

CAPÍTULO IV

EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

1. DEFINICIÓN

Un problema común que en la actualidad se encuentra al abordar temas tan sensibles como el fenómeno de la discriminación, es la obvia dificultad a la hora de definirlos; por tanto, en vez de intentar establecer una definición de tan amplio concepto en un espacio insuficiente, es menester dedicar la mayoría de las páginas a esclarecer algunos de los diversos elementos asociados con la discriminación -en el trabajo existe un capitulado donde se analizan los aspectos teóricos y conceptuales del tema-. En este caso se debe tomar en cuenta que el derecho a la no discriminación se forma de palabras con contexto propio, así como utilidad según las necesidades o significados que se han pretendido crear en torno a la propia manifestación. Tomándolos en conjunto, se pueden establecer puntos de vista concretos.

Al hablar de discriminación se está ante un producto imputable a la humanidad, variable y cuantificable, en consecuencia, los hombres y mujeres poseen de forma imbíbida las herramientas con qué erradicarla, aunque para ello se requiere de la atención y comprensión que no se tuvo en el proceso de avivar y arraigar conductas discriminatorias en las que han incurrido los diversos núcleos sociales existentes en la historia. El problema se traslada a intrincadas actividades en las que influye una cultura determinada, inclinada a imponer dogmas y constituir prejuicios, consolidándose trasfondos perniciosos cuya intención era -y sigue siendo- la obtención del poder; así, en un intento genuino, las personas pueden esforzarse por evitar los estigmas creados por el pensamiento y anteponer las expresiones más acendradas en existencia, los reductos pueden ser erigidos y consolidados a través de valores, actitudes positivas, sentimientos y aspiraciones de troquel humanitario.

Entre las referencias doctrinales con sólida aproximación al escenario social, Thomas Hobbes advierte la necesidad de las definiciones al emprender de forma decidida un estudio sobre la sociedad de la que formaba parte, ve en la definición un conducto adecuado para ordenar las afirmaciones generadas por el conocimiento las cuales satisfacen los criterios que se acercan a la verdad; además reconoce el especial atributo de las definiciones al ser maleables y sujetas a correcciones cuando es necesario, en la inteligencia de que una investigación exhaustiva, o un depurado ejercicio de pensamiento, están dispuestos a derrumbar cualquier ideología y tornan en absurdo o error una hipótesis tenida sobradamente como correcta¹⁷⁹.

El derecho es un instrumento tangible que requiere de definiciones para sostener hipótesis bien fundamentadas, instituyéndose en modelos creados *ex profeso* para abatir la injusticia y la desigualdad, para los propósitos de la definición que se propone explicar, es un atributo subjetivo de la persona, cuya esencia es la resolución de los conflictos de interés mediante normas de carácter inexorable¹⁸⁰. De la misma forma, el derecho se aplica protegiendo los intereses de la sociedad y su doctrina depende de definiciones, no de experiencias, de pruebas racionales, no de pruebas sensibles, y en las que se trata de validez, no de cuestiones de hecho¹⁸¹.

El derecho subjetivo delega a la persona la potestad de exigir que un acto se verifique al existir un compromiso formal para que la conducta produzca determinada consecuencia, así como se detenga o se prohíba aquélla que menoscaba su dignidad, el derecho cuenta con los instrumentos adecuados para acudir al imperativo social que le demanda acción; por tanto, el *plus* que cristaliza el empleo de normas jurídicas gravita en la obligatoriedad de las mismas, traducida comúnmente en la fórmula: *frente a todo derecho existe una obligación*.

¹⁷⁹ Cfr. Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. Trad. Manuel Sánchez Sarto, 2ª ed., FCE, 1980. pp. 26-28.

¹⁸⁰ Cfr. "Derecho". Por el Dr. Luis Recaséns Siches, en *Enciclopedia jurídica Omeba*, Tomo VI. Editorial Driskill S.A. Argentina, 1991, pp. 916.

¹⁸¹ Cfr. Leibniz, Gottfried Wilhelm, *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría*. Trad. Eduardo García Máynez. UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, 1960, pp. 285.

El derecho positivo es el componente que contrarresta con eficacia un complejo entramado de factores sociales, al vincular una conducta a estilos sociales de comportamiento. Es bien sabido que la organización jurídica conlleva beneficios evidentes en las estructuras culturales que se han diseñado, y tratándose de un fenómeno como la discriminación, al acatarse las normas establecidas, los actos permisibles originan efectos positivos en el reconocimiento de la dignidad de las personas, además, el aparato normativo regula las conductas humanas, erradicando comportamientos ilícitos e inapropiados, moldeándolos a un patrón de principios admitidos.

El prestigio que ha mantenido al derecho como un medio de control del poder por excelencia, siendo poder en sí, se debe a su fundamento en la justicia, que vuelve estériles los manejos políticos y sobre todo, abona el trato de las personas como fin en sí y no como medio, el resultado no es otro más que el establecimiento de la noción de inviolabilidad de las personas, traducido en la legítima seriedad para tratar cuestiones trascendentales como lo es la distinción entre las personas, y califica libre de prejuicios de acuerdo con los principios estatuidos, sin pretensiones de ser el único sistema que se preocupa por el lastre.

El hecho de que en la definición se incluya al derecho como implantación de las bases de un sistema jurídico, tiene la virtud de posibilitar la exposición precisa de los caracteres genéricos del fenómeno de la discriminación, aunque existen otras ramas del conocimiento que no son ajenas al problema y el cúmulo de sus aspectos son trascendentes (antropológicos, sociológicos, políticos, históricos, filosóficos, etc.) el desenvolvimiento del derecho se adapta a las influencias imperantes y es una ordenación singular, inviolable y estable que rige por lo regular en un plano de igualdad a las personas, principio base en el que se centra la erradicación de la discriminación.

Para concebir un fenómeno de origen antiguo, que a inicios del siglo XX adquirió cuerpo legal y social ante una serie de calamidades humanas, debe delimitarse alrededor suyo el cúmulo de sentidos y formas que han conquistado desde la propia palabra que lo denomina (discriminación), la cual de ser asignada lexicológicamente a un concepto que de manera original no contenía doble connotación (seleccionar), se convirtió en la identificación

de una perniciosa manifestación de todas las culturas existentes. La función que cumple el derecho en la problemática merece un análisis abrevado desde la propia disciplina y demuestra que el orden normativo ha tenido el avance más destacado que concurre sobre la remozada acepción.

En el contexto del derecho positivo internacional en boga, la discriminación es un fenómeno que debe extirparse, ya sea por el menoscabo que ha producido y sigue produciendo en las estructuras sociales, por los innumerables conflictos de interés que han surgido en su seno, o por los intentos de comprensión de un problema central que ha lacerado desde siempre la dignidad de las personas. En todo caso, los ordenamientos jurídicos modernos fijan y organizan una serie de principios e instituciones dispuestos a declarar las normas que sirvan como criterio para proteger a las personas, se provea de la ejecución de las mismas y se apliquen pautas generales con su funcionamiento.

Es preciso mencionar que si bien los progresivos avances jurídicos han elevado el tema de la discriminación en concienzudas cláusulas y principios incluidos en las Constituciones y normas básicas fundantes, este simple hecho no exime a las mismas de ser instancias antidiscriminatorias, ni mucho menos su contenido¹⁸². Por tanto, el desarrollo del derecho antidiscriminatorio, desde su génesis, depende del reconocimiento y acción que produzca para combatir el fenómeno, porque de lo contrario, se convierte en una instancia que es eco o refugio de actitudes discriminatorias.

Con ello no se pretende añadir complejidad al hecho de definir un problema como el que nos ocupa, es importante reconocer el notable avance que se ha logrado a través del derecho, pero sin mistificarlo ni afianzar una panacea en torno suyo, de ahí que el fenómeno pueda ser objeto de todo tipo de corrientes del pensamiento, y no se limita a una esfera del conocimiento, es un proceso comprendido en las funciones humanas que se asocian con necesidades sociales, aunque en países como México, desafortunadamente el abandono de otras disciplinas sensibles a la manifestación social que nos ocupa es más que evidente.

¹⁸² Una tesis que abunda de manera acuciosa en este tema puede encontrarse en: Barreré Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.

El derecho interfiere sobre la conducta que discrimina, constriñendo a la prohibición de prácticas y actitudes proclives a su ejercicio, invitando abiertamente a su inhibición, en la inteligencia de que toda acción u omisión a la norma acarreará en la persona una consecuencia jurídica tasada en relación al daño y perjuicio ocasionado en la esfera de derechos del agraviado. El contenido coercitivo implícito del mandato adquiere un impacto específico que agrega una protección adicional a las personas, si bien la mayoría de leyes contemplan garantías conferidas con base en principios supremos, no existía correlatividad normativa desde una perspectiva basada en erradicar la discriminación.

La no discriminación es un principio cultural, es una premisa imperativa que se suma a aspiraciones colectivas inalienables (igualdad, libertad, equidad, justicia) a través de sólidos cimientos sociales, con precisiones multidisciplinarias (terminológicas, sociales, etiológicas, etc.), y una interesante heurística, estimulada por una reacción acendrada ante un problema punzante; es un catalizador que favorece la reflexión, y constituye un compromiso formal en la consecución del respeto a la dignidad de las personas.

Por tanto la no discriminación es una prohibición expresa, ligada al principio de igualdad jurídica como equivalente a su trasgresión -este último término rehecho históricamente con puntos de vista de toda índole- y obedece en mucho a la recomposición teórico-política de los derechos humanos, área del saber fraguada en los intentos independentistas en la época de la ilustración, con auge internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, que ha logrado la adopción de bases jurídicas específicas en torno a la discriminación en los textos más sobresalientes en la materia.

Tocante al Derecho, diversos doctrinarios afirman que su fundamento subyace en la idea de igualdad, al proteger el derecho fundamental de las personas a igual consideración y respeto prohibiendo las decisiones que involucren preferencias externas¹⁸³.

¹⁸³ Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Trad. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1997, pp. 394.

No obstante, la definición no es tan sencilla como parece, mucho menos cuando se considera desde el ámbito jurídico, pues si algo requiere la norma es un concepto preciso que destierre cualquier ambigüedad posible, sobre todo cuando la incipiente teoría concerniente a la discriminación recoge elementos basados en la idea superior de justicia que desentraña el principio orientador de igualdad, lo que puede originar confusión, o en determinado instante que se traslape a un fenómeno diverso que exceda lo rigurosamente jurídico.

La estructura preceptiva del derecho a la no discriminación busca que al menos en el aspecto legal la persona se vea libre de cualquier diferenciación, aunque sin duda la materia se inclina a favorecer la protección de grupos identificados como susceptibles a la discriminación, y su enlace lógico con los derechos humanos imprime énfasis en el reconocimiento y respeto de la dignidad de las personas.

El mandato de no discriminación se esgrime en la vulneración de la igualdad cuando se presentan formas concretas de diferenciación, padecida por grupos en situación de vulnerabilidad. Para llegar a esta percepción, los núcleos sociales tuvieron que experimentar el resquebrajamiento de los principios mejor moldeados (igualdad, justicia, libertad) y repensar los contenidos sustantivos, que eran amenazados por comprometedores fenómenos; los factores apuntaron a cuestiones de género, condición, raza, discapacidad, edad, opinión y preferencias de distinta índole. La protección a grupos vulnerables en su mira, automáticamente integra al derecho a la no discriminación como parte vertebral de la defensa de los derechos humanos.

Es la propia estructura normativa la que define y da forma a la no discriminación, desde su inserción se consideró el principio viable, por lo que de forma automática fue adoptado por la comunidad internacional, que a través del sistema de Naciones Unidas acogió con beneplácito el término, tornándolo imprescindible en los instrumentos de mayor envergadura que proclaman derechos fundamentales.

Dejando a un lado necesidades políticas e incluso la oportunidad histórica, la acepción necesita de precisión más que ningún otro principio, y su distinción compromete el respeto de las

características propias de cualquier grupo sin interpretaciones equívocas. El Derecho se respalda en los principios -igualdad justicia- como éstos se asocian a los valores. De aquí se obtendrán las novedosas cláusulas de no discriminación que se están acogiendo en todos los sistemas jurídicos que existen en el globo terráqueo.

Es verdad que la empresa a realizar es mayúscula, los cimientos terminológicos de la definición son objeto de intensos debates, las posiciones y doctrinas son abiertamente contrapuestas, entre las causas existentes están los elementos lexicológicos, de los que escapa cualquier intento de exactitud que acapare la verdad histórica del problema sin incurrir en excepciones o lagunas que pongan en duda o controviertan en principio la igualdad de trato, aunque es significativo que las herramientas internacionales hayan definido a la discriminación antes de que se hubiera desarrollado de manera doctrinal. Al tiempo que el fenómeno fue identificado se construyó en torno suyo una ideología especial, bastó con explicar sus alcances así como su fundamento para difundirlo en extenso y ahora la expresión es el punto de partida para iniciar avances en los estudios e investigaciones sobre el problema, en cualquier área del saber.

Si bien existen respetables posturas que escudriñan a fondo la formulación de la no discriminación, y dan seguimiento puntual al tema, este apartado se ha ceñido a un somero esbozo de las bases y antecedentes que definen el derecho implícito en la premisa y que está relacionado con los derechos humanos, por tanto, *el derecho a la no discriminación es el derecho que garantiza en igualdad de condiciones a toda persona, el goce y ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, así como su vigencia plena, lo que posibilita el acceso a las oportunidades generales que crea la sociedad, y con su ejercicio, busca erradicar la distinción, supresión o condicionamiento en que se encuentre cualquier grupo sin importar su situación.*

2. MARCO JURÍDICO

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

La contención a la sinrazón que azogó la primera mitad del siglo XX, urgía de acciones decisivas que evitarán en un plano inme-

diato más conflagraciones de la magnitud de las acaecidas; no era para menos, las consecuencias calaron en lo más hondo a la humanidad entera, nunca antes el desprecio por la persona humana había alcanzado un auge que se arrostrara por todo el planeta, los horrores de la guerra rebasaban cualquier calificativo y el dolor era el inenarrable común denominador de la comunidad internacional, tan recóndito, que es imposible hoy en día borrarlo de la memoria colectiva. La crisis de consciencia excedía cualquier tentativa de aserto a lo inexplicable.

Pero, la frecuencia con que se violan los derechos de las personas en el mundo nunca ha disminuido, en la actualidad, en muchos países se sigue al pie de la letra el postulado maquiavélico *el fin justifica los medios* y se asume con sus consecuencias; el hambre, la privación, la esclavitud, el terrorismo, el racismo, y la intolerancia siempre han estado presentes en todas las culturas, nada más complicado que las relaciones humanas predispuestas a algo por causa del miedo. Sin excepción, cada cambio social que existe en la humanidad se ha propiciado con el uso de la fuerza y la imposición de un nuevo poder que a la par crea un nuevo conflicto de intereses, es dentro de este medio en donde debe reflexionarse si la preponderancia que se da a las apariencias culturales ha valido la pena y si la naturaleza del hombre y la mujer puede superar esos estadios.

No se trata de ejercitar la mente con divagaciones en alegoría al fatalismo, sino de exponer con amplitud de miras el complicado arraigo de la discriminación como producto cultural, que sólo originó reacción social hasta producirse un inconcebible exterminio humano, aunado al miedo latente de una amenaza similar cuyos estragos impliquen apenas sobrevivir a tan execrables efectos. La negación de la persona misma se desborda ante las tímidas intenciones de erradicar el fenómeno. Es contrastante que los notorios avances científicos y tecnológicos impliquen en mayor grado un instrumento para acentuar las diferencias y exhibir un poder dispuesto a la aniquilación del hombre, que para combatir las adversidades existentes en el entorno.

En consecuencia, es necesario situar en su dimensión real el alcance que ha tenido la Organización de Naciones Unidas (ONU) como órgano universal, y resaltar con ello la voluntad que cohesionó a varios pueblos a constituirse en un frente común para

enfrentar los escollos de nuestra era, en aras de reafirmar la dignidad y el valor de la persona humana. En efecto, la labor que hace más de medio siglo viene desempeñando la Organización dentro de la comunidad internacional ha experimentado transformaciones necesarias, y ha logrado con la marcha una redefinición de sus fines, a la par de que su esfera de actuación comprende la adopción de medidas prácticas para una mayor asistencia y credibilidad que inste a los países a hacer modificaciones en sus aparatos políticos y sociales.

Los derechos humanos -al igual que el fenómeno de la discriminación- son concebidos en la época moderna, puesto que nunca antes habían estado configurados en el catálogo de derechos existentes, la urgencia en su reconocimiento y aplicación originó que las Naciones Unidas iniciaran funciones de manera oficial el 24 de octubre de 1945¹⁸⁴, una vez que se articuló el elemento constituyente de la Organización -conocido como la Carta de las Naciones Unidas- de ser una estructuración motivada por cuestiones bélicas que podría tener una existencia efímera, se convirtió en el eje revolucionario que encauzaría el rancio esfuerzo de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, a una elaborada organización fincada en la comprensión y amplitud internacional de los derechos humanos, su desarrollo derivaría en la adopción del instrumento que es el sillar en la causa: la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La primera respuesta a la elocuencia que imprime la declaración, y atinente al fenómeno que nos ocupa, se registró en la segunda mitad del siglo XX, cuando en Estados Unidos de América se abordó a la discriminación como un problema específico causante de una notoria desigualdad, las circunstancias particulares de esa nación, y la reacción de rechazo ante ideologías y dogmas que persistían en el mundo fraguaron el inicio del derecho antidiscriminatorio. El tono inicial que se cristalizaría en fórmula jurídica consistió en una decidida lucha contra el racismo y su principal motor fue la pugna por el acceso de personas de raza negra a la nómina jurídica que comprendía derechos civiles y políticos, que ya en esos años se delineaba internacionalmente para consolidarse en los sistemas de derechos humanos.

¹⁸⁴ Cfr. *ABC de las Naciones Unidas, Naciones Unidas*, Nueva York, 2006, pp. 4.

Este clima generó en el país americano un texto jurídico decisivo en el reconocimiento de los derechos de mérito, al cual se denominó Ley de Derechos Civiles o *Civil Rights Act of 1964*. Después de este precedente, otros factores trascenderán la esfera de lo estrictamente racial, para contener argumentos basados en el sexo, la religión, migración; más adelante se alcanzaría una protección especializada según factores de edad, orientación sexual, discapacidad, *status* marital y riqueza¹⁸⁵.

El impulso que recibieron los derechos humanos ya no se detendría, marcando la pauta que en adelante ha caracterizado su constante práctica: a más comprensión, mejor certeza en su fundamento, que si bien en las posiciones tocantes a su naturaleza y función se modifican incesantemente, la clave es que la mujer y el hombre son el cimiento objetivo que justifica su existencia más allá de un supuesto jurídico. Al contemplar los más elevados valores de las personas, se gesta en el derecho internacional y en el nacional de varios países, la apertura necesaria para que se reconozca la discriminación como un flagelo que debe de combatirse, y la especialización de las nóminas jurídicas que atienden a grupos vulnerables tuvieron carta de naturalización en la sociedad actual.

Asimismo, el principio de igualdad de las personas, ha tenido gran peso en la breve historia de los tratados a escala internacional, por eso es reiteradamente citado desde los documentos de origen. Incluso, el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y como en el Preámbulo de la Declaración Americana, lo ubican como uno de los principios fundamentales al que se remiten. La importancia del principio de no discriminación es tal, que la Carta de las Naciones Unidas y la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA) aluden reiteradamente a éste¹⁸⁶.

A la hora de aplicar la normativa internacional, la relación entre los principios de igualdad y no discriminación tiene gran importancia. En términos prácticos, la cuestión es si la normativa in-

¹⁸⁵ Cfr. Barreré Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas, 1997, Madrid, pp. 33-79.

¹⁸⁶ Carta de las Naciones Unidas, artículos 1(3), 13 (b) 55 (4); Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), artículos 3 j) y 43 a).

ternacional prohíbe tan sólo el trato diferenciado de personas en razón de los criterios enumerados en las disposiciones sobre discriminación, o si las distinciones con respecto al ejercicio o disfrute de un derecho humano, basadas en otros criterios, vulneran el derecho internacional, en caso de ser arbitrarias o malintencionadas. Es verdad que la normativa internacional al respecto prohíbe la discriminación basada en la condición o condición social de la persona, criterio amplio que permite la evolución progresiva de un consenso social y legal sobre prácticas consideradas discriminatorias, no obstante, hasta la fecha la jurisprudencia sobre el contenido del concepto de otra condición social es escasa, aunque ello no resta relevancia a la cuestión de saber si el criterio de igual protección puede aplicarse directamente, sin necesidad de identificar el motivo del trato diferenciado, y de determinar si éste corresponde al concepto de condición social.

La jurisprudencia generada tocante a esta circunstancia es apenas incipiente. Las decisiones adoptadas hace algunos años tendían a utilizar el singular al referirse al *principio de la no discriminación y la igualdad ante la ley o el derecho a la igualdad ante la ley y la igualdad de protección de la ley sin discriminación*. No obstante, algunas decisiones recientes revelan una tendencia a diferenciar entre el concepto de discriminación y el de igualdad ante la ley e igual protección de la ley.

La doctrina interamericana pone énfasis en el principio de igualdad, retóricamente, y la jurisprudencia interamericana tiende a evaluar de la misma manera la objetividad y razonabilidad de las diferenciaciones de cualquier índole, incluso las que no corresponden a la nómina de criterios discriminatorios contenida en el artículo 1 de la Convención. Aún más, en una decisión la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró una medida como violatoria de la Declaración Americana por hacer una *...diferenciación irrazonable en lo que se refiere al tratamiento de personas de la misma clase o categoría*¹⁸⁷.

Para cumplir con el objetivo de comprender el fenómeno de la discriminación es necesario analizar las expresiones jurídicas

¹⁸⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), caso: interdicción de haitianos, párr. 177, *infra*.

más avanzadas sobre el tema y señalar sus aciertos y sus inconvenientes. Esto es así porque las nociones jurídicas invitan a un estudio acucioso y a un recogimiento de normas que adquirirían un carácter descomunal para los propósitos de esta obra, si es incluso objeto de un análisis superficial, por lo que en este trabajo se discutirán sólo los instrumentos más relevantes en los sistemas universales con un sesgo que acentúa el acomodo que en nuestro país han tenido las fuentes del derecho en la materia, así como el desarrollo de las cláusulas de no discriminación en la legislación central y de las entidades federativas.

El derecho a la no discriminación se vincula con la naturaleza y el estatus de los instrumentos legales de derechos humanos y sus programas, por ende, es menester incluir en este apartado una breve introducción hacia el entendimiento de los órganos y sistemas que se han encargado de elaborar las fuentes doctrinarias; para tal efecto se hace uso de una tipología que identifica e interpreta la sistematización que sobre la materia existe, además, se especifica el tipo de instrumento y el grupo social de que se trata. Complementariamente del catálogo internacional, se incluye el avance jurídico de nuestro país y las novedades acaecidas en el Estado de México. Se aclara que para los propósitos de este trabajo sólo se incluyen documentos considerados representativos por su importancia.

B. FUENTES APLICABLES DEL SISTEMA DE NACIONES UNIDAS

1. Cuerpo jurídico del derecho internacional de derechos humanos respecto de la discriminación

Con los derechos humanos la evolución del derecho internacional fue categórica, los temas más delicados pronto formaron parte de la agenda mundial y se hizo posible su protección en la práctica; la tendencia a codificar y proteger los derechos humanos es muestra de un enfoque que pretende complementar la noción holística de la materia, toda vez que su respeto es un factor indispensable para la paz y el progreso de las naciones. Es más que notable la cantidad de instrumentos internacionales que existen en la actualidad, aunque el objeto de atención serán aquellos que comprenden el fenómeno de la discriminación. Fue en la Carta de las Naciones Unidas donde se incluyó por primera

vez la expresión derechos humanos, que en lo sucesivo sería la causa de un profundo sentido humanitario y ético que se ha impreso en las principales fuentes de doctrina. Los instrumentos internacionales pueden dividirse en distintas categorías que serán objeto de desarrollo en este apartado bajo un enfoque que toma en consideración el fenómeno de la discriminación y los alcances y contenidos que los instrumentos fijan al respecto.

Es esencial que se definan los medios normativos que han dado auge a la ONU y sus sistemas porque han transformado el derecho internacional y han permitido alcances, aunque escasos, que van de la mano con las características de la vida actual. Los instrumentos internacionales pueden describirse como universales o regionales, según el lugar en donde se originen y su ámbito de competencia. Si son elaborados en el sistema de la ONU o en algún órgano subsidiario de la misma organización, serán universales, si tienen origen en algún sistema regional, tendrán competencia en una zona geográfica determinada. Ejemplo de ello son las organizaciones que han adquirido una representación por continente como en el caso de América es la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual destaca por su palmarés, al ser considerada mundialmente como punta de lanza de los sistemas.

Por el contenido de los documentos, los instrumentos internacionales pueden ser generales, cuando aplican a todas las personas sin importar sus circunstancias o situaciones específicas en las que se encuentren, incorporando en sus líneas disposiciones generales e interdependientes con todos los derechos humanos. De igual forma pueden ser específicos, si se habla de un derecho en particular, o de una característica que afecta a determinado grupo de personas, como puede ser la discriminación racial, el fenómeno en estas circunstancias provoca el estudio de un grupo vulnerable, en el que se comprenda a la mujer, a los niños y niñas, entre otros.

De acuerdo a su naturaleza jurídica los instrumentos se pueden clasificar en declarativos, y son aquellos que no tienen carácter vinculante, es decir, que carecen de efectos jurídicos obligatorios y su autoridad es de carácter moral. Esta característica es la que más ha sido atacada y criticada por amplios sectores de la sociedad, aunque este modelo, el cual ha cobrado preponde-

rancia en el Derecho, ha demostrado que no es la causa de los límites y deficiencias que pueden argumentarse en contra del sistema, pues es de explorado derecho que existen entidades (como el sistema *Ombudsman* y los mediadores) que han dado excelentes resultados y han cambiado para siempre la forma de hacer asequibles los derechos. Los documentos declarativos han sido elaborados y recogidos de manera mayoritaria en reuniones, conferencias, convenciones internacionales, o incluso de resoluciones de órganos de acción de la ONU. Entre estos documentos destacan las declaraciones de los sistemas universal y regional, así como las conferencias.

Por otra parte, el ámbito jurídico también comprende instrumentos convencionales, también denominados vinculantes, llamados así porque su atención implica obligaciones jurídicas para el Estado que los adopta mediante la ratificación o adhesión al documento, lo que significa más que un mero formalismo, porque en el plano ético hace constar que existe una firme intención de cumplir con los compromisos preexistentes en el ámbito internacional, y su consentimiento tácito en obligarse a lo que dispone el instrumento. Los instrumentos con estas características tienen diversas denominaciones y son conocidos como pactos, convenciones, protocolos y convenios.

Los documentos convencionales son considerados tratados. Un tratado se define como un acuerdo internacional entre Estados celebrado por escrito y regido por el derecho internacional, ya sea que conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular¹⁸⁸. A los tratados también se les denomina convenciones, y un país se convierte en Estado miembro o parte de un tratado una vez que su gobierno ha firmado y ratificado el acuerdo y lo ha incorporado a sus leyes nacionales. Los Estados miembros están obligados a respetar las disposiciones de un tratado o, cuando menos, hacer un esfuerzo de buena voluntad para trabajar por el cumplimiento del acuerdo¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, entró en vigor el 27 de enero de 1980, art. 2(1)(a)

¹⁸⁹ *Ibidem*, artículo 26.

Los tratados cubren una cantidad importante de temas que preocupan en el escenario mundial como el control de armas y la contaminación ambiental. Los tratados sobre derechos humanos le generan a un gobierno obligaciones y responsabilidades para proteger, promover y garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos. La ONU es el organismo responsable de velar por los derechos humanos a escala internacional, y los esfuerzos son dirigidos a una mejor comprensión de las diversas culturas, aunque en este rubro todavía no ha alcanzado la madurez necesaria para combatir los múltiples prejuicios existentes.

Los instrumentos internacionales de los Derechos Humanos están compuestos en su mayoría de un preámbulo, texto y, en ocasiones de una serie de anexos. El preámbulo se refiere a la introducción del texto, y en ella se señalan y describen propósitos, consideraciones y observaciones, así como los documentos o resoluciones que sirvieron como antecedentes para la elaboración del documento. El texto es la parte principal del documento, en el que se señalan las directrices, alcances y lineamientos que establecen la forma en que los derechos deben ser respetados. En el caso de los documentos convencionales, se describen las obligaciones del Estado y en la parte final se define el depositario y las condiciones para la entrada en vigor del instrumento.

Después de que un tratado ha sido negociado, un representante autorizado por el gobierno firma el documento. Aunque el documento aún no es vinculante, los signatarios de un tratado están obligados a no actuar en contra del espíritu o del significado central del acuerdo¹⁹⁰. Una vez que el tratado ha sido suscrito, el siguiente paso es la ratificación. Las obligaciones legales son fijadas cuando un Estado ratifica un tratado y es entonces miembro parte del acuerdo. Aunque el proceso de ratificación varía de un Estado a otro, y sin importar el término que se utilice para nombrar al proceso (ratificación, aprobación, adhesión o aceptación), lo importante es el significado que cobran, en la inteligencia de que se tiene la connivencia del Estado que ya está legalmente vinculado por las obligaciones especificadas en un tratado¹⁹¹.

¹⁹⁰ *Ibidem*, artículo 18.

¹⁹¹ *Ibidem*, artículo 2(1)(b).

Un Estado parte puede expresar algunas consideraciones particulares una vez que ha ratificado un tratado, mediante reservas a determinadas estipulaciones de un tratado multilateral, lo cual consiste en una declaración unilateral con el fin de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación al mismo¹⁹². Las reservas a disposiciones específicas sólo se aplican con respecto a éstas. Un Estado parte no podrá formular una reserva a una disposición que sea fundamental para la correcta aplicación del tratado¹⁹³. Este medio ha sido ampliamente cuestionado, porque muchos Estados han encontrado la manera de evadir la seria responsabilidad que exige el cuerpo del tratado mediante argumentos que justifican prácticas inadecuadas que responden a intereses de grupos de poder.

Los Estados también pueden hacer declaraciones o declaraciones de entendimiento, con el objeto de clarificar su interpretación de disposiciones específicas de un tratado. Pese a ello, las declaraciones no constituyen reservas formales.

Después de la ratificación, un Estado debe asegurar que sus leyes nacionales no presenten conflictos notorios en sus contenidos con las obligaciones hacia el tratado. El Estado tiene la autoridad para decidir cómo incorporar un tratado a su legislación nacional, o cómo aplicarlo internamente. Las leyes de algunos Estados requieren que éstos promulguen leyes que incorporen las obligaciones hacia el tratado a la jurisprudencia interna. Otros automáticamente consideran como parte de sus leyes nacionales aquellos tratados internacionales que han ratificado.

Entre las categorías existentes se tienen en primer lugar, las que advierten las fuentes que definen los derechos y libertades mencionados en la Carta de las Naciones Unidas, las cuales incluyen instrumentos declarativos y comparten características específicas, como el reconocimiento de una amplísima gama de derechos fundamentales, que contienen los de carácter civil, político, social, económico y cultural. En este sentido proyectan su función orientadora que abarca una amplia gama de directrices,

¹⁹² *Ibidem*, artículo 2 (1)(d).

¹⁹³ *Ibidem*, artículo 19.

principios, y reglas que les exenta de ser definidos como tratados internacionales, por otra parte, es destacable el carácter de sus resoluciones que en el momento de su elaboración carecieron de carácter vinculante, por tanto, no implicaban efectos jurídicos obligatorios y su autoridad era esencialmente moral. En la actualidad, los documentos de marras son considerados por los órganos internacionales competentes como manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados miembros en las Naciones Unidas y los sistemas regionales de derechos humanos. Entre los instrumentos que tienen estas características se encuentran la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

Otra de las categorías comprende los tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, los cuales consagran los derechos que contienen las declaraciones, definiendo el contenido, los alcances y los límites de los derechos y libertades fundamentales en grandes grupos los cuales permiten una explicación precisa y minuciosa. Estos documentos son vinculantes y comprenden por una parte los derechos civiles y políticos, entre ellos el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona; el derecho a no ser sometido a la esclavitud, servidumbre ni torturas; la igualdad ante la ley; la protección frente a la detención, el encarcelamiento o exilio arbitrarios, el derecho a la participación política; el derecho a contraer matrimonio, el derecho a ejercer las libertades de pensamiento, conciencia y religión, opinión y expresión; el derecho a la libertad de reunión y asociación pacíficas; el derecho a participar en el gobierno del país, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

El otro grupo está formado por los derechos económicos, sociales y culturales, entre los que se encuentran el derecho al trabajo, el derecho a igual salario por trabajo igual; el derecho a establecer sindicatos y formar parte de ellos; el derecho a un nivel de vida digno; el derecho a la educación y el derecho a tomar parte de la vida cultural en libertad.

Los instrumentos que acogen los principios señalados son: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el sistema universal, así como la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el sistema interamericano.

La Carta Internacional de los Derechos Humanos está compuesta por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como la primera parte del conjunto, al cual después se integrarían los dos Pactos en mención, más un Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Este hecho confirma el reconocimiento que se da a estos instrumentos en el derecho internacional de los derechos humanos.

La última de las categorías a considerar se compone de los instrumentos sobre derechos humanos que se derivan de la Carta Internacional de los Derechos Humanos y que han surgido según derechos o principios específicos, en donde también se contienen los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, tales como los niños y niñas, las mujeres, los indígenas, las personas con discapacidad, los trabajadores migrantes, las personas que han envejecido, las personas sujetas a un sistema penitenciario y otros. Sin duda, esta categoría es la más amplia de todas e incluso se pueden advertir subcategorías que atienden a temas capitales.

3. El derecho a la no discriminación en los instrumentos internacionales de derechos humanos

a) Introducción

Ante el fenómeno de la discriminación como una pléyade de escollos de difícil solución se elevan los derechos humanos como una dirección por donde debemos encauzar a la humanidad, estos pueden constituir para todas las sociedades un criterio normativo que permita juzgar de su grado de civilización o de humanidad, sean las que fueren las diferencias culturales, y pese a lo heterogéneas que pudieran ser, no es motivo para que las acciones sean divergentes, porque deben coincidir en el respeto de algunos grandes valores humanos fundamentales. Se habrá

hecho una conquista irreversible cuando en todas las sociedades existan garantías efectivas del respeto hacia un *mínimum*, al menos, de los derechos fundamentales. Con ello no queremos decir que la observancia de los derechos humanos asegura la instauración de la democracia, como tantos otros espejismos que han pretendido serlo, aunque sí son un adelanto en su dirección.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y los instrumentos jurídicos tanto en el plano internacional como nacional, son un movimiento que no se puede menos de desear progresivo y continuo, al tratar de crear un conciencia de la dignidad humana, dignidad que poco a poco va ocupando el lugar que le corresponde en la vida de los seres humanos. Somos poseedores de una naturaleza humana pero no la conocemos en su plenitud; el hambre por conocerla, es uno de los principales incentivos en esta tarea impostergable, pues conforme el hombre vaya descubriendo toda la riqueza de que es depositario, sabrá valorarse y valorar a sus semejantes.

Uno de los esfuerzos que deben redoblar en materia internacional es la interpretación holística y sensata de los instrumentos, con el fin de que sean adaptables a todas las sociedades existentes y se superen las imperfecciones que puedan tener los medios en relación a un tratado, como, por ejemplo la tocante a emisión de reservas al momento de la ratificación, que en determinado momento pueden limitar los efectos y las obligaciones de los mismos. Los tratados internacionales, a través de sus Comités y con el auxilio de sus respectivos Protocolos pueden superar esas limitantes y la existencia de declaraciones e instrumentos por grupo en los que el fenómeno de la discriminación genere alto impacto son una prioridad.

Así el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe la discriminación basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social. Los artículos 2 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2 de la Convención Americana, prohíben la discriminación basada en los mismos criterios. La Convención Sobre los Derechos del Niño agrega dos más, el origen étnico y el impedimento físico.

Este instrumento también prohíbe la discriminación contra el niño con base en 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 o el lugar de nacimiento de sus padres o uno de ellos. Por fundamentales que sean los principios de igualdad y no discriminación, no son absolutos. La normativa internacional permite limitar el acceso a ciertos derechos en función del estatus de la persona.

Existen lagunas que deben de ser superadas paulatinamente, por ejemplo, es una realidad que los Estados no están obligados a extender los derechos políticos a los extranjeros. El derecho a entrar al territorio de un país es reservado a nacionales, o por lo menos a las personas que pueden considerar un país como suyo. Ciertos derechos humanos, como el derecho a casarse, el derecho al trabajo, a votar y a presentarse a puestos electivos, son definidos como derechos privativos del adulto o la persona que haya alcanzado una cierta edad.

Ni la Declaración Universal de los Derechos Humanos ni la Declaración Americana, ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención Americana, consagran expresamente una prohibición de discriminación basada en el origen étnico. No obstante, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial dispone que el término discriminación racial incluye la discriminación basada en el origen nacional (artículo 1). Cabe presumir que esta definición es válida también para otros instrumentos que contienen una prohibición de discriminación racial.

La discriminación con base en la orientación sexual ha sido un tema controvertido. Hasta la fecha existe poca jurisprudencia sobre la discriminación basada en la edad. La normativa internacional reserva algunos derechos a los adultos y considera a las personas de edad como titulares de ciertos derechos especiales. Estas distinciones basadas en la edad se ubican dentro de la lógica de la protección especial. En el sistema interamericano el artículo 17 del Protocolo de San Salvador dispone que toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad. La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó

los Principios a favor de las personas de edad en su resolución 46/91 de 1991.

b) Carta de la Organización de Naciones Unidas

Durante la elaboración de este documento fue evidente la disyuntiva histórica tanto antigua como próxima inmediata que imperaba en esos momentos: por una parte, la Segunda Guerra Mundial había llegado a su fin y los recuentos hacían patente el desprecio a la vida, que con toda la obviedad de un conflicto bélico, estaban agravadas por una violación masiva a los derechos fundamentales, pero además, el mundo se encontraba dividido por distintos sistemas políticos y sociales que agrupaban a las potencias consolidadas y nacientes en bloques.

Los buenos propósitos de las naciones que participaban en la Conferencia de San Francisco de 1945, en torno a los derechos humanos y a la creación de un sistema de protección universal, contrastaban ampliamente con la situación en que en sus respectivos países se encontraba la protección a los mismos. Así por ejemplo, en Estados Unidos de América empezaba a exacerbarse un número creciente de revueltas protagonizadas por las personas de raza negra, quienes al ser considerados como grupo minoritario, les eran vedados derechos civiles y eran segregados por cuestiones raciales. Por otra parte, la Unión Soviética había generado un sistema de represión a gran escala, denominado *Gulag*¹⁹⁴ que es considerado uno de los procedimientos de control más violatorios de derechos humanos que han existido por los millares de muertos, detenciones arbitrarias, prácticas de tortura, tratos inhumanos y degradantes, violaciones al proceso, entre otros, que originó el dispositivo hasta su desaparición. Así también, Gran Bretaña y Francia empezaban a dilucidar cuán arbitrario y excesivo era su intervencionismo en diversos puntos del mundo, donde la colonización y el tributo a la corona subyugaba a varios países, por lo que iniciaban los procesos de descolonización.

¹⁹⁴ Para conocer más sobre este sistema se recomienda leer el libro *Archipiélago Gulag*, de Alexander Solzhenitsyn, que constituye un verdadero aporte documental sociológico e histórico de los fundamentos represivos y concéntricos del régimen soviético, en el cual se exponen de manera inmejorable los excesos del dispositivo central ruso.

La Carta fundacional tenía que estrechar los lazos entre los países y esa fue una de las causas por las que su contenido muestra una amplia preocupación por la situación que en esos momentos imperaba, siendo su principal proclama la de humanizar y sensibilizar a las personas sobre los problemas que fragmentaban de manera notoria la paz mundial y poder crear un clima de solidaridad mutua entre las naciones. Por otra parte se definieron las instancias que conformarían a la organización cuyo perfil rebasaba desde sus inicios una competencia local, colocándose como una entidad universal, de ahí que se presume que su contenido realmente estuvo enfocado al reforzamiento institucional, lo cierto es que fue el primer instrumento que de forma implícita consignaba los elementos que se convertirían en la columna vertebral de la protección y defensa de los derechos humanos, aunque sería la Declaración Universal de los Derechos Humanos el medio que los perfeccionaría con vigor.

En efecto, los puntos neurálgicos de la carta fundacional establecen los principios y basamentos de los derechos humanos: la dignidad humana, la no discriminación y la noción de derechos humanos más allá de una simple concesión o privilegio cedidos a la persona humana. La relevancia de estas premisas establecerían el objetivo fundamental de la organización como *preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra y reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres*. Los principios se condensaban en la fórmula respeto universal y efectivo de los derechos humanos sin discriminación por motivos de raza, culto o sexo.

El artículo 1 de la Carta estatuyó el principio de la no discriminación, toda vez que la organización se fijó como uno de sus propósitos la cooperación internacional encauzada a la *solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*. Los alcances del artículo anterior serían definidos y bien considerados al ser creada la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías en 1947, -actualmente

Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos- como órgano subsidiario a la Comisión de Derechos Humanos, que en esos entonces confeccionaba la Declaración Universal de los Derechos Humanos, luego entonces, el trabajo y las consideraciones en torno al fenómeno se verían reflejadas más tarde al verse cristalizado el documento fundante.

Este precedente sería robustecido por la naturaleza de las disposiciones de la Carta toda vez que al constituir un verdadero tratado, el documento trazó un dominio jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, quienes de buena fe deben cumplir con las obligaciones asumidas, como la promoción del respeto a los derechos humanos y su observancia; no obstante que el contenido del documento no especifique los derechos humanos -se puede contabilizar en siete menciones- ni establece ningún mecanismo específico para garantizar su ejercicio en los Estados miembros¹⁹⁵. Es así como comienzan los esfuerzos tendientes a elaborar una legislación internacional para proteger los derechos humanos, que a la postre innovarían de forma profunda y definitiva el Derecho Internacional.

Hay que tomar en cuenta que la Carta de la ONU propició un vuelco importante en los sistemas de los Estados, los alcances son tan portentosos que actualmente la protección a los derechos humanos y la erradicación del fenómeno de la discriminación concentran sus denuedos a evitar la fragmentación de sus nociones elementales y colocarse en un orden supranacional o suprasoberano, lo anterior con el objeto de poder estar incólumes a los intereses de las naciones y de los grupos de poder, y si bien, su consumación no ha llegado, son una de las alternativas más viables para lograr una cohesión social.

c) Declaración Universal de los Derechos Humanos

Sólo puesto en marcha el proceso de elaboración de un proyecto tan ambicioso pudo comprenderse en toda su magnitud la dificultad de crear un código que pudiera ser aplicable a todas

¹⁹⁵ Cfr. Levin Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas (ilustraciones de Plan-tu)*. Colección: educación y cultura para el nuevo milenio, México, Correo UNESCO, 1999. p.19.

las culturas y a todas las sociedades. La ardua labor de elaborar una Declaración mundial que estableciera en su contenido los derechos y las libertades que mencionaba la Carta fundacional fue encomendada a la Comisión de Derechos Humanos creada en 1945, como órgano subsidiario del Consejo Económico y Social, que es una de las principales entidades de las Naciones Unidas¹⁹⁶.

La discriminación ocupó un lugar básico en el soporte documental que constituyó el cuerpo de la Declaración. Es adjetivo a su preámbulo y al contenido de sus artículos el constante ejercicio de vinculación que se realizó del principio de igualdad con la no discriminación. Es claro que el mensaje de la ONU pretende imbuirse en el imaginario colectivo, pero sobre todo en los Estados y bloques ideológicos que se conformaban una vez terminada la conflagración mundial, ayudándose con el principio de igualdad como una de las actividades más importantes de la protección y defensa a los derechos humanos, e ir cediendo paso -gradualmente- al tema de la discriminación con una visión universal sobre su eliminación.

La introducción del derecho a la no discriminación en el texto de la Declaración se haría a través del término *distinción*, que menciona el artículo segundo, palabra que deja abierta una interpretación de los factores que se puntualizan (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento) constituyendo discriminación, en el supuesto de que sean vulnerados; también especifica que además de estos supuestos, puede ser considerada cualquier otra causa que pueda constituir discriminación.

Por otra parte, el artículo séptimo de la Declaración parece formular el derecho a la no discriminación, si bien su enlace lógico se refiere al principio de igualdad, es en este apartado donde se utiliza por vez primera la expresión *discriminación*. Finalmente, el artículo 23 se perfila hacia la consecución de mejores condiciones laborales, y al igual que los artículos anteriores, su basa-

¹⁹⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 21.

mento tiene utilidad en razón del principio de igualdad, aunque en esta ocasión se determina que la no discriminación es suplementaria a la premisa de igualdad.

No son más señeras que agresivas las críticas que en la actualidad ha generado la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y que van desde el cargado carácter individualista, hasta una maquillada diferenciación que la sitúan, más allá de cualquier consideración universal, en un discurso reduccionista que limita el ejercicio de libertad de todos los seres humanos. Es verdad que existe un escaso reconocimiento de los titulares de derechos y se crea un agudo estado de indefensión cuando los seres humanos se encuentran fuera de todo calificativo o condición que les otorgue un Estado; inclusive, tampoco define quiénes son los sujetos obligados a garantizar los derechos y libertades que consagra, sin embargo, las lagunas existentes en mucho se deben a la naturaleza del propio instrumento.

En efecto, la Declaración no tiene carácter vinculante, si bien con el tiempo sus principios han adquirido la condición de normas que todos los Estados deben respetar. La coerción y obligación de hacer cumplir sus contenidos fueron puntos a considerar en el momento de su elaboración, por lo que la instrumentación de tratados internacionales serían las herramientas que perfeccionarían esta omisión deliberada. También es cierto que los miembros de la ONU pensaron que el principio de universalidad podía encontrar un enérgico propulsor si se confiaba a la no discriminación la tarea de humanizar los contenidos de la Declaración a la par de que sería un agente de consolidación del principio de igualdad.

Sería indebido ver a la Declaración sólo como un instrumento impuesto por los Estados que comenzaron a tener una hegemonía internacional, y por ende, pensaron el documento basados en sus particulares concepciones jurídicas o culturales. Debe considerarse que el ánimo que impelió a los Estados miembros de la ONU a proclamar tanto su carta fundante como la Declaración, era *enunciar una concepción común a todos los pueblos de los iguales e inalienables derechos de todos los miembros del géne-*

ro humano, tal y como se enunció en el párrafo segundo de la proclamación de Teherán, aprobada el 13 de mayo de 1968.

No es que se trate de una componenda. Es una realidad que los Estados siempre han protegido sus propios intereses y en el momento de adoptar la Declaración, no fue ingenuidad el excluir a las personas que se habían quedado sin patria, a los refugiados, a los enfermos, a quienes quedaron en calidad de desconocidos, a quienes se encontraron con una espantosa miseria, perdiendo el reconocimiento que les otorga un Estado, como tampoco lo fue en tanto inhibidor de nuevos conflictos armados o el dominio de los países poderosos sobre aquellos que han sido tiranizados y oprimidos, lo cual afirmaría el fracaso de una ideología frívola. Un punto importante a considerar es que nunca bastará ordenamiento alguno si antes no se reconoce *ipso facto* la dignidad humana de todo ser humano, y la óptica que debe imperar no sólo es la de hacer sujetos de derechos y deberes o sujetos obligados a reconocerlos y cumplirlos, sino influir decididamente en la comprensión de lo que es inherente al hombre, erradicando paulatinamente los condicionamientos en su libertad.

La influencia de la Declaración estaba pensada para ser categórica y abrir un nuevo capítulo en el escenario internacional, esto es, que condensara un amplio catálogo de valores y principios básicos; que brotara del diálogo y de la discusión equilibrados; y basada en las áreas del saber mejor acabadas, los principios fueran tutelados por reglas procesales claras encaminadas a concretar *el ideal común de la humanidad*. Esta aspiración inicial fue moldeándose por medio de declaraciones, y sobre todo, los tratados internacionales, como las convenciones y sus respectivos protocolos.

Como se ha mencionado, es improbable que un texto, por emotivo o profundo que sea, se convierta en la panacea de la humanidad, aunque tampoco esta circunstancia debe de ser su justificante. La Declaración debe de repensarse a efecto de que pueda ser más incluyente y sortee la configuración de fenómenos que se han intensificado en la actualidad. Respecto a la discriminación, se hace necesaria una noción que defina el pluralismo y la realidad multicultural o de lo contrario, seguirá suscitándose una interpretación maquinal que disimule la discriminación en

razón del *respeto a las costumbres y tradiciones*. Si se entiende la gravedad que encierra lo anterior se comprenderá que no se trata de excluir elementos de identidad, sino que éstos sean manipulados por el intervencionismo desmedido de los gobiernos y los grupos de influencia mayoritaria.

Por otra parte, la inmigración es un fenómeno que deja a un ser humano al borde del reconocimiento de su dignidad, tan solo porque queda fuera -sea intencional o deliberado- de la protección de los Estados, y desde este enfoque la ciudadanía e incluso la condición de extranjero, se convierten en privilegios. Es decir, que las naciones no los consideran ni extranjeros ni ciudadanos, por lo que son presa fácil de todo tipo de arbitrariedades y abusos que se agudizan con manifestaciones de racismo y xenofobia. Por desgracia, la voluntad política es nula y el principio de igualdad es irreconciliable con la postura de las naciones, lo cual produce una ruptura que deviene de una discriminación institucionalizada. El poder del Estado no cede, y adopta una actitud nacionalista y condicionada, perspectiva nada alentadora porque el fenómeno queda fuera de contexto: ya no se trata de un asunto que involucra a seres humanos, sino que involucra un 'problema'.

Por otra parte, los ordenamientos del sistema jurídico que se nos ocurra, siguen discriminado por omisión o por comisión; parece que no es posible y sí es pretencioso empatar la protección de la vida humana. Lo anterior se ejemplifica si acudimos al señalamiento de lagunas en el reconocimiento de la persona que inicia desde su concepción, permanece durante el ciclo vital y concluye hasta su muerte natural, este proceso es absoluto y es independiente a las ultrajantes formas que un ser humano debe soportar en una sociedad de élites y condicionamientos. No obstante, muchas leyes positivas despojan sin conmisericordia a seres humanos que son estigmatizados por medio de categorías que especulan de forma arbitraria sobre el momento en que un ser humano se ha convertido en persona, es así como se excluyen entre otros, a aquellos seres humanos que no han nacido, a los discapacitados, o a las personas que han envejecido. En este sentido, la Ley constituye una instancia discriminadora que niega la igualdad de todos, y además de instancia reproductora, es un factor que consolida la discriminación.

Es indiscutible que a raíz de la adopción de la Declaración se han logrado superaciones gratas que coadyuvan al reconocimiento efectivo de los derechos humanos a todos los seres humanos. Hoy en día no hay una sola nación, cultura o pueblo que no esté de una forma u otra involucrada en un régimen de derechos humanos. La universalidad de los derechos humanos es un axioma generalmente aceptado y la postura con la que se diseñó ha alcanzado progresos inimaginables en otros tiempos; en específico, en la erradicación de la discriminación con logros como la eliminación progresiva del *apartheid*, la igualdad que ha alcanzado la mujer, o la considerable disminución de la intolerancia religiosa y del racismo. Siempre serán dignos de encomio los denuados dirigidos a la erradicación de los temores que tienen asidero en todos los seres humanos.

No obstante, un detalle queda suficientemente claro: los conceptos de igualdad y de no discriminación tienen una vinculación tan cercana que a veces llegan a confundirse, pero nunca dejan de ser diferentes. Incluso la delimitación legal que los principios de igualdad y de no discriminación demuestran en su incorporación a los distintos instrumentos internacionales confirman que en realidad son complementarios.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por primera vez se utilizaron términos que especificaron el derecho a la no discriminación, que se separaron en artículos con respecto al principio de igualdad. El primer artículo de la Declaración, tiene un marcado enfoque iusnaturalista al declarar que las personas nacen iguales en derechos y deberes. El segundo proclama que toda persona *tiene* los derechos y libertades consagradas por la Declaración, sin distinción. La relación entre los dos artículos sugiere la idea de que la ley no debe establecer ni permitir distinciones entre los derechos de las personas con base en las características mencionadas, es sí, una consecuencia de la idea reconocida en el primer artículo, en el cual todas las personas son iguales.

En esa misma línea, el artículo 2 de la Declaración alude a dos conclusiones legales del precepto filosófico reconocido en el artículo 1, a saber: como las personas son libres por naturaleza, deben ser iguales ante la ley, y ésta no debe permitir discriminación

alguna. Por ende, el derecho a la no discriminación encontró por vez primera un espacio sólido que se produciría con insistencia en otros tratados internacionales, hasta adquirir la protección de la que actualmente goza.

La Declaración Americana emplea un vocabulario similar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero consagra ambos principios en un solo artículo cuya redacción destaca la relación entre ellos. Su artículo II establece textualmente: *Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna*. La redacción del artículo 24 de la Convención Americana es similar a la del artículo II de la Declaración Americana, pero la transformación de una frase en dos frases separadas por las palabras *en consecuencia* es más coherente con la idea de que la no discriminación es resultado del principio de la igualdad de las personas. Se nota, también, que la palabra *discriminación* viene a sustituir la de *diferenciación o distinción*.

d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En el ámbito internacional se vislumbró que la Declaración Universal de los Derechos Humanos era el inicio para erigir un edificio jurídico efectivo para la protección de los derechos humanos. El conjunto -denominado Carta Internacional de los Derechos Humanos- se integró además de dos convenios internacionales, siendo uno de ellos el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, creado con el propósito de profundizar en el contenido de las disposiciones de la Declaración. Una crítica inicial es el excesivo lapso que transcurrió en su integración después de adoptada la Declaración, al ser aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966. Sería en este Pacto donde se inauguraría la anexión de protocolos facultativos al tratado, apéndice que instauraría un entramado para atender denuncias formuladas a título personal, ante cualquier violación de los derechos concretados en el Pacto.

En su contenido, el Pacto consagra los derechos estipulados en la Declaración Universal y contempla a detalle los derechos po-

líticos y civiles, entre ellos, los derechos a la vida, a la intimidad, a un proceso justo, a la libertad de expresión, a la libertad de religión, a no ser objeto de torturas, la prohibición de la esclavitud a la igualdad ante la ley. En lo que respecta al derecho a la no discriminación, reafirma la postura internacional que está preparándose, plasmándola en su artículo 2 (1), en analogía al artículo segundo de la Declaración donde se describen prototipos -no limitativos- que no deben ser objeto de *distinción*, aunque a diferencia del documento base, el pacto constituye un tratado jurídicamente vinculante que establece la obligación de los Estados miembros a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio o bajo su jurisdicción.

Otro aspecto que reproduce el Pacto con insistencia es la correlación entre los principios de igualdad y no discriminación; así, en el artículo tercero se enuncia la igualdad de los hombres y mujeres en el goce de los derechos civiles y políticos. Sin duda, el éxito que ha logrado esta disposición se ha traducido en una capital comprensión de los derechos humanos, y constituye uno de los ejemplos más evidentes en la tentativa de lograr una cultura antidiscriminatoria. Basta decir que existen un número indefinido de medios que proporcionan protección a la mujer y cuya eficacia ha servido de modelo en la protección de otros grupos denominados como vulnerables, allende una posición *feminista*, porque en la actualidad hay más mujeres y hombres que están conscientes de la necesidad de erradicar rancios atavismos que han servido de alimento al fenómeno de la discriminación.

Por otra parte, el artículo cuarto establece la suspensión de algunos derechos en *situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación*, a condición de que esa derogación no entrañe discriminación alguna fundada *únicamente* en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Como puede apreciarse, la disposición justifica que los Estados *suspendan* derechos, lo cual, frecuentemente da lugar a graves violaciones a derechos humanos, toda vez que en Estados de emergencia la población civil es la que más muertes presenta -sin olvidar a las bajas de efectivos al servicio de la nación- ante la ironía del texto del Pacto, que *piadosamente no permite* la derogación de los derechos a la vida, la personalidad jurídica, a no ser sometido a tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, es quizá, cuando más se incurre en su ejercicio.

No obstante, en atención al principio de no discriminación, un Estado de excepción debe afectar por igual a toda la población y no únicamente a un sector por los motivos expuestos (raza, idioma, condición, etc); aun cuando en la proclamación de un Estado de emergencia se oriente -en términos generales- a su aplicación, se prohíbe que en su materialización discrimine a grupos que podrían resultar especialmente afectados. Se reitera que este punto es muy cuestionable porque estamos hablando de situaciones beligerantes, y si bien la disposición aboga por un trato que no discrimine, lo cierto es que se sitúa en una línea muy delgada, predispuesta al desencadenamiento de violencia extrema, que en la mayoría de los casos es muy difícil de compensar, sobre todo cuando la clandestinidad o la impunidad en la que se opera se utiliza para cometer un alto grado de arbitrariedades y abusos, so pretexto de la defensa de la vida de una nación, entre otras prácticas totalitarias.

El artículo 20 (1) (2) comprende la necesidad de reducir toda incitación a la violencia causada por los conflictos bélicos, y en esa línea, condena toda ideología que induzca a prácticas discriminatorias. El razonamiento se bifurca por una connotación de buena voluntad, teniendo como referente próximo el agobio de sistemas ideológicos radicales e intolerantes, si bien constituye una limitante a derechos como la libertad de expresión y asociación. Con esto, el Pacto trata de abarcar fenómenos que no han sido frenados en la historia de la humanidad, siendo su mérito el sucesivo influjo en el legislador para que desaliente toda invitación a la hostilidad y a la maquinación de ideas racistas.

Otra referencia se advierte en el artículo 24, convirtiéndose en el prelude de un proyecto más ambicioso en torno a los niños y niñas -que se cristalizaría años después con la instauración de la Convención sobre los Derechos del Niño-, estableciéndose el derecho a la no discriminación en equivalencia a las circunstancias que pueden afectar a una persona adulta. Este apartado también constituye el primer esbozo de una atención específica -intención que comparte la atención a la mujer- y que desarrollará con mayor amplitud en la protección de grupos vulnerables a la discriminación. Un inconveniente palmario que se observa en el apartado es la falta de definición de lo que es un niño y por ende, deja un vacío que sigue siendo constante en discursos y ordenamientos, desde los más especializados hasta aquellos

considerados como reduccionistas, y en los que despunta como problema central, el dilema que implica que los niños sean o no sujetos de derecho, imposibilitados de *facto* y de *iure* para un ejercicio pleno de los mismos; por lo demás, en la traducción del Pacto al idioma español, se observa la utilización de la expresión *condición de menor*, que califica una condición inferior que se debe *proteger*. Debemos insistir en este tipo de imprecisiones con el objeto de superar las lagunas y las oquedades que pudieran existir en torno al ser humano y propiciar una visión más holística.

Otra cuestión importante es determinar si la discriminación por razones de edad está prohibida por el Pacto. Ni en el Pacto, ni en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se hace explícitamente referencia a la edad como uno de los factores *prohibidos*. Ahora bien, este hecho no es decisivo puesto que la discriminación basada en *cualquier otra condición social* podría interpretarse en el sentido que se aplica a la edad. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha advertido que, si bien todavía no es posible llegar a la conclusión de que la discriminación por motivos de edad está en general prohibida por el Pacto, las situaciones en que se podría aceptar esta discriminación son muy limitadas. En algunas de las pocas situaciones en que todavía se tolera esta discriminación, por ejemplo en relación con la edad obligatoria de jubilación o de acceso a la educación terciaria, existe una clara tendencia [en el derecho comparado] hacia la eliminación de estos obstáculos¹⁹⁷.

Ahora bien, el artículo 26 condensa el mejor impulso humanitario que pudieran recibir los sistemas jurídicos, colocándolos muy cerca de los seres humanos, conjugando y equilibrando los principios de igualdad y discriminación en un imperativo que nunca deben de soslayar ni olvidar la parte humana fundante de las leyes, si se precian de ser agentes en la construcción del edificio que soporta el Estado de Derecho. Sin duda, su fuerza tiene alcances precisos que difícilmente podría descollar cualquier área del saber, porque es por medio del derecho que los Estados se han obligado a garantizar la protección efectiva contra cualquier

¹⁹⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 6, párrafos. 11-12 (1995).

práctica discriminatoria y sus cimientos en el derecho internacional han encontrado eco en todas las naciones existentes.

Por todo lo anterior, la interpretación del artículo es lo suficientemente intensa para lograr no sólo el respeto del derecho a la no discriminación, sino que pone cara y destino a su consecución. Sus alcances han desarrollado y fortalecido los medios fijados en el Primer Protocolo Facultativo del Pacto, facilitando que las exigencias a los Estados se envuelvan de la dinámica que priva en los órganos de vigilancia de la ONU, extendiéndose a otros instrumentos, así como interpretaciones novedosas, cuyo cariz profundamente humano, consigue detectar y comprender prácticas del más rancio al más actual rasgo discriminatorio, ejemplo de ello lo es también el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, que tiene como fin abolir la pena de muerte.

Además, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce la interrelación entre igualdad y no discriminación con una redacción equilibrada que da la debida importancia a ambos.

En estos tiempos, muchos ordenamientos jurídicos tienen una marcada connotación discriminatoria, ya que siguen creando categorías de seres humanos a las que se les despoja de sus derechos sin contemplaciones, el mal es mayor cuando el legislador cede ante presiones netamente mediáticas y no resiste la tentación de abonar puntos a la fracción política a la que pertenece. El sesgo que toman infinidad de leyes las confina a ser un fracaso sino letra muerta, creándose un agudo clima de desconfianza que envuelve al derecho y deteriora su óptica imparcial y tergiversa incluso su función y sus nobles alcances.

Existen otros apartados en los que se expresan criterios relacionados con el derecho a la no discriminación; en este rubro son de destacarse los artículos primero y 27, que se enfocan a la libre determinación de los pueblos. En ambos articulados se habla del respeto a las estructuras sociales, políticas, económicas y culturales creadas por los pueblos indígenas, defendiendo los medios particulares de subsistencia y la disposición que hagan de los recursos naturales. Por otra parte, llama la atención que el texto en ningún momento enlaza a las personas que *corres-*

ponden a una minoría étnica con personas comunes o ciudadanos, sino que las liga con los demás miembros de su grupo. De inicio, los apartados no intentan conciliar a todos los seres humanos y por eso no hace general ni asequible el carácter de *ciudadano*, refiriéndose a las personas de origen indígena como los *pueblos*. No se niega la importancia de los textos y la firme intención respecto al reconocimiento sobre una *categoría* de seres humanos que son discriminados, no obstante, pareciera que se adopta una posición defensiva y la inconsistencia sobre los derechos ciudadanos siguen siendo una de las desproporciones más evidentes que no hacen compatible el principio de igualdad en este caso.

Por otra parte, las *pobres expectativas de vida* de las personas que son ubicadas dentro de los *pueblos indígenas*, hacen difícil la entrada y aceptación incondicional del mercado globalizado, que para los intereses de grupos de poder son *un verdadero obstáculo a la modernidad*. Como la influencia económica hace posible la influencia política y social, el Estado inhibe el diálogo exigente y abierto de las personas que conforman los *pueblos indígenas* y de paso permiten una intromisión despiadada hacia el entorno y formas de vida de los mismos, con un asedio constante que se agrava con amenazas de invasiones tecnológicas y científicas que buscan *aprovechar* los vastos recursos naturales donde están asentados, y a la vez obligar a *los indígenas* a entrar en la dinámica que a conveniencia se les va marcando, lo cual los pone ante la disyuntiva de producir lo que el mercado les impone o hacerse a un lado, atentando flagrantemente contra el espíritu de lo estipulado en el Pacto.

Abreviando, en el artículo 2 (1) del Pacto se prohíbe la discriminación basada en *...raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social*, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social con respecto a los derechos y las libertades consagrados por el propio Pacto, y el artículo 26 extiende esa prohibición a los derechos reconocidos por el derecho interno. El artículo 3, técnicamente superfluo pero políticamente importante, reitera la obligación del Estado de garantizar la igualdad del hombre y la mujer con respecto a los derechos y las libertades reconocidos por el Pacto, y

el párrafo 4 del artículo 23 establece la igualdad de derechos y responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio. El párrafo primero del artículo 14 declara: *Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*, mientras que el párrafo tercero, relativo al debido proceso penal, establece que *toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas*. El artículo 24 reconoce el derecho de los niños y las niñas a protección sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, y el artículo 25, que reconoce los derechos políticos de los ciudadanos, incorpora una referencia a la prohibición de discriminación por cualquiera de los criterios enumerados en el artículo 2.

Un ejemplo representativo lo constituye La Convención Americana, que prohíbe la discriminación en términos muy similares al Pacto, con respecto a los derechos y las libertades consagradas en el instrumento (artículo 1.1) y en el derecho interno (artículo 24), y reconoce la igualdad de los cónyuges respecto al matrimonio (artículo 17.4), y el derecho de los acusados a las garantías del debido proceso en plena igualdad (artículo 8.2). Su artículo 27, al igual que el artículo 4 del Pacto, prohíbe ciertas formas de discriminación durante los Estados de excepción.

e) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Este Pacto completa la importante serie que integra la Carta Internacional de los Derechos Humanos y fue creado al mismo tiempo que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que motivó suscribir la Resolución de 1950 de la Asamblea General, cuyo contenido concibe armónicamente a los derechos civiles y políticos, así como a los derechos económicos, sociales y culturales, reconociendo que su disfrute sólo será posible si se respeta su interdependencia y su natural complementariedad, aunque tal vez ésta premisa sea la más difícil de realizar, porque en el contexto histórico, los sistemas más poderosos del globo de inmediato bifurcaron sus intereses hacia un Pacto en particular, teniendo más peso los derechos civiles y políticos en Estados Unidos de América así como naciones occidentales y los

derechos económicos y sociales en las naciones que constituían el entonces bloque socialista.

En efecto, no es posible que se realicen los derechos económicos y sociales si no se respetan los derechos civiles y políticos, lo cual aplica en su relación causal inversa, si bien, en praxis y en teoría se pensaron los primeros para su aplicación progresiva, y lo segundos en aplicación inmediata. La gran complejidad que envuelve la realización de los derechos que establece el Pacto de marras, gravita en que su consecución depende de la *voluntad* política de los Estados, por lo cual su conquista implica *un tiempo razonable* que también debe sortear limitaciones presupuestarias. En esta tesitura, el Pacto es *comprensivo* y exhorta a los Estados a *adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para que progresivamente se logre plena efectividad de los derechos reconocidos*.

Es por eso que el incesante equilibrio que busca el Pacto entre el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación, tiene su más delicada tarea en el reconocimiento a derechos que preocupan, agobian y son parte importante de los seres humanos en cualquier momento de su vida: trabajo, seguridad social, nivel de vida digno, protección a la familia, un nivel máximo de salud física y mental, la educación, la participación en la vida cultural, el avance científico, entre otros. Armonizado a lo anterior, se encuentran una serie de derechos que son considerados de aplicación inmediata y no es necesario traer a colación el desarrollo del Estado para que se hagan valer, como la igualdad entre la mujer y el hombre, salarios equitativos, libertades sindicales y más.

En su contenido, la primera referencia directa a la no discriminación figura en el artículo 2 (2), en el que se compromete a los Estados a garantizar el ejercicio de los derechos sin discriminación de ningún tipo, aunque el alcance es afectado por la aspiración económica y social que se implanta de manera ambigua en el punto 1 del propio apartado, tan es así, que en contraste con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en la adopción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se contempló la instauración de un Protocolo Facultativo, porque de existir el medio, los programas de desarrollo social que hicieran efectivos los contundentes compromisos

establecidos no sólo serían objeto de cuestionamiento por parte de las propias instancias gubernativas -como sucede-, sino que cualquier persona podría inquirir y reclamar las notorias incongruencias y disparidades que existen en y entre los Estados. En consecuencia, al excluir la *peligrosa* exigencia de las personas el Pacto de mérito quedó condicionado preferentemente a los intereses de los Estados y a su interpretación sobre la *voluntad* que especifica el instrumento.

Pese a esta deficiencia, el Consejo Económico y Social, estatuido como uno de los principales órganos en la Carta de la ONU (Artículo 7), instauró en 1985 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como el único medio para la aplicación del Pacto. El método elegido por el Comité para generar una fuente importante de información pública fueron las Observaciones generales, que versan sobre el contenido y temas relacionados con el Pacto; además, el ejercicio está enfocado a la ayuda especializada en la materia a los Estados miembros, para facilitar el cumplimiento de las obligaciones plasmadas en los informes y trazar parámetros y directrices que eviten una mala interpretación de los contenidos del instrumento internacional.

Entre estos criterios se advierten los relativos a las obligaciones que pueden ser *de comportamiento o de resultado*, centrados en diferenciar a los derechos que se *harían respetar* de aquellos que se *debían proteger* y que ha redundado en la adopción de compromisos para los Estados miembros, con el objeto de poder materializar las medidas de aplicación inmediatas que serían *maduradas* y planteadas en concreto para la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto, pero además sancionara la obligación de todos los Estados para proceder en la forma más expedita y eficaz posible, para una progresiva efectividad de los derechos.

Así fue como en su tercera Observación general, el Comité se encargó de especificar las reglas a acatar, especificando además dos disposiciones del Pacto por las que los Estados deben adoptar medidas de carácter inmediato: tratándose del derecho a la no discriminación y la obligación de actuar, por lo que la progresividad implica la posibilidad de que los derechos establecidos en el Pacto se realizaran, según la situación económica y los recursos de cada país, sin limitarse a recursos internos, ya

que el Pacto también contempla la cooperación y ayuda internacionales.

En otro orden de ideas, el Pacto vuelve a tener contenidos alusivos a la no discriminación en el artículo 10, al referirse a medidas de protección y asistencia a favor de los niños y adolescentes, enlazándolo con factores que han afectado sensiblemente a este grupo etario. Pese a la gran relevancia del tema, que ha originado esfuerzos importantes, como los realizados por la Organización Internacional del Trabajo, este apartado no ha sido objeto de una Observación general. La inmediatez que exige el contenido del artículo se debe en mucho al enlace que hace entre la niñez y el trabajo, y se acerca a fenómenos como la inmigración que agravan la situación que padecen muchos seres humanos y los hace presa fácil de muy diversas vejaciones.

f) Convención Internacional Para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

Este instrumento entró en vigor en 1969 y fue el primer tratado creado con un enfoque centrado en una forma de discriminación, por tanto, aunque no define al fenómeno, sí delimita a qué se refiere el término *discriminación racial*, que es toda distinción, exclusión o preferencia basadas por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

Sin duda, uno de los principales propulsores de la Convención fue el motivado por el irracional exterminio de millones de seres humanos durante la Segunda Guerra Mundial, basado en motivos étnicos, aunque en realidad el racismo se ha recrudecido en todas las épocas en las que una sociedad ha buscado superioridad sobre otra por medio de distinciones y restricciones, preferencias y exclusiones basadas en prejuicios raciales, por desgracia, en la actualidad, millones de seres humanos siguen siendo discriminados por motivos raciales, estas personas son aquellas que se encuentran en una situación adversa que las sitúa como carne de cañón a múltiples vejaciones, como, lo son los niños, los ancianos, las mujeres y los migrantes.

Los Estados miembros se obligan a *prohibir o hacer cesar* por todos los *medios apropiados* la discriminación racial practicada por instituciones, grupos o personas, constriñéndose a prohibir y eliminar todo tipo de segregación racial y detectar e identificar toda difusión de ideas que tengan como objetivo hacer creer que existe una superioridad racial o incitación al odio o negación de otra persona al grado de producir actos de violencia en su contra.

Además, la Convención constituye un intento real por reconocer en lo esencial el derecho a disfrutar y ejercer sin discriminación los mismos derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos consagrados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y posteriormente por los respectivos Pactos Internacionales. Este instrumento pone cierto énfasis en el derecho a la propiedad y en el reconocimiento del derecho de acceso a todo lugar y servicio destinado al uso público, señalando de esta forma grupos específicos conformados por el derecho a un acceso efectivo a la administración de justicia, el derecho a la seguridad e integridad personal, los derechos civiles, los derechos políticos, los derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos que impiden la segregación o exclusión social de personas potencialmente vulnerables.

Por otra parte, se puede advertir la influencia de los Estados cuyos administrados conformaron la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1963, con una marcada condena al colonialismo y a las numerosas prácticas de segregación y exclusión social existentes, contemplando medidas políticas encaminadas a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y asegurar la protección de ciertos grupos raciales.

Asimismo, la aplicación práctica de la Convención se delega al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el cual elabora medidas para la prevención del fenómeno desde esta vertiente, siendo establecidas en la Convención su estructura y sus potestades. Un ejemplo significativo lo constituyen las disposiciones de alerta temprana, medio con el cual se intenta evitar que los problemas sin resolver se conviertan en conflictos, así como las acciones preventivas de urgencia, en respuesta a los problemas que han sido provocados por la abierta vulneración a

la Convención. En el cuerpo normativo también se contemplan las formas de denuncia y el sencillo procedimiento a seguir, así como la formulación de reservas de las que disponen los Estados miembros.

La Convención, sin embargo, no ha podido superar al *leviatán* moderno, porque siguen existiendo distinciones entre los seres humanos por cuestiones como la nacionalidad y la ciudadanía, estas etiquetas son un medio innecesario y discriminatorio al no juzgar el concepto -propósito- y dejar en un vacío jurídico a millones de personas que por muy diversas razones se han colocado en esa posición desventajosa, como por ejemplo la migración o los conflictos armados. Por desgracia, la poca voluntad de los estados para contrarrestar esta situación sigue siendo un factor nocivo y pernicioso que sigue generando prácticas racistas y xenofóbicas ante un indefenso ser humano.

Entre las obligaciones que impone la Convención se encuentran las que exhortan a no incurrir en actos o prácticas racistas y no instar o provocar las conductas discriminatorias que puedan derivarse de este comportamiento. También se instrumentan las denominadas acciones *afirmativas* que si bien no se abordan directamente sí se infiere y recomienda que se dé un trato *diferente* a grupos susceptibles de vejaciones raciales, por tanto, las medidas especiales y específicas que se adopten tienen como propósito garantizar en un plano de igualdad el disfrute de los derechos y libertades fundamentales de las personas, estos criterios permanecerán en tanto se erradiquen las conductas racistas y el Estado puede asegurar que el motivo de la distinción preferente a cierto grupo no tiene razón de ser al haberse superado los prejuicios y los estereotipos que socialmente han afectado al grupo discriminado.

La Convención fue el arquetipo a seguir por los tratados internacionales que han surgido con el afán de ser puntales que puedan auxiliar en la erradicación del fenómeno de la discriminación, por lo que es uno de los documentos más representativos en la materia que proveen de protección especial a grupos que la necesitan, movilizándolo un apoyo gradual pero eficaz a todos los niveles para confrontar la discriminación racial.

g) Otros instrumentos

En el ámbito universal, la importancia del tema se evidencia en la adopción de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, la cual reconoce el derecho que tienen las mujeres de disfrutar y ejercer sin discriminación los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales consagrados por la Declaración Universal y por los dos Pactos Internacionales. Si bien no reconoce derechos nuevos, aclara el contenido de algunos de los ya consagrados por la normativa internacional. Reconoce expresamente, por ejemplo, la igualdad de la mujer con respecto a la libertad de domicilio y residencia (artículo 15.2); el derecho de la mujer casada a mantener su nacionalidad (artículo 9.1) y a escoger su apellido, profesión y ocupación (artículo 16.1 g), y el derecho a firmar contratos y administrar bienes (artículo 15.2). Algunas disposiciones que tienen un contenido más novedoso incluyen la obligación de prohibir la trata de personas (artículo 6), el reconocimiento de los derechos de la mujer rural (artículo 14), y el derecho de la mujer a participar en la representación de su país a nivel internacional, así como su derecho a participar en las actividades de las organizaciones internacionales (artículo 8). Ambas Convenciones describen en forma pormenorizada las obligaciones programáticas de los Estados con respecto a la eliminación de las raíces socioculturales de la discriminación.

En el ámbito interamericano, la igualdad de la mujer ha recibido una atención especial, primero con la adopción durante la primera mitad del siglo XX de una serie de instrumentos sobre sus derechos civiles y políticos, por ejemplo, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer, de Montevideo (1933), la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos políticos a la mujer, y la Convención Interamericana sobre la concesión de los derechos civiles a la mujer, ambas de Bogotá (1945). y recientemente con la adopción en 1994 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. La adopción y entrada en vigor de la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad también representa un avance en esta área.

Además de los instrumentos dedicados específicamente al tema de la discriminación, los instrumentos sobre otros temas vinculados a los derechos humanos invariablemente incluyen una disposición relativa a la discriminación. Se pueden citar, a título de ejemplo, los Convenios de Ginebra de 1949, la Convención sobre el estatuto del refugiado de 1951 o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias, de 1990. El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra dispone que, en los conflictos armados sin carácter internacional, las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán en toda circunstancia tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

Instrumentos como la Convención Sobre el Estatuto del Refugiado y la Convención Internacional Sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (Convención sobre los trabajadores migratorios), que tienen por objeto el reconocimiento de los derechos de ciertas categorías de personas que no tienen la nacionalidad del Estado en cuyo territorio radican, poseen dos tipos de disposiciones sobre la igualdad y la no discriminación. En primer lugar, contienen normas similares a las contenidas en otros instrumentos, que prohíben la discriminación entre las personas protegidas (refugiados o trabajadores migratorios, según el caso) con base en los criterios usuales.

La Convención de 1951 prohíbe la discriminación entre refugiados con base en su raza, religión o país de origen (artículo 3), mientras que la Convención sobre los derechos de los trabajadores migratorios, que es un instrumento mucho más reciente, contiene una nómina de criterios más amplia que incluye, entre otros, el estatus civil (artículo 7). En segundo lugar, estos dos instrumentos establecen una serie de regímenes de igualdad en función de la naturaleza del derecho en cuestión, y eventualmente, del estatus legal de la persona protegida. La Convención de 1951 establece que los derechos del refugiado son los

mismos que los del nacional en cuanto a religión, acceso a los tribunales, educación primaria y seguridad social, y no inferior a los derechos otorgados a otros extranjeros en cuanto a libertad de circulación y asociación, vivienda, propiedad y empleo (artículos 4, 16 y 22; artículos. 26, 15, 13,17 y 21). La Convención sobre los trabajadores migratorios es muy extensa y compleja. Además de los numerosos derechos reconocidos como patrimonio de todo trabajador migratorio, establece un régimen de igualdad entre el nacional y todo trabajador migratorio con respecto a ciertos derechos, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y a condiciones de trabajo adecuadas, la seguridad social y la educación para sus hijos (artículos. 18, 25, 27 y 30). Otro régimen de paridad con los nacionales se establece a favor de los trabajadores migratorios documentados o en situación regular, con respecto a la libertad de movimiento y de asociación, el derecho a la vivienda y a la protección de la unidad de la familia, entre otros (arts. 39, 40, 43.1 d y 44).

4. Mecanismos y órganos de vigilancia

Las fuentes de doctrina relacionadas con el derecho a la no discriminación deben de abordarse a la luz de la estructura del sistema universal de derechos humanos, método que se compone de varios tipos de órganos, a los cuales se remitirá este apartado, con el objeto de garantizar la vigencia de los derechos reconocidos en los instrumentos de corte internacional.

Existe una nómina normativa muy amplia que protege el ejercicio y disfrute de los derechos humanos en el escenario internacional, para poder hacer tangible este progreso se ha requerido de métodos que hagan posible en la práctica una efectiva protección de los derechos humanos, que ni mucho menos se encuentran ya completamente definidos, pero que intentan salvaguardar de la manera más efectiva el respeto de los Estados y de la sociedad a los derechos humanos. Son unos mecanismos en constante evolución, a pesar de la lentitud con la que se produce dicha evolución, que persiguen adecuarse a las exigencias sociales del momento histórico que les toca vivir y sobre todo intentan responder de la mejor manera a las violaciones que se producen de los derechos humanos. Desde su inicio el objetivo de estos métodos ha sido proteger a las personas contra los

abusos de los Estados, poniendo a su disposición una serie de mecanismos para denunciar las violaciones realizadas por los Estados, o para controlar la efectiva implementación de los diferentes tratados internacionales en cada Estado.

Lo que resulta indudable es la enorme importancia que la existencia de estos mecanismos presenta para el ejercicio práctico de los derechos humanos, ya que, conforme se ha alcanzado un desarrollo normativo completo en materia de derechos humanos, la cuestión que ha surgido con fuerza y con muchas dificultades ha sido la de establecer mecanismos jurídicos, políticos, e incluso sociales, para realizar una efectiva implementación del cuerpo normativo tan extenso que se ha generado alrededor de los derechos humanos. Desde hace ya unos años, se ha alcanzado un desarrollo normativo de los derechos humanos muy avanzado, los esfuerzos deberían centrarse totalmente en mejorar los mecanismos de implementación de los derechos humanos para alcanzar poco a poco la tan ansiada efectividad de los derechos humanos.

Por otro lado, resulta necesario destacar la necesaria implicación activa de la sociedad civil en la aplicación de todos estos mecanismos. Estos mecanismos han sido creados para mejorar el sistema de protección y de garantías que los derechos humanos requieren en su tensión permanente con los poderes establecidos, y por ese motivo resulta imprescindible poseer un grado mínimo de conocimiento que pueda permitir a la sociedad civil su aplicación en los casos o situaciones que así lo requiera. El rol que las organizaciones y colectivos sociales, e incluso las personas, juegan en la aplicación de los siguientes mecanismos resulta determinante para lograr aprovechar al máximo los recursos existentes ante los abusos cometidos por los Estados. Y es determinante, porque al ser instrumentos dirigidos, inicialmente, a controlar las actuaciones de los diversos gobiernos, resulta evidente comprender que ningún Estado va a promover su aplicación de manera voluntaria si las organizaciones sociales nacionales no solicitan o ejercitan su implementación.

De los mecanismos que existen en la actualidad y que se encuentran, en mayor o menor medida, en plena vigencia, muchos han surgido a raíz de la creación de algún tratado internacional, el cual incorporaba entre su articulado el nacimiento de un

sistema propio para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos en ella. Y algunos otros han sido creados mediante instrumentos jurídicos distintos a los tratados, generalmente por la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Esta distinción establece la clasificación clásica que se conoce de estos mecanismos: mecanismos convencionales cuando se trata de procedimientos instituidos en tratados internacionales de derechos humanos, y mecanismos extraconvencionales cuando se trata de procedimientos creados mediante instrumentos jurídicos distintos de los tratados internacionales.

Los mecanismos convencionales gozan de un alto estatus, ya que han sido creados como parte de los Tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Encontramos tres tipos de mecanismos convencionales: Los mecanismos contenciosos, los mecanismos no contenciosos y los mecanismos cuasi-contenciosos, en función del órgano internacional al que se traslada la queja y del carácter que su decisión adopta. Si se trata de un Tribunal internacional que emite una sentencia, estamos ante un mecanismo contencioso; si por el contrario simplemente se trata de conocer la opinión de un órgano internacional distinto de un tribunal, estamos ante un mecanismo no contencioso; y si finalmente se trata de que un órgano internacional emita su opinión sobre una situación proponiendo algún tipo de arreglo, estamos ante un mecanismo cuasi - contencioso.

Los mecanismos contenciosos son aquellos en los que se produce una controversia como consecuencia de violaciones de derechos humanos, y que puede ser sometida al conocimiento y decisión de un órgano jurisdiccional, es decir ante un Tribunal internacional.

La aplicación de este mecanismo supone la acción de la Corte Internacional de Justicia, y en principio está recogido con carácter obligatorio, lo cual quiere decir que no es necesaria una declaración expresa del Estado parte aceptando la jurisdicción contenciosa de la Corte. Sin embargo, en casi todos los tratados, los Estados tienen la capacidad de adoptar reservas de exclusión a la jurisdicción de la Corte, por lo que sólo se aplicará su jurisdicción a aquellos Estados que no hayan utilizado la mencionada reserva de exclusión. Además, la persona víctima de una violación tiene vedado el acceso a la Corte, dado que ante

están legitimados los Estados únicamente. Se reconoció por primera vez en el artículo IX de la Convención para la Prevención y Sanción del delito de genocidio de 1948, aunque hubo que esperar hasta 1993 para que se aplicara por primera vez, con relación a la demanda que Bosnia Herzegovina interpuso contra Serbia-Montenegro el 20 de marzo de 1993 por violación de la convención contra el genocidio. No obstante la Corte ha conocido de distintos asuntos con incidencia en los derechos humanos en el ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva. En su momento la cláusula de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia supuso un paso importante en la aceptación de un mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, que fue seguido posteriormente en otros 16 tratados internacionales de derechos humanos, de entre los que destacan la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (Art. 22) y la Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes (Art. 30.1).

Con el tiempo la necesidad de crear espacios de jurisdicción internacional ha llevado a la creación de otros tribunales internacionales. Por un lado, unos tribunales *ad hoc* para los genocidios cometidos en Yugoslavia y en Ruanda, que concluirán su labor tan pronto juzguen a todos los sospechosos de haber cometido crímenes contra la humanidad en las guerras que sucedieron en estos dos países. Y por otro lado un Tribunal Penal Internacional, recientemente creado, ya que comenzó su labor oficialmente el primero de julio de 2002 y que es el primer Tribunal internacional creado con carácter permanente que persigue violaciones de derechos humanos, que puede recibir denuncias individuales y que puede perseguir a los responsables individuales de las violaciones, además, a los propios Estados.

Una realidad es que la actuación del mecanismo se limita, por el momento, a aquellos países que han firmado y ratificado su estatuto de constitución, lo cual limita enormemente su vocación de Tribunal universal. Además, este Tribunal ha nacido rodeado de una enorme tensión, ya que ha sido motivado, más por la insistencia de las organizaciones sociales, que lo venían exigiendo en los últimos años, que por el convencimiento de los Estados para crear un mecanismo eficaz y permanente. De hecho, el Tribunal

internacional cuenta con numerosos y muy importantes opositores, entre los Estados miembros de la ONU, como por ejemplo Estados Unidos de América y China, que no solo rechazan la labor que pueda realizar el Tribunal, sino que también, especialmente en el caso de los Estados Unidos de América intenta boicotear todo su trabajo. Aun así, parece evidente la necesidad de desarrollar más órganos jurisdiccionales internacionales que con independencia de los vericuetos políticos del momento ayuden a perseguir los delitos contra la humanidad.

En el procedimiento seguido por los mecanismos no contenciosos, en lugar de existir controversias, lo que se produce es una duda sobre la aplicación o integración de alguno de los derechos reconocidos en un Tratado internacional en el derecho interno de algún Estado. La finalidad de estos mecanismos no contenciosos se centra en conocer la opinión de un órgano internacional acerca del grado de aplicación en derecho interno de los derechos reconocidos en un tratado. Para lograr tal finalidad, existen dos tipos de mecanismos no contenciosos, los informes periódicos y las investigaciones.

Los informes periódicos son proporcionales a la obligación de informar. La resolución de la Asamblea General 35/209 de 17 de Diciembre de 1980 pone fin a la resolución anterior por considerarla ineficaz, aunque la obligación de informar ha sido prevista posteriormente en ocho instrumentos convencionales en materia de derechos humanos. La obligación de rendir cuentas se concreta en la obligación de presentar un informe inicial, así como informes periódicos en los plazos establecidos ante el órgano previsto en cada uno de los tratados.

Se puede hablar de los siguientes rasgos comunes:

- Son de carácter obligatorio, en el sentido de que todos los Estados partes tienen que rendir cuentas ante el órgano de control.
- Los Estados tienen que informar de las medidas adoptadas y de los progresos logrados en la efectividad de los derechos reconocidos.
- Se desarrolla un diálogo entre el órgano competente para examinar el informe y los representantes estatales.

- Se faculta al órgano de control para realizar los comentarios generales que estime pertinentes y para que formule las recomendaciones al respecto.

Existe otro mecanismo que ayuda a facilitar el trabajo de la institución internacional que debe emitir su opinión sobre la consulta que se le haya planteado, el cual consiste en permitir la realización de investigaciones cuando se reciban informaciones fiables sobre la existencia de prácticas sistemáticas de violaciones de los derechos contenidos en el tratado internacional que reconozca los derechos lesionados.

Las visitas pueden ser *in loco* cuando el Comité necesita el consentimiento del Estado que va a investigar para efectuar la investigación. O *ad hoc* que se producen cuando el Comité tan sólo tiene el deber de informar al Estado que va a efectuar la investigación.

Los mecanismos cuasi contenciosos se utilizan para aquellos casos en los que existe una controversia y es sometida al conocimiento de un órgano internacional no jurisdiccional, en lugar de ser sometida a un órgano jurisdiccional como los mecanismos contenciosos. El órgano no jurisdiccional conocerá el asunto litigioso y emitirá una opinión, pero no una decisión. Por lo tanto, este procedimiento origina la puesta en marcha de un mecanismo de conciliación orientado hacia la investigación y el arreglo pacífico. La solicitud de actuación de estos órganos no jurisdiccionales se produce a través de las quejas, que bien pueden provenir tanto de Estados como de particulares que aleguen ser víctimas de la violación de alguno de los derechos contenidos en el tratado Internacional que ha establecido la capacidad de actuación de dicho órgano no jurisdiccional.

El procedimiento de reclamación o quejas entre Estados, llamado comunicaciones o quejas interestatales se faculta a todo Estado parte que considere que otro Estado parte incumple sus obligaciones convencionales para presentar una comunicación contra dicho Estado. Está recogido en tres tratados de derechos humanos: Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (artículo 11), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 41) y Convención contra la

Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (artículo 21).

Mientras que la competencia del Comité en la convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial tiene carácter obligatorio, en el sentido que todos los Estados partes aceptan poder ser denunciados ante el Comité y tienen igualmente el derecho para deducir una comunicación ante éste, en las otras dos convenciones la competencia del Comité es facultativa, lo cual exige que los dos Estados partes en la controversia deben haber reconocido la competencia del órgano para conocer tales comunicaciones. En los tres tratados el procedimiento es de carácter conciliador y mantiene el carácter confidencial de las comunicaciones.

Las quejas o comunicaciones también pueden provenir de personas, en cuyo caso se llaman comunicaciones o quejas individuales. En este caso el procedimiento es más satisfactorio ya que ofrece un cauce a las víctimas directas o indirectas para presentar una queja. Este procedimiento se recoge en cuatro convenios de derechos humanos: Convención para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación Racial (artículo 14), Protocolo facultativo anexo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (artículo 22), y en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familias.

Aunque en cada tratado el procedimiento tiene sus propias características, en todos reúnen los siguientes rasgos: facultativos, en el sentido que para que un individuo pueda presentar una queja contra un Estado parte, éste ha tenido que reconocer en una declaración unilateral la competencia del órgano internacional; subsidiarios, en el sentido de que los individuos han tenido que agotar previamente todos los recursos internos disponibles; escritos; confidenciales; y contradictorios en el sentido que tanto las víctimas como los Estados presentarán cuantas alegaciones y réplicas consideren oportunas a fin de defender sus posturas.

A pesar de los órganos creados, los mecanismos convencionales de derechos humanos han sido incapaces de abrir cauces, que

permitan a las particulares víctimas de violaciones de derechos humanos acceder ante un órgano internacional para presentar reclamaciones. Las posibilidades que ofrecen son muy limitadas en comparación con la masa de quejas y comunicaciones que constantemente llegan a la ONU.

Entre las causas que explican el relativo fracaso de estos mecanismos encontramos:

- La escasa incidencia de los órganos de control al no tener capacidad para adoptar medidas sancionadoras, ya que tan sólo pueden adoptar Recomendaciones.
- La escasa aceptación por los Estados de la competencia facultativa de los órganos de control establecidos para conocer de las quejas de los particulares.
- Las rigurosas reglas de admisibilidad por las que deberán pasar antes de ser tramitadas dichas quejas.
- La lentitud de los procedimientos.
- La escasa disponibilidad del mecanismo de reclamaciones de particulares que se consideren víctimas de violaciones de derechos humanos, ya que, únicamente están previstos en cuatro de los tratados de derechos humanos adaptados en el seno de Naciones Unidas.

Debido a las insuficiencias de los mecanismos convencionales de protección, aparecieron en el seno de la organización de Naciones Unidas unos mecanismos no convencionales en los que el consentimiento de los Estados no resultase tan decisivo, los requisitos de admisibilidad se suavizasen, los órganos de control fuesen aplicables a todos los Estados miembros de Naciones Unidas y en los que, por último, el marco jurídico de referencia en orden a determinar si han existido o no violaciones de derechos humanos fuese la declaración universal de 1948 y no un tratado.

Estos mecanismos surgieron de la Comisión de Derechos Humanos, en un intento de dar respuesta a la laguna existente en la ONU, ya que desde los primeros años de funcionamiento de la organización no dejaban de llegar multitud de denuncias de violaciones de derechos humanos y la organización no tenía capacidad para tomar en consideración tales denuncias porque la Comisión no fue creada como un órgano de protección, sino de

promoción, tal y como afirmó el Consejo Económico y Social en su resolución 728 F (XXVIII), de 30 de julio de 1959.

La Comisión de Derechos Humanos, recogiendo la petición que en 1966 la Asamblea General realizó al Consejo Económico y Social y a la misma Comisión, decidió declararse competente para conocer de violaciones de derechos humanos, incluso de política de discriminación racial, de segregación, y de *apartheid* en todos los países, y en particular, en los países y territorios coloniales y dependientes, fundamentando su decisión en las obligaciones contraídas por la Organización y Estados miembros de respetar los derechos humanos en virtud de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas. El Consejo Económico y Social, a través de su resolución 1235 (XLII), de seis de junio de 1967, aprobó la iniciativa de la Comisión y la facultó para conocer de violaciones de los derechos humanos que se produjesen en cualquier parte del mundo.

Los mecanismos de protección extraconvencionales han sido adoptados en Naciones Unidas mediante resolución de un órgano internacional. De ahí que se les denomine extraconvencionales, ya que su creación no está prevista en un tratado, aunque si tengan como fundamento jurídico sus disposiciones, y en concreto, los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas.

Entre los mecanismos extraconvencionales cabe distinguir: El sistema de informes periódicos de 1959, el procedimiento público 1235 y el procedimiento confidencial 1503. No obstante, en el sistema de Naciones Unidas existen otros mecanismos internacionales de protección, como los procedimientos de conciliación, llamados de buenos oficios y de contactos directos, y los mecanismos extraconvencionales instituidos en la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y en la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO).

A raíz de los mecanismos no contenciosos, el sistema de informes periódicos fue instituido por el Consejo Económico y Social, por medio de la resolución 624 B (XII), del primero de agosto de 1956, con la finalidad de comprobar las medidas adoptadas por los Estados Miembros relativas a los derechos humanos. Para conocer tales informes se creó un Comité Especial de Informes

Periódicos, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, que ejerció su labor hasta 1980. En ese año la Asamblea General, a través de la Resolución 35/209, de 17 de diciembre, decidió disolver dicho Comité, al considerarlo ineficaz, porque este mecanismo venía establecido en múltiples Tratados Internacionales que creaban sus propios Comités de seguimiento para los informes que los Estados emitían, y por lo tanto suponía una duplicidad en la utilización de los recursos de la estructura de la ONU. La creación de este mecanismo puso de manifiesto la obligación de los Estados Miembros de las Naciones Unidas de rendir cuentas ante la Organización en materia de derechos humanos, y por ende como esta cuestión ha dejado de ser de la competencia exclusiva de los Estados.

a) Órganos de control derivados de los tratados internacionales

La ONU ha tenido un desarrollo que era poco esperado si se toma en cuenta que es un organismo internacional que emite documentos sin fuerza obligatoria. Por fortuna, el reto que significaba traspasar el blindaje de cada Estado, desde cuestiones de soberanía hasta intereses de muy diversa índole, se ha ido superando -aunque de forma lenta- con una depurada innovación preceptiva que permite crear instancias en el ámbito supranacional con potestades de control e incluso de sanción. Ese logro no hubiera sido posible sin la causa de los derechos humanos, cuyo impulso constituye una verdadera reivindicación de la dignidad humana, y fue el factor principal que permitió ampliar el panorama de este medio sin quedarse a la zaga.

Las nuevas perspectivas requerían de vínculos fuertes que hicieran posible materializar los contenidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y se afinara el cuerpo de organización de la ONU. Sería la Carta de las Naciones Unidas firmada en San Francisco el 26 de junio 1945 -y que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año-, la que permitiría que los derechos humanos lograran su carta de naturalización internacional y a la vez se fijara la obligación de los Estados para que los gobiernos cooperaran con la ONU, tanto en conformar una nómina de leyes metódica y ordenada, como definir y promover los derechos de tal manera que su comprensión fuera accesible al grueso de las personas.

La importancia de la instauración de órganos especiales surge a raíz de la creación de instrumentos internacionales como un complejo normativo derivado de los postulados fundantes en la materia, y la firme intención de llevarlos a la práctica mediante una ordenación dirigida resueltamente al escenario internacional. Si bien en un principio los órganos se dedicaban exclusivamente a la elaboración de tratados, la introducción de una minuciosa jurisdicción amplió las atribuciones, conformando órganos de investigación que elaboraran reportes en los que se comprendiera la situación en que se encontraban los derechos humanos del Estado sujeto a investigación.

Así las cosas, un Estado integrante no puede tomar con ligereza la vigencia de un tratado internacional de derechos humanos, porque no se trata de un simple acto de voluntad, sino que tiene consecuencias de amplio espectro en el cumplimiento de deberes, que van desde la adecuación y modificación de los ordenamientos jurídicos vigentes hasta la transformación en el aparato administrativo que puede trascender en la adopción de nuevos procedimientos para atender a determinados sectores sociales, puesto a que el tratado buscará un marco de respeto que armonice con las distintas sociedades que existen.

La supervisión de las obligaciones adquiridas a través de los tratados se efectúa por medio de los *Comités de vigilancia o monitoreo* que son los cuerpos de control y de interpretación oficial de los tratados. Los instrumentos convencionales fijan en su contenido o en documentos adicionales los mecanismos para supervisar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Estados. Los Comités se componen de un número determinado de expertos, electos a título personal por un período determinado, quienes realizan una labor de reconocimiento de los informes que entregan regularmente los Estados, para lo cual, tienen la facultad de formular observaciones y recomendaciones que posibiliten la práctica y el respeto de las convenciones de que se traten.

Las formas en las que pueden verificarse las labores de los Comités pueden abreviarse en la presentación de informes periódicos por parte de los Estados, las visitas directas al territorio de los mismos para verificar el grado de cumplimiento de las obligaciones contraídas en el instrumento base, la formulación de

peticiones producto de la investigación realizada, que dada su naturaleza sea necesario remitirlas ante los órganos internacionales facultados para emitir Recomendaciones u Observaciones dirigidas a los Estados, y efectuar las diligencias oportunas para el inicio de procesos a partir del conocimiento de casos concretos ante órganos jurisdiccionales internacionales.

Los alcances de estas acciones son de una trascendencia sin precedentes en el derecho internacional, aunque en la realidad la importancia ha sido sesgada por la falta de responsabilidad de los Estados. Los instrumentos internacionales de corte universal exigen la elemental seriedad que permita conocer el progreso que cada nación ha logrado con la aplicación de los pactos y convenciones en la materia e incluso puedan detectarse las dificultades o factores que impidan en mayor o menor grado su efectiva atención. Es menester que el Estado realice una acción positiva para que el informe no excluya datos esenciales y su contenido refleje la honestidad y comprensión de la responsabilidad adquirida, es decir, que esté libre de toda parcialidad y que el informe no sea enviado sólo por cumplir, porque se evidenciaría la omisión de vigilar la situación real que prevalece y algunas otras deficiencias lógicas, como son la falta de transparencia al excluir la consulta a sectores específicos de la población.

Las visitas hechas en el territorio de los Estados pueden despejar cualquier duda u omisión que implique el informe remitido, y el Comité puede verificar con mayor grado de certeza la situación que prevalezca en el Estado al estar de forma directa en el territorio sujeto a investigación, no obstante esta posibilidad debe de superar las deficiencias presupuestarias y planificarse con la anticipación que se requiera, además, el Estado involucrado tiene la potestad de rechazar o aceptar la visita, lo que puede hacer el trámite más complicado.

Ahora bien, los informes han sido perfeccionados por los Comités tanto en su forma como en su contenido, para que las influencias parciales que priven en la recopilación de evidencias no incidan en el resultado de la intervención. Para ello, los expertos internacionales independientes han establecido un diálogo constructivo con los representantes de los Estados, mediante audiencias, peticiones de explicación, preguntas, entre otros, para que el procedimiento sea lo más sencillo posible y permita

el aporte de los medios de convicción, incluyendo los generados por otras fuentes, como las organizaciones no gubernamentales, lo que en conjunto puede puntualizar violaciones específicas y el Comité pueda terminar su actuación con una valoración global del informe mediante un documento con observaciones finales dirigidas al gobierno interesado, en las que enumera tanto los aspectos positivos que favorecen la aplicación del tratado como los factores y dificultades que la obstaculizan, sus principales motivos de preocupación y sus Recomendaciones.

Tanto el documento de observaciones finales dirigido a los Estados, como la actuación del órgano de vigilancia son muy parecidos a la actuación que realiza un *Ombudsman*, incluso coinciden en que antes de recurrir al respectivo procedimiento, es necesario que se agoten los recursos que prevé el propio Estado. Así también, como característica esencial debe de imperar en el resultado final un trabajo de simplificación e inmediatez durante todo el procedimiento, que lo distinga de la habitual dificultad que existe en un proceso ordinario, de lo contrario, operaría en perjuicio de las propias víctimas.

En cuanto a las diligencias oportunas para el inicio de procesos a partir del conocimiento de casos concretos ante órganos jurisdiccionales internacionales, éstas se ratifican a partir de controversias sobre casos concretos de violación a los derechos humanos previstos en instrumentos internacionales específicos, que por razón de un funcionamiento regional, se ciñen a los sistemas correspondientes. En el caso del sistema interamericano, la Comisión Interamericana -que es un órgano compuesto por expertos independientes al igual que los Comités- y los Estados americanos son quienes están legitimados para acudir a la Corte Interamericana a plantear un caso.

La competencia de la Corte Interamericana comprende consultas relativas a la Convención Americana y a otros instrumentos internacionales concernientes a la protección de derechos humanos. El proceso a efectuarse es similar al de un órgano jurisdiccional local, por tanto, la resolución será una sentencia contra un Estado por su responsabilidad en la violación a los derechos previstos en el tratado de derechos humanos que corresponda. Dicha sentencia posee carácter vinculante y su cumplimiento es obligatorio para el Estado responsable.

Los Comités de expertos independientes que actualmente existen son:

*i Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*¹⁹⁸

Es el primer órgano creado por la ONU, siendo establecido en 1969 por la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. Se compone de 18 expertos que deben tener una probidad moral e imparcialidad reconocida. Los miembros son elegidos por cuatro años por los Estados partes en la Convención. El Comité se reúne en Ginebra y normalmente celebra dos períodos de sesiones que duran tres semanas cada uno. Cada dos años se celebran elecciones para renovar la mitad de los miembros y se procura que exista la representación equitativa de las regiones geográficas del mundo, así como de las diferentes civilizaciones y sistemas jurídicos.

El Comité es un órgano autónomo y los expertos que lo integran son elegidos a título personal, es decir, que no representan al Estado del cual son nacionales. No pueden ser destituidos, ni reemplazados sin su consentimiento. Con arreglo a la Convención, establecen su propio reglamento y no reciben directrices del exterior. Los gastos de los miembros del Comité son sufragados por los Estados miembros y no por las Naciones Unidas.

Los Estados partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se realizan los derechos contenidos en el instrumento de origen. Inicialmente, los Estados deben presentar informes un año después de su adhesión a la Convención y luego cada dos años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “observaciones finales”.

Las funciones del Comité tienen su principal desarrollo en el procedimiento de presentación de informes, donde vigilan y examinan a los Estados miembros, aunque existen otros medios que figuran en la Convención con el objeto de que el Comité desempeñe con mayor amplitud su función de supervisión: El procedimiento de alerta temprana, el examen de las denuncias entre los Estados y el examen de denuncias de particulares.

¹⁹⁸ Cfr. Folleto informativo No.12, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs12_sp.htm. Consultado el 10 de diciembre de 2007.

El procedimiento de alerta temprana fue creado para prevenir violaciones graves a la Convención mediante la atención de problemas organizados que puedan convertirse en conflictos, así como procedimientos de urgencia para responder a problemas que requieran de atención inmediata para disminuir o evitar las violaciones a la Convención. El procedimiento ha sido adoptado además por el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité de los Derechos del Niño¹⁹⁹.

En el examen de denuncia entre los Estados, los que son miembros en la Convención reconocen la competencia del Comité para que se tomen medidas al respecto. Sin embargo, ese procedimiento no sustituye a otros de que dispongan las partes interesadas. Respecto al examen de denuncias de particulares, las quejas que se reciben son tanto de personas como de grupos sociales (con la limitante de que el respectivo Estado debe de reconocer la autoridad plena del Comité); además existe un procedimiento denominado *Comunicaciones personales*, con el cual el Comité puede recibir comunicaciones de personas o grupos que aleguen ser víctimas de una violación a la Convención. El Comité señala confidencialmente esas comunicaciones a la atención del Estado en cuestión, pero no revela la identidad de la persona o grupos de personas que aleguen la violación sin su consentimiento. Cuando un Estado ha explicado su punto de vista y quizá sugerido un recurso, el Comité debate el asunto y puede hacer sugerencias y recomendaciones que se transmiten tanto a la persona o grupo interesado como al Estado.

ii Comité de Derechos Humanos²⁰⁰

Establecido en 1976, da seguimiento al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (instrumento que le dio origen),

¹⁹⁹ Para mayor información puede consultarse en el documento oficial de la Asamblea General de la ONU, sobre el informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. 15/09/93. Cuadragésimo octavo período de sesiones. Suplemento número 18 (A/48/18).

²⁰⁰ *Cfr.* Folleto informativo N° 15, Derechos Civiles y Políticos: El Comité de Derechos Humanos, en la dirección electrónica: http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu6/2/fs15_sp.htm. (Consultado el 10 de diciembre de 2007).

además de sus Protocolos Facultativos²⁰¹. Se compone de 18 miembros que necesariamente deben de ser nacionales de los Estados Partes en el Pacto. Celebra normalmente tres períodos de sesiones, de tres semanas de duración cada uno, durante el año. Existe una importante interpretación de los alcances y significados del Pacto y sus protocolos debido a la labor constante del Comité, que ha hecho de su función una prioridad mediante la elaboración de comentarios, opiniones, y observaciones generales que son consonantes a la amplia competencia que tiene.

Todos los Estados miembros deben presentar al Comité informes sobre la manera en que se practican los derechos. Los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión al Pacto y luego siempre que el Comité lo solicite (por lo general cada cuatro años). El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado parte en forma de “observaciones finales”.

Además del procedimiento de presentación de informes, el Comité debe examinar las denuncias entre los Estados. Otro de los procedimientos que puede aplicar el Comité es posible con lo establecido por el Primer Protocolo Facultativo del Pacto, que otorga competencia para examinar las denuncias de los particulares en relación con supuestas violaciones del Pacto cometidas por los Estados miembros en el Protocolo. De igual forma la competencia del Comité se extiende al Segundo Protocolo Facultativo del Pacto, relativo a la abolición de la pena de muerte respecto de los Estados que han aceptado el Protocolo.

En casos prácticos se puede observar que el Comité ha influido en una mejor protección contra la discriminación. Toda vez que el Estado no sólo tiene el deber negativo de no incurrir en la discriminación, sino también una obligación positiva de proteger a las personas contra la misma. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos dice: *En virtud del artículo 26 todas las personas no solamente son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección de la ley, sino que también se prohíbe cualquier dis-*

²⁰¹ Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entró en vigor el 23 de marzo de 1976; Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, entró en vigor el 11 de julio de 1991.

*criminación en virtud de la ley y garantiza a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*²⁰².

La jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos confirma el derecho a la protección contra la discriminación, no obstante, en la práctica, la jurisprudencia desarrollada hasta la fecha se limita a alegatos de discriminación de parte de un órgano del Estado y a alegatos de discriminación de parte de entidades autónomas establecidas por la ley.

La Observación General No.15 del Comité de Derechos Humanos trata el tema de los derechos de los extranjeros. Esta Observación hace hincapié en la obligación que todos los Estados Partes asumen en virtud del párrafo primero del artículo 2, de garantizar los derechos consagrados por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a toda persona bajo su jurisdicción. Si bien la discriminación con base en la nacionalidad no está prohibida expresamente, sólo el artículo 25, relativo a los derechos políticos, y hasta cierto punto el artículo 12.4 que reconoce del derecho a entrar a *su propio país*, la autoriza. Por tanto, concluye el Comité, los demás derechos deben estar garantizados *sin discriminación entre nacionales y extranjeros*²⁰³.

*iii Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*²⁰⁴

Establecido con el fin de examinar los avances alcanzados en la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, tiene inicio de funciones en 1982, y se integra por 23 expertos en el área de los derechos de la mujer, elegidos por sufragio secreto por medio de listas propuestas por los Estados miembros y son elegidos aquellos candidatos que obtuvieron el mayor número de votos

²⁰² Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 18, párrafo 1.

²⁰³ Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 15, párrafos 2, 4 y 7.

²⁰⁴ *Cfr.* Convención CEDAW y Protocolo Facultativo. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 2ª ed., San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. 2004, pp. 97,114.

y la mayoría absoluta de votos de los representantes de los Estados parte presentes y votantes, aunque esta circunstancia no supedita al elegido a depender del Estado o fungir como delegado del mismo, desempeñándose a título personal; además se exige prestigio moral y competencia en la materia.

Tal vez sea el Comité que más se diferencia de los demás en cuanto a su composición, duración de sesiones, nivel de financiamiento y administración. El Comité se reúne dos veces al año; la duración en el cargo de sus integrantes es de cuatro años; para una mejor representación se busca que la distribución geográfica de los integrantes comprenda las diversas culturas existentes y muy variados sistemas jurídicos. Una característica especial del Comité ha sido su integración exclusiva de mujeres (existe sólo una excepción) sin que sea un requisito determinado. A diferencia de la mayoría de los órganos de derechos humanos de la ONU cuyos miembros son predominantemente profesionales en derecho, los miembros del Comité proceden de una amplia gama de disciplinas, incluyendo economistas, diplomáticos y sociólogos. La Convención establece que las sesiones del Comité sean más cortas que las de los demás órganos de supervisión de los tratados (dos semanas comparado con tres a nueve semanas de los otros órganos).

Al considerarse que el Comité en su inicio realizaba sus funciones de forma limitada e incompleta, se adoptó el Protocolo Facultativo de la Convención el 10 de diciembre de 1999. La intención de este recurso era establecer dos procedimientos que permitieran compensar las lagunas del derecho internacional y reforzar los alcances jurídicos de sus métodos de acción. El Protocolo Facultativo es notable por su brevedad. El mismo le permite al Comité un amplio margen de flexibilidad y alcance para establecer el sistema procesal necesario para implementarlo. El Comité establece sus propias reglas de procedimiento para el Protocolo Facultativo, basándose en las de otros Comités de derechos humanos que cuentan con procedimientos similares.

El procedimiento de comunicación es una de las líneas de acción del Protocolo. Concede a los individuos y a los grupos de mujeres el derecho a denunciar ante el Comité toda violación de la Convención. Los procedimientos de comunicaciones de las Naciones Unidas otorgan el derecho a instar una demanda

o el derecho a denunciar violaciones de derechos. En todos los procedimientos, la denuncia debe hacerse por escrito.

El procedimiento de investigación permite al Comité investigar los abusos serios y sistemáticos contra los derechos humanos de las mujeres en los Estados parte del Protocolo Facultativo. El procedimiento demuestra su utilidad cuando las comunicaciones individuales no llegan a reflejar la naturaleza sistemática de infracciones generalizadas a los derechos de las mujeres y sea difícil que los individuos o los grupos puedan presentar comunicaciones por razones prácticas o por temor a represalias.

Ambos procedimientos permiten al Comité una mejor oportunidad para hacer recomendaciones en relación con las causas estructurales de las infracciones y plantear con precisión las observaciones pertinentes y necesarias a un Estado miembro.

*iv Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*²⁰⁵

A diferencia de los demás Comités, instaurados en virtud de tratados, es el único que fue creado por un instancia ajena al Pacto que le da origen (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), correspondiendo al Consejo Económico y Social esta función mediante la resolución 1985/17. Inició funciones en 1985, se reúne dos veces al año, celebrando dos períodos de sesiones de tres semanas cada uno. Los miembros del Comité se componen de 18 expertos de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que son independientes y actúan a título personal, no como representantes de los gobiernos; son elegidos para mandatos de cuatro años y pueden ser reelegidos. En el proceso de selección se observan los principios de distribución geográfica equitativa y de representación de distintos sistemas sociales y jurídicos.

El Comité vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por los Estados Partes, a través de la supervisión de los mismos, y previo análisis de los

²⁰⁵ Cfr. Folleto informativo N° 16, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs16_sp.htm. Consultado el 10 de diciembre de 2007.

informes que rindan presentará los resultados al Consejo Económico y Social de la ONU.

La importante labor del Comité ha permitido sentar bases en los criterios para presentar informes obligatorios de los Estados miembros a un órgano de supervisión. Muestra de ello es la Observación General número 1 en la que el Comité consagró una serie de objetivos centrales en la materia como los siguientes:

- Cerciorarse que el Estado emprenda un examen amplio de la legislación, las normas y procedimientos administrativos y las diversas prácticas nacionales para ajustarlas en todo lo posible a las disposiciones del Pacto.
- Garantizar que el Estado vigile de manera constante la situación real con respecto a cada uno de los derechos enumerados para evaluar la medida en que todos los individuos que se encuentran en el país disfrutaran de los diversos derechos.
- Proporcionar una base para que el gobierno elabore políticas claramente formuladas y cuidadosamente adaptadas para la aplicación del Pacto.
- Facilitar el examen público de las políticas de los gobiernos con respecto a la aplicación del Pacto y estimular la participación de los diversos sectores de la sociedad en la formulación, aplicación y revisión de las políticas pertinentes.
- Proporcionar una base sobre la cual el propio Estado, así como el Comité, puedan evaluar de manera efectiva los progresos hechos hacia el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto.
- Permitir que el Estado comprenda mejor los problemas y limitaciones que impiden la realización de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Facilitar el intercambio de información entre los Estados miembros y ayudar a comprender mejor los problemas co-

munes y el tipo de medidas que pueden adoptarse para la realización efectiva de cada uno de los derechos contenidos en el Pacto.

El Comité ha logrado avances importantes respecto al derecho a la no discriminación. Como ejemplo, respecto a la discriminación contra personas con discapacidad, los principales instrumentos sobre derechos humanos no abordan el tema de manera directa, aunque el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concluyó que el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe la discriminación basada en la discapacidad. En este sentido, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza *el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna* basada en determinados motivos especificados o *cualquier otra condición social* se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad²⁰⁶.

*v Comité contra la Tortura*²⁰⁷

Fue establecido por la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 1987 y entró en funciones el primero de enero de 1988. El Comité queda establecido conforme al artículo 17 de la Convención. Desempeña un papel de seguimiento y supervisión de la aplicación por los Estados miembros de sus obligaciones en virtud de la Convención. Está compuesto por 10 miembros quienes deben de tener integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, además de que ejercen su función a título personal, sin representar al Estado que los ha nombrado, durando cuatro años en su mandato con posibilidades de renovación. Cada miembro es nombrado por un Estado y elegido por votación secreta por todos los Estados miembros, quienes son electos de modo que su distribución geográfica sea equitativa.

El Comité funciona a tiempo parcial, reuniéndose dos veces al año, una durante tres semanas y otra durante dos semanas,

²⁰⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 5, párrafo 5 (1994).

²⁰⁷ *Cfr.* folleto informativo N° 17, Comité contra la Tortura, en la dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs17_sp.htm. (Consultado el 10 de diciembre de 2007).

mientras que antes de cada período de sesiones se reúne durante una semana el grupo de trabajo. Sus principales funciones las realiza a través de varios procedimientos como: procedimiento de presentación de informes, examen de denuncias de particulares, examen de denuncias entre Estados, publicación de observaciones generales, investigaciones especiales y obligaciones con arreglo al Protocolo Facultativo.

Los informes se presentan cada cuatro años, el procedimiento de presentación de denuncias de particulares es posible si el Estado miembro formula la declaración correspondiente en virtud del artículo 22 de la misma. Las denuncias entre Estados se materializa si se reconoce la competencia del Comité para examinar denuncias presentadas por otro Estado sobre violaciones de la Convención cometidas por el primer Estado miembro. Las observaciones generales constituyen una parte importante en la vigilancia de un instrumento multilateral de protección contra la tortura y derivados. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado en forma de observaciones finales.

El procedimiento de investigación se inicia cuando se reciben informaciones fiables de que se practica sistemáticamente la tortura en dicho Estado. Las obligaciones con arreglo al Protocolo Facultativo son desempeñadas por un órgano, denominado SubComité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes del Comité contra la Tortura.

El Comité cumple funciones específicas conforme al Protocolo Facultativo. Debe reunirse una vez al año, al mismo tiempo que el Subcomité, además de que debe presentarle un informe público anual. El Comité también podrá publicar las observaciones finales del Subcomité con arreglo al Protocolo Facultativo, o hacer una declaración pública con respecto a un Estado, a instancias del Subcomité si el Estado se niega a cooperar.

La entrada en vigor, para un Estado, tanto de la Convención contra la Tortura como de su Protocolo Facultativo tiene lugar el trigésimo día después del depósito del instrumento de ratificación o adhesión correspondiente. El Protocolo Facultativo entró

en vigor el 22 de junio de 2006 una vez ratificado por los 20 Estados necesarios. A través del Subcomité se plantean métodos de prevención más ágiles que permite llevar acabo visitas *in-situ* para inspeccionar lugares de detención en conjunción con los órganos nacionales de visitas.

vi Comité de los Derechos del Niño ²⁰⁸

Fue establecido en 1991 por la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité está conformado actualmente por dieciocho personas expertas independientes que representan a una diversidad de países y sistemas legales. La entrada en vigor ocurre en el trigésimo día después de la fecha del depósito del instrumento de la ratificación o de la adhesión. Cada experto sirve durante cuatro años y la mitad de integrantes del Comité es reemplazada cada dos años. Los expertos pueden ser reelegidos si se les vuelve a nominar.

El Comité se reúne tres veces al año y sus sesiones son cada una de cuatro semanas de duración. La última semana se reserva siempre para la preparación del siguiente período de sesiones. Todos los Estados miembros deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ha dado cumplimiento a los derechos que fija que la Convención. Los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado en forma de observaciones finales.

El Comité también supervisa la aplicación de los dos protocolos facultativos de la Convención, relativos a la participación de niños en los conflictos armados y a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, cuyas materias son representativas de sevicias que dañan a los niños a nivel mundial. El Comité también se encarga de examinar los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a ambos Protocolos Facultativos.

²⁰⁸ Cfr. folleto informativo N° 10, Los derechos del niño, en la dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs10rev1_sp.htm. (Consultado el 10 de diciembre de 2007).

El Comité no puede examinar denuncias de los particulares, aunque en estudio de la petición se pueden plantear cuestiones relacionadas con los derechos del niño ante otros Comités con competencia plena en la materia. El Comité también publica su interpretación del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos, en forma de observaciones generales sobre cuestiones temáticas y organiza días de debate general, los cuales tienen como propósito facilitar el intercambio de opiniones para una mejor comprensión de los contenidos e implicaciones de la Convención. Después de la discusión, el Comité adopta recomendaciones tomando en cuenta los compromisos adquiridos.

*vii Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares*²⁰⁹

Es el órgano de expertos independientes de más reciente creación, el cual supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, celebrando su primer período de sesiones en marzo de 2004 durante el que aprobó su reglamento provisional. La aplicación de la Convención es responsabilidad de los Estados miembros.

Actualmente está integrado por 10 expertos elegidos por los Estados partes, aunque el número de miembros se elevará a 14 cuando se hayan registrado 41 ratificaciones. Los miembros son elegidos en votación secreta, y en el proceso de elección se presta consideración a la distribución geográfica equitativa y a la representación de los principales sistemas jurídicos y se incluye tanto a Estados de origen como Estados de empleo de trabajadores migratorios. Los miembros del Comité, que actúan a título personal, tienen un mandato de cuatro años.

Según dispone el artículo 73 de la Convención, los Estados miembros aceptan la obligación de presentar informes sobre las medidas que hayan tomado para aplicar el instrumento de mé-

²⁰⁹ Cfr. folleto Informativo No.24, los Derechos de los Trabajadores Migratorios, en la dirección electrónica: http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu6/2/fs24_sp.htm (Consultado el 10 de diciembre de 2007).

rito en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor para el Estado de que se trate, y, en lo sucesivo, cada cinco años.

Los informes deben indicar los problemas que afecten a la aplicación de la Convención, y proporcionar información acerca de las características de las corrientes de migración. Tras examinar los informes, el Comité hace llegar al Estado del caso las observaciones que considera oportunas.

En la Convención se prevé la cooperación estrecha entre el Comité y los organismos internacionales, en particular la Oficina Internacional del Trabajo a quien el Comité invita a nombrar representantes para que participen, con carácter consultivo, en sus sesiones, y examinen las observaciones y la documentación que les facilite la Oficina.

Todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas o en nombre de personas sometidas a su jurisdicción, que aleguen que ese Estado ha violado los derechos individuales que les reconoce la Convención, aunque no admitirá comunicación alguna relativa a un Estado que no haya hecho esa declaración. Cuando el Comité se cerciore de que la misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada en otro procedimiento de investigación o solución internacional, y que se han agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, podrá pedir explicaciones por escrito y expresar sus opiniones tras haber examinado toda la información disponible.

Tal vez la materia que más ha desarrollado un ejercicio constante respecto a un trato igualitario sea la laboral. El derecho internacional de trabajo incluye un número importante de tratados relativos a la igualdad y la discriminación. Entre ellos, los más relevantes incluyen el Convenio Internacional del Trabajo 100 relativo a la igualdad de remuneración, de 1953, y el Convenio Internacional del Trabajo 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, de 1958. Algunos instrumentos normativos también han sido adoptados en el seno de la UNESCO, entre ellos la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1962.

C. INSTRUMENTOS JURÍDICOS Y MÉTODOS DE PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO

Bien se ha dicho que la discriminación es la otra cara del prejuicio, aunque supera por mucho cualquier actitud simbólica, rígida e inflexible que haya tenido origen en la inadecuada o insuficiente información con que una persona cuente y cuyo efecto produzca rémoras a la realidad; la discriminación siempre es maniifiesta, es una acción constante, sistemática y perniciosa, es una expresión que con toda su crudeza impone un trato diferenciado, porque es un acto que si bien no es individual, cambiará a la persona desde su ser, y terminará por influenciarlo irremediablemente, así el fenómeno obtiene el acceso al enorme sistema de relaciones sociales que incluye tradiciones, comportamientos, opresiones, sanciones y apoyos ideológicos. La discriminación ha sido una mezcla de patologías sociales prácticas, acompañadas de divergencias ideológicas y culturales.

La discriminación como fenómeno ha rebasado cualquier intento de proyección y más allá de una acción aislada, se ha convertido en un acto de poder que se ejerce de forma sistemática sobre quienes son considerados distintos o inferiores. Ahora la existencia del flagelo ya no es una interrogante, pero la simple idea de asentir como hecho que la discriminación es practicada por todos provoca la necesidad de una seria reflexión que no puede permanecer impasible, por mucho que se haya logrado su comprensión; por tanto, debemos prescindir de todo encajonamiento en la toma de conciencia, sacar ventaja de la afirmación, seguir descubriendo las consecuencias y establecer líneas de acción para erradicar un fenómeno de dinámica constante.

El fenómeno es tan complejo que hoy son dramáticas las cifras de la desigualdad, no obstante, la discriminación es de hecho insidiosa y huidiza por lo que puede resultar difícil de cuantificar, y por tanto, de atajar de forma efectiva. Ningún indicador permite por sí solo medir los progresos, son datos que reflejan una realidad a medias por la ausencia de un correcto enfoque al problema, aunque si no existieran estadísticas, se daría por sentado que ni hay problemas y ni son necesarias la toma de medidas. Callarse es la peor actitud ante un azaroso camino que desde el inicio y durante el ciclo vital de los seres humanos detecta grupos propensos a sufrir discriminación por motivos de

raza y grupo étnico, sexo y concepto de género, edad, idioma y religión. Existen progresos notorios, como el ocaso del *apartheid* en Sudáfrica y el abandono de políticas segregacionistas en muchos países, aunque la discriminación no ha desaparecido. El sueño de un mundo libre de odio y de prejuicio racial no se ha hecho realidad aun cuando la ciencia ha demostrado al establecer el mapa del genoma humano, que todos las personas pertenecemos a una sola familia.

Nuestro país se ha destacado por su puntual seguimiento a los tratados internacionales, y aunque no se hayan comprendido los alcances, o no se tenga la intención de cumplir con el compromiso adquirido, siempre es de los primeros países en ratificar los instrumentos de derechos humanos que aparecen en el escenario mundial. Ante esta situación, se yergue un horizonte complicado pero no del todo desalentador, porque en la praxis se han detectado las complicaciones que implica elaborar leyes que pretenden responder al compromiso adquirido, con todo y que terminan siendo *letra muerta* al ser utilizadas ya no como documentos de *buenas intenciones* sino como *simuladores políticos*, al final son un conato hacia la atención oportuna que debe buscarse ante fenómenos como la discriminación.

Sin duda, uno de los principales problemas mundiales se centra en la falta de oportunidades en circunstancias igualitarias, las privaciones orillan a condiciones precarias y es caldo de cultivo para tratos degradantes y discriminatorios. Se ha demostrado que en el momento de tener e integrar una cuidadosa legislación laboral operan cambios muy satisfactorios que permiten un poderoso acercamiento al principio de igualdad que puede ser extensivo a otras áreas del saber, y a otros principios, como el derecho a la no discriminación. Por tanto, es un imperativo incentivar la tendencia internacional creciente a integrar en la legislación laboral los cuatro grupos de principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los cuales figuran los relativos a la eliminación de la discriminación y a la igualdad, que en los cinco últimos años se ha hecho claramente patente en muchos países que han reformado la legislación laboral.

Incluso con inconvenientes debido a que se trata de un fenómeno que rebasa por mucho cuestiones de derecho, existe una insistencia en que la ley sancione. La discriminación se sanciona

hoy como delito o como infracción civil o administrativa en función del motivo y del país de que se trate. Abordar la discriminación con una perspectiva diversificada, si bien no es ni oportuno ni adecuado en muchos de los casos, obedece al deseo de garantizar a diario una protección más efectiva y expedita a las víctimas. Es necesario ser cuidadosos en la forma que queremos atajar el fenómeno, porque la tipificación de las conductas discriminatorias como delito puede ser un asunto innovador y hasta muy defendible, pero se haría por una vía inadecuada al tratar de institucionalizar un fenómeno tan variable y por ende sujeto a una infinidad de interpretaciones que sólo podrían originar expresiones imprecisas en el mejor de los casos, porque podría ser un factor que consolidaría la discriminación al prestarse a abusos y arbitrariedades al radicar su decisión en los agentes de hacer cumplir la ley, tornando al fenómeno en una suerte de problema *abstracto* que una sola persona o el Estado pueden definir mediante sanción.

Ciertamente algunos recursos jurisdiccionales han mostrado más efectividad en aras de fomentar la protección frente a la discriminación, los cuales consisten en prohibir la discriminación indirecta y en invertir la carga de la prueba, haciéndola recaer en la persona o la empresa acusada una vez que se ha determinado la existencia *prima facie* de un caso de discriminación. De igual forma, la incorporación a una serie de textos legales de disposiciones por las que se prohíbe la discriminación en el lugar de trabajo por motivos como la edad, la orientación sexual o factores genéticos es una tendencia más corriente en los países industrializados, donde la protección dispensada es desigual porque no siempre abarca todos los aspectos del empleo.

Algunos países han adoptado leyes proactivas en cuya virtud los empleadores no sólo deben abstenerse de toda práctica discriminatoria en materia de remuneración por motivo de sexo, sino que además deben adoptar medidas para promover la igualdad de oportunidades en materia de remuneración, por ejemplo mediante controles de la igualdad de remuneración y determinados métodos de evaluación del trabajo, y eliminar toda diferencia de remuneración debida a la discriminación.

Respecto a los derechos humanos en general, la Carta Política Fundamental de México los garantiza conforme al principio de

progresividad, estando muy de cerca el principio del derecho a la no discriminación, e incluso el Estado, sin prejuzgar su capacidad para institucionalizarlos, se obliga a sancionar y reparar su violación, reconociendo que una forma de aproximarse a esta responsabilidad es muy efectiva si se establecen organismos públicos autónomos. Figuras como el *Ombudsman* son medios confiables cuya adaptabilidad y versatilidad los hace propicios para atender exigencias propias de nuestros tiempos, mas no puede pretenderse que dicha institución sea el remedio a todos los males. Al ser un mediador por excelencia, el *Ombudsman* puede intervenir y dar voz a los compromisos que los movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales buscan y trasladan al ámbito político, encauzándolos a los canales pertinentes, sirviendo como verdaderos mentores en la educación de los derechos humanos y haciendo comprensible tanto al Estado como a las personas las responsabilidades y libertades que tiene un ser humano, advirtiendo nuevas formas de violentar la dignidad humana para su correcto tratamiento.

Si bien la noción de derechos humanos no puede estar nunca en crisis, es diferente si se trata de su institucionalización, por lo que debe de evitarse la apropiación del discurso y encasillarlo en correspondencia a determinadas influencias. Si se quiere dar validez a la universalidad que de manera teórica se concede a los derechos humanos deben relacionarse con los procesos sociales, culturales y económicos. El hecho es que los derechos humanos nunca han estado lejos de una protección a los más pobres y a los excluidos, si bien siguen persistiendo facetas de discriminación que afectan a la humanidad.

Tal vez el más grande acierto que se ha logrado en México es el reconocimiento de la existencia del fenómeno de la discriminación y el fuerte impacto que ha y sigue causando. Es por eso que se diseñaron instrumentos jurídicos y mecanismos de protección para las personas que sufren actos discriminatorios, estos incipientes intentos han alcanzado eco más rápido en algunos Estados de la república y las expectativas de una cobertura más amplia son de esperarse. Es por eso que el panorama es algo más que una sucesión indefinida de claroscuros, es una realidad que hace una década y menos aún, cinco años atrás, se antojaba un hecho prácticamente imposible en México: contar con una norma jurídica y administrativa de protección contra actos discrimi-

minatorios, que hoy en día constituye un símbolo de esperanza que posiciona de manera central a los derechos de las personas e instauran la primera acometida a estadios que laceran y provocan desigualdad, injusticia, abuso de poder e impunidad.

A continuación se presentan los principales ordenamientos nacionales que contienen referencias a los derechos humanos, al principio de igualdad y a la prohibición de la no discriminación.

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Como resultado de la incipiente evolución que ha tenido la atención al fenómeno de la discriminación en México, mediante el establecimiento de medios que posibiliten en la práctica la protección que se ha fraguado en materia internacional, un importante referente es la experiencia en México sobre la materia, que ha allanado el camino para enfrentar el fenómeno a través del reconocimiento pleno del problema. El artículo primero constitucional contiene en la actualidad tres párrafos, como resultado de la reforma al texto de la misma, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001. El primero de dichos párrafos establece el principio de *igualdad en derechos fundamentales*, el segundo, *la prohibición de la esclavitud*, y el tercero lo constituye el principio de *no discriminación*.

En consecuencia, queda manifiesto que la carta política fundamental del país adoptó la prohibición de la discriminación, como en el contexto internacional, se hace patente que este mandato es una de las variadas manifestaciones que adopta el principio de igualdad. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o desproporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición, suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones.

El máximo ordenamiento legal de nuestro país, al igual que los tratados internacionales, contempla en su contenido una diferenciación del principio de igualdad y del principio de no discriminación, si bien esta dualidad ha sido posible hace apenas unos años, con la inclusión de una serie de reformas de las que fue objeto la norma básica fundante, toda vez que no es difícil de apreciar el cuidado que a lo largo del texto constitucional se

ha prestado a la premisa de igualdad, siendo en el primer artículo donde se dejan sentadas las bases para poder equilibrar la igualdad en derechos fundamentales con la complementariedad de la cláusula de no discriminación.

Contrariamente a una inclusión bien pensada, todo parece indicar que la adición del párrafo tercero al artículo primero fue obra de la *casualidad*, pero independientemente de esta situación y de la razón por la cual se optó por incluirla, es un logro sin precedentes que permite no sólo el fortalecimiento de nuestra ley fundamental abierta a una mejor interpretación y protección de los derechos humanos, sino que abre la posibilidad de que exista una homologación en cada uno de las entidades del país respecto a la forma en que se debe erradicar el fenómeno de la discriminación, además de ser un acierto decisivo que permite la unificación de criterios y el abandono de muchas ambigüedades que ocasionaron vacíos jurídicos, evidentes en el momento de tratar de armonizar la Constitución con los instrumentos internacionales.

La cláusula de no discriminación que se incorporó al texto de la Constitución Mexicana dispone lo siguiente:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Como puede observarse, el precepto está inspirado en la fórmula que es utilizada por los múltiples instrumentos adoptados por la ONU en materia de derechos humanos, y en consecuencia, reproduce también -aunque probablemente no sea de forma deliberada- las mismas imprecisiones que son manifiestas en los tratados, aunque con un *sello* particular. Así podemos dar cuenta de una terminología que se popularizó políticamente en el gobierno como *las capacidades diferentes*. Esta alusión pretende diluir de *forma novedosa* -pero sin éxito-, la contundencia y gravedad que implica la discapacidad en nuestro país, que en proporción a otros países es numerosa, como también es la de mayor proporción en el Estado de México si de entidades de la

federación se trata. En situación similar se encuentra el término *preferencias*, eufemismo tocante a la orientación sexual de las personas. Por otra parte, el proyecto no se atrevió a exponer la injusta distribución económica que es una de las causas que ocasiona una dinámica injusta en cuanto al aprovechamiento de las oportunidades que puedan existir.

De igual forma, el párrafo se ciñe a considerar a los tipos de discriminación como las formas de vulnerar el principio de igualdad en el goce de los derechos y libertades de las personas, por lo que encaja de lleno en la materia de derechos humanos. Es un hecho que el texto amplía las posibilidades de una atención basada en criterios interpretativos al dejar abierta la posibilidad de extenderse más allá de las condiciones y puntualizaciones que especifica el texto. En este tenor, se puede comprender la importancia que propicia la apertura dispuesta en la última parte del artículo, y no es difícil imaginar el campo fértil que puede abonarse con la potencialidad y fuerza que pueden asumir otro tipo de fuentes como lo es el control jurisdiccional de la no discriminación a través de elementos de importancia como la jurisprudencia.

Resumiendo, la inclusión constitucional de la cláusula de no discriminación es apenas el comienzo de un reconocimiento institucional del fenómeno social, lo que por supuesto es un adelanto a su erradicación, porque el derecho es y ha sido el primer agente que ha madurado una transformación social a través del respeto a las normas jurídicas, por limitadas o incompletas que puedan ser, en este orden de ideas, su aportación supera en mucho cualquier crítica por objetiva o seria que sea. No se soslaya que el contenido del artículo puede profundizar elementos necesarios, como el concepto de discriminación, el cual no contempla, y los medios jurídicos que concurrirán a la protección de las personas, que incluso puede remitirse al reconocimiento de un organismo autónomo y especializado en la materia, según las facultades expresas del Congreso de la Unión para establecerlo a nivel federal y en exclusiva, sin embargo, esta circunstancia debe de ser cuidadosamente estudiada para no incurrir en un vicio de inconstitucionalidad.

2. Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación

El primer intento tanto de reglamentar el párrafo tercero del artículo primero constitucional, como de la articulación de un procedimiento en el que se consideraran conductas y actos discriminatorios, se dio mediante la creación de la Ley Federal Para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003. En el proyecto de ley y en el contenido final del ordenamiento, se trató de subsanar la omisión del precepto constitucional, respecto a los mecanismos que posibilitarían la instauración del derecho a la no discriminación en México, creando para tal efecto un organismo con estrecha cercanía al sistema *Ombudsman* en materia de derechos humanos en el país, el cual actualmente se llama Consejo Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED) y dispone de personalidad y patrimonio propios, autonomía técnica y de gestión para actuar con independencia, sin influencia gubernativa o privada.

Con lo que nunca contaron, -ni siquiera la propia Constitución lo consideró- es que el tema de la discriminación era nuevo en el país, por lo que no se había legislado en la materia, por ende, al no existir antecedentes en el orden jurídico mexicano el Congreso no tenía ni tiene facultades o competencia para acercarse al tema. En este tenor, el único Organismo que tiene atribuciones en el ámbito federal es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos en las entidades federativas, según se desprende del artículo 102, apartado B del máximo ordenamiento legal. Con esto no pretende restársele méritos -que incluso tiene a nivel internacional- a la CONAPRED, aunque si es necesario que exista una adecuada precisión y reformulación de esta institución a efecto de que no siga invadiendo atribuciones que todavía no le han sido atribuidas en el máximo ordenamiento legal.

La Ley, que contiene 85 artículos y cinco transitorios, fue preparada por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, cuerpo disciplinario conformado por 161 personas que pertenecían a grupos representativos de la sociedad potencialmente discriminados, mas el proyecto original, según señalan diversos doctrinarios, fue perdiendo su calidad jurídica y legis-

lativa conforme iba siendo objeto de revisión de diversas áreas gubernativas, donde se produjeron modificaciones que rompieron con la coherencia y el sentido armónico que cada uno de los artículos tenía²¹⁰.

Con independencia de lo mencionado en el párrafo anterior, la Ley se acercó de forma muy positiva a criterios probados dentro del Derecho Constitucional Comparado, y tomó parámetros fundantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Así, de inicio se realizó un esfuerzo considerable para definir a la discriminación, que si bien tomó los puntos sustanciales del artículo primero constitucional, enlazó al fenómeno con expresiones como *distinción, exclusión o restricción* que operan en menoscabo a los derechos de las personas.

Un hecho singular en la definición que aporta la Ley, lo constituye la supresión del término *dignidad humana*, expresión de por sí compleja, que al mismo tiempo no ha sido definida de manera correcta, en cambio, pese a cualquier crítica, el engarce natural con todo ser humano es ineludible y necesario, por lo que al prescindirse de ella, el fenómeno encaja mejor como un *problema* del que derivará un acto administrativo donde se decidirá si es o no una conducta injustificable.

La prohibición de discriminar por cualquier motivo a la persona humana, como eje estructural que se establece en la Ley, tiene consonancia con instrumentos tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, lo cual permite que los contenidos y alcances respecto al fenómeno puedan desarrollarse de forma progresiva y con mayor grado de eficacia.

Huelga decir que una de las críticas más frecuentes a la Ley de marras, se enfoca a advertir las limitantes que tiene para convertirse en un medio idóneo que inhiba de forma real las prácticas discriminatorias, que por remitirse a un ordenamiento jurídico,

²¹⁰ Al respecto puede consultarse: De la Torre Martínez, Carlos (coord.) *El derecho a la no discriminación*. UNAM-IJ, 2006. En esta obra se incluyen atinados razonamientos de estudiosos en la materia, como es el caso de Miguel Carbonell.

su naturaleza debe inclinarse a utilizar mecanismos que hagan cumplir la ley, lo que requiere de sanciones penales y administrativas en lugar de la *buena voluntad* de los actores para acatar las obligaciones que han dejado de observar, sin que sean constrañidos ni sancionados en caso de incumplimiento.

Como ya se ha apuntado, resulta inadecuado tipificar en delito un fenómeno, por lo que hacer funcional una ley que no contempla consecuencias jurídicas, es una labor que exige tiempo y claridad para concienciar a la sociedad, debido entre otras cosas, a la familiaridad con la cual se incurre en prácticas discriminatorias; es por eso que las investigaciones que pretendan hacer un acercamiento en el grado de cumplimiento de una ley, deben de realizar un estudio que abarque cuestiones éticas y sociales previamente a su promulgación, esta medida tendría como objetivo evitar ordenamientos ineficaces tanto en el aspecto social como en el jurídico, y por fortuna, existen herramientas modernas e interesantes para lograrlo, un ejemplo son los indicadores que se están elaborando por materia específica como el caso de los derechos humanos, cuyos resultados pueden resultar significativos en la medición tanto de la efectividad de la ley, como el grado de obediencia voluntaria que la sociedad acate respecto a las normas jurídicas.

Otro de los puntos relevantes de la Ley se encuentra en los capítulos II y III de la Ley, que mencionan ciertas medidas preventivas, positivas y compensatorias que si bien deben irse precisando para mejorar la efectividad de la ley, son un avance importante en el desarrollo de normas para disminuir la discriminación en México. No obstante, las *medidas preventivas* son en realidad prohibiciones, y las medidas positivas y compensatorias distan mucho de constituir en esencia una acción positiva, cuyo avance y desarrollo han sido notables en países desarrollados, y considera a cualquier persona que haya sido objeto de prácticas discriminatorias, resolviendo verdaderas compensaciones y restituciones que en nuestro país no han acontecido.

Es interesante que exista una entidad como el CONAPRED, para que toda persona u organización de la sociedad civil pueda denunciar cualquier conducta presuntamente discriminatoria y presentar ante el Consejo reclamaciones o quejas respecto de dichas conductas, así como recibir asesoría jurídica gratuita

sobre los derechos que le asisten y los medios para hacerlos valer. La orientación que reciba el quejoso será sin perjuicio de otras alternativas posibles de solución de controversias y de las opciones de conciliación amistosas que se le ofrezcan.

Es reprochable que las deficiencias técnicas jurídicas que prevalecieron en el precepto constitucional de origen no hayan intentado ser subsanadas en la Ley, y se haya establecido al CONAPRED como un organismo descentralizado de la administración pública federal y sectorizado a la Secretaría de Gobernación, porque limita en mucho su verdadera autonomía. Este caso no es nuevo tratándose de organismos públicos autónomos, porque es idéntico al proceso de evolución que sufrió la primera Comisión de Derechos Humanos de orden federal, que empezó como una Dirección General adjunta, convirtiéndose después en un órgano desconcentrado, más tarde alcanzaría una categoría descentralizada, hasta que en 1999, las reformas constitucionales lo convirtieron en un órgano de Estado, constitucional y autónomo. Por lo que es deseable que el CONAPRED, tenga una evolución similar a los organismos públicos de defensa y protección a los derechos humanos.

Es importante mencionar, que la Ley prevé la manera en que habrán de repararse los actos discriminatorios; sin embargo, como cualquier ley que desarrolle derechos fundamentales, es vital que sea conocida y difundida entre la sociedad para que logre su efecto ejemplar. Si no se hacen valer los derechos o no se exige su cumplimiento, será muy difícil adquirir conciencia social de las violaciones al mandato constitucional de no discriminación y, por ende, la ley puede fracasar en sus objetivos.

3. Mecanismos de protección: de organismos constitucionales autónomos a organismos especializados

Es interesante la forma en que distintas figuras han amalgamado sus atributos originarios y han logrado materializar y consolidar métodos ágiles y sencillos para tratar el fenómeno de la no discriminación. Dentro del panorama institucional, se han creado y la reestructurado organismos nacionales especializados, que pueden estar dotados de competencias múltiples: desde la asistencia a personas para entablar una acción judicial, hasta la recomendación de reformas legislativas; el asesoramiento de los

interlocutores sociales sobre la forma de lograr el cumplimiento efectivo del principio de igualdad, o bien la concepción y supervisión de la aplicación de planes de acción nacionales. Estas instituciones pueden no ser estatales e incluso, haberse establecido en el seno o en el marco de organismos estatales existentes que actúan en diferentes planos de gobierno.

Entre las ventajas de este tipo de organismos se encuentran el trato funcional de la discriminación por múltiples motivos, pues ciertas personas pueden verse confrontadas a más de un tipo de discriminación; la transferencia de conocimientos desde ámbitos donde la legislación y las políticas están más desarrolladas, como la discriminación por motivo de sexo y raza, hacia “nuevos motivos”, como la orientación sexual; se tiene mayor coherencia tanto en el respaldo de las víctimas de discriminación, con independencia del motivo, como en la orientación y el apoyo brindados a los empleadores, los sindicatos y quienes elaboran políticas; además, existe un aprovechamiento más rentable de los recursos.

Lo que deben de sortear es la pérdida de concentración en un motivo específico, cualquiera que sea, y la dificultad de conciliar una preocupación general acerca de la no discriminación y la igualdad con la necesidad de tratar los aspectos específicos de cada motivo de discriminación; por tanto debe de ajustarse a la posible existencia de grados diferentes de protección, según los motivos de discriminación considerados, así como las dificultades propias de trabajar con mayor número de comunidades y colectivos discriminados, un problema común lo constituyen las limitaciones financieras y de dotación de personal, especialmente en caso de fusión de organismos existentes.

En los países en desarrollo parecen ser más las instituciones que combaten un solo motivo de discriminación que las que se ocupan de varios. Existen, sin embargo, unas cuantas excepciones interesantes, como el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) y la tarea que ha sido asignada a algunos *Ombudsman*, como en el caso del Estado de México.

La notoria similitud de los procedimientos que agota una entidad con el sistema *Ombudsman* con los del CONAPRED no son casualidad, aunque sí es una suerte de imprecisión e indecisión

que desde el precepto constitucional ha incurrido en deficiencias técnicas jurídicas, mas no ha logrado opacar ni desprestigiar a las instituciones involucradas, por el contrario, la constitución actual de dichos órganos se perfila como una excelente oportunidad para proyectar una nueva nómina en la que se opte por la especialización de órganos autónomos y se desconcentren de la posición unitaria de los derechos humanos, hacia una atención a grupos que históricamente han sido objeto de vulneración en sus libertades y derechos; esta evolución del sistema *Ombudsman* es una realidad en su país de origen (Suecia) y en varios más. Aunque esta nueva conformación debe soslayar toda ligereza que restrinja su potencialidad, y la experiencia adquirida por el *Ombudsman* nacional y el CONAPRED es una inmejorable coyuntura que puede medirse a través de indicadores que contemplen las áreas idóneas en las que debe impulsarse un mayor desarrollo para que se constituyan en herramientas útiles para la inhibición de prácticas excluyentes y discriminatorias.

Por tanto, es factible dotar a organismos como la CONAPRED de las atribuciones y cualidades de un *Ombudsman* e incluso se inserte en el sistema mediante las adecuaciones pertinentes, lo cual no es limitante para hacer crecer su fuerza resolutoria, que puede ir desde resoluciones similares a las Recomendaciones a un reforzamiento de sus atribuciones actuales, porque, si bien es destacable la instauración de medidas positivas y compensatorias, las mismas están enfocadas al establecimiento de políticas públicas y el fomento del respeto a los derechos humanos, prohibiendo la discriminación, aunque despojó de la fuerza coercitiva característica a la acción positiva, y en el caso de no efectuar una medida coercitiva, el sistema jurídico del que gozan los organismos públicos de defensa y protección a los derechos humanos sigue siendo el modelo a seguir, porque dichos organismos han logrado amalgamar armónicamente sus funciones, posibilitando en la práctica su tarea diaria en el rubro de defensores y promotores de los derechos humanos, así como se han sumado a la impostergable tarea de combatir un fenómeno que ha alimentado la desigualdad y la injusticia.

En la espera de una especialización necesaria de la figura del *Ombudsman* en nuestro país, los denuedos deben delimitar las obligaciones de acción del Estado y de los particulares, que permitan el concurso adecuado entre el *administrado* y las entida-

des gubernativas, mediante bases que reconozcan la importancia que tiene la erradicación de la discriminación, mas no traten de excederse o extralimitarse, para no confundir a la sociedad con expectativas ilusorias, vanas e imposibles. Además, cada intento, por su valiosa aportación, es un bosquejo que comienza a comprender la verdadera dimensión del problema, y entre sus beneficios se encuentra la elaboración de propuestas sensatas para tasar el presupuesto auténtico que debe destinarse a la compleja empresa que se ha puesto en sus manos.

Como hemos referido con anterioridad, el 11 de junio de 2003 se promulgó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la cual dio origen al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED). Asimismo, este instrumento jurídico compromete al Estado a brindar una protección efectiva a toda persona contra cualquier acto de discriminación.

El CONAPRED tiene la misión de coordinar la política antidiscriminatoria del Gobierno Federal y busca dar coherencia al conjunto de estrategias gubernamentales para atender la discriminación que enfrentan grupos que se han detectado como vulnerables, alentando a cambios en la legislación y promueve medidas positivas y compensatorias en favor de las personas y grupos sociales que históricamente han sido relegados y excluidos. La Ley Federal en la materia faculta al CONAPRED para atender no sólo las denuncias por trato discriminatorio ejercido por funcionarios públicos federales, sino también por particulares, ámbito inédito en la defensa de los derechos fundamentales de las personas.

Bajo esta Ley, el CONAPRED tiene entre sus atribuciones tutelar los derechos de los individuos o grupos objeto de discriminación, mediante asesoría y orientación, en los términos de este ordenamiento; promover la presentación de denuncias por actos que puedan dar lugar a responsabilidades previstas en ésta u otras disposiciones legales; conocer y resolver los procedimientos de queja y reclamación señalados en la Ley.

Pese a las buenas intenciones de la Ley, asistiéndonos de lo que prevé el orden jurídico, el sistema no jurisdiccional de defensa y protección de los derechos humanos, integrado por organismos públicos autónomos con personalidad jurídica y patrimonio

propios, se ve afectado dentro del ámbito competencial que le corresponde de manera exclusiva, según lo dispone el artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al ser el único medio legitimado para atender violaciones a derechos humanos, al contar con *Ombudsmen* establecidos por las Legislaturas de los Estados, en el ámbito de sus respectivas competencias y por el Congreso de la Unión tratándose de la institución federal.

En concordancia con lo anterior, es tan importante como el fenómeno que la inspira, que se adecuen los contenidos de los ordenamientos básicos con el propósito de despejar cualquier ambigüedad que haga pensar en una duplicidad de funciones o la invasión de competencias del órgano descentralizado dependiente de la Secretaría de Gobernación, y de paso, se aproveche para dar un paso adelante en la conformación de un vigoroso sistema no jurisdiccional, que como medio alternativo en la protección de los derechos fundamentales de las personas se adapte a la realidad social. Como ejemplo, se debe abordar la constante incongruencia que ha generado la designación del *Ombudsman* y pugnar porque exista un procedimiento formal de consulta y participación de la sociedad civil que influya en la designación que a nivel federal realiza el Senado, para desterrar toda vinculación o dependencia con el Poder Ejecutivo.

La importancia de que el sistema no jurisdiccional que ha adoptado la figura del *Ombudsman* se consolide y defina de forma concreta la atención que brindará a las personas es de gran peso, basta decir que sería el mecanismo que no han encontrado infinidad de leyes para hacer efectivo y tangibles los contenidos que abordan, e incluso darían un paso elemental en la utilización de los instrumentos internacionales, haciendo posible su exigencia y su seguimiento puntual.

Una interesante proyección la constituye la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuyo propósito central es promover, proteger y garantizar el disfrute pleno y por igual del conjunto los derechos humanos por las personas con discapacidad. Cubre una serie de ámbitos fundamentales tales como la accesibilidad, la libertad de movimiento, la salud, la educación, el empleo, la habilitación y rehabilitación, la participación en la vida política, y la igualdad y la no discriminación. La Con-

vención marca un cambio en el concepto de discapacidad, pasando de una preocupación en materia de bienestar social a una cuestión de derechos humanos, que reconoce que las barreras y los prejuicios de la sociedad constituyen en sí mismos una discapacidad. En la agenda se encuentran con carácter urgente, la consideración a los pueblos indígenas y las personas que han envejecido. Por lo que un organismo limitado y débil no podrá articular un proyecto sensato que se dirija a concienciar y actuar con los arrestos necesarios alusivos a la materia, quedando en el mejor de los casos en un organismo que justifica *quedarse a medias* por su naturaleza taxativa.

4. La experiencia en el Estado de México

Paralelamente a las posibilidades que trata la Constitución Federal, se gestó en el Estado de México la creación de una norma denominada Ley para Prevenir, Combatir y Eliminar Actos de Discriminación, cuya iniciativa de ley correspondió al licenciado Enrique Peña Nieto, Gobernador del Estado de México y la cual entró en vigor el día 18 de enero de 2007. Este hecho demuestra el interés constante del ejecutivo de nuestra entidad por generalizar en México la prohibición legal de la discriminación, cumpliendo un papel decisivo a través de la creación de un marco local exhaustivo y coherente que toma en cuenta el pluralismo y multiculturalismo existentes en el territorio mexiquense, pero donde además no se soslayan los índices y la realidad existentes, sino que se reconocen como punto de partida en la erradicación del fenómeno de la discriminación.

Es un hecho que la elaboración de normas con un sentido humanitario, son un elemento clave en los esfuerzos de mantenimiento y consolidación de una verdadera democracia, con un enfoque que tiene como basamento los derechos humanos. La poderosa influencia que puede ejercer el derecho, da pasos cardinales al establecerse en el ámbito local políticas estratégicas en la esfera de los derechos humanos que pueden romper con el ciclo crónico de impunidad en el que muchas veces una ambigua y permisiva legislación admite que continúen en la práctica acciones u omisiones que permiten la evasión a perpetradores de violaciones a derechos humanos pese a que existan disposiciones jurídicas que permitan enjuiciar al responsable y restituir en medida de lo posible los derechos de la persona agraviada.

Al adoptarse la legislación pertinente, la aplicación efectiva de este importante ordenamiento define a la discriminación y propicia su tratamiento jurídico promoviendo una serie de obligaciones de los órganos estatales y de los particulares para compensar, promover e integrar a quienes, por su condición permanente o transitoria, sean vulnerables al fenómeno. Además, al atribuir a la Comisión la competencia para dar seguimiento a asuntos relacionados con el fenómeno de la discriminación no propicia una duplicidad de funciones que por deficiencias en la instauración del mandato de origen -artículo primero constitucional- podría ocasionar la creación de un organismo nuevo, que se alejaría de la especialización necesaria al que apunta de forma positiva la atención del fenómeno, por lo que es deseable que el modelo adoptado por la entidad sea seguido en lo sucesivo por las entidades integrantes de la federación que preparen preceptos normativos relacionados con la materia.

Con la influencia internacional centrada en los probados resultados que han realizado varios organismos que funcionan con el sistema *Ombudsman*, se definen las atribuciones de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México en materia de prevención y eliminación de formas de discriminación y se posibilita que la Comisión integre un órgano de opinión y asesoría de las acciones, políticas públicas, programas y proyectos que desarrolle en materia de prevención y eliminación de la discriminación, denominado Consejo Ciudadano para la Prevención y Eliminación de la Discriminación.

El Consejo es integrado por ciudadanos que representan los sectores privado, social y de la comunidad académica, y en función de su experiencia en materia de prevención y eliminación de la discriminación, puedan contribuir al logro de los objetivos trazados en relación con el *Ombudsman mexiquense*, los cuales son propuestos por los sectores y la comunidad y nombrados por decisión de la Comisión.

El procedimiento es flexible y con el mínimo de formalismos, cualquier persona puede denunciar presuntas conductas discriminatorias y presentar ante la Comisión quejas respecto a dichas conductas, ya sea directamente o por medio de su representante. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil, podrán presentar reclamaciones o quejas en los términos de esta ley,

designando un representante. Para las quejas que se presenten ante la Comisión por presuntas conductas discriminatorias, se establece un plazo de un año, contado a partir de que el reclamante o quejoso tengan conocimiento de dichas conductas.

Entre las valiosas herramientas de que puede echar mano la Comisión en la substanciación del procedimiento se encuentra la etapa de conciliación, buscando avenir a las partes involucradas a resolverla, a través de alguna de las soluciones que les presente el conciliador. En el caso de que la reclamación no se resuelva en la etapa de conciliación, la Comisión iniciará una etapa de investigación, estableciéndose las facultades que para el caso son necesarias. Si al concluir la investigación, se comprobó o no que las autoridades estatales o servidores públicos han cometido las conductas discriminatorias imputadas, la Comisión dictará la resolución procedente.

La mediación es una de las herramientas que permitirá a la Comisión atender y pronunciarse sobre actos y omisiones que propicien conductas discriminatorias, en tanto se configure un proyecto que abarque con mayor ambición y amplitud al sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos, que tiende a una reestructuración y especialización, porque la tarea de proteger las libertades y derechos fundamentales de las personas exige tiempo completo que no puede desaprovecharse al abarcar de forma errónea e imprecisa temas que afectan a todos los seres humanos, como es el caso del fenómeno de la discriminación.

En esta nueva etapa, la Comisión debe de detectar los vocablos clave que desentrañan el fenómeno de la discriminación y que no son objeto de una mera traducción mecánica, sino que necesitan ser ponderados en los marcos de las diferentes, y a veces opuestas tradiciones que existen en el territorio mexicano; éstas a su vez, remiten a las trayectorias históricas y las particularidades sociales que implica la riqueza cultural de la entidad. La pervivencia de este mecanismo mantendrá abierta la posibilidad de cooperar con la Comisión bajo el manto de la confidencialidad, en lugar de cerrarse el camino exclusivamente a los procedimientos públicos.