiéndose devolver, expulsar o extraditar a un extranjero en el supuesto de que exista un riesgo objetivo y cierto de que en el Es-

tado al que ha ser enviado pueda ser sometido a tratos que vulneren el art. 3 (tortura, trato inhumano o degradante)<sup>266</sup>; también se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones respecto del art. 8 (derecho a la vida familiar),<sup>267</sup> entre otros.

**b. Los derechos sociales plasmados en la Carta Social Europea**

El Consejo de Europa ha perfilado en paralelo un régimen jurídico europeo relativo a los derechos sociales de los trabajadores migrantes, del que son piezas esenciales la Carta Social Europea – que, pese a ser un texto normativo de carácter general en materia de derechos sociales, aborda específicamente la cuestión de los derechos sociales del trabajador migratorio y de su familia – y el Convenio relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante.

La Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961, contiene disposiciones específicas destinadas al fenómeno migratorio (sus arts. 18 y 19): derecho a ejercer una actividad lucrativa en el territorio de otras partes contratantes y derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a la protección y a la asistencia; el goce de derechos, sin embargo, resulta aplicable a los extranjeros que trabajen regularmente, que sean nacionales del resto de Estados Partes, aunque no se excluye que el Estado los extienda a otras personas. La Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, y en vigor

desde 1999, amplía el catálogo de derechos aunque, por supuesto, hay que atender a los Estados que se han vinculado por estos instrumentos.

***c. El Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante***

El 24 de noviembre de 1977 se adopta este Convenio, tal vez uno de los primeros intentos de regular esta materia de forma específica, que pretende establecer un estándar jurídico mínimo europeo, dirigido a “facilitar la promoción social y el bienestar de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias”, caracterizado por su escaso número de ratificaciones (8 tan sólo). Los caracteres fundamentales de este Convenio son los siguientes: a) se reduce en cuanto a su ámbito de aplicación personal a los trabajadores migrantes en situación regular de los Estados Partes y a sus respectivas familias; b) su objetivo fundamental es asegurar a los trabajadores migratorios de los Estados Partes “un tratamiento que no sea menos favorable que el que disfrutaban los trabajadores nacionales del Estado de acogida, en todo lo que se refiere a las condiciones de vida y trabajo”, con lo que pretende garantizar un estándar mínimo de trato igual al de los nacionales respecto a los derechos económicos, sociales y culturales, sin perjuicio de que se reconozca esa equiparación respecto a determinados derechos civiles y políticos.

Puede ser curioso realizar una comparación entre este Convenio y

el adoptado bajo los auspicios de Naciones Unidas a este respecto. Además de mediar casi dos décadas entre ambos, hay diferencias sustanciales, como el hecho de que el ámbito del Convenio Europeo es muy restringido – sólo aplicable a migrantes procedentes de otro Estado Parte –. El Convenio europeo restringe derechos (como los derivados de la Seguridad Social) de los que gozarán exclusivamente los trabajadores documentados o en situación regular, mientras que el Convenio de Naciones Unidas no realiza esta distinción respecto a los derechos socio-económicos.

El Convenio de Naciones Unidas es más moderno y ofrece un catálogo más amplio de derechos de participación social y política, mientras que el europeo se restringe al goce de derechos sindicales. También existen diferencias respecto al derecho a reagrupación, mientras que en el europeo establece que los familiares del trabajador migrante, cónyuge e hijos menores no casados, están autorizados a reunirse con él, siempre que éste disponga para su familia de una vivienda “considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región en que está empleado”; la convención de Naciones Unidas se limita a solicitar a los Estados que tomen las medidas apropiadas para facilitar la reagrupación.

**B. El desarrollo normativo experimentado por esta materia en el ámbito de la Unión Europea: una asignatura pendiente**

Ha de tenerse presente que en el ámbito comunitario, la materia relativa a inmigración, y a extranjería en general, ha sido considerada tradicionalmente como un ámbito en que cada Estado establecía su propia legislación, regulándose en la normativa correspondiente de extranjería – cuando ello se daba – lo relativo a derechos y obligaciones de los migrantes. Ahora bien, dentro del ámbito comunitario, el fenómeno de las migraciones tiene múltiples caras, cada una de ellas regulada de una manera particular: así, una categoría de extranjeros, asimilados prácticamente a los nacionales sería la de los “ciudadanos de la Unión”, figura que desde 1992 permite la configuración de todo un marco de derechos tangible, plasmados en el TCE y actualmente conformando una categoría individualizada de derechos dentro de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Asimismo, los nacionales de Estados que conforman el Espacio Económico Europeo, a los que se unen en determinadas circunstancias los nacionales de Estados que hayan celebrado acuerdos de asociación o de cooperación con la Comunidad Europea, o bien que tengan vínculos familiares con ciudadanos europeos, serían categorías de “extranjeros privilegiados”, que gozan de un estatus singular de derechos.

Finalmente, dejando a un lado esas categorías de “extranjeros privilegiados”, hallaríamos la figura de los migrantes provenientes de otros

países (los extracomunitarios), donde es necesario que una política común de inmigración se adopte, para hacer frente a los nuevos retos que en este ámbito se están planteando. El panorama debe cambiar de forma sustancial, aunque todavía no lo ha hecho más que de forma incipiente, tras la comunitarización a raíz del Tratado de Amsterdam de la política de visados, asilo e inmigración. En esa medida, el TCE incorpora desde 1997 una serie de preceptos en los que queda patente que en esta materia debe abandonarse la óptica estatal, adoptándose una política de inmigración común, y no sólo eso, sino estableciendo un marco mínimo de integración de los inmigrantes no comunitarios dentro de la esfera comunitaria.

De manera inicial, ya en los Consejos Europeos de Tampere (1999), Laeken (2001) y Sevilla (2002), entre otros, se puso de relieve la necesidad de adoptar una política común respecto al fenómeno migratorio. En la reunión extraordinaria de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo proclamó que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros y que a una persona que resida legalmente en un Estado miembro, durante un período de tiempo aún por determinar, y cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos

de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea. Ello ha dado lugar a la adopción muy recientemente de diversos instrumentos, que serán puestos en práctica por los Estados Miembros en los años venideros; entre los más recientes cabe citar la Directiva de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración,<sup>268</sup> la Directiva de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>269</sup> o el Reglamento de 14 de mayo de 2003, relativo al régimen de protección social de los trabajadores migrantes.<sup>270</sup>

De todo ello cabe deducir que la instauración de una protección dirigida a los migrantes y a los trabajadores migrantes es, sin duda, una cuestión novedosa: si a nivel internacional, los marcos de protección específicos datan de la década de los noventa, la preocupación a nivel comunitario es aún más reciente, producto de los cambios introducidos por el Tratado de Amsterdam. Se trata, sin duda, de un ámbito en que aún quedan muchos pasos por dar, en un intento de ofrecer un marco mínimo de protección a los migrantes y a los trabajadores migrantes. A su vez, el marco jurídico ha de permitir luchar contra la trata de seres humanos y las redes que utilizan a las personas en situación de debilidad y penuria económica como objeto de su tráfico. Al tratarse de dos intereses en presencia que son difícilmente conciliables, ello hace de esta materia

una de las más difíciles de regular, lo que ha de constituir uno de los mayores retos jurídicos de este siglo XXI: la regulación de los flujos migratorios, que constituyen una realidad insoslayable en el mundo de nuestros días.

## **5. Los Protocolos de Palermo de 2002 relativos a la Prevención y la Sanción de la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños y al Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire**

Los Protocolos de Palermo son textos adicionales a la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Esta vinculación obliga a una referencia preliminar a este texto (a), para luego abordar por separado cada uno de estos textos (b) y (c). La consideración y la interpretación de estos textos debe hacerse en forma conjunta e integral.

### **A. La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

La Convención tiene por objeto preciso “las infracciones de naturaleza transnacional” que según el artículo 3 de la misma son definidos según cuatro criterios alternativos, es decir, que la existencia de uno sólo de ellos es suficiente para considerar este hecho o acto como un crimen de esta naturaleza.

El artículo 3 establece en efecto que el delito será transnacional si:

- a) Se comete en más de un Estado;
- b) Se comete dentro de un sólo Estado pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado;
- c) Se comete dentro de un sólo Estado pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o
- d) Se comete en un sólo Estado pero tiene efectos sustanciales en otro Estado.

La Convención prevé la penalización del blanqueo del producto del delito (artículo 6) y la penalización de la corrupción (artículo 8).

El Estado está obligado, de acuerdo con la Convención, en primer lugar, a adoptar las medidas internas necesarias para combatir el blanqueo de dinero. Igualmente, a adoptar las medidas necesarias para garantizar la cooperación y el intercambio de información a nivel nacional e internacional de acuerdo con el derecho interno y “con tal fin considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.”

El Estado debe también adoptar medidas, siempre cónsonas con su

legislación interna “para combatir la corrupción, de carácter legislativo, administrativo o de otra índole para promover la integridad y para prevenir, detectar y castigar la corrupción de funcionarios públicos” (art. 9).

El Estado tiene obligaciones importantes de cooperación, particularmente en el ámbito de la extradición, de la asistencia judicial (reciproca), del procesamiento judicial y de las investigaciones.

Los Estados, en resumen, deben esforzarse por celebrar acuerdos complementarios que permitan la ejecución de la Convención y la consecución de los objetivos previstos en el mismo: obligaciones de comportamiento a su cargo que permitirán la lucha contra la delincuencia organizada transnacional.

### **B. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

El Protocolo, desde el punto de vista formal, es un texto vinculado a la Convención antes referida cuyos fines son “prevenir y combatir la trata de personas, prestando especial atención a las mujeres y niños; proteger y ayudar a las víctimas de dicha trata, respetando plenamente sus derechos humanos y promover la cooperación entre los Estados

partes para lograr esos fines”.

La Convención define la trata de personas en forma clara en su artículo 3.<sup>271</sup>

En la definición se recogen los elementos objetivos o materiales (la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas) y los elementos subjetivos o psicológicos (la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o la recepción de pagos o beneficios).

La definición mínima de la explotación: explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

El Protocolo establece una serie de obligaciones a cargo de los Estados partes, en el contexto de la penalización o tipificación del delito, de la protección de las víctimas y en el ámbito de la prevención y de la cooperación.

En el primer contexto, los Estados adoptarán las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito en su derecho interno las conductas enunciadas en el artículo 3 del Protocolo, es decir, la trata de personas. El Estado debe además proteger la privacidad y la identidad de las

víctimas previendo, entre otras, la confidencialidad de las actuaciones judiciales del caso (art. 6-1), y adoptar todas las medidas de prevención y de cooperación. En este último sentido, los Estados partes establecerán políticas, programas y otras medidas para prevenir y combatir la trata de personas y para proteger a las víctimas, especialmente mujeres y niños.

El objetivo del Protocolo se traduce en la prevención del delito, el castigo de los culpables y la protección de las víctimas. Los medios de realización son los generalmente previstos en textos de esta naturaleza: las medidas de orden interno.

### **C. Protocolo contra el tráfico ilícito de Migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**

El Protocolo, que complementa la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, tiene como objetivo “prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes” además de “promover la cooperación entre los Estados” con ese fin. La Convención pone énfasis en la protección de los derechos de los migrantes que son objeto de ese tráfico.

La definición del “tráfico ilícito” en la Convención contiene dos elementos: el primer, objetivo o material: la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del

cual no es nacional o residente; y, el segundo, subjetivo que representa la motivación del acto: la intención o el fin de “obtener directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.”

El Protocolo define la “entrada ilegal” como “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”. El Protocolo define también en su artículo 3 (definiciones) los términos “documento de identidad” y “buque”.

El ámbito de aplicación del Protocolo es precisado en su artículo 4: Prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados, es decir, del tráfico ilegal de migrantes. Los Estados partes asumen al igual que en el Protocolo antes considerado, una serie de obligaciones que se traducen en la adopción de medidas legislativas y de otra índole, en el plano interno, para tipificar el delito en los términos en que se describe en el artículo 6. De acuerdo con el Protocolo, los Estados partes cooperarán “en la medida de lo posible” para “prevenir y reprimir el tráfico ilícito de migrantes por mar” de conformidad con el derecho internacional del mar. El artículo 8 de este texto establece las medidas contra el tráfico ilícito de migrantes por mar.

El Protocolo constituye un mecanismo de cooperación fundamental. Los Estados deben intercambiar información sobre todo lo relacionado con los actos que puedan constituir el delito de tráfico ilícito de migrantes.

Los Estados asumen una obligación importante en relación con la capacitación de los funcionarios de inmigración, mediante la cooperación técnica, destacando expresamente la necesidad de considerar el respeto de los derechos humanos. Los Estados partes cooperarán entre sí y con las organizaciones internacionales y no gubernamentales para garantizar tal capacitación.

Destaca también la información para que la opinión pública entienda el carácter de delito de los actos a que se refiere el Protocolo, es decir, el tráfico ilícito de migrantes. El Estado parte deberá adoptar las medidas necesarias para poner en marcha o reforzar, si existen, programas de información sobre la materia.

El Protocolo tiende a proteger a las personas que son objeto del tráfico ilícito. Esto es importante y de allí que se busque respetar sus derechos y sus derechos humanos en particular.

## **VI. El asilo y el refugio en el derecho internacional de los derechos humanos**

El asilo territorial, el refugio, el asilo diplomático son instituciones del Derecho Internacional que presentan elementos comunes importantes: su objeto es la persona y su objetivo, la protección de ellas, en determinadas circunstancias; a la vez estas instituciones presentan diferencias igualmente relevantes: categorías de personas distintas a las que se aplican diversas normativas específicas. El estatuto de refugiado es indisociable de la cuestión del derecho de asilo territorial (que debe distinguirse del asilo diplomático) es decir, del derecho de toda persona perseguida de buscar y encontrar asilo en otro país.<sup>272</sup>

Se hará referencia en primer lugar al asilo de acuerdo con las Convenciones de Caracas de 1954 y luego al asilo y al refugio en el contexto de la Convención sobre el estatuto de refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

### **1. El asilo en el derecho internacional de los derechos humanos**

El derecho de asilo es una institución que protege a los perseguidos

políticos y trae al derecho internacional una diferencia fundamental entre delitos comunes y delitos políticos. Abre también las puertas a la consideración de otro tipo de delitos de mayor gravedad, como los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad, el crimen de agresión y el crimen de genocidio, que están excluidos del asilo y que en ningún momento pueden considerarse como delitos políticos.

#### **A. Evolución del derecho de asilo**

##### ***a. El asilo diplomático***

Las primeras manifestaciones de asilo en las Misiones Diplomáticas se remontan a la Europa del siglo XV. Esta práctica se extendió principalmente en los siglos XVI y XVII. A fines del siglo XVIII, la proclamada “inmunidad del barrio”, por su extensión, atrajo severas críticas.

En América, a partir de la independencia, se va planteando la necesidad de reglamentar y codificar de manera regular el derecho de asilo. Los primeros esfuerzos corresponden a las Reglas de Lima en 1865 y a las Reglas de La Paz, en 1898.

El Tratado sobre derecho penal internacional, suscrito en Montevideo el 23 de enero de 1889, fue el primer instrumento latinoamericano multilateral, que previó el llamado asilo diplomático y estableció la obligación de respetar el asilo con respecto a los perseguidos por motivos políticos. En 1939 se adoptó el Tratado sobre asilo y refugio político, donde se establece que la calificación de las causas que motivan el asilo corresponde al Estado que lo concede.

En 1928, un gigantesco avance se produciría en esta materia. Se aprobó en La Habana, Cuba, la Convención sobre asilo, la primera Convención Interamericana sobre la materia, misma que sirvió de base para los fallos de la Corte Internacional de Justicia en el caso del asilo de Víctor Raúl Haya De La Torre. Su Artículo 2 señala que “el asilo de delincuentes políticos en legaciones, navíos de guerra, campamentos o aeronaves militares, será respetado en la medida en que, como un derecho o por humanitaria tolerancia, lo admitieren el uso, las convenciones o las leyes del país de refugio...” y de acuerdo con las disposiciones que se enumeran en la Convención.

La Convención sobre asilo político suscrita en Montevideo en 1933, agrega, entre otras cosas, que la calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo, subsanando así una importante laguna en el instrumento convencional de 1928.

La última de las Convenciones sobre asilo diplomático se suscribe en Caracas en 1954, desde entonces el Sistema Interamericano no ha suscrito nuevos instrumentos en la materia. En esta Convención se establece el principio básico de que “todo Estado tiene derecho de conceder asilo; pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar por qué lo niega”. Se precisa lo que constituye un “caso de urgencia”, dejando su apreciación al Estado que ha de otorgar el asilo. Se establece la obligación del Estado territorial de dar las garantías necesarias y el correspondiente salvoconducto para la salida del asilado. Se precisa, de igual manera, un procedimiento para aquellos casos en que el Estado territorial tenga la intención de solicitar la extradición posterior.

La Corte Internacional de Justicia, en su fallo del 20 de noviembre de 1950, en el caso del asilo de Víctor Raúl Haya De La Torre, analizó básicamente una de estas Convenciones: la Convención de La Habana de 1928. Gran parte del fallo se centró en la calificación del derecho de asilo, aspecto que no está incorporado en dicho instrumento. La Corte analizó también los temas de la justificación del asilo (caso de urgencia) y de la extensión del salvoconducto. Concluyó que el asilo no había sido otorgado en conformidad con la Convención. Una demanda de interpretación fue declarada inadmisible en el fallo del 27 de noviembre de 1950. Un tercer fallo de la Corte del 31 de junio de 1951,

siempre sobre este caso, trató sobre las maneras de poner fin al asilo, juzgando que las partes estaban en capacidad de encontrar una solución práctica satisfactoria, inspirándose en consideraciones de cortesía y buena vecindad.

Mediante Resolución 3321 (XXIX) “Cuestión del Asilo Diplomático”, la Asamblea General de las Naciones Unidas, invitó a los Estados Miembros que desearan expresar sus opiniones sobre la cuestión del asilo diplomático y pidió al Secretario General que preparase un informe en el que figure un análisis de la cuestión del Asilo Diplomático. Las respuestas a este tema arrojaron tres posiciones básicas:

- Estados que aceptaban la institución del asilo diplomático;
- Estados que no aceptaban la institución del asilo diplomático; y
- Estados que aceptaban parcialmente algunos de sus principios, sobre bases humanitarias y de extrema urgencia o peligro.

En su Resolución 3497 (XXX), la Asamblea General decidió seguir estudiando esta cuestión en un futuro Período de Sesiones de la misma.

### ***b. El asilo territorial***

El artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala que:

*“En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar*

*asilo y a disfrutar de él en cualquier país...”*

En el ámbito latinoamericano este derecho ha sido consagrado en diversos instrumentos regionales como la Convención de La Habana del 20 de febrero de 1928; la Convención de Montevideo del 26 de diciembre, de 1933; el Tratado sobre asilo y refugio político, de 1939 y la Convención de Caracas, de 1954. Para algunos este derecho forma parte del derecho internacional general americano. Este derecho, sin embargo, no es consagrado ni en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 ni en la Convención europea de 1966.

Para García-Amador, el asilo territorial es el régimen aplicable a los exiliados y refugiados políticos.<sup>273</sup> A nivel interamericano, la citada Convención sobre asilo territorial suscrita en Caracas, en 1954, constituye el instrumento fundamental que rige la institución.

La Convención sobre asilo territorial, establece en su Artículo 1:

*“que todo Estado tienen derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno”.*

En su Resolución 2312 (XXII) del 14 de diciembre de 1967, la Asamblea General de las Naciones Uni-

das aprobó una Declaración sobre el asilo territorial que, en su parte preambular, reconoce que:

*“el otorgamiento por un Estado de Asilo a personas que tengan derecho a invocar el Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es un acto pacífico y humanitario y que, como tal, no puede ser considerado inamistoso por ningún otro Estado”.*

El Artículo 1 de esta Declaración establece lo siguiente:

*“El asilo concedido por un Estado, en el ejercicio de su soberanía, a las personas que tengan justificación para invocar el Artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, incluidas las personas que luchan contra el colonialismo, deberá ser respetado por todos los demás Estados”.*

El artículo 2 se refiere a las personas que no podrán invocar el derecho de buscar asilo o de disfrutar de éste. Reafirma, en su punto 3, la norma que estipula que corresponde al Estado que concede el asilo, calificar las causas que lo motivan.

Mediante Resolución 3456 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas pidió al Secretario General que, en consulta con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, convocase a una Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Asilo Territorial, del

10 de enero al 4 de febrero de 1977, para examinar y aprobar una Convención sobre el asilo territorial.

La Conferencia, en su Novena Sesión, celebrada el 4 de febrero de 1977, considerando que no había podido cumplir con su mandato dentro del tiempo previsto, consideró que deberían proseguirse los esfuerzos para adoptar una Convención sobre asilo territorial y recomendó convocar oportunamente a un nuevo Período de Sesiones de la Conferencia, el que hasta la fecha no se ha realizado.

## **B. Consideraciones especiales**

El derecho de asilo consagrado en la Declaración Universal de Derechos Humanos había sido consagrado unos meses antes en el Artículo XXVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que establece:

*“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.”*

Este derecho vendría a ser incorporado después, en gran parte de las grandes Convenciones regionales en materia de derechos humanos, derecho humanitario y en algunas declaraciones emanadas de conferencias mundiales y regionales.

Otras instituciones como la extradición y el refugio se han ido compatibilizando y armonizando de tal manera, que hoy por hoy, la inmensa mayoría de convenciones de extradición han ido excluyendo<sup>274</sup> los delitos políticos y comunes conexos con los políticos, de su ámbito de acción. De igual manera, como hemos visto, diversas Convenciones han venido precisando,<sup>275</sup> los crímenes que no pueden ser considerados como delitos políticos. El asilo mismo ha tratado de definir las personas que no podrían invocar el derecho de asilo, o de disfrutar de él, en base a la naturaleza de los crímenes cometidos.

Un avance importante en la materia, lo constituye la citada Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 2312 (XXII), así como los referidos esfuerzos de codificación realizados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, lo cual coloca el tema en un franco proceso de codificación.

### **C. El tratamiento del tema en la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas**

El tema del “derecho de asilo” ha sido tratado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, desde su Primer Período de Sesiones, celebrado en 1949, cuando preparó una lista provisional de catorce temas seleccionados para la codificación, entre ellos, el derecho de asilo.

En resolución 1400 (XIV), del 21 de noviembre de 1959, la Asamblea General pidió a la CDI proceder, tan pronto como lo considere oportuno, “a la codificación de los principios y normas de Derecho Internacional relacionados con el derecho de asilo”.

En 1977, la Comisión acordó, en su 29º período de sesiones, que el tema del asilo no parecía, en ese momento, requerir consideración activa en un futuro inmediato.

No obstante, se explicaba que la Comisión estaba enterada de la celebración de una primera sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial. De igual manera, se hacía referencia al hecho que, sobre el tema de asilo diplomático, la Asamblea General de las Naciones Unidas,<sup>276</sup> había decidido “seguir estudiando esta cuestión en un futuro período de sesiones”. A partir de entonces, no parece que el tema haya vuelto a tratarse.

El “derecho de asilo” es, entonces, un tema que ha figurado en la Comisión, desde su primer período de sesiones, celebrado en 1949, como un asunto susceptible de codificación y desarrollo progresivo. El hecho de que el tema fuese abordado sucesivamente, tanto en su dimensión de derecho de asilo diplomático como de derecho de asilo territorial, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, pareció trasladar a otros órganos y conferencias el tratamiento de este asunto, encargado originalmente a la CDI, en la ya citada resolución.

#### **D. Características especiales del derecho de asilo en el sistema interamericano**

El derecho de asilo tiene una doble dimensión: es un derecho que puede corresponder tanto al Estado, como al individuo. La imagen del Estado y del individuo son como las dos caras de una misma moneda. Se trata, por tanto, de un derecho de asilo y al asilo.

En cuanto a la definición, el asilo se construye por exclusión; esto es, no debe amparar a una persona responsable de un delito común, ni de crímenes graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, tales como el crimen de genocidio y los de lesa humanidad.

La naturaleza del delito debe ser política o bien política conexas con delitos comunes. La carta que acredita al asilado es la persecución política que sufre, que le ocasiona un perjuicio injustificable, ya sea para su vida o su integridad física y mental amenazada de esa forma.

La concesión del asilo genera la obligación de no extraditar. Extradición y asilo son dos figuras excluyentes. Quien recibe asilo, no puede ser objeto de extradición, instituciones que como se verá luego tienen también relación con el principio fundamental de protección: el principio de no devolución o de *non refoulement*.

Una característica relevante, es que el Estado de asilo conserva el derecho de calificar unilateralmente si se trata de un delito político o no. Esta calificación del delito ha sido dejada en manos del Estado de asilo, resolviendo así una disputa central para el buen funcionamiento de esta institución.

Finalmente, el Estado de asilo tiene la capacidad de concederlo o denegarlo, sin caer en la obligación de dar las razones para una u otra decisión. Este tema resuelve también una laguna de fondo de las primeras Convenciones sobre asilo, al dejar la potestad discrecional de otorgar asilo, en manos del Estado asilante, cuya voluntad no admite cuestionamientos sobre las razones que lo motivan.

#### **E. Conclusiones y perspectivas**

El asilo es una institución desarrollada en América Latina y un aporte legítimo al derecho internacional. Es parte fundamental de los derechos humanos de las personas. Actualmente, es reconocido como una conquista de la humanidad. Es una institución de naturaleza netamente humanitaria: protege la vida y la libertad ante la persecución originada en razones políticas.

Es esencial distinguir entre el derecho de asilo diplomático y el derecho de asilo territorial. Este último, en la práctica, ya ha sido objeto de Declaraciones universales y esfuerzos también universales de codifi-

cación avanzados y parecería más sencillo continuar trabajando, en una primera etapa y por el momento, en esa dirección.

En cuanto al asilo diplomático, se podría avanzar en un nuevo estudio global que sistematice las observaciones recibidas, recabe nuevos comentarios y presente nuevos caminos y perspectivas para su desarrollo progresivo y codificación a nivel universal.

## **2. Las fuentes del derecho internacional de los refugiados: normas y principios aplicables**

Hay una categoría de personas que huyen de una situación generalizada de violencia o por la violación masiva de los derechos humanos quienes, después de haber atravesado el territorio en el cual habitan o tienen su residencia habitual, llegan a la frontera para convertirse en ese momento en **solicitantes de asilo** y, más tarde, si llenan las condiciones exigidas por el derecho aplicable, adoptan el **estatuto de refugiado**, pasando en consecuencia a disfrutar del asilo que el Estado del territorio lo otorga, con los derechos y las obligaciones que establecen los tratados internacionales y las normas internas aplicables.

Estas personas están protegidas por las normas y principios de derecho internacional relativo a los derechos humanos, pero también por normas y principios específicos que confor-

man el Derecho Internacional de los Refugiados, una rama del Derecho Internacional público cuya sistematización comienza con la adopción de la Convención sobre el estatuto de refugiado de 1951, aunque se aprecian algunas tentativas anteriores, tanto en lo que respecta a la elaboración de normas como a la creación de órganos internacionales para examinar las situaciones que planteaban entonces, los movimientos forzados de personas.

El Derecho Internacional aplicable a esta categoría de personas evoluciona junto a las preocupaciones cada vez mayores de los países de acogida. La efectividad del conjunto de esas normas y principios dependerá principalmente del equilibrio que se logre entre una interpretación apropiada y los justos intereses de los países de acogida que reciben una pesada carga de refugiados, sin que se altere la integridad del concepto de asilo y de los principios fundamentales relacionado con él.

Las fuentes del Derecho Internacional de los refugiados son de origen convencional (universales y regionales: americanas, europeas y africanas) y de origen no convencional (las resoluciones y las recomendaciones de los órganos internacionales, entre ellas las Conclusiones del Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados). Al lado de ellas, deben considerarse algunos principios aplicables a la protección de esta categoría de personas o de gru-

pos de personas, algunos de ellos de naturaleza netamente política, pero que producen ciertos efectos jurídicos: la solidaridad internacional y el reparto de la carga; otros, de naturaleza indiscutiblemente jurídica, como el principio de no devolución o de *non refoulement*.

### **A. Los orígenes del régimen jurídico y de las instituciones relacionadas con la protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados**

Antes de la Convención de 1951, el régimen aplicable a los solicitantes de asilo y a los refugiados estaba constituido por principios generales de derechos humanos, normas derivadas del derecho consuetudinario y por las disposiciones de algunos acuerdos y otros instrumentos adoptados al finalizar la primera guerra mundial, principalmente en Europa y en América Latina. La elaboración de estas normas y principios respondía entonces a situaciones particulares como, por ejemplo, los flujos masivos de refugiados producidos por la revolución rusa de 1917 y la situación en Alemania al final de los años 30.

La revolución rusa estimuló la elaboración de una Convención internacional en 1921 y la Conferencia de 1922 que adoptó los Arreglos del 5 de julio de 1922, relativos al otorgamiento de certificados de identidad a los refugiados rusos, considerados ambos como el pri-

mer paso hacia el reconocimiento del estatuto de refugiado. Más tarde, en 1926, estos Arreglos fueron mejorados pero no sería sino en 1928 cuando se planteará su extensión a otros grupos de refugiados.

La primera tentativa internacional para elaborar normas relacionadas con la protección de refugiados se realizó en la época de la Sociedad de Naciones, cuando se toma conciencia por primera vez de la responsabilidad de la comunidad internacional ante la problemática que planteaba la situación de los refugiados y los grupos de personas que se desplazaban por la violencia generalizada o por la violación masiva, sistemática y generalizada, de los derechos humanos.

La Convención sobre el estatuto internacional de refugiado, de 1933, fue el primer instrumento internacional que hizo referencia al principio en virtud del cual los refugiados no debían ser devueltos a su país de origen. Esta Convención fue ratificada por solamente ocho Estados. Otro instrumento internacional adoptado entonces fue la Convención de 1936 sobre el estatuto de los refugiados que venían de Alemania, completada luego por la Convención de 1938 que también sería objeto de muy pocas ratificaciones.

En 1947 se da un paso importante con la creación de la Organización Internacional para los Refugiados (OIR) como un órgano provisio-

nal, con un mandato determinado y preciso que debería concluir en 1950, con el objetivo de abordar la problemática que planteaban los movimientos forzados de personas después de la segunda guerra mundial.

La Constitución de la OIR afirmaba que el objetivo principal de ella era “estimular y reforzar, de todas las formas posibles, el retorno rápido de los refugiados hacia sus países de nacionalidad o de residencia habitual”. La resolución, sin embargo, preveía este objetivo en una perspectiva adecuada, declarando que “no será obligado a regresar a su país de origen ningún refugiado o persona desplazada que exprese razones válidas en contra de tal regreso”.

Las tareas que le fueron encomendadas a la OIR fueron numerosas y variadas que iban desde la compilación de datos personales, la determinación del *status* de cada persona, hasta la posible repatriación y reintegración. Desde luego, lo más importante: la protección jurídica y política de estas personas. La OIR no pudo solucionar los diversos problemas que planteaban los refugiados. Había, sin embargo, una conciencia general de continuar la cooperación internacional para abordar los problemas que se derivaban de tales desplazamientos aunque había, es verdad, un cierto desacuerdo sobre los objetivos precisos de esta cooperación.

La evolución institucional internacional continúa en 1949, con la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), con un mandato inicial de tres años.<sup>277</sup> Más tarde, para reglamentar su funcionamiento se adopta, en 1950, el Estatuto del nuevo órgano de las Naciones Unidas. Ambas resoluciones constituyen el cuadro de referencia principal para la elaboración de las normas que serán incorporadas poco tiempo después en la Convención de 1951.

## **B. El desarrollo convencional**

Las fuentes convencionales principales del Derecho Internacional de los Refugiados son la Convención sobre el estatuto de refugiado, de 1951; y su Protocolo, de 1967, instrumentos que constituyen la piedra angular del régimen de protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados. Algunas de las normas contenidas en estos instrumentos son normas de derecho internacional consuetudinario. Los Estados, partes o no en estos instrumentos, estarían obligados entonces de cumplir algunas de las obligaciones derivadas de éstas, en virtud del derecho internacional general. Los Estados Partes en la Convención y el Protocolo, sin embargo, no dejan de subrayar la necesidad de que todos los Estados se hagan parte de la Convención o del Protocolo, para garantizar aún más la protección de los refugiados.<sup>278</sup>

**a. De carácter universal**

**(i) La Convención sobre el estatus de refugiado de 1951**

La Convención de 1951 define el término “refugiado” de una manera clara pero limitada. Esta definición es el producto de un debate muy particular durante los trabajos preparatorios de la Conferencia. El hecho de que la Convención viniese a crear nuevas obligaciones jurídicas internacionales, hizo que los Estados participantes limitaran la definición a una cierta categoría de personas.

La definición se logra después de largas deliberaciones. Se acuerda así una fórmula que satisfacía a todas las partes en la negociación. Se estableció entonces una definición general aplicable universalmente, centrada sobre dos supuestos que serían los elementos constitutivos de esta definición: “los temores fundados de ser perseguida”, por las razones expuestas en el parágrafo 2 del artículo que contiene la definición en la Convención (art. 1). Y, por otra parte, que esta persona que se encuentra fuera de su país “no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

El primer elemento de la definición es de carácter subjetivo. El término perseguido, sin embargo, vale precisar, no está definido en la Convención de 1951 ni en ningún otro instrumento internacional. En los artículos 31 a 33 de la Convención se hace referencia a ciertas personas cuya vida está amenazada. La significación fundamental literal del término persecución incluye la amenaza de la privación de la vida o de la libertad física. Sin embargo, en ese amplio marco, se plantean cuestiones de graduación y de proporción (...) y en la valoración que se hace en el marco de la Convención surgen factores muy complejos como son : 1) la naturaleza de la libertad amenazada ; 2) la naturaleza y la severidad de la restricción y 3) la comparación de la restricción relativa a los casos individuales.<sup>279</sup>

El segundo elemento constitutivo de la definición de refugiado es de naturaleza objetiva. Se refiere a la imposibilidad de obtener protección en el país de origen o de este último de garantizarlo por las circunstancias planteadas.

La definición de “refugiado” en la Convención es restrictiva. Se refiere ella a determinados refugiados y no a todos. Así, los beneficios de la Convención de 1951 sólo favorecen a los refugiados surgidos como consecuencia de los sucesos ocurridos antes del 1º de enero de 1951. Ese carácter restrictivo de la Convención conducirá a la negociación y a la elaboración del Protocolo de 1967

que introduce cambios importantes en relación con esta limitación.

Aunque en la Declaración Universal de 1948 se consagra el derecho de toda persona de buscar asilo y de beneficiarse de él, durante las negociaciones de la Convención de 1951 los representantes dieron mayor importancia al derecho soberano del Estado de decidir sobre las solicitudes de asilo, lo que traduce el poder discrecional del Estado y no la obligación de otorgarlo en todas las circunstancias.

La Convención no contiene ninguna mención al derecho al asilo, pero sí a la obligación de los Estados Partes de no devolver a un refugiado a otro país, incluido el suyo, en donde sea objeto de persecución y en donde su vida y su integridad física corran peligro, lo que está consagrado en el artículo 33 de la Convención que se examinará más adelante. Debe sin embargo subrayarse desde ahora que la negativa de otorgar asilo debe establecerse mediante un procedimiento legal o administrativo conforme al derecho interno del Estado de solicitud que contemple, incluso, el derecho de apelación en favor del solicitante de asilo.

Ahora bien, cuáles son los derechos y las obligaciones que se derivan de la Convención de 1951? Derechos en favor de una categoría de personas y obligaciones a cargo del Estado de acogida, aunque se establecen igualmente algunas obligaciones a cargo del refugiado.

La Convención establece obligaciones a cargo del Estado de acogida. La Convención no impone obligaciones a los Estados de origen aunque, es cierto, hoy en las deliberaciones en los órganos internacionales competentes se plantea la cuestión de las obligaciones de los Estados en cuanto a la reintegración y la reinserción de los refugiados repatriados e incluso, obligaciones de la comunidad internacional en su conjunto, es decir, Estados y organizaciones internacionales para solucionar en forma adecuada y definitiva los problemas que plantea esta situación.

El Estado de acogida debe reconocer ciertos derechos a los refugiados, entre los cuales, el de su estatus personal (art. 12); los relativos a la propiedad intelectual e industrial (art. 14); el derecho de asociación (art. 15); el acceso a los tribunales (art. 16); el derecho a un empleo remunerado (art. 17); el derecho de trabajar por cuenta propia (art. 18); el derecho a la libre circulación (art. 26); el derecho a un documento de identidad (art. 27) y documentos de viaje (art. 28); el derecho de transferir haberes a otro país.

El Estado tiene también algunas obligaciones de comportamiento igualmente importantes relacionados con la vivienda, la educación pública, la asistencia pública de los refugiados. Los derechos de éstos resultan entonces, igualmente relativos. Los Estados procurarán que ellos disfruten de tales derechos,

por lo general en las mismas condiciones que los nacionales del Estado y los extranjeros lo que constituye, por lo demás, una regla general aplicable según el artículo 7 de la Convención.

Este tratamiento particular se extiende incluso a los solicitantes que entran ilegalmente al país de acogida. Ellos podrán incluso circular libremente, salvo las restricciones necesarias, mientras se regulariza su situación. Además, no serán sancionados penalmente, siempre y cuando se presenten sin demora ante las autoridades de ese país.

El refugiado tiene entonces una serie de derechos que se derivan de esas obligaciones del Estado, además de los derechos humanos que se derivan de la normativa internacional sobre derechos humanos en general, pero esos derechos no son absolutos. Hay ciertas limitaciones y condiciones que establece la Convención. En su artículo 2 se señala textualmente que :

*“Todo refugiado tiene, respecto del país donde se encuentra, deberes que, en especial, entrañan la obligación de acatar sus leyes y reglamentos, así como las medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público.”*

## **(ii) El Protocolo de 1967**

Ante las limitaciones en el tiempo y en el espacio de la Convención de 1951, se hizo necesaria la elabo-

ración de un instrumento internacional más amplio; el Protocolo de 1967<sup>280</sup> sobre el estatuto de refugiado, que constituye la segunda fuente convencional de este derecho.

La Convención, como se indica en el mismo Preámbulo del Protocolo, sólo se aplica a los refugiados que han pasado a tener tal condición como resultado de los acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951. El objetivo fundamental del Protocolo de 1967 es corregir las limitaciones geográficas y temporales de la definición de refugiado, recogida en la Convención y permitir una mayor participación de los Estados, para establecer un régimen más universal.

El Protocolo de 1967 es un tratado internacional formalmente autónomo aunque materialmente vinculado a la Convención. No es un Protocolo en el sentido estricto del término. Los Protocolos son, por lo general, instrumentos internacionales vinculados a un Tratado o Convención que tienen por finalidad aclarar su contenido, reglamentar sus disposiciones o simplemente adicionar algunas otras que se estiman necesarias a los efectos de su aplicación práctica y que en muchos casos se consideran parte integrante del Convenio o Tratado principal.

El término Protocolo que se utilizó para denominar este instrumento podría plantear ambigüedades, ya que realmente no refleja su verdadera naturaleza. Su contenido va más allá

de ampliar, modificar o precisar las disposiciones de la Convención. Es un texto autónomo, un tratado internacional que llena todos los requisitos establecidos en el artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que requirió la firma y la ratificación de un número determinado de Estados para su entrada en vigor.

El Protocolo, como bien lo señala su artículo V, está abierto a la adhesión de todos los Estados Partes en la Convención y de cualquier Estado Miembro de las Naciones Unidas, de algún organismo especializado que haya sido invitado por la Asamblea General. En todo caso, la denominación de Protocolo empleada en este caso, no afecta el hecho de que sea un tratado y que además sea independiente de la Convención.<sup>281</sup>

Desde el punto de vista jurídico el aspecto más relevante del Protocolo, además de ampliar la el alcance de la Convención, es la obligatoriedad que se deriva para los Estados que se hagan parte, de aplicar prácticamente el contenido íntegro (artículos 2 al 34) de la Convención de 1951, aún cuando no sean parte de la misma. Es decir que, por la vía de la remisión, a través del Protocolo, los Estados que lo ratifican, de manera automática pasan a asumir los compromisos contenidos en la Convención. Esta particular característica ratifica el carácter autónomo del Protocolo y le da un particular carácter vinculante, que va más allá de la aparente ambigüedad en cuanto a su forma.

Algunos Estados son partes en el Protocolo más no en la Convención, lo que no deja de vincularles a la primera. Es el caso de Venezuela y de los Estados Unidos, entre otros, que no son parte de la Convención, pues nunca la ratificaron o adhirieron, pero que sí lo son del Protocolo.

En el Protocolo - artículo 1 (Disposiciones Generales) - se asumen todas las obligaciones contenidas en la Convención en sus artículos 2 a 34. Además, en el Protocolo -y esto es lo más importantes - se retoma la definición de refugiado contenida en el artículo 1 de la Convención sin las palabras “como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” y “a consecuencia de tales acontecimientos” que figuran el párrafo 2 de la Sección A, del artículo. Esta modificación, simple por lo demás, corrige la limitación de la Convención ya referida.

El Protocolo consagra en su artículo 2 la obligación para los Estados miembros de cooperar con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en el ejercicio de sus funciones, a cuyos efectos deben suministrarle informaciones y datos específicos que solicite acerca de: a) la condición de los refugiados; b) la ejecución del presente Protocolo y c) las leyes, reglamentos y decretos, que estén o entren en vigor, concernientes a los refugiados.

De estas obligaciones, podríamos afirmar, se deriva una cierta función de supervisión por parte del AC-

NUR, función que queda plenamente aceptada por las Partes al asumir el compromiso de informar sobre su actuación en la ejecución del Protocolo. Esta función queda plenamente evidenciada en los informes que presenta el ACNUR ante el Comité Ejecutivo precisamente sobre la situación de los países.

Establece además el Protocolo un mecanismo de solución de controversias, no contemplado en la Convención, que prevé el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia de cualquier controversia que no haya sido posible resolver por otros medios.

También se prevé en el Protocolo la posibilidad a los Estados de hacer reservas y declaraciones. Las primeras de ellas están referidas al mecanismo de solución de controversias, previsto en el artículo IV, antes citado, y aquellas relativas al contenido de la propia Convención de 1951.

De igual manera, y en atención a las limitaciones que la propia figura de la reserva tiene dentro del derecho internacional y el propio derecho de los tratados, se establecen las disposiciones a las cuales no les estaría permitido reservar. Estas disposiciones están referidas a la definición de Refugiado (art.1), prohibición a la discriminación (art.3), libertad de religión (art. 4), acceso a la justicia (art.16.1) y el principio de no devolución (art.33), aspectos fundamentales de la Convención, que de ser

objeto de reservas desvirtuarían su contenido, su objeto y su fin, y harían imposible su aplicación.

### ***b. De carácter regional***

#### **(i) Africano**

En el ámbito regional africano se observan la Convención de 1969 de la Organización de la Unión Africana sobre los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, adoptada, luego de los sucesos ocurridos en la región después de 1967,<sup>282</sup> y la Carta de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Banjul, en 1981.

- *La Convención de 1969 de la Organización de la Unión Africana sobre los Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África*

La Convención de 1969 es un texto particular que responde a las realidades africanas en donde la mayoría de los países son en algún momento receptores de refugiados y en otros, de envío o de origen. La Convención busca sobre todo promocionar la buena vecindad, haciendo hincapié en los problemas interestatales que puedan surgir por el éxodo.<sup>283</sup>

La Convención actualiza y amplía la definición de refugiado contenida en la Convención de 1951. Su aporte más relevante es el de incorporar a la definición de Refugiado contenida en el Estatuto de 1951, un aparte para especificar que la protección

debe aplicarse a cada persona que “a causa de agresiones externas, ocupación, dominio extranjero o acontecimientos que perturben gravemente el orden público en parte del o en todo el territorio del país de origen o nacionalidad, esté obligada a abandonar su lugar habitual de residencia para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad”. Otro aspecto novedoso de esta definición es que supera el tradicional concepto de refugiado, de persona víctima de la persecución, para trascender a la de víctima de la violencia o conflicto generalizado. Se precisa, además, la naturaleza del asilo que significa “un acto pacífico y humanitario cuyo otorgamiento no puede ser considerado como un acto inamistoso de un Estado”.

La Convención establece también los casos en que no se aplicará a determinadas personas y la excepción cuando el Estado de asilo tiene motivos fundados para considerar que la persona que solicita asilo ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito de lesa humanidad; que ha cometido un delito grave de carácter no político; que es culpable de actos contrarios a los objetivos y a los principios de la OUA o contra las Naciones Unidas.

La Convención de la OUA desarrolla los principios generales y fundamentales referidos al refugio, a las obligaciones de los Estados y las obligaciones de los refugiados. Se establecen una serie de obligaciones

a cargo de los Estados: las obligaciones de otorgar asilo, de repatriación voluntaria, de no devolución, de no discriminación y de cooperar entre ellos y con el ACNUR.

Una obligación importante se establece en el artículo 3-2:

*“Los Estados signatarios se comprometen a prohibir a los refugiados establecidos en sus respectivos territorios que ataquen a cualquier Estado Miembro de la OUA mediante cualesquiera actividades que puedan dar origen a tirantez entre los Estados Miembros y especialmente mediante el uso de armas o por conducto de la prensa o de la radio.”*

Igualmente, la Convención prescribe en su artículo 2-6, que:

*“Los Estados de asilo deben establecer los campos de refugiados a una distancia razonable de la frontera con el país de origen...”*

La Convención establece también obligaciones a cargo de los refugiados. La primera de esas obligaciones, inspirada en la contenida en el artículo 2 de la Convención de 1951, es la de respetar las leyes y reglamentos en vigor y las medidas de orden público del país de asilo. Luego, la obligación de no participar en actividades subversivas y ello en contra de cualquier Estado Miembro de la OUA (art.3).

En el artículo 2 de la Convención se incorpora una obligación de comportamiento importante.

*“Los Estados Miembros de la OUA se comprometen a hacer todo lo que esté a su alcance, dentro del ámbito de sus legislaciones respectivas, para acoger a los refugiados y para asegurar el establecimiento de aquellos que, por razones fundadas, no pueden o no desean regresar a su país de origen o al país de su nacionalidad.”*

Finalmente, se debe destacar que la Convención de 1969 considera la repatriación voluntaria como la solución ideal de la problemática de los refugiados y, por otra parte, estimula el diálogo para solucionar los problemas derivados de esta situación.

- *La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul)*

Después de la Convención de 1969 se adopta en África un texto más general que contiene normas y principios precisos muy importantes del derecho de los refugiados regional: la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada en Banjul en 1981, después de años de negociación. Este texto, como se vio antes al examinar las fuentes, constituye el instrumento jurídico regional general más importante, en materia de derechos humanos.

La Carta de Banjul se inspira en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en la Convención Americana de 1969 y en la Convención europea de 1950. Ella, sin embargo, tiene características muy particulares vinculadas a las realidades y a la civilización africanas, cuyos valores más importantes se relacionan con la familia y la comunidad. La referencia a los pueblos es, sin duda, una de las referencias más importantes de la Carta (arts. 19 a 22).

La Carta enumera, entre otros, los derechos civiles y políticos (arts. 18 a 24), entre los cuales el derecho de ir y venir, el derecho de salir del país y de regresar, y el derecho de asilo, fundamentales al derecho aplicable a los refugiados en la región.

## **(ii) Interamericano**

- *La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969*

Aunque es de carácter general, la Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969 establece en su artículo 22-7, el derecho de buscar y recibir asilo, disposición que se inspira en la redacción del artículo XXVII de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1949. Ese artículo reza:

*“Toda persona tiene derecho de buscar y recibir asilo en territo-*

*rio 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.”*

## C. Las fuentes no convencionales

### a. De carácter universal

Algunos textos internacionales pueden ser consideradas fuentes del Derecho Internacional de los Refugiados, dada su forma de adopción y su contenido que en muchos casos constatan o confirman la existencia de normas de derecho consuetudinario aplicable: La Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967 y el Estatuto del ACNUR, entre ellos.

#### (i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial

La Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, adoptada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas,<sup>284</sup> es un texto internacional que aún cuando no es de naturaleza convencional, tiene una relevancia jurídica muy particular.

La Declaración recoge disposiciones fundamentadas de la Carta de las Naciones Unidas y de otros instrumentos universales en materia de derechos humanos, a la vez que contempla principios fundamentales de la figura del asilo, previamente

consagrados en otros instrumentos de naturaleza convencional, aunque de alcance regional, como las Convenciones de Caracas de 1954. Ella recoge en su parte preambular disposiciones fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948: el derecho de toda persona de salir de cualquier país, incluso del suyo y de regresar a su país (art. 13), y el derecho de solicitar asilo y de disfrutarlo (art.14).

La Declaración establece el alcance del asilo, las condiciones en que el mismo será otorgado por los Estados y los requisitos para ello.

El asilo, según el artículo 1 de la Declaración, “es un acto discrecional de un Estado” que debe ser respetado por los otros Estados. Corresponde al Estado receptor calificar las causas que motivan la solicitud.

El asilo será otorgado a las personas protegidas por el artículo 14 de la Declaración de 1948. Sin embargo, el asilo no podrá ser otorgado a las personas que hayan cometido crímenes contra la paz, crímenes de guerra o un crimen contra la humanidad, de acuerdo con la definición que se haga de ellos en otros instrumentos internacionales.

La Declaración contempla también el principio de no devolución o de *non refoulement* (art. 3-1) y el de solidaridad internacional para el reparto de la carga (art.2-3).

**(ii) Resoluciones de órganos internacionales: Asamblea General, ECOSOC, Comité Ejecutivo del ACNUR**

Las resoluciones adoptadas por la Asamblea General y por el ECOSOC pueden considerarse también fuentes materiales del derecho aplicable a los solicitantes de asilo y los refugiados, aunque desde luego, ello sea considerado en forma relativa. Más importantes en este contexto resultan las Conclusiones y las Recomendaciones y otras decisiones adoptadas por el Comité Ejecutivo del ACNUR, recogidas, materialmente, en las resoluciones tanto del ECOSOC como de la Asamblea General.

Es cierto que las Conclusiones del EXCOM, como las resoluciones de los órganos internacionales en general, estarían desprovistas, en principio, de valor jurídico. Ellas no serían entonces, a primera vista, vinculantes desde el punto de vista jurídico. Se trata más bien de textos de naturaleza política que obligan a los Estados desde este punto de vista. Ello no significa, sin embargo, que estos textos no puedan producir algunos efectos jurídicos, de acuerdo con el derecho internacional.

Algunas Conclusiones del EXCOM reafirman principios, constatan su existencia o dan inicio a la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario. Ellas fortalecen la *opinio juris* necesaria para la formación de una norma de

derecho internacional general. En todo caso, las Conclusiones del EXCOM son muchas veces normativas y los Estados deben considerarlas así para poder garantizar la protección internacional que se persigue con los mecanismos y procedimientos establecidos.

**b. De carácter regional**

**(i) Interamericano**

En América Latina se han adoptado documentos importantes que sin ser convencionales en el sentido estricto del término tienen también una relevancia jurídica incuestionable. Textos que completan, precisan e incluso amplían algunas de las disposiciones de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967, como la Declaración de Cartagena de 1984 que enmarcó “la temática de los refugiados, desplazados y repatriados en el contexto más amplio de la observancia de los derechos humanos y de la construcción de la paz (inicialmente en la región centroamericana)”<sup>285</sup>. Igualmente importante es la Declaración de San José de 1994, que, aunque en momentos y ante situaciones distintos, tiene también relevancia como documento relativo a la protección de los refugiados, particularmente en relación con los desplazamientos forzosos, los derechos económicos, sociales y culturales, el desarrollo humano, la consideración de los grupos más vulnerables y el derecho de refugio en una más amplia dimensión.

• ***La Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984***

La Declaración de Cartagena es un documento político, No hay dudas sobre ello. Sin embargo, no puede dejar de otorgársele un valor jurídico relativo, a pesar de su naturaleza no formal. La cuestión que se plantea, en primer lugar, es si este documento internacional es vinculante desde el punto de vista jurídico.

Desde el punto de vista formal la Declaración no es un tratado internacional, pues no fue elaborado con las formalidades del caso ni con esa intención. No fue suscrito por representantes plenipotenciarios de los Estados, como lo exige la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ni sometido a ratificación. Sin embargo, contiene expresiones jurídicas sumamente importantes como son:

- a) la ampliación de la definición de refugiados a situaciones en que las personas huyen de sus países en razón de “conflictos internos, ***violación masiva de los derechos humanos*** u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público”. En este punto coincide la Declaración con la Convención de la OUA, sin embargo se incorpora el elemento novedoso de la violación masiva a los derechos humanos.
- b) La reiteración del principio de no devolución, con expreso énfasis

en la prohibición del rechazo en frontera.

- c) La incorporación de la categoría de personas desplazadas dentro de sus propios territorios, o *desplazados internos* (personas que se han visto forzadas a abandonar sus lugares de residencia y a asentarse en otras localidades al interior de su propio país, como susceptibles de protección y asistencia por parte de sus países de origen, y a los países de su nacionalidad a prestarla.

En el ámbito regional americano, la Declaración de Cartagena constituye un instrumento relevante desde el punto de vista jurídico. Su contenido es fuente de derechos y de obligaciones. Así ha sido considerada por los órganos regionales como, por ejemplo, la Asamblea General de la OEA cuando en su resolución 1170 (XXII-0/92) señala, en el párrafo cuarto preambular, que:

*“...la Declaración de Cartagena de Indias, de 1984... contiene un marco jurídico para el tratamiento de los refugiados en la región.”*

El tratamiento de los desplazados internos por parte de los países americanos que han enfrentado esa situación, ha sido reglamentado y regulado con base en las consideraciones de esta Declaración, que sirve de fundamento para las medidas que adoptan sobre el particular. La Declaración, reafirmada en diver-

sas ocasiones por órganos regionales, como la Asamblea General de la OEA, ha servido de fundamento en las relaciones bilaterales y multilaterales entre países de la región al tratar la problemática de los refugiados. Es el caso, por ejemplo, del Acta sobre Desplazados suscrita entre Venezuela y Colombia en 1999, a la cual se hará referencia más adelante.

Los principios contenidos en la Declaración de Cartagena fueron posteriormente desarrollados en los Principios y Criterios para la protección y asistencia de Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, producto de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), realizada en Guatemala en 1989; y, en la Evaluación y la Puesta en práctica de los referidos principios y criterios (1994).

Luego de una década de la Declaración de Cartagena, se hizo un balance sobre su contenido y aplicación, a la luz de la situación en el hemisferio en materia de refugiados y desplazados y se adoptó la Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas de 1994, mediante la cual se reconoce “la trascendencia de la Declaración de Cartagena en el tratamiento de las situaciones de refugiados”...y destaca “...la conveniencia de recurrir a la Declaración para encontrar respuestas a los problemas pendientes...”.

En esta última Declaración se reitera el valor de la definición de refugiado contenida en la Declaración de Cartagena, “que por estar sustentada en criterios objetivos, ha probado ser un instrumento humanitario eficaz para apoyar la práctica de los Estados de extender la protección internacional a personas necesitadas más allá del ámbito de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967.

Dentro de las recomendaciones más importantes contenidas en la Declaración está la de transmitirla a los gobiernos “con miras a contribuir a la aplicación de su contenido, a su mayor difusión, así como su presentación ante el Comité Ejecutivo del ACNUR.”

De igual manera deben considerarse los otros instrumentos de esta misma naturaleza como son la Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el derecho de los refugiados en América Latina y el Caribe, de 1999; y, la Declaración de Río sobre la Institución del Refugio, de 2000.

Todos estos textos confirman la existencia de normas más amplias, que aún cuando no forman parte de un instrumento de carácter convencional, constituyen normas del derecho consuetudinario. Los principios contenidos en ellos derivan de la costumbre internacional que se ha formado, a través de sus dos elementos indispensables como es la *repetitio*, representada en la práctica de los Estados de la región en materia de refugiados y personas desplazadas y la *opinio juris* de los

Estados de que esa práctica es vinculante.

- **Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina**

Diez años más tarde, a veinte de Cartagena, el 16 de noviembre de 2004 se adopta la Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina, en la que se reconoce, entre otros, la contribución de la región al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Refugiados, iniciado en 1889 con el Tratado sobre Derecho Penal Internacional antes citado.

El Plan de Acción contiene un Preámbulo y cuatro Capítulos referentes a: La situación de los refugiados en América Latina (I), la protección internacional para los refugiados (II), soluciones duraderas (III) y uno relacionado con los mecanismos de promoción, ejecución, seguimiento y evaluación del Plan de Acción (IV).

- **La Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, de 1994**

La Declaración de San José de 1994 reconoce la “trascendencia de la Declaración de Cartagena en el tratamiento de situaciones de refugiados” a la vez que destaca “la conveniencia de recurrir a la Declaración para encontrar respuesta a los problemas

pendientes y a los nuevos retos surgidos en América Latina y el Caribe en materia de desarraigo”.

La Declaración de San José reafirma la vigencia de los principios de la Declaración de Cartagena “por tratarse de un instrumento eficaz para apoyar la práctica de los Estados de extender la protección internacional a personas necesitadas de ella, más allá del ámbito de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967”.

La Declaración enfatiza “el carácter complementario y las convergencias entre los sistemas de protección (...) establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados”. Esta afirmación traspasa la visión departamentalizada de las distintas vertientes de protección.

- **Resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA)**

La Asamblea General de la OEA ha adoptado una serie de resoluciones que forman parte también del régimen de protección regional. Así observamos, entre otras,<sup>286</sup> la resolución AG/RES.1021 (XIX-0/89), sobre los Refugiados Centroamericanos y la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos, aprobada por la Asamblea General de la OEA en 18 de noviembre de 1989 y la resolución AG/RES1040 (XX-0/90), en la que reitera la importancia de los instru-

mentos internacionales, universales y regionales, así como de la Declaración de Cartagena de 1984, como normativa de protección.

Destacan también las resoluciones AG/RES.1103 (XXI-0/91) sobre la “Situación jurídica de los refugiados, repatriados y desplazados en el continente americano”, adoptada el 7 de junio de 1991 y, AG/RES.1170 (XXII-0/92) que reafirman principios y normas de protección aplicables a estas personas o grupos de personas, como el valor de la Declaración de Cartagena antes referida.

#### **(ii) Principios relativos al trato de refugiados, adoptada por el Comité Consultivo Afro-Asiático**

Se destaca en relación con la región asiática, la resolución adoptada por el Comité Consultivo Afro-Asiático, en el que se recogen los “Principios relativos al trato de refugiados”. Entre otros, se establece en estos Principios, el derecho del Estado de acordar asilo (Arit.-1), que la concesión del asilo no puede ser considerado un acto inamistoso, al igual que en el ámbito africano antes examinado (art. III-2) y la posibilidad de otorgar el asilo provisional cuando no se pueda otorgar asilo por razones de seguridad nacional (art. III-4).

#### **D. Las fuentes de origen nacional**

Las normas de origen nacional o las legislaciones internas deben ser

consideradas fuentes de este derecho. Todos ellos forman parte de lo que podríamos denominar el *corpus juris* del derecho internacional de los refugiados. Al lado de esa normativa nacional, existen mecanismos internos creados para considerar las situaciones planteadas y buscar la efectividad de la normativa internacional.

Así, se pueden observar en los distintos Estados la legislación nacional relacionada con los refugiados y la creación de Comisiones Nacionales encargadas de examinar las cuestiones relacionadas con esta problemática.

Es el caso de Venezuela, por ejemplo, en la Constitución de la República (1999) se incluye una disposición relativa al reconocimiento explícito del asilo y refugio y que ordena la elaboración de una ley sobre la materia. En base a ello se elaboró la Ley Orgánica sobre Refugiados y Refugiadas y sobre Asilados y Asiladas y su Reglamento, creándose además la Comisión Nacional.<sup>287</sup> En esta Ley se recoge la definición de refugiado y se incorporan explícitamente los principios básicos de no devolución, imposibilidad de imponer sanción por ingreso ilegal, de no discriminación y de protección.

#### **E. Los principios aplicables al asilo y al refugio**

Al lado de las normas precisas contenidas en los diferentes instrumen-

tos internacionales, deben examinarse algunos principios fundamentales aplicables en el contexto de este régimen particular de protección: el principio de la solidaridad internacional y del reparto de la carga y el de no devolución o de *non refoulement*.

**a. El principio de solidaridad internacional y del reparto de la carga**

Es cierto que el principio de solidaridad internacional y del reparto de la carga, que deben examinarse en forma conjunta y en relación, además, con los otros aplicables en este régimen, tiene una connotación política. Sin embargo, ellos tienen una importancia jurídica incuestionable relacionada con el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados e, incluso, de la comunidad internacional que comprende, además, los órganos internacionales relacionados con la protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados.

Los principios de solidaridad internacional y del reparto de la carga son esenciales a la efectividad de las medidas de protección que se logra con el cumplimiento cabal de las obligaciones internacionales por los Estados, particularmente cuando se trata de países en desarrollo que reciben importantes flujos de personas que, como se dijo antes, les afectan política, económica e incluso socialmente.

Si bien es cierto que existe, como se ha dicho antes, el derecho de solicitar asilo y de disfrutarlo y que los Estados tienen la obligación de considerar adecuadamente las solicitudes de asilo y de proceder a otorgarlo, si las condiciones exigidas se cumplen, sobre la base de los principios humanitarios más elementales, es cierto también que los Estados pueden enfrentar serios problemas para su cumplimiento, en perjuicio de la protección que se busca, cuando se plantea la recepción masiva de refugiados.

La recepción de refugiados no podrá realizarse sin consecuencias negativas en las estructuras administrativas y en las sociedades nacionales de los estados de acogida. Esa es una realidad incuestionable, si no se considera adecuadamente el principio de la solidaridad internacional y el del reparto justo y equitativo de la carga que tales flujos plantean.

El cumplimiento pleno de las normas y principios relacionados con esta protección depende, en la práctica, de la consideración adecuada estos principios. En particular, observamos que el pleno respeto del principio de no devolución o de *non refoulement* dependerá en gran medida de las capacidades de los países de acogida o de asilo. La protección material inicial y el asilo ulterior, con el disfrute de los derechos que se derivan de ese estatuto, plantean serios retos a los países en desarrollo, en particular.

La comunidad internacional, es decir, los estados y los órganos internacionales competentes, deben actuar solidariamente para enfrentar la situación planteada y permitir que el Estado de acogida pueda cumplir con sus obligaciones internacionales. No se trata de una responsabilidad de los países de origen, de tránsito, receptores e incluso de terceros afectados, sino de toda la comunidad internacional en su conjunto, como todo lo relativo con los derechos humanos en general que ya no son preocupación exclusiva de los Estados directamente afectados, sino que constituyen cuestiones de interés de la comunidad internacional.

La problemática de los refugiados incumbe a la comunidad internacional en su conjunto y su solución depende de la voluntad y de la capacidad de los Estados de actuar de manera coordinada y comprometida, con un espíritu auténtico de humanismo y de solidaridad internacional, tal como se establece en la Conclusión 52 del EXCOM, de 1988.

No hay dudas acerca del vínculo estrecho que existe entre la protección internacional, la asistencia material y la repatriación voluntaria, la integración en los países de asilo y la reintegración en las sociedades de origen y los principios de la solidaridad internacional y del reparto de la carga. Tampoco entre todos ellos y la capacidad del estado de cumplir con sus obligaciones internacionales.

Se ha dicho que los países de primer asilo soportan la carga principal de los refugiados y de los solicitantes de asilo y por ello se ha pedido al ACNUR de continuar sus esfuerzos para repartir la tarea de procurar asistencia y soluciones y de continuar la búsqueda de mecanismos que ofrezcan soluciones adecuadas a esos grupos.<sup>288</sup>

El EXCOM ha reiterado constantemente estos principios. Así, por ejemplo, la Conclusión 71, de 1993, en la que subraya:

*“...la importancia de la solidaridad internacional y de la distribución de la carga para reforzar la protección internacional de los refugiados ...”*

Este mismo texto exhorta de nuevo a:

*“...todos los Estados, conjuntamente con el ACNUR, a cooperar en los esfuerzos con el fin de aligerar la carga asumida por los Estados que acogen grandes grupos de refugiados y de solicitantes de asilo”.*

En las Conclusiones adoptadas por el Comité Ejecutivo en 2003, se reconoce que:

*“los países de asilo (...) soportan una pesada carga, en particular, los países en desarrollo, los países en transición y los países con recursos limitados que reciben un gran número de refugiados*

*y de solicitantes de asilo, principalmente aquellos que han acogido durante mucho tiempo refugiados ; (el EXCOM) reitera en relación con ello su firme compromiso relativo a la solidaridad internacional y al reparto de la carga y de la responsabilidad y reafirma el papel catalizador del ACNUR en la asistencia y el apoyo a los países que reciben refugiados (A/AC. 96/975), particularmente a los países en desarrollo y en la movilización de la asistencia de la comunidad internacional para enfrentar el impacto de las grandes poblaciones de refugiados”.*

Por ello se ha solicitado a los Estados que:

*“...manifiesten su solidaridad internacional y su participación en las cargas con los países de asilo, particularmente con aquellos que tienen recursos limitados, tanto a nivel político como con los otros medios que refuercen su capacidad para poder mantener las políticas generosas de asilo, a través de la cooperación conjunta con el ACNUR ...”<sup>289</sup>*

La solidaridad internacional y el reparto de la carga están igualmente vinculados a las condiciones requeridas para la reintegración que será – vale precisarlo – siempre voluntaria, segura y digna, de las personas desplazadas que han debido dejar sus lugares de origen. Las condi-

ciones favorables son indispensables para la solución adecuada y definitiva de la problemática que plantean los refugiados; ella será sólo posible con la asistencia de la comunidad internacional sobre la base de estos principios.

Estos principios han sido recogidos además en otros textos internacionales muy relevantes como, por ejemplo, la Declaración de Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial en cuyo artículo 2, parágrafo 1 se indica que :

*“Cuando un Estado tropiece con dificultades para dar o seguir dando asilo, los Estados, separada o conjuntamente o por conducto de las Naciones Unidas, considerarán, con espíritu de solidaridad internacional, las medidas procedentes para aligerar la carga de ese Estado.”*

Igualmente, en textos regionales como la Convención de la OUA de 1969 en la que se reafirma el principio de la “solidaridad africana y el de la cooperación internacional”. En efecto, en su artículo 2, parágrafo 4, se precisa que :

*“Cuando un Estado tropiece con dificultades para seguir concediendo el derecho de asilo a los refugiados, dicho Estado Miembro podrá hacer un llamamiento a los demás Estados Miembros, tanto directamente como por conducto de la OUA; y, los demás Estados Miembros, con es-*

*píritu de solidaridad africana y de cooperación internacional, adoptarán las medidas apropiadas para aliviar la carga de dicho Estado Miembro concediendo ellos mismos el derecho de asilo.”*

Finalmente, en la Conferencia de Plenipotenciarios de diciembre de 2001, celebrada para conmemorar los 50 años de la Convención de 1951, los Estados Partes adoptaron la Declaración y el Programa de Acción que si bien no es un documento jurídico, reconoce la voluntad de los Estados en este sentido, dándole así un peso político muy importante. Este documento, adoptado por consenso, incluye un objetivo sobre “el reparto equitativo de la carga de las responsabilidades y de la creación de medios de acción para recibir y proteger a los refugiados”. Se incluyen seis objetivos en este Programa de Acción: llegar a mejores arreglos de reparto de la carga para distribuir las cargas con los países de primer asilo; cooperar de manera más eficaz para reforzar los vínculos de asociación con la sociedad civil, incluyendo a las organizaciones no gubernamentales, para la protección; fortalecer las comunidades de los refugiados para tomar en cuenta sus propias necesidades de protección; la incorporación de cuestiones relativas a los refugiados en los programas de desarrollo nacional, regional y multilateral.

Estos principios pueden ser calificados de jurídicos o políticos. Pero

eso no es tan importante como los efectos “parajurídicos” que ellos puedan producir. Imponer a los Estados obligaciones esenciales, como la que se deriva del principio de no devolución o de *non refoulement*, supone también la consideración justa de los otros principios igualmente reguladores del comportamiento de los Estados y de las organizaciones internacionales, sin que ello pueda ser interpretado como favorable a la introducción de criterios derogatorios o de excepción del principio fundamental.

#### ***b. El principio de no devolución o de non refoulement***

El principio de no devolución o de *non refoulement* es fundamental en el sistema de protección internacional, particularmente en lo que respecta a la protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados. Es, en efecto, como lo ha expresado el EXCOM, “el principio cardinal de la protección” de éstos.<sup>290</sup>

El principio no es sólo de carácter convencional, consagrado en instrumentos jurídicos internacionales, sino que forma parte, como lo señala la mayor parte de la doctrina, del derecho internacional general. Por ello, se puede afirmar que existe una norma que vincula a todos los Estados, partes o no en los distintos instrumentos que le consagran. Incluso podría afirmarse que el principio constituye además una norma imperativa de derecho internacional o del *jus cogens*.

El principio de no devolución que se traduce en la prohibición de devolver a un territorio a una persona que llega a una frontera, cuya vida o integridad física están en peligro, por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social o por sus opiniones políticas, es un principio fundamental contenido en diferentes instrumentos relacionados con la protección de la persona, no sólo en el contexto de la protección de los solicitantes de asilo y de los refugiados, sino en el ámbito general de la protección de los derechos humanos.

Las autoridades de un país al cual llega una persona en búsqueda de asilo no pueden devolverla o expulsarla si ya está dentro del territorio nacional a menos que se apliquen las excepciones previstas en el parágrafo 2 del artículo 33 de la Convención. El Estado de acogida no puede proceder tampoco a la extradición al país de origen o a otro en donde la vida de la persona o su integridad física esté en peligro, como lo prescriben la Convención Europea sobre la extradición y la Convención Interamericana de 1981. No solamente podría decirse que la extradición es improcedente. También lo es la entrega a las autoridades policiales u otras del país de origen u otro en el que la persona esté en peligro aunque existan Convenios o Arreglos de cooperación, asistencia policial o judicial que prevean la entrega de personas en otras situaciones.

La protección se aplica principalmente a los solicitantes de asilo pues los refugiados, luego de adquirir este estatuto, pueden ser expulsados que es una cuestión distinta. El principio es aplicable a las personas que solicitan asilo, a las personas que llegan a una frontera o que ingresan al territorio de un Estado y que solicitan el estatuto de refugiado. Esa es la devolución que está prohibida aunque también, siendo distinta, está prohibida la expulsión arbitraria de refugiados e incluso de extranjeros, más cuando es en forma colectiva.

**(i) El principio de no devolución en los instrumentos y textos internacionales**

El principio de no devolución está consagrado en diversos instrumentos jurídicos internacionales, tanto de carácter universal, como de alcance regional e interregional. Igualmente, el principio está contenido en textos internacionales no convencionales.

• **De carácter universal**

En primer lugar, en la Convención de 1951 sobre el estatuto de refugiado, la que establece en su artículo 33 que:

*“Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras del territorio donde su vida o su libertad peligre por causas de su raza, re-*

*ligión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”*

El Protocolo de 1967 consagra también el principio al hacer remisión a la Convención de 1951 que hace aplicables los artículos 2 a 34 de ésta.

El principio está igualmente incorporado en otros instrumentos internacionales como la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, en cuyo artículo 3 se estipula que:

*“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.”*

*En relación con el asilo, el principio está incorporado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre Asilo Territorial de 1967, cuyo artículo 3, párrafo 1, establece que:*

*“Ninguna de las personas a las que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiere entrado en el territorio en que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.”*

La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, por su parte, se refiere únicamente a la expulsión colectiva y a la necesidad de que las expulsiones individuales estén basadas en una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley. El artículo 22, párrafo 1, dice a ese respecto que:

*“Los trabajadores migratorios y sus familiares no podrán ser objeto de medidas de expulsión colectiva. Cada caso de expulsión será examinado y decidido individualmente.”*

Y, en el párrafo 2 de ese mismo artículo se indica que:

*“Los trabajadores migratorios y sus familiares sólo podrán ser expulsados (...) en cumplimiento de una decisión adoptada por la autoridad competente conforme a la ley”.*

- **De carácter regional**
  - **Interamericano**

En el contexto americano, el principio de la no devolución es reconocido en diversos instrumentos. Así, en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889, en cuyo artículo 15 se señala que:

*“Ningún delincuente asilado en el territorio de un estado podrá ser entregado a las autoridades de otro, sino de conformidad a las reglas que rigen la extradición.”*

El principio está recogido igualmente en el Tratado de Montevideo sobre asilo y refugio político de 1939 (artículo 12); en la Convención de Caracas de 1954 (art. 4).

En el Pacto de San José, de 1969, se establece en el artículo 22, parágrafo 8, 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 está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas.”*

Y, en el parágrafo 9 de ese mismo artículo se dice que:

*“Es prohibida la expulsión colectiva de extranjeros”.*

En la Convención Interamericana de Extradición, de 1981, por su parte, se inscribe una facultad particular al señalarse que:

*“Ningún Estado está obligado a entregar a otro o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos.”*

#### - Africano

En el contexto africano, el principio ha sido igualmente consagrado en varios instrumentos jurídicos internacionales. Así, en la Convención

de 1969 antes referida, en cuyo artículo 2, parágrafo 3, se dice que:

*“Ninguna persona será sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la negativa de admisión en la frontera, la devolución o la expulsión que le obligarían a regresar o permanecer en un territorio en donde su vida, su integridad corporal o su libertad estarían amenazadas por las razones enumeradas en los párrafos 1 y 2 del artículo 1.”*

#### (ii) Las excepciones al principio

El principio de no devolución no es, como se ha señalado, absoluto. La Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 establecen excepciones a su aplicación. Distintamente, hay que precisar, en los textos regionales (la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984) se consagra el principio, sin excepciones.

En la Convención de 1951 hay dos disposiciones que regulan las excepciones al principio.

El artículo 1F, por su parte, precisa que la Convención no se aplicará a las personas en relación con las cuales 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 elabora-*

- dos 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.”*

Y, en el artículo 33, parágrafo 2, se establece que:

*“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 amenaza para la comunidad de tal país.”*

Estas dos disposiciones se refieren a dos cuestiones distintas. El artículo 1F se aplica a las personas en relación con las cuales “hay motivos fundados para considerar” que cometieron determinados crímenes, mientras que el artículo 33, parágrafo 2, se refiere a “un peligro para la seguridad del país” y que han sido objeto de una condena definitiva, por un crimen que “constituye una amenaza para la comunidad de ese país.”

Las excepciones se han planteado también en otros textos internacio-

nales, como la Declaración sobre asilo territorial, de 1967, en cuyo artículo 3 se señala que:

*“Ninguna de las personas a que se refiere el párrafo 1 del artículo 1 será objeto de medidas tales como la negativa de admisión en la frontera o, si hubiere entrado en el territorio en el que busca asilo, la expulsión o la devolución obligatoria a cualquier Estado donde pueda ser objeto de persecución.”*

En el caso en que se apliquen estas excepciones y que el Estado de refugio (de solicitud) haya decidido no aceptarlo en su territorio, la persona será devuelta hacia un tercer Estado en el que esa persona no constituya una amenaza para la comunidad del país.

En todo caso, este principio debe ser aplicado muy cuidadosamente pues como se ha señalado constituye la piedra angular de la protección de las personas y no solamente en el contexto de los refugiados y solicitantes de asilo, sino en general. Incluso, su aplicación debe ser observada con mucho cuidado aún cuando se trate de flujos masivos de personas. Por otra parte, la decisión de devolución debe ser establecida de conformidad con el derecho interno, en el marco de un proceso ajustado a derecho que incluya el derecho de apelación por parte del solicitante de asilo.

**(iii) Un principio de derecho internacional consuetudinario?**

Una cuestión muy importante que se plantea cuando se examina el principio de no devolución o de *non refoulement* es la relativa a su naturaleza: se trata de una norma de derecho internacional general y a la vez de una norma imperativa de derecho internacional o de *jus cogens*? La cuestión es de determinar si los Estados que no son Partes en los instrumentos que recogen el principio están obligados por la norma que se deriva o si por el contrario ellos están liberados de cumplir con tal obligación.

Como se sabe, la formación de la costumbre requiere la realización de actos, es decir, una práctica generalizada y la convicción de que esos actos son jurídicos.

El principio de no devolución no solamente está consagrado en instrumentos internacionales, como se vio antes. Su reconocimiento está reflejado en la práctica de los Estados que se refleja además en resoluciones y recomendaciones internacionales, particularmente del EXCOM del ACNUR y de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Se puede afirmar, como lo hace gran parte de la doctrina, que el principio forma parte del derecho internacional general por lo que los Estados deben observar-

lo, independientemente de si son o no partes en una Convención o Acuerdo en el que se le consagre. En pocas palabras, un Estado no podría devolver arbitrariamente a una persona en peligro, por el hecho de no ser parte de la Convención de 1951 o del Protocolo de 1967 o de un instrumento regional.

El principio de no devolución forma parte del sistema de protección de los derechos humanos. Tiene, en consecuencia, un carácter humanitario que fundamenta su relevancia. En ese contexto se plantea la cuestión, además, de si la norma que se refiere a la prohibición de la devolución en determinados casos, es una norma imperativa del derecho internacional o de *jus cogens*.

En base a la consideración del carácter netamente humanitario del principio, de su consagración como tal por el derecho internacional general y otras circunstancias, se puede afirmar que el principio es constitutivo de una norma del *jus cogens*, tal como se establece en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en particular, en sus artículos 53 y 64. El carácter imperativo de la norma que se deriva del principio impide a los Estados adoptar políticas y legislaciones nacionales contrarias al mismo. Cualquier acto internacional, además, contrario a la no devolución será nulo.

**(iv) El principio de no devolución y la extradición**

El principio de no devolución guarda una estrecha relación con la extradición, institución jurídica regulada por varios instrumentos internacionales, entre los cuales, a nivel regional americano, la Convención de Caracas del 25 de febrero de 1981, inspirada en los instrumentos regionales adoptados antes.

En el artículo 6 de esta Convención se establece que:

*“Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como limitación del derecho de asilo, cuando éste proceda.”*

Cuando una persona adquiere el estatuto de refugiado e incluso antes, cuando solicita el asilo, no puede ser devuelta o expulsada, como se vio antes, pero tampoco extraditada hacia el país de origen o hacia cualquiera en donde exista el peligro de muerte o de su integridad física.

El carácter del principio y su relación con la extradición ha sido reafirmado en varias ocasiones por el EXCOM en sus Conclusiones, como, por ejemplo, en la Conclusión 17 (1980) en la que al mismo tiempo que reafirme su carácter fundamental y su reconocimiento universal, precisa que:

*“los casos en los cuales se solicita la extradición de un refugia-*

*do o de una persona que puede ser considerada como tal, pueden dar lugar a problemas específicos...”; y, “se debe proteger a los refugiados (...) donde tendrían temor de ser perseguidos por motivos (...) en la Convención de 1951.”*

Los Estados, como se afirma en esa misma Conclusión, deben dar:

*“... seguridades para que el principio (...) sea razonablemente considerado en los tratados relativos a la extradición...”*

En esa Conclusión y en otras adoptadas por el EXCOM se expresa el deseo de que el principio sea considerado justamente, cuando se apliquen los tratados de extradición.

**(v) El asilo provisional**

Si bien es cierto que el Estado puede “devolver” a una persona que solicita asilo o refugio, el Estado de la solicitud al proceder justificadamente a ello debe considerar la posibilidad del asilo provisional para que pueda ir luego a otro país distinto al de origen o a uno en el que su vida esté en peligro.

La Convención de 1951 establece, al referirse a la expulsión del refugiado, que:

*“Los Estados (...) concederán (...) al refugiado un plazo razonable dentro del cual pueda gestionar su admisión legal en otro país....”*

La Declaración sobre Asilo Territorial de las Naciones Unidas prevé también la facultad del Estado de “considerar (...) conceder a la persona interesada (...) una forma de asilo provisional o de otro modo, a fin de que pueda ir a otro Estado” (art. 3, párrafo 3).

## **VII. La protección de los derechos humanos en situaciones internas**

Un grupo de personas sumamente importante, vulnerable en cuanto al respeto de sus derechos humanos, lo constituye aquel que por situaciones de violencia o de violación masiva de derechos humanos, debe desplazarse dentro del territorio del Estado en el cual tienen su hogar o su residencia habitual. Se trata de personas que se encuentran medio de un conflicto armado dentro del territorio del Estado en el que están radicados y de personas que huyen para salvar su vida y su integridad física de situaciones relacionadas con la violencia generalizada o la violación masiva de los derechos humanos.

Dos grupos de personas distintos sometidos a regímenes jurídicos específicos que difieren pero que tienen elementos comunes importantes. Se trata, en primer lugar, de la población civil que se encuentra en medio de un conflicto armado no internacional, a las que se aplica una normativa específica, el derecho internacional humanitario. Y, las personas o grupos de personas categorizadas como personas desplazadas internamente en relación con las cuales se establecen normas y principios, nacionales e internacionales, para garantizar el

disfrute de sus derechos humanos.

### **1. La protección de los derechos humanos en conflictos armados internos: Aplicación del derecho internacional humanitario**

#### **A. Derechos humanos y derecho internacional humanitario**

El derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos tienen elementos comunes fundamentales. Su objeto es, en ambos casos, la protección de la persona. Los separan solamente ciertas especificidades y el proceso de formación de sus normas y principios.

El derecho internacional humanitario se elabora con el fin de evitar o disminuir sufrimientos en las guerras. Se puede definir como el conjunto de principios y normas que limitan el uso de la violencia en período de conflictos armados, sean internacionales o de alcance meramente interno. Se intenta mediante este cuerpo proteger a las personas que no están directamente involucradas en las

hostilidades: heridos, náufragos, prisioneros de guerra y civiles. El régimen de Ginebra ha sido elaborado bajo los auspicios de la Cruz Roja Internacional.

Este conjunto de normas y principios se complementa con las normas fundamentales de los derechos humanos, antes examinados, es decir, la Declaración de 1948, los Pactos y los otros instrumentos internacionales que constituyen las fuentes generales del derecho internacional de los derechos humanos.

En casos de guerra o de emergencia pública, sin embargo, el disfrute de determinados derechos puede ser suspendido. En efecto, como lo indica el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Estado puede adoptar medidas de excepción que suspenden provisionalmente la aplicación de algunas de sus disposiciones. Se trata de una excepción restringida pues se agrega que sólo serían derogadas en situaciones excepcionales que ponen en peligro la vida de la nación “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”.

Por otra parte, el artículo 3 de los cuatro Convenios de Ginebra establece la necesidad de salvaguardar los derechos humanos incluso en tiempos de guerra. En concreto, señala esta disposición que en caso de conflicto armado las personas protegidas por los Convenios serán en toda circunstancia tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfa-

vorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

El derecho internacional de los derechos humanos, con un objeto similar, ha sido elaborado en el marco de las Naciones Unidas. La declaración de 1948 y los Pactos son ejemplos de este proceso que se desarrolla a partir de entonces.

## **B. Las fuentes del Derecho Internacional Humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales**<sup>291</sup>

### *a. Las primeras iniciativas estatales*

Las fuentes del derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados no internacionales habría sido objeto, antes de los intentos del CICR, de iniciativas de parte de Gobiernos. Es el caso del Tratado suscrito en 1821 entre el General venezolano Simón Bolívar y el General español Pablo Morillo. De acuerdo con este Tratado las partes se comprometían a intercambiar sus prisioneros de guerra así que curar los heridos que se encontraban en sus manos. Otros ejemplos de iniciativas en el marco de conflictos armados no internacionales: Las “Recomendaciones sobre la conducta que debía tenerse hacia los habitantes y las tropas”, del 4 de noviembre de 1848, dictado por el General suizo Dufour, dirigido a las tropas de la Confederación, con el fin también

de atenuar los rigores de la guerra. Y, las instrucciones del Presidente Lincoln, a los comandos de tropas de Estados Unidos de América en campaña, del 24 de abril de 1863. Estas instrucciones estaban dirigidas a las tropas gubernamentales que participaban en la guerra de Secesión.

### ***b. Las iniciativas emprendidas por el CICR***

El CICR toma importantes iniciativas des la guerra de los Balcanes de 1875 a 1878. Aunque se oponía a la aplicación de normas internacionales a las guerras civiles abogaba por el cuidado de los heridos. Este enfoque, de acuerdo con los móviles de la Cruz Roja, exclusivamente humanitarios y desprovistos de consideraciones de orden político, habrá de estimular la aplicación a esta categoría de conflictos armados, disposiciones de la Convención de Ginebra del 22 de agosto de 1864, para el mejoramiento de la suerte de los militares heridos en los ejércitos en campaña. Otras iniciativas siguen a esta primera del CICR que se vuelca en favor de la extensión de un mayor número de disposiciones del derecho internacional humanitario a los conflictos armados no internacionales. La primera iniciativa en este contexto emanó de la Cruz Roja americana. Inspirada por el precedente de las instrucciones Lieber propuso, en la Conferencia Internacional de la Cruz Roja de Washington, celebrada en 1912, un proyecto de Convención consagrada exclusivamente a esta categoría

de conflictos. El proyecto fue objeto de una oposición seria de algunos Estados, entre los cuales Rusia, por lo que no se discutió.

Paradójicamente, la primera iniciativa estatal en favor de las víctimas de las guerras civiles emanó de las autoridades revolucionarias de Rusia. Al mismo tiempo que se comprometía a respetar las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1864, durante los combates contra los rusos blancos fieles al Zar, Lenin firmó tres Decretos que permitían a la Cruz Roja rusa continuar sus actividades en favor de las partes en este conflicto armado, lo que permitiría más adelante la adopción de los Principios Rectores que habrían de guiar la labor de las Cruz Roja nacionales durante tales conflictos. Estos Principios fueron recogidos en la Resolución XIV, titulada Guerra Civil, adoptada por la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Ginebra, en 1921.

Con base en esta resolución que permitía a la Cruz Roja Internacional, con el consentimiento del Estado, brindar ayuda durante un conflicto interno, la institución internacional intervino durante la guerra civil en Alta Silesia, en 1921.

Más tarde, en el marco de la guerra civil española, la Conferencia Internacional de la Cruz Roja, celebrada en Londres en junio de 1938, con la participación de las partes en el conflicto, invitaba a las sociedades nacionales y al CICR a unir sus es-

fuerzos con el fin de obtener la aplicación de ciertas reglas de derecho internacional humanitario en este conflicto, en concreto, de las reglas enunciadas en la X Convención de La Haya de 1907, para la adaptación a la guerra marítima, de los principios de la Convención de Ginebra de 1864 y las dos Convenciones de Ginebra del 27 de julio de 1929.

Los preparativos del CICR para una revisión del derecho internacional humanitario destinada a extender la aplicación de estas reglas a los conflictos armados no internacionales fueron interrumpidos por el estallido de la II guerra mundial. Fue más tarde, en 1948, que el CICR presentó un proyecto sobre esta materia, en la XVII Conferencia Internacional, que por la oposición de muchos Estados no se consideró a pesar de que preservaba el principio de la distinción entre conflictos armados internacionales y conflictos armados no internacionales. La reticencia de los Estados en relación con la codificación de las reglas aplicables a estos conflictos hizo que las disposiciones adoptadas después de la II guerra mundial fueran muy rudimentarias e incluso, por debajo del derecho consuetudinario.

***c. El derecho convencional: El artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo II adicional a las Convenciones de Ginebra***

**(i) El artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949**

El derecho convencional aplicable a esta categoría de conflictos se limita al artículo 3 común a las cuatro Convenciones del 12 de agosto de 1949 y al Protocolo adicional II, del 8 de junio de 1977, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Durante la Conferencia diplomática de 1949, el tratamiento del tema de los conflictos armados no internacionales fue el más controvertido. De allí que a título de compromiso se decidiera la inclusión de un artículo común en las cuatro Convenciones. Un texto de redacción idéntica mediante el cual se obliga a las partes en un conflicto armado no internacional a tratar a las personas que no participan directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que habrían entregado sus armas y las personas que están fuera del combate por cualquier razón, con humanidad y sin ninguna distinción. Aunque restrictivas y tímidas las disposiciones del artículo 3 común, abren una brecha importante en la competencia exclusiva de los Estados en la materia. Con razón, este artículo ha sido calificado de “verdadera revolución jurídica”. Los Estados aceptan, desde entonces, en esa situación humillante que significa la rebelión de una parte de la población contra la autoridad, que sus relaciones sean regidas por el derecho internacional humanitario. Al aceptar esta disposición los Estados reconocen que los conflictos armados no internacionales no son

más un coto de caza exclusivo, lo que significa un adelanto sumamente importante.

Las disposiciones del artículo 3 fueron consideradas por la CIJ, en su decisión del 27 de junio de 1986, en el Caso que oponía a Nicaragua y los Estados Unidos, como que reflejaban “consideraciones elementales de humanidad”. La doctrina, en forma unánime, considera que esas disposiciones tienen un valor absoluto, idéntico al reconocido a las normas imperativas de derecho internacional.

## **(ii) El Protocolo II adicional a las cuatro Convenciones de Ginebra**

La aplicación del artículo 3 común no era fácil en la práctica. El CICR, en 1969, en su Informe sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados, reconoció abiertamente que el artículo 3 común no le permitía enfrentar todas las exigencias humanitarias planteadas durante un conflicto armado no internacional. Este Informe constituye el punto de partida del proceso que llevaría a la adopción del Protocolo II adicional a las cuatro Convenciones de Ginebra.

## **2. La protección de los derechos humanos de los desplazados internos**

### **A. Las causas de los desplazamientos internos y la vigencia de los derechos humanos**

Las diversas situaciones que se plantean en el mundo en la actualidad han provocado desplazamientos humanos sumamente importantes que merecen la mayor atención de la comunidad internacional. Se trata de movimientos de personas o de grupos de personas que se desplazan por situaciones de violencia o de violación de derechos humanos que están bajo la jurisdicción del Estado del territorio, en consecuencia, sujetos principalmente al ordenamiento jurídico nacional. Estos desplazamientos masivos que alcanzan hoy cantidad enormes de personas, en las distintas regiones, ha motivado la consideración por la comunidad internacional, por las organizaciones internacionales, de todo lo relativo a su protección.

La comunidad internacional se interesa cada vez más en los desplazamientos de personas dentro de un Estado. Se trata de personas que se desplazan internamente y que por lo general, si las condiciones continúan, se podrían convertir en solicitantes de asilo y refugiados. Este régimen de protección cubre tres etapas: la prevención, la preservación de la dignidad humana durante los desplazamientos y la atención a las personas al finalizar el desplazamiento.

La situación de estas personas o grupos de personas se planteó por primera vez en la década de los 90 en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y luego examinada, además, por el ECOSOC y por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Comisión

de Derechos Humanos examinó por primera vez la cuestión, en 1991, sobre la base de un Informe elaborado por la Comisión de las Iglesias para Asuntos Internacionales y el Comité Consultivo Mundial de la Sociedad de amigos (Cuáqueros). En base a la consideración de ese Informe, la Comisión adoptó la resolución 1991/23, el 5 de marzo de 1991. El año siguiente el mismo órgano adoptó la resolución 1991/73, por la cual se solicitó al Secretario General de las Naciones Unidas que recabara los puntos de vista de los Gobiernos, de las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones no gubernamentales interesadas, para que presentara un Informe sobre esta problemática en su 49 período de sesiones.

En ese momento se designa al señor Francis Deng, Representante Especial del Secretario General quien señaló entonces que “En el plano jurídico, las opiniones se dividen en dos grandes corrientes. Unos consideran que las normas actuales son suficientes para cubrir las situaciones de las personas desplazadas en sus países y que el principal problema residía en la falta de aplicación de las normas. Otros estimaban que existen lagunas que deben llenarse si se quiere considerar de manera completa y satisfactoria la situación de estas personas.”<sup>292</sup> Las posturas intelectuales continúan pero una coincidencia importante y en eso se centran los esfuerzos de la comunidad internacional: estas personas requieren protección plena de sus

derechos. Si las normas existentes, de carácter general y las nacionales aplicables, no son suficientes, hay que promover la elaboración de normas y principios que garanticen a estas personas el pleno disfrute de sus derechos humanos.

De allí que los esfuerzos por elaborar tales normas y principios no hayan sido hasta ahora que concebidos en base a acciones programáticas menos rígidas que una labor de codificación mas estricta. El mismo Representante Especial del Secretario General lo indicó en 1995 en un Simposio organizado en Ginebra: “...personalmente, recomiendo un proceso modesto, prudente, pero progresivo. Estoy convencido que el impulso de los últimos años justifican la preparación de una declaración que proporcionaría una inspiración moral y política...”<sup>293</sup> Más tarde, como se sabe, en 1998, el Representante Especial presenta un grupo de “Principios rectores sobre el desplazamiento de personas internamente” de los cuales tanto la Comisión de Derechos Humanos como la Asamblea General de las Naciones Unidas, ha tomado nota.<sup>294</sup>

Los principios rectores, es cierto, no forman parte del derecho positivo. Pero, ello no obvia a que se les reconozca un elemento importante de persuasión y de diplomacia humanitaria. Estas directivas guiarán no solo la acción de los Gobiernos en el tratamiento de las situaciones internas, sino de las agencias internacionales en el terreno. Estos Principios

son, además, enteramente compatibles con el derecho internacional y con las normas que regulan la protección de los derechos humanos.

### **B. El concepto de persona desplazada internamente**

Se considera desplazado interno, según lo establecido en la parte preambular de los Principios rectores adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas “aquellas personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”.

Las personas desplazadas internamente requieren protección en todas las fases de su desplazamiento dentro del territorio del Estado en el cual tienen su hogar o su residencia habitual. Corresponde, desde luego, al estado tal protección y a la comunidad internacional la vigilancia adecuada sobre la efectividad de las medidas del Estado.

### **C. Las normas aplicables y el derecho en formación**

Las personas desplazadas internamente están protegidas, en gene-

ral, por las normas internas de los Estados y por la normativa internacional de carácter general relativa a la protección de los derechos humanos y al derecho humanitario, particularmente referida a los conflictos armados no internacionales. Desde luego, resultan igualmente importantes el conjunto de normas y principios aplicables a los solicitantes de asilo y los refugiados.

En algunos países, como en Colombia, dada la importancia de estos desplazamientos masivos, se han adoptado normas particulares aplicables que complementan y especifican la normativa existente.

El derecho aplicable a los desplazados internos ha sido objeto de un desarrollo muy particular. Tal como se indicó antes, el ECOSOC, la Comisión de Derechos Humanos se abocaron al estudio de las normas que pudieren ser aplicables y de allí la designación de un Representante Especial del Secretario General que habría de presentar o proponer las normas y principios aplicables particulares.

Los Principios Rectores adoptados por la Asamblea General, al término del proceso referido, reflejan, como se indica en la parte preambular del texto aprobado por la Asamblea General, y no contradicen la normativa internacional de derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Su interpretación, como se precisa en el Principio 2, no debe limitar, modificar o menoscabar las

disposiciones de cualquier instrumento internacional de derechos humanos o de derecho humanitario o los derechos de estas personas derivados del ordenamiento jurídico interno. En particular, se precisa que estos Principios no deben ser interpretados de manera que afecte el derecho de solicitar asilo y de obtenerlo en otros países.

Los principios de igualdad y de no discriminación constituyen los principios básicos en los que se fundamenta el grupo de directivas. Los desplazados internos, como se señala en el Principio 2, “disfrutarán en condiciones de igualdad de los mismos derechos y de libertades que el derecho internacional y el derecho interno reconocen a los demás habitantes del país”. Y agrega que “no serán objeto de discriminación alguna en el disfrute de sus derechos y libertad por el mero hecho de ser desplazados internos.”

El Principio 6, en concordancia con el artículo 7 de la Declaración de Turku/Abo protege a las personas contra el desplazamiento arbitrario de su lugar de residencia habitual o de origen. Este Principio contiene una referencia muy importante a los proyectos de desarrollo de gran escala que no son justificados.

Las personas desplazadas disfrutan, por supuesto, de todos los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales protegidos en otros instrumentos internacionales. Disfrutan igualmente del derecho

derivado de la obligación del Estado, de aceptar la reinstalación en un lugar distinto al de origen.

El Estado es responsable de la protección de estas personas, tanto por la normativa general aplicable a los derechos humanos, como las particulares relativas a los desplazados internos que pueden tener, como se ha indicado, origen internacional, como los Principios que reflejan un desarrollo importante, o un origen nacional, derivado de la legislación interna y de las medidas particulares en favor de estas personas, como es el caso de Colombia que tiene una normativa muy importante y completa.

El Estado tiene ante todo la obligación de organizar estos desplazamientos y de asistir a la población afectada desde luego, ello limitado a su capacidad ante los conflictos. El Estado deberá tratar de proteger a estas personas pero no hay dudas de que la pérdida del control sobre una parte del territorio puede incidir en la efectividad de tal protección y asistencia. Se plantea en este contexto la intervención humanitaria, tema que cobra cada vez mayor importancia. El Representante del Secretario General hablaba en 1993 de reconciliar la soberanía y la responsabilidad.

Las ONG humanitarias desempeñan también un papel importante en este contexto. Ellas tendrían también una responsabilidad importante en materia de protección de acuerdo con

sus mandatos y sus medios y políticas operacionales. Se trata, desde luego, de una responsabilidad distinta a la del Estado.

Participan además de las autoridades nacionales competentes, centrales y locales, organizaciones y órganos internacionales, como la OIM, el ACNUR, el Alto Comisionado para los Derechos Humanos, el UNICEF, el PAM, el PNUD, el CICR y las ONGs.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

### I. Doctrina

#### Libros

ALSTON P., *The United Nations and Human Rights. A critical appraisal*, Oxford, 1992.

BONET PÉREZ J., *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.

BUIRETTE P., *Le droit international humanitaire*, Ed. La Découverte, Paris, 1996.

CARRILLO SALCEDO J.A., *Soberanía de los Estados y derechos humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, 1995.

CASADEVANTE Romani, C.F. (ed.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, 2000.

CASESE A., *Los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo*, Barcelona, 1991.

CHOLEWINSKI R., *Migrant Workers in International Human Rights: Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 1997.

ESCOBAR HERNANDEZ, C., *La Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la violación de derechos humanos y libertades fundamentales: estudio de los procedimientos públicos especiales*, Madrid, 1988.

GOODWIN-GILL G. S., *The Refugee in International Law*, Oxford, England, 1983.

PASTOR RIDRUEJO J. A., “La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas: aspectos humanitarios y políticos” en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1989.

### **Artículos**

ABI-SAAB R., “Los Principios Generales del derecho humanitario según la Corte Internacional de Justicia”, Revista Internacional de la Cruz Roja, julio/agosto 1987, pp. 387-395.

CANCADO TRINDADE A., “La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales en el final del siglo” en *Amicorum Liber en homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Vol. I, Montevideo, 1994.

EISSEN M-A., *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ed. Civitas, Madrid, 1985.

FAUNDEZ LEDESMA H., “La evolución del Derecho Internacional y la condición jurídica del Individuo”, Separata In Homenaje a la Procuraduría General de la República, Caracas, 1998, pp. 405-479.

FELICIANO F. P., “The principle of Non-Refoulement: A Note on International Legal Protection of Refugees and Displaced Persons”, Philippine Law Journal, (1982), pp 598 y ss.

GARCIA AMADOR F. V., “Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y Otros Documentos”, Volumen I: Asuntos Jurídicos – Políticos, Subsecretaría de Asuntos Jurídicos, Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 1981.

GARRETON R., “Principio de no devolución: fuerza normativa, alcances, aplicación en los países no partes en la Convención”, ACNUR/IIDH/Gobierno de Costa Rica, 10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Diciembre 1994.

GOLSONG H., “La Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant”, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Société Française pour le droit international, Pedone, Paris, 1979, pp. 233 y ss.

GOODWIN-GILL G. S., “The principle of non refoulement, its standing and scope in International Law”, A study prepared for the Division of International Protection Office of the UNHCR, 1993.

GOODWIN-GILL G. S., “Non refoulement and the new Asylum-Seekers”, Virginia Journal of International Law, 1986, pp. 897 y ss.

GOWLLAND-DEBBAS V., « La responsabilité internationale de l’Etat d’origine pour des flux de réfugiés », Colloque de Caen (Droit d’asile et des réfugiés), 1997, pp. 93-131.

HASENAU M., “ILO standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the United Nations Convention and Their Genesis”, International Migration Review, 25 (1991), pp. 699 y ss.

HYNDMAN P., “Asylum and Non-Refoulement- Are these obligations owed to Refugees under International Law?” Philippine Law Journal, 47, 1982.

LAVOYER J.-P., “Refugiados y personas desplazadas. Derecho Internacional humanitario y cometido del CICR”, Revista Internacional de la Cruz Roja, marzo/abril 1995, pp: 182-202.

MAURICE F. y DE COURTEN J., “La acción del CICR en favor de los refugiados y de las personas civiles desplazadas”, Revista Internacional de la Cruz Roja, enero/febrero 1991, pp. 9-22.

MOMTAZ D., « Le Droit International Humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux », Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, 2002.

NAFZIGER J. A. R. y BARTEL B. B., “The Migrant Workers Convention: its Place in Human Rights Law”, International Migration Review, 1991, pp. 774-778.

ORREGO VICUÑA F., “The Status and Rights of Refugees under International Law: New issues in light of the Honecker Affair”, Interamerican Law Review, University of Miami, 1994, pp. 351-391.

PEREZ VERA E., El Consejo de Europa y los derechos humanos, Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional, 2000, pp. 463-515.

PERRUCHOUD R., “Normas legales para la protección de los trabajadores migrantes”, Notas de Población, CEPAL, Naciones Unidas, pp. 273-303.

PLATTNER D., “La Protección de las personas desplazadas en un conflicto armado no internacional”, Revista Internacional de la Cruz Roja, noviembre/diciembre 1992, pp: 600-614.

STALKER P., “Workers without Frontiers – The Impact of Globalization on International Migration”, OIT, Ginebra, 2000.

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO S., “Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea”, Anuario de Derecho Internacional-Universidad de Navarra XVI, 2000, pp. 263-344.

VARGAS CARREÑO E., “La Intervención Humanitaria” en *Héctor Gros Espiell. Amicorum Liber*. Tomo II), Bruselas, 1997.

VARGAS CARREÑO E., Humanitarian action and State sovereignty, *Report to the International Institute of Humanitarian Law*, San Remo, 2000.

VILLAN DURAN C., La Protección de los Derechos Humanos en el Sistema de las Naciones Unidas y de sus Organismos Especializados, Recueil des Cours 1997, Institut International des Droits de l’Homme, Estrasburgo, 1997.

VILLAN DURAN C., El futuro del sistema de protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas, *Balance y Perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación* (F.M. Marino Menéndez, ed.), Universidad Carlos III, Madrid, 1996, pp. 25-56.

VOLIO JIMENEZ F., “La Protección de los Derechos Humanos: Experiencias de un Investigador in situ” en *Ensayos en honor de Thomas Buerghthal*. San José, Costa Rica, 1996.

## **II. TEXTOS INTERNACIONALES**

### **A. Instrumentos internacionales**

#### **a) Convenciones universales**

Carta de las Naciones Unidas, del 26 de junio de 1948

Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio, del 9 de diciembre de 1948

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, del 28 de julio de 1951

Convención sobre el estatuto de los apátridas, de 1954

Convención para reducir los casos de apatridia, de 1961

Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965

Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, del 16 de diciembre de 1967

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990

Convención sobre los derechos del niño, de 1990

Convención sobre el trabajo infantil adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo, 1999

Protocolos de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, 2000: Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire; Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y Protocolo contra la elaboración y tráfico de armas de fuego prohibidas, municiones y material relacionado

## **b) Convenciones Interamericanas**

Tratado de Montevideo de Derecho Penal Internacional, de 1889 y su revisión de 1940

Convenciones Interamericanas de 1928, 1933 y 1954

Carta de la Organización de Estados Americanos, 1948

Convención de Caracas sobre Asilo Diplomático, de 1954

Convención de Caracas sobre Asilo Territorial, de 1954

Convención Interamericana de Derechos Humanos, de 1969

Convención Interamericana de Extradición, de 1981

Convención Interamericana para prevenir y castigar la tortura, de 1985

### **c) Convenciones Europeas**

Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950

Convención Europea de Extradición, de 1957

### **d) Convenciones Africanas**

Convención Concerniente a Aspectos Específicos de los Problemas de los Refugiados en África, del 10 de septiembre de 1969

Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, del 26 de junio de 1981

## **B. Documentos internacionales**

Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, del 2 de mayo de 1948

Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 10 de diciembre de 1948

Establecimiento de la Oficina del ACNUR, Resolución 428 (V) del 14 de diciembre de 1950

Declaración sobre el Asilo Territorial, Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1967

Acta Final de la Conferencia de Teherán, de 1968

La Cuestión del Asilo Diplomático, Resolución 3321 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 14 de diciembre de 1974. De ahí se derivan: Opiniones de los Estados Miembros (A/10/39, Parte 1 del 2 de septiembre de 1975) e Informe del Secretario General (A/10/39, Parte II del 22 de septiembre de 1975)

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Asilo Territorial, celebrada en Ginebra, del 10 de enero al 4 de febrero de 1977 (AICONF. 78112 del 21 de abril de 1977. Trabajó sobre la base de un texto elaborado por un Grupo de Expertos)

Coloquio sobre el Asilo y la Protección Internacional de Refugiados en

América Latina, celebrado en México el 15 de mayo de 1981

Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, del 22 de noviembre de 1984

Declaración y Plan de Acción Concertado a Favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos (CIREFCA). Guatemala 1989

Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, de 1993

Declaración y Programa de Acción de Viena adoptados por la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993

10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, ACNUR/IIDH, San José de Costa Rica, diciembre de 1994

Conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR

Principios rectores de los desplazamientos internos, de 1998

Primer Informe sobre Derechos Humanos bajo el título Migraciones, realizado por la Federación Iberoamericana de Ombudsman, G. ESCOBAR (dir.), ed. Dykinson, Madrid, 2003

Declaración y Plan de Acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina, del 16 de noviembre de 2004

Resoluciones de la Asamblea General de la OEA

Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa

Anuarios de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)

(Pies de páginas)

<sup>1</sup> P. NIKKEN, *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica venezolana, Caracas, 1991, pp. 21-23.

<sup>2</sup> *Rec. CIJ*, 1951, p.53.

<sup>3</sup> R. PERRUCHOUD, *Normas Legales para la protección de los trabajadores migrantes. Notas de Población*, CEPAL, Año. XXVIII, Santiago de Chile, p. 273.

<sup>4</sup> *CIJ Recueil*, 1950, p.277.

<sup>5</sup> M. VIRALLY, "The Sources of International Law", en M. Sorensen *Manual of International Law*, Londres, 1968, pp. 134-135.

<sup>6</sup> *CIJ Recueil*, 1969, p.43.

<sup>7</sup> G. ABI-SAAB, "La coutume dans tous ses états", en *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en honneur de Roberto Ago*. Milán, 1987, p. 56.

<sup>8</sup> E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, "International Law in the Past Third of a Century", 159 *RCADI* (1978-I), p. 14. Este autor se ha referido a la costumbre calificándola como "la medusa amorfa pero formidable del derecho internacional consuetudinario".

<sup>9</sup> *Introduction au droit des traités*, Coll. U.Paris, Armand Colin, 1972, p. 38.

<sup>10</sup> *Recueil CIJ*, 1950, p. 276.

<sup>11</sup> M.E. VILLIGER, *Customary International Law and Treaties*, Kluwer, 1997, p.102.

<sup>12</sup> R. JENNINGS, 34 *BYBIL* 34 (1958), p.345.

<sup>13</sup> Que consiguieron cambiar algunas costumbres, pero debieron acatar el grueso de las normas consuetudinarias existentes.

<sup>14</sup> Ver J. BARBOZA, "The Customary Rule: from Chrysalys to Butterfly", en *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000, especialmente pp. 8-10.

<sup>15</sup> Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948.

<sup>16</sup> A este respecto, M.I. TORRES CAZORLA, "La protección internacional de los derechos humanos", en A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, especialmente pp. 510-512.

<sup>17</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, 1993, p. 178.

<sup>18</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>19</sup> Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 3 de enero de 1976.

<sup>20</sup> Adoptada por la Asamblea General mediante resolución 260 A (III), del 9 de diciembre de 1948. Entró en vigor el 12 de enero de 1951 de acuerdo con su artículo XIII.

<sup>21</sup> Opinión Consultiva de 28 de mayo de 1951; *CIJ Recueil 1951*.

<sup>22</sup> Los antecedentes de la misma son múltiples; entre otros, podemos citar el Acta General de la Conferencia de Bruselas de 1889-1890, la Convención de Saint-Germain-en-Laye de 1919, en revisión del Acta General de Berlín de 1885 y el Acta General y Declaración de Bruselas de 1890, así como el informe de la Comisión Temporal sobre la Esclavitud designada por el Consejo de la Sociedad de las Naciones, el 12 de junio de 1924.

<sup>23</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1960.

<sup>24</sup> *Dictamen consultivo acerca de las consecuencias jurídicas de la presencia continuada de Sudáfrica en Namibia (Sudoste Africano), a pesar de la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, *ICJ Reports* (1971).

<sup>25</sup> *ICJ Reports* (1995).

<sup>26</sup> Adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970.

<sup>27</sup> CAHIER, Ph., « Changement et continuité du droit international », 195 *RCADI* (1985), p. 45.

<sup>28</sup> A este respecto, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, "La libre determinación de los pueblos en la nueva sociedad internacional", *I Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* (1997),

p. 159. Un acercamiento a esta cuestión, véase en M.I. TORRES CAZORLA, “La autodeterminación de los pueblos”, en A.J. RODRÍGUEZ CARRIÓN, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 5ª ed., 2002, pp. 522-528.

<sup>29</sup> A este respecto, M.I. TORRES CAZORLA, “El derecho del menor a una nacionalidad: análisis de los recientes casos de sucesión de Estados”, en *Los derechos del niño. Estudios con motivo del X Aniversario de la Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, 2003, especialmente pp. 194-198.

<sup>30</sup> Sobre la Rehabilitación Social de las Personas Físicamente Impedidas de 1950; Readaptación de los Inválidos, 1965; Declaración de los Derechos del Retraso Mental, 1971; Declaración Universal de los Derechos del Impedido, 1975; Programa de Acción Mundial para Impedidos; 1981 fue proclamado “El año internacional del discapacitado” bajo el eslogan de “Plena participación e igualdad”.

<sup>31</sup> Una instancia creada por la Convención XII de La Haya, del 18 de octubre de 1907, que nunca fue ratificada. La Corte quedó en proyecto.

<sup>32</sup> *CIJ Recueil (1970)*.

<sup>33</sup> J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2003, p.244.

<sup>34</sup> *CIJ Recueil (1949)*, p.22.

<sup>35</sup> Tales serían las obligaciones de un tratado de desarme, cuyo incumplimiento por una de las partes imposibilitaría el cumplimiento de las demás.

<sup>36</sup> Resoluciones 5/I et 9/II.

<sup>37</sup> Resolución 1503 (XLVIII), del 27 de mayo de 1970.

<sup>38</sup> Resolución 77EX83, del Consejo Ejecutivo de la UNESCO.

<sup>39</sup> El gobierno revolucionario de Cuba fue excluido de la Organización en 1962, pero Cuba como tal, según el criterio de la OEA, continúa siendo uno de sus Estados miembros.

<sup>40</sup> Adoptada el 20-11-69; entró en vigor el 18-7-78. Son partes: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El

Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Méjico, Nicaragua, Paraguay, Panamá, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

<sup>41</sup> Antes de 1969 se habían adoptado algunos tratados específicos cuya materia cae, en general, en la esfera de los derechos humanos, como fueron las así llamadas convenciones sobre concesión (*sic*) de derechos políticos o civiles a la mujer (1949) y las convenciones sobre asilo territorial o diplomático (1954).

<sup>42</sup> Adoptado el 17-11-88. Entró en vigor el 16-11-99. Son partes: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Suriname y Uruguay.

<sup>43</sup> Adoptado el 8-6-90. Entró en vigor el 28-8-91. Son partes: Brasil, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

<sup>44</sup> Adoptada el 9-12-85. Entró en vigor el 28-2-87. Son partes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay y Venezuela.

<sup>45</sup> Adoptada el 9-6-94. Entró en vigor el 28-3-96. Son partes: Argentina, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>46</sup> Adoptada el 9-6-94. Entró en vigor el 5-3-95. Son partes: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, Sanvicente y las Grenadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

<sup>47</sup> Adoptada el 7-7-99. Entró en vigor el 14-9-01. Son partes: Argentina, Chile, Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Uruguay.

<sup>48</sup> “La democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”. Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de*

la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986. Serie A N°6, par. 34.

<sup>49</sup>Corte I.D.H., *La expresión "leyes"...*, cit. par. 38

<sup>50</sup>Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A N° 8, par. 24.

<sup>51</sup>Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A N° 5, párr. 67

<sup>52</sup>Corte I.D.H., *El hábeas corpus...*, cit. párr. 20.

<sup>53</sup> Se resume en este enunciado la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus primeras sentencias de fondo, en las cuales examinó con detenimiento la naturaleza y alcance del artículo 1.1 de la Convención Americana: Corte I.D.H.: *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C. N° 4, párr. 166; también párrs. 164-177; Corte I.D.H.: *Caso Godínez Cruz*, Sentencia de 20 de enero de 1989, serie C. N° 5, párrs. 175; también párrs. 173-188.

<sup>54</sup> Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-13/93, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 16 de julio de 1993, párr. 26.

<sup>55</sup> Corte I.D.H.: Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A. N° 7, párr. 24.

<sup>56</sup> Corte I.D.H., *La expresión "leyes" en el artículo 30...*, cit *supra*, par. 38.

<sup>57</sup>El orden público "hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios". Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas...*, cit. *supra*, par. 64.

<sup>58</sup>El bien común debe entenderse "como un concepto referido a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos". *Ibid.* par. 66.

<sup>59</sup>*Ibid.* par. 67.

<sup>60</sup>Corte I.D.H., *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías...* cit. *supra*, par. 20.

<sup>61</sup>*Ibid.*

<sup>62</sup>*Ibid.* par. 24.

<sup>63</sup>*Ibid.*

<sup>64</sup>*Ibid.*, par. 29.

<sup>65</sup>*Ibid.*, par. 32.

<sup>66</sup>*Ibid.*, par. 35.

<sup>67</sup>Corte I.D.H., *Garantías judiciales en estados de emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, par. 28.

<sup>68</sup>*Ibid.*, par. 29.

<sup>69</sup> Corte IDH: *Caso El Carachazo vs. Venezuela. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C N° 95; pág. 127

<sup>70</sup> La Comisión Interamericana de Mujeres contribuyó muy especialmente en la preparación del proyecto de la Convención de Belém do Pará.

<sup>71</sup>Cfr. CIDH: *Informe sobre la actuación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la República Dominicana* (1° de junio a 31 de agosto 1965), en "La Organización de los Estados Americanos y los derechos humanos 1960-1967"; OEA, Washington, 1972, pp. 358-396 (guerra civil); CIDH: *Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en El Salvador y Honduras* en "Anuario Interamericano de Derechos Humanos 1969-1970", OEA; Washington, 1976, pp. 291-300 (conflicto armado internacional); CIDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia*, OEA/Ser.L/V/II.53, doc.22 (1981), pp. 22 y sig. (secuestro de rehenes).

<sup>72</sup>En 1974, en Chile, la CIDH recibió 576

quejas; en 1980 recibió 4.153 nuevas denuncias en Argentina y 3.920 en 1980 en Nicaragua.

<sup>73</sup>Por ejemplo, CIDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Panamá*. OEA/Ser.L/V/II.44, doc. 38, rev. 1, (1978) pp. 1-3; CIDH: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela*. OEA/Ser.L/V/II.118, doc. 4, rev. 1, 24 de octubre 2003.

<sup>74</sup>Declaración formulada hasta el presente por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

<sup>75</sup>Según el art. 64.1 todos los órganos permanentes de la OEA están facultados para solicitar opiniones consultivas "en lo que les compete". La Corte ha puntualizado que, en vista de las funciones que la Carta le atribuye, "al contrario de otros órganos de la OEA, la Comisión posee un derecho absoluto a pedir opiniones consultivas". Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75)*, Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, par. 16.

<sup>76</sup>Cuando un caso está bajo consideración de la Corte, ésta puede actuar de oficio, pero nada impide que las medidas provisionales sean también solicitadas por la Comisión, lo cual ha ocurrido normalmente.

<sup>77</sup>Corte I.D.H., *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, N° G 101/81. Serie A. Decisión del 13 de noviembre de 1981, par. 22.

<sup>78</sup>Sobre el significado de la remisión a "los principios del derecho internacional", *cfr.* Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1, par. 87; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, par. 86; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sen-

tencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 3, par. 89.

<sup>79</sup>*Cfr.* CIDH, caso N° 1684. *Informe sobre la labor desarrollada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 28° Período de Sesiones (Extraordinario)* (OEA/Ser.L/V/II.28 doc. 24 rev. 1 de 20 de febrero 1973), pp. 14-22.

<sup>80</sup>Así lo afirmó la Corte en la primera oportunidad que hubo de decidir sobre el tema y lo ha reiterado en toda su jurisprudencia. *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1, par. 88; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 3, par. 90; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, par. 87.

<sup>81</sup>*Ibid.*, párs. 88, 90 y 87, respectivamente. Este concepto ha sido reiterado en toda la jurisprudencia de la Corte.

<sup>82</sup>*Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1, párs. 47-54; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 3, párs. 50-57; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, párs. 52-55.

<sup>83</sup>La Comisión ha aplicado esta norma con cierta flexibilidad y ha descartado sus efectos frente a una respuesta gubernamental fuera de los lapsos habida cuenta de "la complejidad e importancia de las diversas cuestiones jurídicas, morales y científicas que se disputan en (el) caso". CIDH, Resolución N°23/81 del 6-3-81. Caso 2141 ("Baby Boy"). Estados Unidos, par. 16. CIDH Informe Anual 1980-81 (OEA/Ser.L/V/II-54 doc.9 rev.1, 16 octubre 1981,

p. 42, par. 10.

<sup>84</sup> Corte IDH: *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia del 17 de septiembre de 1997. Serie C, No. 33; párs. 80 y 81.

<sup>85</sup> Cfr. Corte I.D.H., “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, par. 19.

<sup>86</sup> Cfr. p. ej. arts. 29, 46.1.a y 75.

<sup>87</sup> Aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

<sup>88</sup> Cfr. Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 2, párs. 29 y sig.

<sup>89</sup> Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1, par. 60; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, par. 63; Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 3, par. 60.

<sup>90</sup> Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa v Costa Rica*. Resolución del 23 de mayo de 2001; considerando N° 5.

<sup>91</sup> Corte I.D.H.: *Caso Velásquez Rodríguez, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Serie C No. 7, párr. 25; *Caso Godínez Cruz, Indemnización Compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989, (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). Serie C No. 8, párr. 23; *Caso El Amparo, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Sentencia de 14 de septiembre de 1996. Serie C No. 28, párr. 14); *Caso Neira Alegría y otros, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención*

*Americana sobre Derechos Humanos*), Sentencia de 19 de septiembre de 1996. Serie C No. 29, párr. 36; *Caso Caballero Delgado y Santana, Reparaciones* (art. 63.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Sentencia 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 15; *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones*, Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 40.

<sup>92</sup> Corte I.D.H.: *Caso Niños de la Calle*, (Caso Villagrán Morales y otros), Sentencia de Reparaciones del 26 de mayo de 2001, párr. 59.

<sup>93</sup> Corte I.D.H.: *Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones*. Sentencia de 27 de agosto de 1998, párr. 41.

<sup>94</sup> Cfr. p. ej. Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 1, párs. 56-78.

<sup>95</sup> Cfr. p. ej. Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C N° 2, párs. 78-84.

<sup>96</sup> El Convenio de Sede entre la Corte y Costa Rica (art. 27) reconoce a las decisiones de la Corte “la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por tribunales costarricenses”.

<sup>97</sup> Cfr. Corte I.D.H., “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, par. 14.

<sup>98</sup> La Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (Permanente, Económico y Social y para la Educación, la Ciencia y la Cultura), el Comité Jurídico Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Secretaría General, las Conferencias Especializadas y los Organismos Especializados.

<sup>99</sup> Corte I.D.H., “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A N° 1, par.52.

<sup>100</sup>*Ibid.* párs. 28, 31 y 52.

<sup>101</sup>Corte I.D.H., *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A N° 10, par. 48.

<sup>102</sup>Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, par. 45.

<sup>103</sup>*Ibid.*, párs. 39-44.

<sup>104</sup>Corte I.D.H., *Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A N° 4, párs 15-30.

<sup>105</sup>Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte...cit. supra*, par. 32; “Otros tratados”... *cit. supra*, par. 51.

<sup>106</sup>Corte I.D.H., “Otros tratados”... *cit. supra*, par. 25.

<sup>107</sup>Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte...cit. supra*, par. 43.

<sup>108</sup> Corte I.D.H. *Condición jurídica y derechos de los trabajadores indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie B N° 18.

<sup>109</sup> A este respecto, véase la introducción relativa a la protección internacional de los derechos humanos que se contiene en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, P. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA y L.I. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, *Derecho Internacional Público*, 3ª ed., Civitas, 2003, pp. 753 y ss; igualmente, un análisis global de la protección de los derechos humanos en Europa, en J.F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 3ª ed., 2002, pp. 5 y ss.

<sup>110</sup> Desde el Acta Final de Helsinki de 1975, su principio VII consagraba el respeto de los derechos y libertades fundamentales, así como que los Estados firmantes debían inspirar su actuación en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de los que fuesen parte. En 1989 se adoptó en Viena un mecanismo de control, basado en la técnica de sometimiento de informes, así como un marco específico de protección de las minorías nacionales (Moscú, 1991),

que cuenta con una misión de expertos y un Alto Comisionado. Desde 1990, con la Carta de París para una nueva Europa se ha incentivado la cooperación entre la OSCE y el Consejo de Europa con objeto de fortalecer la democracia y los derechos humanos. Esto se concreta en que muchos Estados miembros de la OSCE son miembros del Consejo de Europa, así como en la adopción por la Asamblea Parlamentaria en 1993 de un procedimiento para controlar el respeto de los compromisos adquiridos por los nuevos Estados miembros en esta materia tras la admisión. En este sentido, resultan ilustrativas las referencias bibliográficas siguientes: ABELLÁN HONRUBIA, V., “Los derechos humanos en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa”, *Cursos de Derecho Internacional de Victoria-Gasteiz* (1989), pp. 85-120; ARANGIO-RUIZ, G., “Droits de l'homme et non intervention: Helsinki, Belgrade, Madrid”, 35 *La Comunità Internazionale* (1980), pp. 453-507; BLOED, A. y VAN DIJK, P., *The Human Dimension of the Helsinki Process. The Vienna Follow-up Meeting and its Aftermath*, Dordrecht, 1991; CASTRO-RIAL GARRONE, F., “El mecanismo de la dimensión humana de la CSCE”, en *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Estudios en homenaje al Profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 197-221; DECAUX, E., “La réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE (5-29 juin 1990)”, 94 *R.G.D.I.P.* (1990), pp. 1019-1034; FERNÁNDEZ SOLA, N., *La dimensión humana en la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa*, Madrid, 1993; GLOVER, A., “The Human Dimension of the OSCE. From Standard-Setting to Implementation”, 6 *Helsinki Monitor* (1995), pp. 31-39; VUKAS, B., “The CSCE and the Protection of National Minorities”, en *Le règlement pacifique des différends internationaux en Europe: Perspectives d'avenir*, Dordrecht, Boston, Londres, 1991, pp. 567-579.

<sup>111</sup> La gran mayoría de las ideas que a continuación se detallan, han sido objeto de un tratamiento exhaustivo en la obra del profesor J.A. CARRILLO SALCEDO, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*,

Madrid, 2003, ed. Tecnos, cuya lectura recomendamos para quienes pretendan acercarse al tema.

<sup>112</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>113</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 14.

<sup>114</sup> Como señala J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, pp. 75-76.

<sup>115</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>116</sup> Entre los tratados relativos a la protección internacional de derechos humanos concluidos en el seno del Consejo de Europa podemos citar, entre otros muchos, los siguientes: El Convenio europeo de extradición, de 13.12.1957, completado por dos Protocolos adicionales de 15.10.1975 y 17.3.1978; la Carta Social Europea, adoptada en Turín el 18.10.1961, Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988, y texto revisado de 3.5.1996; el Convenio Europeo para la represión del terrorismo, de 27 de enero de 1977; el Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico del trabajador migrante, de 24 de noviembre de 1977; el Convenio sobre la protección de las personas contra el tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981; el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes, de 26 de noviembre de 1987; el Convenio marco para la protección de las minorías nacionales, de 1 de febrero de 1995; el Convenio para la protección de los derechos humanos y de la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y de la medicina, de 30.4.1997, completado por el Protocolo Adicional sobre prohibición de la clonación de seres humanos, de 12 de enero de 1998.

<sup>117</sup> Derecho respecto al que se ha producido un importante avance, tratando de erradicar la pena de muerte, en virtud de los Protocolos 6 y 13, como después señalaremos.

<sup>118</sup> España firmó este Protocolo el 23 de febrero de 1978 y lo ratificó el 27 de noviembre de 1990 (*BOE* de 12 de enero de 1991).

<sup>119</sup> Firmado por España el 23 de febrero de 1978, pero no lo ha llegado a ratificar.

<sup>120</sup> Ratificado por España el 14 de enero de 1985 (*BOE* de 17 de abril de 1985).

<sup>121</sup> Complementa el art. 2 del CEDH, conforme al cual el derecho a la vida deja fuera de su ámbito de aplicación la ejecución de una condena pronunciada por un tribunal que, en el caso de que el delito esté castigado por ley con la pena capital, imponga dicha pena.

<sup>122</sup> Firmado por España el 22 de noviembre de 1984, pero aún no lo ha ratificado.

<sup>123</sup> A este respecto, J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 27; igualmente, un tratamiento particularizado de este aspecto, en D. GARCÍA SAN JOSÉ, *Los derechos y libertades fundamentales en la sociedad europea del siglo XXI*, Sevilla, 2001.

<sup>124</sup> La explicación de estas circunstancias y del contenido de la excepción, así como de la Ley interna que la prevé puede consultarse en *B.O.E.* de 11 de junio de 2002, pp. 20822-20824; Reino Unido señala que "... en la medida en que el ejercicio de la potestad ampliada de la detención pueda no ser conforme con las obligaciones del Reino Unido en virtud del artículo 5.1, el Gobierno ha decidido acogerse al derecho de excepción conferido por el artículo 15.1 del Convenio, y ello hasta nuevo aviso."

<sup>125</sup> En este sentido, resulta crucial la sentencia del TEDH emitida el 29 de abril de 1988 en el *caso Belilos c. Suiza*, en el que el Tribunal declaró nula una declaración interpretativa suiza, considerándola contraria al Convenio, con la virtualidad de que este órgano afirmó su competencia para determinar la validez de dicha reserva. A este respecto, véase un resumen de esta sentencia, así como bibliografía relacionada en V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, 8ª ed., París, 2002, pp. 175-178.

<sup>126</sup> A este respecto, V. BERGER, *op. cit.*, pp. 34-39.

<sup>127</sup> Al respecto, V. BERGER, *op. cit.*, pp. 7-11.

<sup>128</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, "Protección de los derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales", *Revista de Instituciones Europeas* (1991), pp. 247-264.

<sup>129</sup> Al respecto J.A. CARRILLO SALCE-

DO, *op. cit.*, p. 104.

<sup>130</sup> En este sentido, V. BERGER, *op. cit.*, pp. 22-27.

<sup>131</sup> A este respecto, véase esta sentencia y un comentario a la misma en la obra de J. GARBERÍ LLOBREGAT y P. MORENILLA ALLARD, *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, 1999, pp. 317-339.

<sup>132</sup> Asunto Moreno Gómez c. España, de 16 de noviembre de 2004.

<sup>133</sup> Véase J.A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 107. La sentencia puede consultarse en la página del Consejo de Europa, concretamente en el buscador de jurisprudencia del TEDH que se encuentra en la misma (véase <http://www.coe.int>).

<sup>134</sup> Uno de los más destacados especialistas en esta materia, como atestigua la valiosa contribución que realiza en su magnífica obra *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, ed. Tecnos, Madrid, 2003, fuente de inspiración del presente trabajo.

<sup>135</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., “Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, *18 Revista de Instituciones Europeas (1991)*, pp. 431-453, en p. 432.

<sup>136</sup> Como ha señalado RODRÍGUEZ CARRIÓN, para quien ese proceso de humanización se refleja, entre otros datos, “por la preocupación creciente por los derechos y libertades fundamentales de las personas individualmente consideradas y por el progresivo establecimiento de mecanismos efectivos de protección de esos derechos y libertades fundamentales”: vid. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *El Derecho Internacional en el umbral del siglo XXI*, Málaga, 1999, en p. 30.

<sup>137</sup> Objeto de un completo y acertado análisis específico en otra sede de esta obra.

<sup>138</sup> Assumo, por tanto, el claro matiz procesal que reviste la personalidad jurídica internacional en tanto categoría técnica, y que lleva al profesor PASTOR RIDRUEJO a distinguir entre subjetividad activa y pasiva del individuo, esto es, “une subjectivité internationale active – la qualité pour agir

en tant que réclament sur le plan international- et une autre passive – la susceptibilité d’encourir la responsabilité internationale sur le même plan”, vid. PASTOR RIDRUEJO, J.A., “Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs. Cours général de droit international public”, *274 Recueil des Cours (1998)*, pp. 9-308, en p. 110.

<sup>139</sup> Tal y como sostuvimos en Márquez Botella, D., Ruiloba García, E., Torres Cazorla, M.I., García Rico, E.M., Martín Martínez, M.M., Salinas De Frías, A., Rodríguez Carrión, A.J., “Los sujetos del Derecho Internacional en un mundo en transformación”, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Universidad de Málaga, 2001, pp. 485-520, en p. 510.

<sup>140</sup> Tal y como se recoge en el artículo 1.b) del “Estatuto del Consejo de Europa”, adoptado en Londres el 5 de mayo de 1949.

<sup>141</sup> Así, los Protocolos Adicionales 1, 4, 6, 7 12 y 13 no sólo han añadido nuevos derechos y libertades a los reconocidos en el CEDH, sino también los han desarrollado en la línea marcada en su día por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y, con posterioridad, por aquellos otros instrumentos convencionales de ámbito universal y regional resultado de las reformas exigidas por la propia evolución de la sociedad internacional en las últimas décadas sobre esta materia.

<sup>142</sup> Si bien hemos de reconocer que la mayoría de las medidas adoptadas en este sentido «no siempre han revestido el carácter de enmiendas formales al Convenio...han sido paulatinamente introducidas a través de prácticas, actitudes y reglamentaciones internas de la comisión y el Tribunal aunque, eso sí, con la aquiescencia de los Estados partes», en opinión acertada de SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1995, pp. 306, en p. 43.

<sup>143</sup> Que fue abierto a la firma el 11 de mayo de 1994.

<sup>144</sup> El texto de este tratado, abierto a la firma el 13 de mayo de 2004, puede consultarse en <http://conventions.coe.int/TREATY>, o en *Council of Europe Treaty Series, n° 194*.

<sup>145</sup> Vid. al respecto el análisis que sobre la significación y función del CEDH en el momento de su elaboración se realiza en la obra de SÁNCHEZ LEGIDO, A., *El mecanismo...*, op. cit., pp. 27-40.

<sup>146</sup> Como el de la nacionalidad de la reclamación o la legitimación activa procesal del individuo ante un órgano judicial internacional. En efecto, el mecanismo instituido en 1950 suponía que un Estado parte en el CEDH podía presentar una reclamación internacional contra otro Estado ante un órgano de competencia obligatoria, la Comisión, aunque las víctimas de la violación alegada no fuesen nacionales del Estado demandante. Asimismo, el CEDH se adelantó a su tiempo al permitir que una persona individual, una organización no gubernamental o un grupo de particulares pudieran deducir directamente una demanda contra un Estado, incluso su propio Estado, ante un órgano internacional independiente e imparcial, la Comisión, a pesar del carácter facultativo de la competencia de este órgano.

<sup>147</sup> El Tribunal, en efecto, tenía una jurisdicción voluntaria u opcional, en la medida en que sólo podía dictar sentencia definitiva y vinculante en aquellos asuntos que le fuesen sometidos por la Comisión, o por un Estado parte interesado en el caso (Estado demandante o demandado ante la Comisión, o Estado de nacionalidad del particular demandante).

<sup>148</sup> Provocado por la necesidad de arbitrar una solución respecto de aquellos casos en los que el Estado demandado no hubiera aceptado la jurisdicción del Tribunal. En estas ocasiones, el Comité de Ministros tenía atribuidas competencias cuasijurisdiccionales para adoptar una resolución definitiva y vinculante acerca de si hubo o no violación del Convenio atribuible a un Estado que hubiese sido demandado por otro Estado parte en el Convenio, o por un particular que se encontrase bajo su jurisdicción (siempre que el Estado demandado hubiese aceptado la competencia de la comisión para conocer de demandas de particulares).

<sup>149</sup> Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio...*, op. cit., p. 44.

<sup>150</sup> No en vano, como apunta algún autor, “ha sido en la práctica de la Comisión y del

Tribunal, en el modo en que la primera ha desempeñado su cometido y en la forma en que ambos órganos han entendido sus funciones, donde de modo más palmario se ha manifestado esa progresiva configuración judicial”: Sánchez Legido, J.A., *El mecanismo...*, op. cit., p. 50.

<sup>151</sup> Vid. sobre el particular Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio...*, op. cit., pp. 91-109.

<sup>152</sup> Nos referimos al artículo 76 del antiguo Reglamento de la Comisión.

<sup>153</sup> En efecto, en el Asunto Lawless c. Irlanda (Cuestiones Preliminares) el Tribunal sostuvo que “en el interés de una buena administración de justicia, el Tribunal debe tener conocimiento y, en su caso, tomar en consideración, el punto de vista del demandante”: vid. Sentencia de 14 de noviembre de 1960, Lawless c. Irlanda (Cuestiones Preliminares), Serie A, nº 1, p. 16.

<sup>154</sup> Como apunta García Jiménez, E., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Valencia, 1998, pp. 255, en p. 195.

<sup>155</sup> El Reglamento fue adoptado el 24 de noviembre de 1982 y entró en vigor el 1 de enero de 1983.

<sup>156</sup> Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio...*, op. cit., p. 44.

<sup>157</sup> Lo que provocaba la paradoja de que este mecanismo no protegía adecuadamente el derecho a la administración de justicia en un plazo razonable recogido en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

<sup>158</sup> A pesar de ser adoptado el 18 de marzo de 1985, este Protocolo no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1990.

<sup>159</sup> Sobre el alcance de las medidas incorporadas por este tratado, vid. el análisis realizado por Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., pp. 61-2.

<sup>160</sup> Tras depositarse el décimo instrumento de ratificación por parte de Rumanía el 20 de junio de 1994, este Protocolo entró en vigor el 1 de octubre de ese año, si bien debido a su carácter facultativo, sólo respecto de aquellos Estados que lo ratificaron.

<sup>161</sup> Un análisis sobre los contenidos de este Protocolo puede consultarse en la obra de TRECHSEL, S., “Towards the Merger of the Supervisory Organs: Seeking a Way

out of the Deadlock”, 8 *Human Rights Law Journal* (1987), pp. 11-23; JANSSEN-PEVTSCHIN, G., “Le protocole n° 9 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Mélange Velu*, vol. II, 1992, pp. 1269-80; FLAUSS, J.F., “Le droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l’homme. Le protocole n° 9 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, *Annuaire Français de Droit International* (1990), pp. 507 y ss.; SUDRE, F., «De quelques interrogations sur l’évolution du mécanisme européen de garantie des droits de l’homme», *Mélanges Apollis*, 1992, pp. 113-124.

<sup>162</sup> Este Protocolo fue adoptado el 8 de enero de 1992, y tenía como único objetivo modificar las reglas de votación del Comité de Ministros contenida en el artículo 32 del CEDH que, a partir de su entrada en vigor pasaba a ser de simple mayoría respecto de la decisión de este órgano sobre la existencia o ausencia de violación del Convenio. Vid. sobre el particular las consideraciones que realiza Sánchez Legido, A., *El mecanismo...*, op. cit., pp. 65-7.

<sup>163</sup> Destaquemos, en este sentido, la comunicación escrita de la Dirección de Derechos Humanos de esta organización, presentada con ocasión del Coloquio de Neuchâtel, en marzo de 1986, bajo la rúbrica «La fusion de la Commission et de la Cour européennes des Droits de l’Homme: questions soulevées, solutions possibles»; así como la Recomendación 1087 (1988), de 7 de octubre, de la Asamblea del Consejo de Europa, relativa a la mejora del procedimiento del CEDH, y la Recomendación 1194 (1992), de 6 de octubre, en la que este órgano mantuvo que el sistema de protección sería puesto a prueba en el futuro más inmediato y que, dada la importancia de aquél para el Consejo de Europa, debía abordarse su reforma sin demora, por lo que recomendaba al Comité de Ministros la adopción de las medidas necesarias para llevar a cabo la reforma.

<sup>164</sup> Sobre la posición adoptada por el TEDH en esta materia, vid. García Jiménez, E., *El Convenio...*, op. cit., pp. 205-6.

<sup>165</sup> En especial a partir de la Conferencia Ministerial celebrada en Viena en 1985, donde

la delegación suiza presentó un extenso e interesante informe bajo el título “Funcionamiento de los Órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, reproducido en 6 *Human Rights Law Journal* (1985), pp. 103-104.

<sup>166</sup> Para un análisis de estas propuestas, vid. Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., pp. 151-54.

<sup>167</sup> Articulado en torno a los dos órganos ya existentes, en el que la decisión de la Comisión sobre el fondo se convertía en decisoria, bien una vez que hubiera transcurrido el plazo de tres meses desde su adopción sin que las partes llevaran el asunto al Tribunal, bien desde el momento en que un comité integrado por un número indeterminado de miembros de este último decidiera que el asunto que se le hubiera planteado no suscitaba una cuestión grave relativa a la aplicación o la interpretación del Convenio y, por tanto, no exigía un segundo pronunciamiento por parte del Tribunal.

<sup>168</sup> En virtud del cual se procedía a sustituir la Comisión y el Tribunal existentes por un nuevo órgano jurisdiccional de funcionamiento permanente que asumiera las competencias de ambos.

<sup>169</sup> Y, por consiguiente, desaparecía el papel destacado que el mecanismo de 1950 otorgaba al Comité de Ministros.

<sup>170</sup> Recogida en la Declaración de la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa, celebrada en Viena los días 8 y 9 de octubre de 1993, publicada en *Revue Universelle des Droits de l’Homme* (1993), pp. 293-96.

<sup>171</sup> El 25 de enero de 1994, en efecto, la Asamblea daba su conformidad al proyecto de Protocolo n° 11, cuyo texto se abrió a la firma el 11 de mayo de 1994.

<sup>172</sup> En acertada expresión de Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 163.

<sup>173</sup> Con lo que elimina la posibilidad que existía con anterioridad, en virtud de la cual podía formar parte del Tribunal un nacional de un Estado miembro del Consejo de Europa que no era parte del Convenio.

<sup>174</sup> A diferencia de lo que ocurría con los órganos de control que conformaban el mecanismo de control establecido en 1950.

<sup>175</sup> Como señala Salado Osuna, “tiene juris-

dicción exclusiva en el sentido de que es el único órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio; y su jurisdicción es de carácter subsidiario, pues los Estados partes “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio(...)”. Esto significa, por tanto, que los Estados están obligados a respetar y hacer respetar los derechos reconocidos por el Convenio y sus Protocolos y a reparar las consecuencias del derecho lesionado. Únicamente cuando el Estado no haya reparado las consecuencias de la violación de acuerdo con su derecho interno, será posible presentar una demanda ante el Tribunal”, en Salado Osuna, A., “El Protocolo de enmienda número 11 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *21 Revista de Instituciones Europeas* (1994), pp. 943-965, en pp. 949-50.

<sup>176</sup> Si bien consideramos acertada la consideración del Colegio de cinco miembros de la Gran Sala que contempla el artículo 43.2, como una formación específica del Tribunal, aún cuando sólo actúe para valorar y decidir si determinados asuntos reúnen las condiciones exigidas para ser objeto de examen en segunda instancia, tal y como sostiene SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma...*, op. cit., p. 216.

<sup>177</sup> Se descartó, por consiguiente, la posibilidad de que el Tribunal fuese asistido por Abogados Generales, institución conocida en el continente europeo por la importante labor que ha desempeñado en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

<sup>178</sup> Si bien cada una de ellas estará integrada, de oficio, por el Presidente y Vicepresidente del Tribunal, el Presidente de cada una de las Salas y el juez a título del Estado demandado y, en su defecto, el Estado demandado puede designar un juez *ad hoc*.

<sup>179</sup> A tenor de lo establecido en los artículos 30 y 43.2 del Convenio.

<sup>180</sup> Tal y como se desprende de los artículos 31.b y 47 del CEDH.

<sup>181</sup> Vid. SÁNCHEZ LEGIDO, A., *La reforma...*, op. cit., p. 208.

<sup>182</sup> En efecto, cualquier Estado parte, ante cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos y que, a su juicio, pueda ser imputado a otro Estado

parte, puede presentar una demanda interestatal, aunque la víctima de la violación alegada no fuese uno de sus nacionales, como consecuencia de la caracterización del sistema europeo de protección de derechos humanos como mecanismo de garantía colectiva de los mismos.

<sup>183</sup> Términos en los cuales aparece redactado el artículo 34.

<sup>184</sup> Así, en su Sentencia de 23 de mayo de 2002 en el *Asunto SEGI y Gestoras Pro-Amnistía c. los Estados miembros de la Unión Europea*, el TEDH decidió por unanimidad la inadmisibilidad de las demandas por considerar que el artículo 34 exige que el particular demandante se considere efectivamente lesionado por la violación que alega, y no establece, por tanto, a favor de los particulares una especie de *actio popularis* para la interpretación del Convenio y no les autoriza a quejarse in abstracto de una ley por el hecho de que, en su opinión, les parezca vulneradora del Convenio. Con este pronunciamiento se aleja de la Sentencia de 6 de septiembre de 1978 en el *Asunto Klass y otros c. Alemania*, por lo que no podemos aún dar por zanjada definitivamente la cuestión de una posible acción popular ejercida a través de la presentación de una demanda particular.

<sup>185</sup> En lo que puede calificarse como progresiva flexibilización de la noción de víctima, el Tribunal ha llegado a considerar como tal, no sólo la víctima directa de la violación alegada, sino también la víctima indirecta, siempre y cuando esta persona pueda demostrar la existencia de un vínculo estrecho con quien sufrió la violación de un derecho, como sostuvo en el *Asunto Angelova v. Bulgaria*, de 13 de junio de 2002. Asimismo, el TEDH ha llegado incluso a la admisión de la legitimación activa de un particular que potencialmente puede ser víctima de una violación, esto es, tal y como quedó demostrado en el famoso *Asunto Soering c. Reino Unido de Gran Bretaña*, de 7 de julio de 1989, así como, en la más reciente Sentencia en el *Asunto Jabari c. Turquía*, de 11 de julio de 2000.

<sup>186</sup> Órgano que, en la línea marcada por la Secretaría de la Comisión en el antiguo mecanismo, desempeña también una importan-

te labor de filtro de los asuntos que deben ser objeto de examen en cuanto al fondo por el Tribunal.

<sup>187</sup> Si bien, como apunta Sánchez Legido, “durante los trabajos de reforma, se propuso añadir alguna condición adicional, matizar el sentido o el alcance de alguna de las existentes o, incluso, replantear en su conjunto el sistema de condiciones de admisibilidad”; para un análisis de tales propuestas, vid. Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., pp. 228-32.

<sup>188</sup> Con la primera de ellas se trataría de garantizar, en opinión mayoritaria de la doctrina que compartimos, “que la demanda caiga dentro del ámbito de competencia *ratione personae*, *ratione materiae*, *ratione loci* y *ratione temporis* del Tribunal”; mientras que la segunda implica que la demanda “tenga perspectivas reales de ser estimada en cuanto al fondo” y “no incurra en difamaciones ni utilice expresiones contra la dignidad del Estado demandado o de cualquiera de sus funcionarios o autoridades”, respectivamente: vid. Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 228.

<sup>189</sup> Como pone de manifiesto el magnífico análisis de esta cuestión que realiza Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio...*, op. cit., pp. 53-9. Asimismo, en torno a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, resultan imprescindibles las obras de Berger, V., *Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme*, 8ª ed., Sirey, París, 2002; Matscher, F., “Quarante ans d’activités de la Cour Européenne des droits de l’Homme”, *270 Rec. des Cours (1997)*, pp. 237-398.

<sup>190</sup> Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 227.

<sup>191</sup> Tal y como se recoge en el actual artículo 35.4 del Convenio.

<sup>192</sup> Para un examen de las ventajas e inconvenientes de las alternativas barajadas vid. Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 235.

<sup>193</sup> A diferencia de las tesis mantenidas por el Comité Director de Derechos Humanos en su proyecto de Protocolo de 1993, como apunta Salado Osuna, A., “El protocolo...”, op. cit., p. 955.

<sup>194</sup> A pesar de que, como señala algún autor,

“no es demasiado habitual que un órgano de control del respeto de los derechos humanos que opera con carácter subsidiario, es decir, después de que hasta un máximo de cuatro instancias judiciales se hayan pronunciado sobre el mismo asunto, deba pronunciarse sobre la apreciación de los hechos tal y como están establecidos en la resolución de la última de las instancias citadas”: Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., pp. 238-9.

<sup>195</sup> Una situación que puede plantear problemas que la doctrina no tardó en apuntar, como señala en su análisis Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 243-6.

<sup>196</sup> Tal y como se dispone en el artículo 36 del Convenio.

<sup>197</sup> Bien porque considere que el asunto presenta cuestiones graves relativas a la interpretación del Convenio o de sus Protocolos adicionales; bien cuando la solución de un asunto pueda conducir a una contradicción con la recibida por otro caso anteriormente decidido por el Tribunal. No obstante, si alguna de las partes se opusiera, la Sala no podrá inhibirse y tendrá que decidir, como se establece en el artículo 30 del CEDH.

<sup>198</sup> En expresión de SALADO OSUNA, A., “El protocolo...”, op. cit., p. 960.

<sup>199</sup> Si esta sentencia no expresa en todo o en parte la opinión de sus miembros, todo juez tiene derecho a expresar su opinión de forma individual; una posibilidad, recogida en el artículo 45, aplicable igualmente a las resoluciones dictadas por las Salas.

<sup>200</sup> En acertada clasificación realizada por CARRILLO SALCEDO, para quien el efecto *erga omnes* de las sentencias del TEDH, implican que las autoridades nacionales deben tomar en consideración la interpretación del convenio que realice el Tribunal a través de su jurisprudencia porque dicha interpretación les vincula jurídicamente *El Convenio...*, op. cit., p. 63.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>202</sup> Aún cuando el artículo 41 del CEDH establece que “si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, concederá a la parte per-

judicada, si así procede, una satisfacción equitativa”.

<sup>203</sup> Ya que se trata únicamente de establecer la responsabilidad internacional del Estado en casos de vulneración de sus obligaciones internacionales.

<sup>204</sup> Produciéndose así una laguna jurídica en virtud de la cual el titular de ese derecho reconocido en el CEDH no se vea resarcido por su vulneración.

<sup>205</sup> En opinión de Sánchez Legido, A., *La reforma...*, op. cit., p. 285.

<sup>206</sup> No olvidemos, sobre el particular, que el Protocolo nº 11 acaba con la jurisdicción voluntaria del antiguo Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los problemas que ésta suponía, si bien se ha mantenido la posibilidad de formular reservas a los derechos reconocidos, que ha sido objeto de fundadas críticas en Salado Osuna, A., “El protocolo...”, op. cit., p. 963, y Sánchez Legido, A., “La validez de las reservas al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (1994)*, p. 24, en la línea mostrada en su día por Frowein, J.A., “Reservations to the European Convention on Human Rights”, *Studies in Honour of Gerard J. Wiarda*, Colonia, 1988, p. 1999.

<sup>207</sup> En palabras acertadas de algún autor, «la solution adoptée a été le résultat d’un compromis politique pour donner satisfaction aux Etats qui s’étaient opposés à la création d’une Cour unique, parce qu’ils voulaient préserver le «double degré de juridiction» qui, en fait, avait été représenté par l’existence de la Commission («juge de premier degré») et de la Cour («juge d’appel»), en Matscher, F., «Quarante ans...», op.cit., p. 265. En parecidos términos se han pronunciado Carrillo Salcedo, J.A., *El Convenio...*, op. cit., p. 61, y Sánchez Legido, A., *La Reforma...*, op. cit., p. 285.

<sup>208</sup> Recordemos sobre el particular que, aunque en principio será una Sala integrada por siete jueces, la que resuelva con carácter definitivo las demandas declaradas admisibles, estas sentencias únicamente tendrán eficacia de cosa juzgada y carácter definitivo siempre y cuando: las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto a la Gran Sala; haya transcurrido un plazo

de tres meses desde su pronunciamiento sin que se haya solicitado por algunas de las partes la remisión a la Gran Sala; o si, finalmente, tras ser solicitada la remisión a esta formación más amplia del Tribunal, un colegio de cinco jueces de la misma estimara que el asunto no reúne las condiciones excepcionales que justifican la apertura de una segunda instancia.

<sup>209</sup> Vid. sobre el particular Jacot-Guillarmod, O., “Observations sur quelques critiques récentes adressées au Protocole nº 11 à la Convention Européenne des Droits de l’Homme», en *8 Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme, Actes, Budapest 20-23 septembre, 1995*; así como las opiniones vertidas por EISSEN, M.A., «L’aspect institutionnel du Protocole nº 11 à la Convention», en *Le Protocole nº 11 à la Convention européenne des Droits de l’Homme. Actes de la table-ronde organisée le 22 septembre 1994 par l’équipe de recherche «Droit comparé des Droits de l’Homme, Institut des hautes études européennes de l’Université Robert Schumann à Strasbourg, Droit et Justice*, Bruxelles, 1995.

<sup>210</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio...*, op. cit., p. 61.

<sup>211</sup> Cuestión para cuyo examen en profundidad, resultan interesantes las aportaciones realizadas por parte de la doctrina española, encabezada por CARRILLO SALCEDO, J.A., *El convenio...*, op. cit., pp. 63-72 así como, por lo que se refiere a esta cuestión antes de la entrada en vigor del Protocolo nº 11, BUJOSA VADELL, L., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Tecnos, Madrid, 1997; y RUIZ MIGUEL, C., *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, 1997.

<sup>212</sup> Sobre los principales problemas a los que debería enfrentarse el nuevo TEDH, resultan muy interesantes las aportaciones realizadas por VALTICOS, N., “Quels juges pour la prochaine Cour européenne des droits de l’homme?”, en *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, 1995, pp. 415 y ss.; CARRILLO SALCEDO, J.A., “Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l’homme?”, *Revue*

*Universelle des Droits de l'Homme* (1997), pp. 1 y ss.; y FLAUSS, J.F., "Les juges des pays d'Europe centrale et orientale à la Cour européenne des droits de l'homme: vues de l'extérieur", en *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, pp. 343 y ss.

<sup>213</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *El convenio...*, op. cit., p. 78.

<sup>214</sup> Tras la adhesión, el cinco de octubre de 2004, de Mónaco.

<sup>215</sup> No en vano, como apunta Matscher, las estructuras jurídicas de estos países "sont encore tellement rudimentaires et inefficaces qu'il faudra bien des années pour les mettre à un niveau qui leur permette de répondre aux exigences de la Convention", en "Quarante ans...", op. cit., p. 396.

<sup>216</sup> Vid. *Explanatory Report to the Protocol n° 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention (CETS 194)*, pp. 1-2; así como el documento elaborado por el propio Tribunal bajo la rúbrica *Survey of Activities 2003*.

<sup>217</sup> Recogido en *Explanatory Report...*, p. 4; por lo que se refiere a las Resoluciones adoptadas por el Comité de Ministros a fin de lograr la adopción del Protocolo n° 14, vid. la Declaración del Comité de Ministros adoptada el 12 de mayo de 2004, "*Ensuring the effectiveness of the implementation of the European Convention of Human Rights at national and European levels*".

<sup>218</sup> Así, además de los grupos de trabajo creados al efecto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y el Comisario para los Derechos Humanos han podido expresar sus opiniones y propuestas de reforma.

<sup>219</sup> La participación del propio TEDH en este proceso, por otro lado, se ha visto acompañada por la adopción de medidas que afectan a sus métodos de trabajo y la organización del Registro en 2002 y 2003.

<sup>220</sup> En especial, a través de las numerosas Organizaciones No Gubernamentales a las que el Consejo de Europa ha otorgado en los últimos años estatuto consultivo.

<sup>221</sup> En opinión del profesor Carrillo Salcedo que, sin embargo, nos advierte acerca del "infundado tópico de que el Tribunal es víctima de su éxito", vid. Carrillo Salcedo,

J.A., *El convenio...*, op. cit., p. 80.

<sup>222</sup> En efecto, transcurridos siete meses desde su firma, aún no se ha producido la ratificación de este Protocolo por ninguno de los Estados miembros, de los cuales sólo veinte han procedido a su firma.

<sup>223</sup> Como se recoge en la Declaración del Comité de Ministros, *Ensuring the effectiveness...*, op. cit., p. 2.

<sup>224</sup> Tal y como se establece en el Preámbulo del Protocolo n° 14.

<sup>225</sup> Vid. sobre el particular *Explanatory Report...*, op. cit., par. 20 a 33.

<sup>226</sup> Así, COHEN-JONATHAN, G., "50e anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme", *104 Revue Générale de Droit International Public* (2000), en p. 866; y CARRILLO SALCEDO, J.A., *El Convenio...*, op. cit., p. 82, entre otros.

<sup>227</sup> Gracias a la conservación del recurso individual, en virtud del cual toda persona que se considere víctima de una violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio puede, tras agotar los recursos internos, plantear una demanda y solicitar la protección de sus derechos ante un tribunal internacional como es el TEDH.

<sup>228</sup> Vid. *Explanatory report...*, op. cit., pfo. 35 *in fine*.

<sup>229</sup> Al modificar el actual artículo 27, que pasaría a convertirse en el artículo 26.

<sup>230</sup> En este sentido, el futuro artículo 27.1, señala que "A single judge may declare inadmissible or strike out of the Court's list of cases an application submitted under Article 34, where such a decision can be taken without further examination".

<sup>231</sup> A tenor de los apartados 2 y 3 del nuevo artículo 27.

<sup>232</sup> Como se apunta en *Explanatory report...*, par. 67.

<sup>233</sup> *Ibid.*, par. 78.

<sup>234</sup> Vid. Wildhaber, L., "A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?", *23 Human Rights Law Journal* (2002), p. 163.

<sup>235</sup> Si bien la exigencia de unanimidad en la decisión del Comité, supone que a falta de ésta, se aplicaría el procedimiento previsto en el artículo 29 relativo a las resoluciones de las Salas sobre la admisibilidad y el fondo del asunto.

<sup>236</sup> Así, se añade un tercer párrafo donde se establece que “if the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee”.

<sup>237</sup> Con las ventajas que aporta el hecho de que el Tribunal pueda decidir libremente la forma o manera en que responderá a esta petición, así como el procedimiento a seguir en estos casos, apuntadas ya en *Explanatory Report...*, op. cit., par. 97.

<sup>238</sup> Ibid., par. 100 *in fine*.

<sup>239</sup> A este respecto, J.A. CARRILLO SALCEDO, op. cit., pp. 114-116.

<sup>240</sup> Véase Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996; un comentario exhaustivo al mismo, en A. SALINAS DE FRÍAS, *La protección de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea*, Granada, 2000, pp. 135-149.

<sup>241</sup> Véase J.A. Carrillo Salcedo, op. cit., pp. 119-120.

<sup>242</sup> Siguiendo la opinión auspiciada por J.A. Carrillo Salcedo, en “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), pp. 17-18, y en la misma línea A. Fernández Tomás, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: un nuevo hito en el camino de la protección”, 214 *Gaceta Jurídica de la Unión Europea* (2001), pp. 15-30.

<sup>243</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 292/2000, de 30 de noviembre, ponente J.D. González Campos (*B.O.E.* de 4 de enero de 2001) y una nota a la misma realizada por B. Fernández Pérez, en LIII *Revista Española de Derecho Internacional* (2001), pp. 440-443.

<sup>244</sup> K. Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Ed. Pédone, Paris, 2a. edición, 2002, p. 263.

<sup>245</sup> *World Migration Report 2002*, de la OIM.

<sup>246</sup> A este respecto, P. STALKER, *Workers without Frontiers- The Impact of Globalization on International Migra-*

*tion*, Ginebra, 2000. Asimismo, puede consultarse la información sobre esta publicación en <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/int/2000/2.htm>.

<sup>247</sup> Un análisis realizado por la OIT acerca de las pautas de migración actuales en 152 países determinó que, entre 1970 y 1990, el número de países clasificados como importantes receptores de inmigrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67; durante ese mismo período de 20 años, el número de países importantes emisores de migrantes por motivos laborales pasó de 29 a 55.

<sup>248</sup> Destacan a este nivel el Acuerdo Internacional para la Eliminación de la Trata de Blancas, de 1904 (enmendado por un Protocolo de 1948), la Convención Internacional para la Eliminación de Trata de Blancas, de 1910, o la Convención para Garantizar la Eliminación de la Esclavitud en todas sus formas y del Comercio de Esclavos por Tierra y por Mar, de 1919, que conforman los primeros tratados multilaterales sobre la materia.

<sup>249</sup> Y ello a pesar de que los derechos reconocidos en el PIDESC, tales como el derecho al trabajo, a un nivel de vida adecuado, a la salud y a la educación se garantizan generalmente “a todos “ los habitantes de un Estado.

<sup>250</sup> Por ejemplo, la prohibición que figura en el art. 9 PIDCP respecto a la “detención o prisión arbitrarias”, no prohíbe la privación de libertad de inmigrantes incurso en procedimientos de inmigración; la prohibición de “injerencias arbitrarias en la familia” (art. 17) tampoco impide que se produzca la deportación de un inmigrante que tiene a miembros de su familia en el Estado de asentamiento.

<sup>251</sup> Véase Observación General 18, de 1989, del Comité de Derechos Humanos del PIDCP (Naciones Unidas: Documento HRI/GEN/1/Rev.2, pp. 31-33, pfs. 8 y 13).

<sup>252</sup> La misma idea sale a relucir por ejemplo en el art. 2 de la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 25 de febrero de 1997, en el que se afirma que “Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención

entre ciudadanos y no ciudadanos”.

<sup>253</sup> Como sería la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, que en su art. 21 declara que “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

<sup>254</sup> No se hacen referencias a las medidas auspiciadas por la OIM ni la OIT, que serán objeto de tratamiento separado y específico en otras ponencias.

<sup>255</sup> Cabe mencionar aquí la Convención sobre la eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979, y su Protocolo Facultativo de 1999. El art. 6 de la Convención ordena a los Estados tomar todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.

<sup>256</sup> Estos son: Azerbaiyán, Belice, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Cabo Verde, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, Filipinas, Ghana, Guatemala, Guinea, Marruecos, México, Senegal, Seychelles, Sri Lanka, Tayikistán, Uganda, Uruguay y Malí.

<sup>257</sup> El art. 33 de la Convención obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas adecuadas para velar por que se suministre a los trabajadores migratorios y sus familiares la información que soliciten, gratuitamente, y en la medida de lo posible, en un idioma que puedan entender, acerca de sus derechos con arreglo a la Convención, así como sobre cualesquiera otras cuestiones que les permitan cumplir las formalidades administrativas o de otra índole en el Estado de empleo.

<sup>258</sup> Véase J. BONET PÉREZ, *Las políticas migratorias y la protección internacional de los derechos y libertades de los inmigrantes*, Bilbao, 2003, p. 40.

<sup>259</sup> En este sentido puede consultarse el caso

*La Grand*, resuelto por la CIJ el 27 de junio de 2001 (Alemania contra EE.UU.), en el que se resolvió que “Estados Unidos había infringido sus obligaciones para con Alemania y para con los hermanos La Grand según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”, al no haber informado a los ciudadanos alemanes, inmediatamente después de su detención, de su derecho a ponerse en contacto con su consulado”. Este mismo problema había sido objeto de análisis previamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Por unanimidad se declaró que “el art. 36 de la Convención de Viena de 1963 reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a las cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor”.

<sup>260</sup> En su párrafo 16, “reitera categóricamente el deber de los Estados de velar por el pleno respeto y cumplimiento de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, particularmente en relación con el derecho que tienen los extranjeros, prescindiendo de que no sean migrantes, a comunicarse con un funcionario consular de su propio Estado en caso de ser detenidos y la obligación a cargo del Estado en cuyo territorio ocurre la detención de informar al extranjero sobre dicho derecho.”

En su párrafo 19 “alienta a los Estados Miembros que no lo hayan hecho todavía a que promulguen leyes nacionales y a que tomen más medidas eficaces contra la trata y el tráfico ilícito internacionales de migrantes en las que se tenga en cuenta, en particular, la trata y el tráfico ilícito que pongan en peligro la vida de los migrantes o entrañen diversos tipos de servidumbre o explotación, como la servidumbre por deudas, la esclavitud, la explotación sexual y los trabajos forzados, y a que refuercen la cooperación internacional para combatir esa trata y tráfico ilícito”.

<sup>261</sup> A este respecto resulta interesante desta-

car la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, relativa a la condición jurídica de los migrantes indocumentados (OC-18/03), en la que señalamos uno de los párrafos que conforman su decisión, adoptada de forma unánime:

“8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación de regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral”.

<sup>262</sup> Aplicación provisional publicada en *BOE de 4 de julio de 2001*, entrada en vigor *BOE de 2 de mayo de 2002*.

<sup>263</sup> Aplicación provisional publicada en *BOE de 10 de julio de 2001*.

<sup>264</sup> El *BOE* de 5 de febrero de 2002 publica su aplicación provisional.

<sup>265</sup> Tanto el Acuerdo con Ecuador como el celebrado con Colombia se refieren a esto en su art. 2, cuyo tenor es el siguiente: “Se consideran trabajadores migrantes, a los efectos de aplicación del presente Acuerdo, a los ciudadanos (colombianos/ecuatorianos) autorizados a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena en el territorio español. Y en el convenio con Colombia se añade en este mismo precepto: “quienes gozarán de todos los derechos y garantías reconocidos en el ordenamiento jurídico laboral español”.

<sup>266</sup> El conocido caso *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julio de 1989, marca la pauta inicial en este sentido, aunque pueden citarse ejemplos más recientes. Por ejemplo, se consideró un trato inhumano la expulsión de un individuo preso en el Reino Unido, y enfermo terminal de SIDA, dado que ello supondría una reducción de su esperanza de vida y causarle sufrimientos físicos y psíquicos extremos, porque en su lugar de retorno (Saint-Kitts) y a la vista de los problemas sanitarios de la isla, el tratamiento médico que podía esperar, así como las condiciones

de alojamiento y alimentación inadecuadas no harían más que acelerar su enfermedad (sentencia de 21 de abril de 1997, asunto D. Contra Reino Unido).

<sup>267</sup> Entre la multiplicidad de casos existentes en este sentido, véase por ejemplo el asunto *Amrollahi c. Dinamarca*, sentencia de 11 de julio de 2002, relativo a la expulsión de un iraní, casado con una mujer danesa, condenado por tráfico de drogas en su país, y cuya expulsión a Irán, según el TEDH “...sería desproporcionada a los efectos buscados. La ejecución de la expulsión, por lo tanto, resultaría contraria al artículo 8 del Convenio (pár. 44)”.

<sup>268</sup> Diario Oficial de la UE de 24.1.2004.

<sup>269</sup> Diario Oficial de la UE de 3.10.2003.

<sup>270</sup> Diario Oficial de la UE de 20.5.2003.

<sup>271</sup> “...la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o la recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.”

<sup>272</sup> Daillier. P y Pellet, A., *Droit international public*, Paris, Pedone, 2002, p.678.

<sup>273</sup> García-Amador F.V., *Sistema Interamericano a través de Tratados, Convenciones y Otros Documentos*. Volumen I: Asuntos Jurídicos – Políticos. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Pág. 272. 1981.

<sup>274</sup> Ver a manera de ejemplo, la Convención Europea sobre Extradición de 1957.

<sup>275</sup> Por ejemplo, Convención sobre la Prevención y el Castigo del Crimen de Genocidio del 9 de diciembre de 1948.

<sup>276</sup> Resolución 3497 (XXX) del 15 de diciembre de 1975.

<sup>277</sup> Resolución 319 A, de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1948.

<sup>278</sup> Los Estados Partes adoptaron en di-

ciembre de 2001 una Declaración y un Programa de acción en que recomiendan, entre otras cosas, la adhesión universal a ambos instrumentos. Uno de los seis objetivos previstos en el programa es reforzar su aplicación a fin de garantizar la protección de esas personas.

<sup>279</sup> Goodwin-Gill, Guy S., *The Refugee in International Law*, 1983, pp. 67-68.

<sup>280</sup> El Protocolo fue aprobado por el ECOSOC, en resolución 1186 (XLI), del 18 de noviembre de 1966; y por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en resolución 2198 (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

<sup>281</sup> La jurisprudencia internacional es clara en cuanto a la denominación del acuerdo, como lo dice la misma Convención sobre el derecho de los Tratados de 1969. La Corte Internacional de Justicia señaló a este respecto que “la terminología no es un elemento determinante en cuanto al carácter de un acuerdo o de un compromiso internacional”. CIJ, Opinión consultiva en el caso del Sudoeste Africano (Excepciones Preliminares).

<sup>282</sup> La Convención entró en vigor el 20 de junio de 1974, de conformidad con lo establecido en su artículo 11.

<sup>283</sup> GOWLLAND-DEBBAS, Vera, *La responsabilité internationale de l'Etat d'origine pour des flux de réfugiés*, In: *Colloque de Caen, SFDI*, 1997, p.103.

<sup>284</sup> Resolución 2312 (XXII), del 14 de diciembre de 1967.

<sup>285</sup> CACADO TRINDADE, Antonio, Prefacio de la Publicación “10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados”, p.12, ACNUR/IIDH/Gobierno de Costa Rica, San José, 1994.

<sup>286</sup> Resolución AG/RES.1214 (XXIII-0/93), del 23 de mayo de 1993 sobre la “Situación legal de los refugiados, repatriados y desplazados en el hemisferio americano” y las resoluciones sobre la misma materia: AG/RES.1273 (XXIV-0/94); AG/RES.1336 (XXV-0/95); AG/RES.1416 (XXVI-0/96); AG/RES.1504 (XXVII-0/97); AG/RES.1602 (XXVIII-0/98); AG/RES.1693 (XXIX-0/99); AG/RES.1762 (XXX-0/00); AG/RES.1832 (XXXI-0/01).

<sup>287</sup> A través del Reglamento de esta Ley, promulgado en 2003, se establecieron todos los mecanismos para el otorgamiento de la documentación y demás recaudos para la permanencia de las personas solicitantes de refugio en Venezuela, así como la materialización de los trámites para la obtención de la protección requerida, los cuales han sido concebidos, con fundamento en la normativa internacional, pero acordes con las realidades y la legislación nacional previamente prescrita.

La Comisión Nacional para los Refugiados de Venezuela tiene como función “orientar y coordinar las acciones necesarias para brindar protección, asistencia y apoyo jurídico a las personas solicitantes de refugio y a los refugiados y refugiadas” y “conocer y decidir sobre los casos de determinación de la condición de refugiado, de la cesación y pérdida de esta condición...”

Un aspecto importante de la estructura y el funcionamiento de esta Comisión es que en sus reuniones participará en calidad de observador el representante del ACNUR, quien tendrá voz, pero no voto en las mismas.

Las decisiones que tome esta Comisión son de carácter obligatorio y vinculante.

<sup>288</sup> Conclusion 61 de l'EXCOM, de 1990.

<sup>289</sup> Conclusion 77 de l'EXCOM, de 1995.

<sup>290</sup> Conclusion 68 de l'EXCOM, de 1992.

<sup>291</sup> Ver MOMTAZ, Djamchid *Le Droit International Humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*, La Haye, 2002.

<sup>292</sup> DENG, Francis « Les réfugiés à l'intérieur. Un défi pour la communauté internationale ». The Brookings Institution, 1993, p. 166.

<sup>293</sup> CICR, Simposio: “Personas desplazadas internamente”, 1995, p.148.

<sup>294</sup> Doc. E/CN.4/1998/53/Add.2, del 11 de febrero de 1998.

