

INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES -
EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN -

Volumen 2

Miguel Carbonell
compilador



Colección Estudios
*Instrumentos jurídicos en materia de no
discriminación*
© 2006 Consejo Nacional para Prevenir
la Discriminación

Dante 14, col. Anzures,
del. Miguel Hidalgo,
11590, México, DF

ISBN 970-9833-26-X
Volumen 2: ISBN 970-9833-38-3

Se permite la reproducción total o parcial
del material incluido en esta obra, sujeta a
citar la fuente.

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

**Índice -
Volumen 2 -**

5

**Opiniones consultivas de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos en materia de igualdad ante
la ley y no discriminación**

7

*Opinión consultiva 17/2002
(condición jurídica y derechos humanos del niño)
de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -*

123

*Opinión consultiva 18/2003 (condición jurídica y derechos
de los migrantes indocumentados) de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos -*

287 -

**Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial,
la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia -
(Conferencia de Durban) -**

363 -

Bibliografía anotada -

**Opiniones consultivas de la
Corte Interamericana de Derechos Humanos
en materia de igualdad ante la ley
y no discriminación -**

Opinión consultiva 17/2002 (condición jurídica y derechos humanos del niño) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* -

Estuvieron presentes: Antônio A. Cançado Trindade, presidente; Alirio Abreu Burelli, vicepresidente; Máximo Pacheco Gómez, juez; Hernán Salgado Pesantes, juez; Oliver Jackman, juez; Sergio García Ramírez, juez, y Carlos Vicente de Roux Rengifo, juez. Estuvieron además presentes: Manuel E. Ventura Robles, secretario, y Pablo Saavedra Alessandri, secretario adjunto.

La corte, integrada en la forma antes mencionada, emite la siguiente opinión consultiva:

I. - Presentación de la consulta

1. - El 30 de marzo de 2001 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”), en razón de lo que dispone el artículo 64.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (en adelante “la *Convención americana*”, “la *Convención*” o el “*Pacto de San José*”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la corte” o “el tribunal”) una solicitud de opinión consultiva (en adelante “la consulta”) sobre la interpretación de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma constituyen “límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados” en relación con los niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la *Convención americana*.

2. - En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que:

[en] distintas legislaciones y prácticas de los países americanos la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la *Convención americana* no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por suponerse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscaba-

* - Opinión consultiva oc-17/2002 del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

dos o restringidos. Por ende, también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales, como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad y a la protección de la familia.

3. -De conformidad con las manifestaciones de la comisión, existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplican al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de menores, las cuales tienden al debilitamiento de las garantías judiciales de éstos. Dichas medidas son las siguientes:

- a) -Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y, por consiguiente, su participación por sí mismos o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b) -Esa carencia de juicio y personería es supuesta por el funcionario judicial o administrativo que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.
- c) -Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etcétera) pasan a ser factores centrales de decisión respecto del tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.
- d) La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etcétera) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.

4. -La comisión incluyó en la consulta una solicitud a este tribunal para que se pronuncie específicamente sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a menores con los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*:

- a) La separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisorio y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.
- b) -La supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor.
- c) -La aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías.

- d) La tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor sin la garantía de defensa del menor.
- e) - La determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

II. Procedimiento ante la corte

- 5. - Mediante notas del 24 de abril de 2001, la Secretaría de la Corte (en adelante “la secretaría”), en cumplimiento de lo que dispone el artículo 62.1 del *Reglamento de la Corte* (en adelante “el reglamento”),¹ transmitió el texto de la consulta a los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “OEA”), al Instituto Interamericano del Niño, al Consejo Permanente y, por intermedio del secretario general de la OEA, a los órganos de la Organización que —por sus competencias— pudieran tener interés en la materia. Asimismo, les informó que el presidente de la corte (en adelante “el presidente”), en consulta con los demás jueces que integran el tribunal, dispuso que las observaciones escritas y otros documentos relevantes sobre la consulta deberían ser presentados en la secretaría a más tardar el 31 de octubre de 2001.
- 6. - El 7 de agosto de 2001 el Instituto Interamericano del Niño presentó sus observaciones escritas en relación con la solicitud de opinión consultiva.
- 7. - Los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica presentaron sus observaciones escritas el 31 de octubre de 2001.
- 8. - Conforme a la prórroga del plazo de presentación de observaciones que el presidente concedió a la Comisión Interamericana, ésta presentó nuevas precisiones el 8 de noviembre de 2001.
- 9. - Las siguientes organizaciones no gubernamentales presentaron sus escritos en calidad de *amici curiae* entre el 16 y el 29 de octubre de 2001:
 - - la coordinadora nicaragüense de ONGs que trabaja con la niñez y la adolescencia (en adelante “Codent”);
 - - el Instituto Universitario de Derechos Humanos, AC, de México; y
 - - la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México.
- 10. Por resolución del 12 de abril de 2002, el presidente dispuso la realización de una audiencia pública sobre la consulta en la sede de la corte el 21 de junio de 2002 a partir de

¹ - De conformidad con la resolución de la corte del 13 de marzo de 2001 sobre disposiciones transitorias al *Reglamento de la Corte*, la presente opinión consultiva se dicta en los términos del reglamento adoptado en la resolución de la corte del 16 de septiembre de 1996.

las 10:00 horas, e instruyó a la secretaría para que oportunamente invitase a participar en dicho procedimiento oral a quienes hubiesen sometido por escrito sus puntos de vista al tribunal.

11. Las siguientes organizaciones presentaron sus escritos en calidad de *amici curiae* entre el 18 de junio y el 2 de agosto de 2002:
 - el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante “Ilanud”);
 - el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (en adelante “Cejil”); y
 - la Comisión Colombiana de Juristas.
12. El 21 junio de 2002, con anterioridad al inicio de la audiencia pública convocada por el presidente, la secretaría entregó a los comparecientes el conjunto de escritos de observaciones y documentos presentados hasta ese momento.
13. Comparecieron a la audiencia pública por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Mary Ana Beloff. Por los Estados Unidos Mexicanos: embajador Carlos Pujalte Piñeiro, Ruth Villanueva Castilleja y José Ignacio Martín del Campo. Por Costa Rica: Arnoldo Brenes Castro, Adriana Murillo Ruin, Norman Lizano Ortiz, Rodolfo Vicente Salazar, Mauricio Medrano Goebel e Isabel Gámez Páez. Por el Instituto Universitario de Derechos Humanos, AC, de México: María Engracia del Carmen Rodríguez Moroleón, Enoc Escobar Ramos, María Cristina Alcayaga Núñez y Silvia Oliva de Arce. Por la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México: Dilcy Samantha García Espinosa de los Monteros. Por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional: Juan Carlos Gutiérrez, Luguely Cunillera y Lourdes Bascary. Por el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente: Carlos Tiffer.
14. Durante la audiencia pública el presidente señaló a los participantes que podían enviar observaciones adicionales a más tardar el 21 de julio siguiente. El 12 de julio siguiente informó a las partes intervinientes que la corte había programado las deliberaciones sobre la consulta en la agenda de su LVI Periodo Ordinario de Sesiones del 26 de agosto al 6 de septiembre de 2002. México, la comisión, Cejil y la Fundación Rafael Preciado Hernández, AC, de México, presentaron sus observaciones en el plazo concedido para el efecto.
15. La corte resume de la siguiente manera la parte conducente de las observaciones escritas del Instituto Interamericano del Niño, los Estados participantes en este procedimiento, la Comisión Interamericana y las organizaciones no gubernamentales:²

² -El texto completo de los escritos de observaciones presentados por los Estados, órganos, instituciones e individuos participantes en el procedimiento será publicado oportunamente en la serie “B” de publicaciones oficiales del tribunal.

Instituto Interamericano del Niño

En su escrito de 7 de agosto de 2001, el Instituto Interamericano del Niño expresó lo siguiente:

- - a partir de la aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989, los Estados del continente iniciaron un proceso de adecuación de su legislación a la luz de la doctrina de la protección integral, en la cual se considera al niño como sujeto pleno de derechos, dejando atrás la concepción de que es sujeto pasivo de medidas de protección. En ésta se contempla una jurisdicción altamente discriminante y excluyente, sin las garantías del debido proceso, en la que los jueces tienen amplias facultades discrecionales sobre cómo proceder en relación con la situación general de los niños. Se dio así la transición de un sistema “tutelar represivo” a uno de responsabilidad y garantista en relación con los niños, en el cual la jurisdicción especial se enmarca en el principio de legalidad, siguiendo las debidas garantías, y se adoptan medidas “orientadas a la reparación de la víctima y a la reeducación del menor de edad infractor de la ley, relegando a casos absolutamente necesarios el internamiento”;
- - la *Convención americana sobre derechos humanos* establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también para los niños (artículos 3 y 1.2 de la *Convención americana*). En este sentido, no se debe confundir la capacidad de goce de derechos, inherente a la persona humana y que constituye una regla de *ius cogens*, con la incapacidad, relativa o absoluta, que tienen los niños menores de 18 años de ejercer determinados derechos por sí mismos.

En relación con las medidas especiales identificadas por la Comisión Interamericana, señaló lo siguiente:

- - separación de los menores de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación y sustento: la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento de la decisión, judicial o administrativa, que ordena la separación de la familia. Actuar de esa manera infringe garantías como, entre otras, la legalidad del procedimiento, la inviolabilidad de la defensa y la humanidad de la medida. Las medidas de este tipo deben ser impugnadas y consideradas inválidas;
- - internación de menores considerados abandonados o en situación de riesgo que no han incurrido en ningún delito: la privación de la libertad de jóvenes en situación de riesgo social, siguiendo los principios de la doctrina de la situación irregular, significa la aplicación de una sanción no tipificada, lo cual vulnera el principio de legalidad de la pena con el agravante de que por lo general se ordena sin definir su duración. Asimismo, sería contraria a las reglas del debido proceso;
- - aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: no obstante que la mayoría de las legislaciones del continente reconoce garantías judiciales,

por lo general las confesiones de niños se obtienen sin haber seguido un procedimiento de detención adecuado o sin la presencia del representante legal del niño o de un familiar, lo cual es suficiente para declarar nulo el procedimiento aplicado;

- - tramitación de procedimientos administrativos o judiciales relativos a derechos fundamentales del menor sin las debidas garantías y sin considerar su opinión o preferencias. Los procesos realizados de la manera descrita vulneran garantías fundamentales como los principios de culpabilidad, legalidad y humanidad, así como garantías procesales (jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso).

A la luz de las prácticas descritas, el instituto estableció la necesidad de hacer una revisión del proceso de adecuación de la legislación de los Estados americanos a los principios de la *Convención sobre los derechos del niño* y la *Convención americana*, pues todavía hoy existen países que no han armonizado enteramente su normativa a esos principios de conformidad con el artículo 2 de la *Convención americana*. Concluyó señalando que los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana* deben constituir un límite a la facultad discrecional de los Estados para dictar medidas especiales de protección a los niños. En consecuencia, aquéllos deben “adecuar sus legislaciones y sus prácticas nacionales en consonancia con estos principios”.

Por otro lado, el instituto expresó en sus anexos que la realidad muestra que los sectores especialmente vulnerables de la sociedad se ven privados de la protección de sus derechos humanos, lo cual resulta contrario al principio de universalidad de los mismos. En este sentido, señaló que la llamada doctrina de la situación irregular considera que son “niños” quienes tengan sus necesidades básicas satisfechas, y “menores” quienes se encuentren marginados socialmente y no puedan satisfacer sus necesidades básicas. Para tratar a estos últimos se desarrollan legislaciones que consideran a los niños “objetos de protección y control” y se establecen jurisdicciones especiales, las cuales resultan excluyentes y discriminatorias, niegan a los niños la condición de sujetos de derecho y vulneran sus garantías fundamentales. Asimismo, “judicializan” los problemas psicosociales de la niñez y crean la figura del juez de niños quien, con amplias facultades discrecionales, tiene la función de resolver los problemas de este grupo social ante la falta de políticas sociales de protección por parte del Estado.

Dichas jurisdicciones desatienden el principio de legalidad, la distinción entre las capacidades de ejercicio y goce de derechos, la proporcionalidad de la pena y el debido proceso. Asimismo, el sistema no respeta las edades para los diversos tipos de intervención, no se inspira en políticas resocializantes o reeducativas y propicia que niños no infractores sean internados indiferenciadamente con menores de edad que han infringido la ley. A través de un estudio del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (en adelante “Ilanud”), se pudo determinar que el perfil del niño infractor se forma con los siguientes datos: sexo masculino, retraso escolar de cuatro años, residente en zonas marginales, desarrollo de actividades ilícitas para contribuir al soporte de su núcleo familiar, familia desintegrada o con padre que se desempeña en una actividad

laboral de menor ingreso o está desempleado y madre dedicada al servicio doméstico o a una actividad de baja calificación laboral.

La *Convención sobre los derechos del niño* desarrolló una nueva concepción que distingue entre abandono y conducta irregular. La primera figura requiere políticas de orden administrativo, mientras que la segunda supone decisiones de carácter jurisdiccional.

Se establece, asimismo, que los niños no son imputables penalmente, aunque a los sujetos de 12 a 18 años que infringen la ley se les somete a una jurisdicción especial que puede aplicar sanciones consistentes en medidas socioeducativas. Este sistema de justicia especial, además de los caracteres básicos de todo órgano jurisdiccional, se basa en los siguientes principios:

- a) - *Responsabilidad ante la infracción.* El contenido sancionador de la nueva jurisdicción sólo se debe aplicar a niños mayores de 12 años y menores de 18 años que hayan infringido la ley penal —por el carácter no imputable de los menores de 18 años— y las medidas adoptadas pueden ser invocadas por los mismos niños. El Estado debe adoptar para estas personas una política rehabilitadora, de manera que los adolescentes que infrinjan la ley “se hacen merecedores de una intervención jurídica” distinta de la prevista por el código penal para los adultos. En particular, deberán establecerse jurisdicciones especializadas para conocer de las infracciones a la ley por parte de niños que, además de satisfacer los rasgos comunes de cualquier jurisdicción (imparcialidad, independencia, apego al principio de legalidad), resguarden los derechos subjetivos de los niños, función que no compete a las autoridades administrativas.
- b) - *Despenalización del sistema de justicia juvenil.* En consideración a que la sanción en esta jurisdicción especial busca rehabilitar y no reprimir, el internamiento debe ser la última medida. Antes deben valorarse otras medidas de carácter socioeducativo como orientación familiar, imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la comunidad, obligación de reparar el daño y libertad asistida. Las medidas deben ser siempre proporcionales y estar fundamentadas en el interés superior del niño y su reintegración familiar y comunitaria.
- c) - *Separación de funciones administrativas y jurisdiccionales.* Se debe diferenciar entre la protección social, que busca ofrecer las condiciones necesarias para que el niño desarrolle su personalidad y satisfaga sus derechos fundamentales, y la protección jurídica, entendida como una función de garantía que tiene como objetivo decidir sobre los derechos subjetivos de los niños.
- d) - *Garantía de los derechos.* Las garantías englobadas en el debido proceso deben respetarse en tres momentos: *i)* al momento de la detención, la cual debe sustentarse en una orden judicial, salvo en casos de infracciones *in fraganti*, y debe ser ejecutada por personal policial capacitado en el tratamiento de adolescentes infractores, es decir, personal especial; *ii)* en el desarrollo de los procedimientos judiciales, tanto los de carácter sustantivo (principios de culpabilidad, legalidad y humanidad) como los de carácter procesal (prin-

cipios de jurisdiccionalidad, contradicción, inviolabilidad de la defensa, presunción de inocencia, impugnación, legalidad del procedimiento y publicidad del proceso), y *iii*) en el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento. Ésta debe ser supervisada por el órgano competente. En caso de privación de la libertad, se debe acatar la prohibición de recluir a niños en establecimientos para adultos y, en general, se deben respetar los derechos del niño a conocer el régimen al cual está sujeto, recibir asesoría jurídica eficaz, continuar el desarrollo educativo o profesional, realizar actividades recreativas, conocer el procedimiento para presentar quejas, estar en un ambiente físico adecuado e higiénico, contar con atención médica suficiente, recibir visitas de sus familiares, mantener contacto con la comunidad local y ser reintegrado gradualmente a la normalidad social.

- e) - *Participación de la comunidad en las políticas reeducativas y de reinserción familiar y social.* Constituye un elemento esencial en la nueva justicia juvenil, pues las medidas buscan la reinserción gradual y progresiva de los niños infractores en la sociedad.

Costa Rica

En sus intervenciones, tanto escritas como orales, el Estado de Costa Rica manifestó lo siguiente en relación con la interpretación de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana*: Las garantías de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, en relación con el artículo 19 del mismo instrumento, deben interpretarse en dos sentidos: uno negativo, en razón de que dichas disposiciones sí constituyen límites al arbitrio de los Estados, pues éstos no pueden legislar en detrimento de esas garantías básicas, y otro positivo, que implica permitir su adecuado ejercicio tomando en cuenta que los artículos mencionados no impiden adoptar disposiciones específicas en materia de la niñez que amplíen las garantías ahí contempladas.

Las garantías de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* deben aplicarse a la luz de la especialidad que el propio *Pacto de San José* ha reconocido a la materia de infancia y adolescencia en el sentido de “proteger reforzadamente los derechos de niños”, tal como sucede con otras situaciones especiales como son las consagradas en sus artículos 5.5 y 27 de la *Convención*. Por ello deben “leerse transversalmente” –y utilizando criterios amplios de interpretación– con lo establecido en la *Convención sobre los derechos del niño*. Por esa razón, la aplicación de dichos artículos debe considerar los principios de interés superior de los niños, la protección integral, justicia especializada, presunción de minoridad, principio de lesividad, confidencialidad y privacidad, y la formación integral y reinserción en la familia y la sociedad, así como la precisión acerca de la manera y condiciones en que los niños pueden acceder a esos recursos judiciales tomando en cuenta que su capacidad de actuar no es plena, “sino que está vinculada al ejercicio de la autoridad parental y determinada por su grado de madurez emocional y capacidad de discernimiento”.

El artículo 19 de la *Convención americana* obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de

manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse según el concepto de protección integral. Estas medidas positivas “no consagran una potestad discrecional del Estado” con respecto a esta población.

Los derechos reconocidos en los artículos 8 y 25 de la convención han sido contemplados y desarrollados en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, agregó que son relevantes para esta solicitud de opinión los artículos 3, 9, 12.2, 16, 19, 20, 25 y 37 del mismo instrumento internacional.

La *Convención sobre los derechos del niño* reconoce la protección especial que el Estado debe brindar a los niños, particularmente en materia de administración de justicia, y reconoce como una prioridad que los conflictos en los que haya niños involucrados se resuelvan, siempre que ello sea posible, sin acudir a la vía penal; en caso de recurrir a ésta, siempre se les debe reconocer las mismas garantías de que gozan los adultos, así como aquellas específicas propias de su condición de niños. Dicha *Convención* se remite, asimismo, a otros instrumentos internacionales como las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia a menores (Reglas de Beijing)*, las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)* y las *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad*.

En Costa Rica, específicamente, estas normas internacionales han sido introducidas en las instancias administrativas, judiciales y penitenciarias. Además, existe un *Código de la niñez y la adolescencia* (1998) que establece un proceso especial de protección en caso de acción u omisión de la sociedad o el Estado, de los padres o responsables, o de acciones u omisiones que los niños cometen en su propio agravio. Este proceso está a cargo, en primera instancia, del Patronato Nacional de la Infancia y contempla la posibilidad de que las decisiones de éste sean invocadas en la vía jurisdiccional. Por otro lado, existe también una *Ley de justicia penal juvenil* (1996) en la que se consagran garantías rigurosas y medidas de protección de naturaleza y contenido diferentes, aplicables a los niños que infringen la ley penal. Para la observancia de dichas garantías en el nivel judicial se requería la “creación de juzgados penales juveniles, el Tribunal Superior Penal Juvenil, juzgados de ejecución de la pena, Defensa Penal Juvenil, ministerio público especializado, [y] Policía Judicial Juvenil”.

En relación con las medidas concretas identificadas por la comisión, Costa Rica manifestó que dichas “situaciones no [pueden entenderse] como ‘medidas de protección’ válidas en los términos del artículo 19 de la *Convención americana*”, pues éstas responden a situaciones que en Costa Rica se dieron antes de la entrada en vigor de la legislación actual, que es acorde con la *Convención sobre los derechos del niño*:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o mantenimiento. Ésta “resultaría violatoria del artículo 19 de la *Convención americana*, así como de los artículos 8 y 25 [del] mismo cuerpo legal y de los artículos 9, 12.2 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*”.

En Costa Rica se puede aplicar una medida conforme al *Código de la niñez y la adolescencia* con garantía de debido proceso, la cual se trata de una medida de protección provisional en familias sustitutas, o abrigo temporal en entidades públicas o privadas.

- - Internación de menores en establecimientos de custodia por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito. Esta medida constituye un reflejo de la doctrina de la situación irregular y, por lo tanto, resultaría violatoria de los artículos 7, 8, 19 y 25 de la *Convención americana*, así como de los artículos 25, 37 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En Costa Rica, cuando viene al caso una medida como la descrita, se otorga la posibilidad de apelación en vía judicial, bajo los parámetros del debido proceso y escuchando la opinión del niño.
- - Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías: se vulnerarían los artículos 19, 8.2, inciso g y 8.3 de la *Convención americana*, además de la garantía señalada en el artículo 40, inciso 2.b. Conforme a la legislación costarricense, el niño tiene el derecho de abstenerse de declarar.
- - Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales del niño sin la garantía de defensa de éste. La hipótesis planteada violaría los artículos 8, 19 y 25 del *Pacto de San José*, así como los artículos 12, inciso 2 y 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*. En el caso de Costa Rica, la legislación ha sido adaptada a los instrumentos internacionales mencionados.

En conclusión, el Estado afirmó que se ha superado la concepción de que los niños son “seres incompletos que deben ser objeto de protección”; desde un punto de vista técnico, los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* no constituyen límites a la actividad del Estado “en tanto [...] que no impiden mejorar el estándar de tutela y garantía especificando estas disposiciones para la materia de la niñez”. De esta manera, “los menores de edad por su condición pueden y deben gozar de mayores y especiales garantías a las establecidas para los adultos, pero en ningún caso de menores garantías o de debilitamiento de ellas con el pretexto de una protección mal entendida”.

- a) - *Sobre la Convención sobre los derechos de niño*. En el nivel internacional se ha reconocido la existencia de un principio universal de protección especial a la niñez, en razón de encontrarse en una posición de “desventaja y mayor vulnerabilidad” frente a otros sectores de la población y por enfrentar necesidades específicas. En ese sentido se pronuncia la *Declaración de los derechos del niño*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1959. Sin embargo, fue hasta 1989, con la *Convención sobre los derechos del niño*, que se dio “una verdadera transformación cualitativa en la interpretación, comprensión y atención de las personas menores de edad, y por consiguiente en su condición social y jurídica”. Dicha *Convención* contiene una serie de principios y disposiciones relativos a la

protección de los niños y constituye un paradigma de las nuevas orientaciones que deben regir la materia.

En particular, contempla la necesidad de atender el interés superior del niño, la regla de que no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y la posibilidad de que el niño sea escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte; los niños infractores de la ley deben ser tratados “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y la importancia de promover una función constructiva en la sociedad”.

- b) -*Doctrina de la protección integral*. Con la *Convención sobre los derechos del niño* se abandonó la antigua doctrina de la situación irregular que consideraba a los niños incapaces de asumir responsabilidad por sus acciones. Por ello, se constituían en objetos pasivos de la intervención “proteccionista” o represiva del Estado. Además, esa doctrina creaba una distinción entre “niños”, que tenían cubiertas sus necesidades básicas, y “menores”, que eran miembros de la población infantil con sus necesidades básicas insatisfechas, y se encontraban, por lo tanto, en una “situación irregular”. Para este segundo grupo, el sistema tendía a judicializar e institucionalizar cualquier problema vinculado con su condición de menores, y la figura del “juez tutelar” sobresalía como una forma de restituir las carencias del niño.

Esta convención, junto con otros instrumentos internacionales, acogió la doctrina de la protección integral que reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal en la construcción de su propio destino. En materia penal, específicamente, significó el cambio de una jurisdicción tutelar a una punitivo-garantista, en la cual, entre otras medidas, se reconocen plenamente los derechos y garantías de los niños; se los considera responsables de sus actos delictivos; se limita la intervención de la justicia penal al mínimo indispensable; se amplía la gama de sanciones basadas en principios educativos y se reduce al máximo la aplicación de las penas privativas de la libertad.

- c) -*Surgimiento del derecho de la niñez y la adolescencia*. La *Convención sobre los derechos del niño*, entre otros instrumentos internacionales, y la elaboración de la doctrina de la protección integral trajeron consigo el surgimiento del derecho de los niños como una nueva rama jurídica basada en tres pilares fundamentales: el interés superior del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños; el menor de edad como sujeto de derecho, de manera que se reconocen a éste tanto los derechos humanos básicos como los que sean propios de su condición de niño y el ejercicio de los derechos fundamentales y su vínculo a la autoridad parental; siendo que la autoridad parental tiene como único fin procurar al niño la protección y los cuidados indispensables para garantizar su desarrollo integral, constituye una responsabilidad y un derecho para los padres, pero también un derecho fundamental para los niños a ser protegidos y orien-

tados hasta alcanzar su plena autonomía. Por ello, el ejercicio de autoridad debe disminuir conforme avanza la edad del niño.

Como conclusión, Costa Rica manifestó que “las disposiciones de los artículos 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* resultan insuficientes por sí mismas para asegurar a las personas menores de edad el respeto de las garantías y derechos reconocidos por ese instrumento a todas las personas”, y por ello deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un núcleo fundamental sobre los derechos de los niños que contemple un principio de discriminación positiva con el propósito de procurar una equidad y compensar, “mediante el reconocimiento de mayores y más específicas garantías, estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad”. Para esto, afirmó, es necesario que todos los Estados ratifiquen la *Convención sobre los derechos del niño* y armonicen su legislación con los principios en ella contemplados.

Estados Unidos Mexicanos

En sus comunicaciones escritas y orales, México manifestó:

Los niños no deben ser considerados “objetos de protección segregativa”, sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de “un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo”. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección conforme al artículo 19 de la *Convención americana* y un conjunto de instrumentos internacionales en materia de niñez.

Los dos grandes principios que rigen los derechos humanos son los de no discriminación e igualdad ante la ley, cuyo reconocimiento debe realizarse a favor de todas las personas, “sin distinguir si el beneficiario de estos derechos es un niño, un joven o un adulto”. En consecuencia, las medidas que plantea la Comisión Interamericana en su escrito de consulta “estarían relacionadas con cuestiones de eficacia de las normas de la *Convención*, más que de compatibilidad de sus respectivos alcances”:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o sustento. Se rechaza el término “jóvenes” por su ambigüedad y se opta por el concepto de “menores”, que resulta más preciso para referirse a este sector de la población. Asimismo, el Estado considera que debe distinguirse entre “la separación del menor motivada por la falta de condiciones de sus familiares para su educación y la separación del menor por la falta de condiciones para su mantenimiento. Al respecto, es indudable que en ambos casos el órgano facultado para tomar dicha determinación debe de respetar siempre las reglas del debido proceso legal”. Conforme al artículo 9 de la *Convención sobre los derechos del niño*, la separación del niño de sus padres debe ser excepcional, limitarse a los casos de maltrato o descuido y adoptarse para proteger el interés superior del niño.

En ese sentido, los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, “más que representar un límite al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas de protección de acuerdo con el artículo 19 de la misma, constituyen el cauce por el cual deben transitar necesariamente dichas acciones” para ser consideradas acordes con las obligaciones del Estado derivadas de la propia *Convención*.

- Internación de menores en establecimientos de custodia, por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito. En las tres hipótesis planteadas, abandono, riesgo o ilegalidad, corresponde a los Estados instrumentar programas de protección social de los niños. Dichos programas deben contemplar la existencia de órganos de control que supervisen la aplicación y legalidad de aquéllos, así como la adopción de medidas oportunas para prevenir o remediar las situaciones descritas por la comisión en que se encuentren los niños.

El Estado debe adoptar medidas para la protección y el cuidado de los niños abandonados por tratarse de un sector social muy vulnerable, incluso sujeto a mayor protección que la población en situación de peligrosidad que, de conformidad con el artículo 19 de la *Convención americana*, los artículos 3.2 y 20 de la *Convención sobre los derechos del niño* y el artículo 9 de las *Directrices de Riad*, [sic en original]. El internamiento de niños en establecimientos de guarda debe tener carácter provisional y considerarse “una medida que ayudará al niño a encauzar debidamente su proyecto de vida”. Los Estados deberán cuidar que el internamiento de niños en establecimientos de guarda o de custodia tenga carácter cautelar o provisional, y que su pertinencia y duración estén debidamente sustentadas en estudios especializados y sean revisadas periódicamente por la vía administrativa o judicial. En México, el abandono de niños constituye un delito.

Los niños en situación de riesgo llamados “niños de la calle” también deben ser tomados en cuenta por medidas de prevención y protección. Siguiendo los términos establecidos por este tribunal en el caso Villagrán Morales y otros, los Estados deben adoptar medidas, tanto legislativas como institucionales, para proteger y garantizar los derechos de los niños en situación de riesgo. Entre estas medidas puede figurar, igual que en el caso de los niños en estado de abandono, el internamiento en establecimientos de guarda o custodia, siempre que éstos sirvan al objetivo de “garantizar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño”. La medida debe adaptarse con observancia de las garantías correspondientes, previa consideración del punto de vista del niño, tomando en cuenta su edad y madurez, y debe ser siempre impugnable.

El Estado tiene la obligación de elaborar programas de prevención del delito. El internamiento de niños sin que hayan cometido una falta y sin respetar las garantías del debido proceso constituiría una violación a los artículos 7 y 8 de la *Convención americana*, al artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, a la

*Constitución mexicana y al principio, fundamental en el derecho penal, de *nulla poena sine lege*.*

En el supuesto de privación de la libertad de los niños, la detención debe realizarse conforme a la ley, durante el periodo más breve que proceda y siguiendo los principios de excepcionalidad, determinación temporal y último recurso. Asimismo, las condiciones en las que el niño puede ser detenido deben ser las mismas que rigen la detención de los adultos, pero reconociendo que “la niñez requiere de derechos adicionales y de un cuidado especial”. Además, para la detención de niños “deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida”.

- - Aceptación de confesiones de menores en sede penal sin las debidas garantías. El Estado señaló que todo niño debe gozar de garantías mínimas cuando se desarrolla un proceso judicial contra él, entre ellas la presunción de inocencia, la obligación de la autoridad de dar aviso a los representantes del niño de cualquier actuación que se adopte para o contra éste, el derecho a ser asistido legalmente y el derecho de ofrecer pruebas. En consecuencia, cualquier declaración en sede penal que se obtenga sin las garantías procesales mínimas no debe tener valor probatorio.
- - Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales sin la garantía de defensa del menor. Los niños tienen derecho a ser asistidos por un abogado en cualquier procedimiento seguido contra ellos. El desarrollo de procesos o procedimientos administrativos sin esa garantía constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*.
- - Determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos fundamentales del menor, sin haber oído a éste y considerar su opinión. Conforme a la *Convención sobre los derechos del niño*, el Estado debe garantizar al niño las condiciones que le permitan formarse un juicio propio y expresar su opinión en los asuntos que lo afecten. Sin embargo, la libertad de expresar su opinión no es ilimitada; la autoridad debe valorarla según la posibilidad que tenga el niño de formarse un juicio propio, atendiendo a su edad y madurez, de conformidad con el artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Asimismo, el derecho a ser oído constituye una garantía fundamental que debe respetarse en todo procedimiento administrativo o judicial, como lo han reconocido el Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos y el orden jurídico mexicano, tanto en lo que respecta a la legislación como en lo que toca al desarrollo jurisprudencial.

Ante la ausencia de un instrumento interamericano que regule específicamente el derecho de los niños, la *Convención sobre los derechos del niño* constituye, como lo ha señalado esta misma corte, parte del *corpus iuris* “que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida justo en este artículo 19 a que se hace referencia”.

Finalmente, el Estado señaló que el niño es sujeto de derechos, incluso antes de su nacimiento, sin perjuicio de que la capacidad de ejercicio se adquiera hasta la mayoría de edad, es decir: “sea un menor trabajador, sea un menor estudiante, sea un menor discapacitado, sea un menor infractor, tiene el derecho a la tutela por su condición especial de menor de edad”.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En sus intervenciones escritas y orales, la Comisión Interamericana manifestó:

La aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño* constituyó “la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño”. Este nuevo sistema se caracteriza por:

- i. reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas del Estado que vulneren sus derechos y prever prestaciones positivas que les permitan disfrutar efectivamente sus derechos;
- ii. haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular” que imperó en nuestra región por más de 80 años;
- iii. dejar atrás la “judicialización” de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos derechos económicos, sociales y culturales se encuentran vulnerados;
- iv. -evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de la protección”, lo cual impide emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales propios del debido proceso;
- v. -brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo;
- vi. -adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño y que de ninguna manera los vulneren, considerando el consentimiento del niño y de su grupo familiar;
- vii. -desarrollar políticas públicas universales, así como “focalizadas y descentralizadas”, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y
- viii. -establecer un sistema de responsabilidad especial para adolescentes, respetuoso de todas las garantías materiales y procesales.

Con este nuevo modelo, “los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia”, abandonando la concepción del niño como “incapaz” y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional. Además, se enfatiza la protección a la familia por ser “el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser

priorizadas para la toma de decisiones familiares”. Esta protección a la familia se basa en los siguientes principios:

- a. Importancia de la familia como “ente de crianza y [...] principal núcleo de socialización del niño”;
- b. Derecho del niño a tener una familia y a convivir con ella, de manera que se evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida; de no ser ello posible, se deben buscar otras “modalidades de ubicación familiar” o, finalmente, recurrir a “entidades de abrigo de la comunidad”; y
- c. “Desjudicialización” de los asuntos relativos a cuestiones socioeconómicas y adopción de programas de ayuda social al grupo familiar, tomando en consideración que la simple falta de recursos del Estado no justifica la ausencia de estas políticas.

A pesar de que la *Convención sobre los derechos del niño* es uno de los instrumentos internacionales con mayor número de ratificaciones, no todos los países en el continente americano han armonizado sus legislaciones internas con los principios establecidos en ella, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.

La *Convención sobre los derechos del niño* establece dos ámbitos de protección: a) de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en general y b) el de los niños que han cometido un delito. En este último campo, los niños no sólo deben recibir las mismas garantías que los adultos sino, además, una protección especial.

El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. En ese sentido, la comisión reconoce que la *Convención sobre los derechos del niño*, junto con otros instrumentos internacionales, constituyen un *corpus iuris* internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa” a la luz del artículo 29 de la *Convención americana* para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 19 de la misma *Convención*.

Asimismo, esos instrumentos –entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”– desarrollan la protección integral de los niños y adolescentes. Ésta implica considerar al niño sujeto pleno de derechos y reconocer las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos. En el sistema interamericano el niño debe disfrutar determinadas garantías específicas “en cualquier proceso en el cual esté en juego su libertad o cualquier otro derecho. Esto incluye cualquier procedimiento administrativo” (artículos 8 y 25 de la *Convención americana*). Dichas garantías deben ser observadas en especial cuando el procedimiento significa la posibilidad de aplicar una medida privativa de libertad (llámese “medida de internación” o “medida de protección”). En la aplicación de medidas de privación de libertad de un niño es preciso considerar dos principios: a) la privación de libertad constituye la última *ratio*,³ y por ello es necesario

³ Artículo 37 (b) de la *Convención sobre los derechos del niño*.

preferir medidas de otra naturaleza, sin recurrir al sistema judicial, siempre que ello resulte adecuado⁴ y b) es preciso considerar siempre el interés superior del niño, lo cual implica reconocer que éste es sujeto de derechos. Este reconocimiento supone que en el caso de los niños se consideren medidas especiales que implican “mayores derechos que [los que se reconocen] a todas las otras personas”.

Los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, en concordancia con el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, recogen garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determinen derechos de un niño, entre ellas:

- a. - *Juez natural*. “Toda persona tiene derecho a ser juzgada por un juez que sea competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley”. En este sentido, el artículo 5.5 de la *Convención americana* contempla la necesidad de que los procesos acerca de menores de edad sean llevados ante jueces especializados.⁵

El artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño* extiende la garantía del juez natural a los supuestos en los que se trate de autoridades estatales diferentes de los órganos jurisdiccionales o de mecanismos alternativos, no judiciales, para resolver el conflicto.

- b. - *Presunción de inocencia*. No se deberá tratar como culpable a una persona acusada de haber cometido un delito sino hasta que se haya establecido efectivamente su responsabilidad. La garantía abarca a los niños, imputables o no.

En materia de niñez, las legislaciones latinoamericanas tienden a considerar que se trata de un sistema de derecho penal de autor y no de acto, lo cual vulnera la presunción de inocencia.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la *Convención sobre los derechos del niño*, el juez ejercía un papel “proteccionista” que le facultaba, en caso de encontrarse el niño en una situación de peligro o vulnerabilidad, a violentar sus derechos y garantías. Bastaba la simple imputación de un delito para suponer que el niño se encontraba en situación de peligro, lo cual atraía la imposición de alguna medida, por ejemplo, de internación. Sin embargo, gracias a la aprobación de la *Convención sobre los derechos del niño*, los jueces están obligados a respetar las garantías de éste. Es necesario “considerar la investigación y eventual sanción de un niño, en función del hecho cometido y no de circunstancias personales.” Resulta claro que las debidas garantías no pueden ser desconocidas por el interés superior del niño. Por ello, cuando se presenta al juez un niño inculpado de un delito y el sujeto se encuentra en especial estado de vulnerabilidad, debe darse la “intervención a los mecanismos que haya creado el Estado para ocuparse de esa situación particular”, y tratar al niño como inocente sin considerar su situación personal.

⁴ - Artículo 40 (3) (b) de la *Convención sobre los derechos del niño*.

⁵ - La comisión advierte que si bien la consulta es en relación con los artículos 8, 25 y 19, la norma citada en el artículo 5 de la *Convención* se relaciona con la materia sujeta a consulta.

- c. *Derecho de defensa*. Incluye varios derechos: contar con el tiempo y los medios para preparar la defensa, tener un intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presentar testigos. Esto mismo se dispone en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*.

En esta garantía subyace el “principio del contradictorio” y se supera la idea de que el niño no necesita defensa, pues el juez asume la defensa de sus intereses.

El derecho del niño a ser oído contempla la oportunidad de expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos, siempre que esté en condiciones de formarse un juicio propio. Este elemento es angular para el debido proceso del niño, a fin de que “sea leído como una instancia de diálogo, en la que la voz del niño sea tenida en cuenta, de modo que se tome en cuenta lo que él o ella considere respecto al problema en que está involucrado”.

- d. *Doble instancia* (artículos 8.2.h de la *Convención americana* y 40.b.v de la *Convención sobre los derechos del niño*). El niño debe gozar del derecho a que un tribunal revise la medida que le ha sido impuesta para controlar así el poder punitivo de las autoridades. Dicha garantía debe estar vigente en cualquier procedimiento en el que se determinen los derechos del niño, y en especial cuando se apliquen medidas privativas de libertad.
- e. *Non bis in idem* (artículo 8.4 de la *Convención americana*). La garantía de que un niño que ha sido procesado por determinados hechos no podrá ser enjuiciado nuevamente por los mismos hechos se encuentra contemplada en el artículo 8.4 de la *Convención americana*. En la *Convención sobre los derechos del niño* no existe una disposición semejante.
- f. *Publicidad* (artículo 8.5 de la *Convención americana*). Vinculada con el sistema democrático de gobierno, esta garantía debe tomar en consideración la privacidad del niño, sin disminuir el derecho de defensa de las partes ni restar transparencia a las actuaciones judiciales, para “no caer en el secreto absoluto de lo que pasa en el proceso, sobre todo respecto de las partes”. En la *Convención sobre los derechos del niño* no se encuentra una disposición semejante.

Las garantías del debido proceso, consagradas en el artículo 8 de la *Convención americana*, poseen un doble valor: intrínseco, mediante el cual la persona es considerada sujeto en el desarrollo de ese diálogo, e instrumental, como medio para obtener una solución justa. En este sentido, la *Convención sobre los derechos del niño* “reclama el reconocimiento de la autonomía y subjetividad del niño y establece el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos”.

El derecho a un recurso efectivo, establecido en el artículo 25 de la *Convención americana*, implica no sólo la existencia de un instrumento procesal que ampare los derechos violados, sino también el deber de la autoridad de fundamentar la decisión sobre el reclamo y la posibilidad de revisión judicial de la medida adoptada.

En conclusión, la comisión manifiesta que la *Convención sobre los derechos del niño* debe ser utilizada por los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en la interpretación de todas las normas de la *Convención americana* en aquellos asuntos que involucren a niños, y en particular en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 19 de la *Convención americana*. Asimismo, la aplicación de esta última disposición debe hallarse “precedida y acompañada” por el respeto de las garantías contempladas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*. Finalmente, la comisión señaló la importancia de que “los Estados, y en particular los jueces, cumplan con la obligación de aplicar los tratados internacionales, adaptando su legislación o dictando resoluciones que cumplan con los estándares fijados por los tratados de derechos humanos”.

*Instituto Universitario de Derechos Humanos AC
de México y otras organizaciones en la materia*⁶

En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que:

Los principios de no discriminación, interés superior del niño e igualdad son primordiales en todas las actividades que conciernen a los niños y en la correspondiente legislación. Es preciso tener en cuenta la opinión de los niños en los asuntos que les conciernen. Los sistemas legales deben establecer jurisdicciones de niños que privilegien la prevención, así como fomenten su rehabilitación y reinserción social, evitando en lo posible la penalización y la privación de la libertad. En la audiencia agregó que deben considerarse los diversos ámbitos de prevención: primaria, en la familia, secundaria, en la sociedad, y terciaria cuando el Estado deba intervenir en la adopción de alguna medida:

- - Separación de los jóvenes de sus padres por considerar la autoridad que su familia no posee condiciones para su educación o sustento: el término “joven” debe ser rechazado, pues abarca tanto a mayores como a menores de 18 años. El término “menor” es jurídico, y contempla la asistencia y la tutela que se debe dar a la persona que, en razón de su edad, no posee la capacidad de ejercicio de sus derechos.

La separación de los niños de sus padres debe adoptarse bajo las debidas garantías judiciales, “privilegiando siempre el interés supremo del menor, el cual puede verse menoscabado por la falta de condiciones para su debido desarrollo integral”. Por ello,

⁶ - Consejo para la Defensa de los Derechos Humanos del Valle de México, Cadenas Humanas, El Ahora Juventud el Mañana Sabiduría, Centro de Monitoreo para la Defensa de los Derechos Humanos, Asociación de Guanajuatenses de México, Confederación de Jóvenes Mexicanos (que agrupa 500 organizaciones juveniles), el Niño Fuente de Amor, el Instituto Mexicano de Prevención del Delito e Investigación Penitenciaria, Centro de Estudios de Posgrado en Derecho, Compromiso por la Unidad Nacional, Consejo Nacional de la Juventud de México, AC, el Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, Colegio de Abogados y Penitenciaristas del Valle de México, Asociación Mexicana de Promoción y Cultura, Fundación León XIII, Instituto de Ciencias Jurídicas de Abogados Egresados de la UNAM (campus Aragón), Fundación Economía Solidaria, Colegio Mexicano de Licenciados en Trabajo Social, Centro de Alternativas Sociales, Colegio de Ciencias Jurídicas en el Estado de México, Fundación Mexicana de Reintegración Social e Instituto Nacional de Apoyo a Víctimas y Estudios en Criminalidad.

el Estado sólo puede disponer esa reparación, en su calidad de promotor y protector de los derechos del niño, ante circunstancias que coloquen a éste en riesgo de sufrir violencia, maltrato, abuso y explotación sexual, entre otros delitos.

- Internación de menores en establecimientos de custodia por considerarlos abandonados o en situación de riesgo o ilegalidad, sin que hayan incurrido en delito, sino por condiciones personales o circunstanciales del menor. El Estado debe adoptar medidas de protección, mediante procedimientos legítimos de intervención y con la debida aplicación de la ley, cuando los niños se encuentren en situación real de abandono familiar o social que se traduzca en riesgo o vulneración de los intereses supremos de la niñez. Una de estas medidas es la internación de niños en establecimientos de custodia que atiendan al objetivo de garantizar su desarrollo y el ejercicio de sus derechos. Las situaciones de riesgo e ilegalidad no son sinónimas, como aparece en el planteamiento.
- Aceptación, en sede penal, de confesiones de menores que se obtengan sin las debidas garantías: la confesión de niños, entendida como una declaración autoinculpatória, debe rendirse siempre con garantías y el respeto pleno de sus derechos. Es necesario establecer un procedimiento especial para la justicia de niños, lo cual no implica necesariamente el desarrollo de un procedimiento penal.
- Tramitación de procedimientos administrativos relativos a derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor. Se debe distinguir entre los procedimientos administrativos para la atención de niños infractores y otros procedimientos relativos a conductas no tipificadas en las leyes penales. En estos últimos casos la ausencia del defensor no implicará violación de los derechos.
- Determinación, en procedimientos administrativos o judiciales, de derechos fundamentales del menor, sin haber oído a éste ni considerar su opinión. Es preciso distinguir la posibilidad de que el niño exprese su opinión libremente, por sí mismo o por medio de un representante, del derecho considerado en conformidad con el artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño*. Esto implica “la necesidad de analizar a fondo la forma que debe adoptar ese derecho, ya que el menor no puede de manera ilimitada expresar su opinión, sino que se deben atender las condiciones particulares de cada menor, en función de su edad y madurez”.

Federación Coordinadora de ONGS que trabajan con la Niñez y la Adolescencia-Codeni de Nicaragua

En su escrito de 16 de octubre de 2001, manifestó que:

En Nicaragua la aprobación del *Código de la niñez y la adolescencia* en el año 1998 ha generado cambios estructurales en el tratamiento de los adolescentes infractores de la ley. No obstante, estos cambios no han sido sustanciales, debido a la falta de asignación de un presupuesto específico para la aplicación integral del *Código*.

En relación con este sector de la población, resulta conveniente emplear la terminología “niñas, niños y adolescentes”, para rescatar su condición de sujetos sociales y de derecho, producto de su personalidad jurídica, y dejar atrás la política de la situación irregular que emplea el vocablo “menores” en forma peyorativa.

La no imputabilidad del niño debe permitir identificarlo y brindarle un tratamiento diferente del que corresponde a un presunto infractor, en consideración a que el “acto incurrido [responde] a una situación particular y no necesariamente [a] un hecho premeditado o aprendido tal como la plantea la política de la situación irregular”.

La ley debe considerar, al momento de determinar las causas de la comisión de un hecho delictivo, el estudio médico, psicológico y social del sujeto aplicado en Nicaragua y que muestra que “casi en un 100% [de] los actos delictivos devienen de circunstancias fuera del alcance de ellos/ellas o de situaciones específicas del mismo sistema”, por cuanto los niños proclives o propensos a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad son los pobres, hijos e hijas de prostitutas y delincuentes, entre otros.

Hay principios que están relacionados con el debido proceso como los de culpabilidad, humanidad, jurisdiccionalidad, contradicción e inviolabilidad de la defensa, que deben ser aplicados a la niñez:

- a) - *Principio de culpabilidad*. La publicidad que se genera desde el momento de la comisión del delito, no atender al victimario y dejar de brindar un tratamiento especializado por personas expertas en el tema, produce “la culpabilidad anticipada de los niños y niñas”. Además, debe considerarse parte de las obligaciones del Estado tener expertos en temas de niñez y adolescencia en la magistratura, la procuraduría y la defensa pública.
- b) - *Principio de humanidad*. La tipología de los delitos que debe regir con respecto a los adolescentes debe ser distinta de aquella prevista en la ley común; las medidas correctivas deben procurar la resocialización del victimario más que su simple reclusión, ya que “está demostrado que esta medida no causa efectos positivos”.

Asimismo, la ley debe establecer una clara tipificación de la conducta y considerar que el proceso judicial es una instancia de “protección especial” y no de inquisición.

- c) *Principio de jurisdiccionalidad*. La ley debe delimitar los campos y los papeles de cada actor responsable. Es preciso aplicar medidas socioeducativas que permitan la resocialización del niño. La instancia administrativa vigilará el cumplimiento de esas medidas.
- d) - *Principio del contradictorio*. El derecho a ser escuchado se relaciona con el reconocimiento de la personalidad jurídica: “en tanto ambos no se observen desde la misma dirección, difícilmente una persona adulta y sin experiencia establecerá las diferencias prácticas de la terminología”.
- e) - *Principio de la inviolabilidad de la defensa*. En general, la defensa de los niños no corre a cargo de especialistas en temas de la niñez y la adolescencia. Esto no contribuye al respeto de los derechos del niño y de la niña. Es fundamental el papel del Estado y la familia, no

como espectadores o sancionadores del individuo, sino “como alternativas para superar el problema”. La existencia de especialistas en cuestiones sociales y psicológicas que atiendan a los niños y la correlación de esta atención con la familia constituyen obligaciones del Estado.

Fundación Rafael Preciado Hernández AC, de México

En sus presentaciones escritas y orales manifestó lo siguiente:

Se toma como punto de partida para el desarrollo del tema la *Convención sobre los derechos del niño* de Naciones Unidas de 1989, por ser el instrumento internacional que marcó el inicio de la doctrina de la protección integral que define a los infantes como sujetos plenos de derecho y no como objetos de tutela. La interpretación solicitada de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* debe incorporar plenamente el modelo presentado y adoptado en la *Convención sobre los derechos del niño*.

Se destacan algunas directrices pertinentes para la interpretación propuesta, a saber:

- a). -Prohibición de separar a las niñas, niños y adolescentes de su medio familiar o comunitario por cuestiones meramente materiales. El actual modelo de protección a la infancia se plantea sobre la base de una responsabilidad conjunta entre el Estado y los padres (o responsables de los niños). Con fundamento en el principio de solidaridad, aquél no debe tomar al infante bajo su tutela, privándole del ejercicio de sus derechos, sobre todo del derecho de libertad, en razón de la carencia de condiciones mínimas de subsistencia o como consecuencia de su especial situación personal, social o cultural, y los padres deben brindar al menos condiciones de vida adecuadas. Es decir, tanto el Estado como la familia son responsables solidarios de brindar y garantizar al niño o niña las condiciones mínimas de subsistencia. Esto implica que las legislaciones que se desarrollan conforme al principio de tutela y criminalizan la pobreza, despojando de garantías judiciales al manejo de los conflictos jurídicos de los sectores más desfavorecidos de la población, deben ser objeto de reconsideración con el objeto de ajustarlas al modelo y a la realidad imperantes.
- b). Delimitación de las órbitas de la administración y de la actividad jurisdiccional. Las cuestiones de naturaleza jurisdiccional relativas a los derechos de niñas, niños y adolescentes, sean de derecho penal, civil o de familia, a la luz de la *Convención* deben ser realizadas por jueces con capacidad plena y específica para dirimir conflictos de naturaleza jurídica, con las características técnicas, de imparcialidad e independencia inherentes a su cargo y limitados por las garantías individuales.

La *Convención sobre los derechos del niño*, principal normatividad en el seno internacional que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes tutelares, establece el carácter complementario de los mecanismos especiales de protección de los niños, que no es autónomo sino fundado en la protección jurídica general (artículo 41 de la *Convención sobre los derechos del*

niño), para lo cual también establece clara separación entre lo asistencial y lo penal. Desde esta perspectiva se señala que todo proceso seguido a un infante debe respetar los siguientes principios:

1. - *Jurisdiccionalidad*: implica el respeto de ciertas características mínimas de la jurisdicción, tales como la intervención del juez natural y la independencia e imparcialidad del órgano llamado a tomar la decisión pertinente;
 2. - *Inviolabilidad de la defensa*: obliga a la presencia del defensor técnico en la toma de decisiones que afecten al niño y en todo proceso en el que éste intervenga;
 3. - *Legalidad del procedimiento*: todo procedimiento que implique la presencia de un niño o la toma de decisiones que afecten al mismo debe estar previamente determinado en la ley para evitar la aplicación de criterios discrecionales y garantizar el desarrollo justo y equitativo de los sujetos, evitando de esta manera la adopción de decisiones basadas en las condiciones personales del niño o la niña;
 4. - *Contradicción*: implica la posibilidad de conocer los hechos y las pruebas que concurren al proceso, así como la de hacerles frente mediante la respectiva asistencia legal;
 5. - *Impugnación*: presupone la existencia de un órgano superior ante el cual se pueda recurrir la decisión adoptada;
 6. - *Publicidad*: tiene dos manifestaciones; por un lado, la posibilidad de acceder a todas las piezas procesales para garantizar la defensa adecuada y, por otro, la protección de la identidad de los niños y niñas para evitar su estigmatización.
- c). Los niños como sujetos plenos de derecho. El artículo 3 de la *Convención americana sobre derechos humanos* reconoce la personalidad jurídica de todas las personas y esto, por supuesto, incluye a los infantes. Sin embargo, el antiguo modelo tutelar sólo veía a los niños como objetos de protección y no como sujetos de derecho. Por lo tanto, no gozaban del reconocimiento de sus derechos. En la actualidad, el preámbulo de la *Convención sobre los derechos del niño* y los principios de la *Carta de las Naciones Unidas* dejan en claro que los niños son sujetos de derecho, en condiciones de igualdad y con fundamento en la dignidad intrínseca de todos los seres humanos.

Según el modelo de protección integral adoptado, los niños tienen derecho a ser partícipes de los procesos que impliquen la toma de decisiones que los afecten, no sólo en el ámbito familiar, sino también en las actuaciones que se realicen ante las autoridades competentes.

En razón de estos criterios, se considera pertinente exhortar a los países miembro de la OEA a que adopten en su legislación interna las directrices establecidas por el derecho internacional en materia de protección y tutela a los infantes a fin de reconocer a éstos como titulares de derechos y obligaciones. Esto incluye el derecho a un debido proceso.

En el caso de México, se observa claramente la adopción del modelo tutelar. La legislación considera al niño no imputable e incapaz, y de esta forma le brinda un tratamiento similar al que corresponde a los discapacitados mentales, negándoles el acceso al debido proceso que se observa en las decisiones jurisdiccionales sobre adultos.

Según la legislación mexicana, los niños están sometidos a un proceso no jurisdiccional abstraído de la garantía judicial del debido proceso. Aquél implica un “tratamiento” que consiste en la privación de la libertad decidida sin garantía alguna, y que en vez de contribuir a la protección de los infantes trae consigo una serie de violaciones sistemáticas a los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes. La legislación mexicana debe adoptar el modelo de protección reconocido por la normativa internacional.

*Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito
y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (Ilanud)*

En sus argumentaciones escritas y orales el Ilanud hizo las siguientes apreciaciones:

Respecto de la primera cuestión planteada por la comisión y que se relaciona con la separación de los jóvenes de sus familias por razones de educación y sustento, el instituto estableció que los artículos 8 y 25 de la *Convención* constituyen límites al arbitrio y discreción de los Estados para dictar medidas de protección de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de este mismo instrumento. “La separación de los jóvenes de sus padres y/o familias y sin el debido proceso, por considerar que sus familias no poseen las condiciones para brindarles educación y mantenimiento, viola el artículo 2 de la *Convención sobre los derechos del niño*, así como los principios establecidos en el derecho internacional y los derechos humanos, el principio de igualdad y el derecho a la no discriminación”.

Con respecto a la medida relacionada con la supresión de la libertad de personas menores de edad por considerárselas abandonadas o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, consideró “que las garantías establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* [...] constituyen un límite para los Estados parte para decidir sobre estas medidas especiales. La práctica de acordar la supresión de la libertad considerando circunstancias especiales de los menores de edad viola el derecho a la integridad personal (artículo 5) y el derecho a la libertad personal (artículo 7), ambos de la *Convención americana* [...], lo mismo que los principios del derecho internacional y los derechos humanos, como el principio *pro libertatis* y el principio *pro homine*. También se violaría claramente el principio de igualdad y no discriminación”.

Respecto de la admisión de confesiones de personas menores de edad sin las debidas garantías en sede penal, manifestó “que las garantías judiciales y la protección judicial establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención* constituyen límites y derechos mínimos que deben respetar los Estados parte cuando se recibe confesión o declaración a cualquier persona, y especialmente a los menores de edad. Aceptar estas medidas especia-

les en forma discrecional y sin límites configura una violación al principio de especialidad de la justicia de menores establecido en el artículo 5.5 de la *Convención americana*, al igual que al debido proceso.

En relación con los procesos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales sin la garantía de la defensa, señaló que “esta práctica viola las garantías judiciales establecidas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, por lo que sí constituyen límites al arbitrio y discreción para los Estados parte”. Asimismo, consideró que dichas prácticas atentan contra el derecho a la defensa establecido en el artículo 40, inciso 2, párrafo ii de la *Convención sobre los derechos del niño*. Este derecho supone que se respeten todas las garantías judiciales, como son los derechos a conocer la acusación, la presunción de inocencia y la doble instancia, entre otros.

Por último, en relación con la cuestión planteada por la Comisión Interamericana referida a determinar en procedimientos administrativos o judiciales derechos y libertades sin la garantía de ser oído personalmente, y la no consideración de la opinión de la persona menor de edad, argumentó que esto violaría lo consagrado en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana*, pues estas normas constituyen límites al arbitrio y discreción de los Estados parte “como son los derechos mínimos que se deben respetar a todos sus ciudadanos y en especial a los niños y adolescentes”. Asimismo, esta situación atentaría contra lo establecido en el artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, “así como contra principios del derecho internacionalmente aceptados y reconocidos, como por ejemplo: el principio del interés superior del niño, el reconocimiento de personas menores de edad como sujetos de derecho, el principio de la protección integral, el principio de jurisdicción especializada, el principio de formación integral y reinserción a la familia y la sociedad”.

Luego de la adopción de la *Convención sobre los derechos del niño*, la mayoría de las legislaciones latinoamericanas empezaron a cambiar la teoría tutelar, usualmente aplicada en la vía judicial o administrativa, de acuerdo con cada Estado, por la de protección integral establecida en el instrumento internacional mencionado. Para tal efecto se utilizó una técnica legislativa que podría ser denominada: “códigos omnicomprendidos, llamados códigos de la niñez que regulan todo tipo de situaciones, tanto de omisión de derechos como también de infracción a la ley penal”.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional

En su escrito y en su exposición oral manifestó que:

La Convención sobre los derechos del niño

La principal reacción frente al sistema de la “situación irregular” en el campo normativo fue la adopción de la *Convención sobre los derechos del niño* en 1989, la cual significó un cambio de paradigma al reconocer a los menores como sujetos de derechos y establecer el principio del “interés superior del niño” como “una norma de resolución de conflictos entre

derechos, y/o como una guía para la evaluación de leyes, prácticas y políticas referidas a la infancia”, así como principios tales como el respeto a la opinión del niño, el principio de supervivencia y desarrollo y el principio de no discriminación. Asimismo, la *Convención sobre los derechos del niño* consagró normativamente la “doctrina de la protección integral”, mediante la cual se delimita la labor del juez a la resolución de conflictos de naturaleza jurídica, se fortalecen las garantías procesales y se establecen obligaciones a cargo del Estado de establecer “políticas de carácter integral que respeten los derechos y garantías protegidas” en la mencionada *Convención*.

Este impulso de la doctrina de la protección integral ha significado una serie de modificaciones en las legislaciones de la región; no obstante, “las prácticas de la administración de justicia y la política de Estado siguen sin adecuarse a los preceptos de la *Convención [sobre los derechos del niño]*”. Asimismo, en algunos países se vive en “un entorno cada vez más excluyente (social y políticamente)” para los menores de edad y las violaciones graves o sistemáticas de sus derechos humanos ponen en evidencia el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales.

Situación legislativa actual

Algunos países de la región han desarrollado nuevas legislaciones en sus ordenamientos con el propósito de brindar una protección especial para los menores de edad. Sin embargo, la carencia de reformas legislativas orientadas a “fortalecer las políticas sociales básicas” constituye un obstáculo para el goce efectivo de los derechos reconocidos en la *Convención sobre los derechos del niño*. Además, existen países en los cuales no se ha iniciado la readecuación legislativa o ésta se debe profundizar para “lograr la efectiva adecuación de la normativa a los preceptos de la *Convención sobre los derechos del niño*”, principalmente en materia de garantías.

Asimismo, incluso en los países en los cuales se ha adoptado una nueva legislación existe una serie de deficiencias que resulta necesario corregir, como son, entre otras, la creación de instalaciones necesarias para la aplicación de medidas privativas de libertad con condiciones dignas y la desvinculación de las legislaciones del viejo sistema de la doctrina de la situación irregular. De esta manera, la doctrina de la protección integral se ha encontrado con muchos obstáculos de diversa naturaleza, como son:

- Económicos: la falta de partidas presupuestarias para brindar una adecuada función tutelar de los derechos de los niños;
- Políticos: el gasto social no constituye una prioridad para los gobiernos, y cuando se realiza resulta “incoherente en las ejecuciones por la falta de una adecuada planeación”;
- Ideológicos: es necesario promover una mayor sensibilización y compromiso frente a las nuevas exigencias de la infancia frente a una “extendida cultura autoritaria y represiva”;
- Institucionales: existe una carencia de capacitación de los operadores jurídicos y sociales en esta materia, pues “no entienden los alcances de su competencia ni logran desvincular plenamente esta función de la función sancionadora” frente a un niño infractor.

- - Informativos: es necesario realizar un proceso de capacitación a los abogados debido a su “especial participación en el nivel de control y exigencia” frente a las instituciones estatales encargadas de ejecutar las medidas de protección;
- Legislativos: los avances en este campo han sido lentos y de carácter formal; y
- Formativos: a pesar de los logros alcanzados, no existe “una masa crítica de profesionales que tenga la capacidad de crear opinión” sobre esta materia.

Problemática actual de la niñez

En la región millones de niños viven en condiciones de pobreza y marginación, “víctimas de un inmenso e imperdonable olvido” y “producto de grandes fallas estructurales”, relacionadas con políticas nacionales e internacionales. Se destacan las siguientes problemáticas:

- a). *La niñez en situación de conflictos armados.* Este tipo de conflictos han ido aparejados de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en perjuicio de niños y adolescentes de la región, con consecuencias para ellos que resultan aún más intensas y traumáticas que para los adultos. Asimismo, los conflictos generan más pobreza al destinarse a estos fines mayores recursos; sucede también que aumenta la malnutrición ante la escasa producción de alimentos, así como aumentan los obstáculos para acceder a los servicios. Además, los niños deben enfrentarse muchas veces al desplazamiento y separación de sus familias, privándolos de un entorno seguro.

Al respecto es importante la existencia del *Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño* relativo a la participación de los niños en conflictos armados como una forma de complementar las obligaciones mínimas de los Estados establecidas en la *Convención sobre los derechos del niño* en relación con los niños en conflictos armados y su recuperación pues, entre otras cosas, se eleva la edad mínima para el reclutamiento de 15 a 18 años.

Asimismo, no obstante que muchos Estados reconocen la existencia de niños soldados reclutados por las fuerzas armadas y que adquieren el compromiso de dictar disposiciones para evitar nuevos reclutamientos, por lo general sucede que no han elaborado disposiciones para facilitar la desmovilización de los niños actualmente reclutados, impidiéndoles a estos últimos el acceso a la educación, la reunificación familiar o la alimentación y albergue necesarios para su reintegración social. Además, en relación con los desplazamientos internos de los menores de edad, “no darle el marco legal a la situación de la manera completa que ésta requiere coloca a la infancia en desprotección por la no existencia de un recurso legal específico para proteger esa situación”, en detrimento del “derecho de no desplazarse como un corolario del derecho de circulación y de residencia”.

- b). *Refugio y nacionalidad.* Para definir el alcance de las medidas de protección que contempla el artículo 19 de la *Convención americana* respecto de los niños refugiados o solicitantes de asilo, resulta fundamental integrar las normas y principios consagrados en la *Con-*

vención sobre los derechos del niño y la *Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados* como un marco jurídico consolidado de protección. En consecuencia, las medidas de protección deben ser tomadas en consideración al realizar la determinación de la condición de refugiado y en el trato que los niños refugiados y buscadores de asilo deben recibir, en particular cuando han sido separados de sus padres o guardianes.

Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos exigen que los derechos contemplados en los diferentes tratados se garanticen a todas las personas sin considerar su edad. Por ello, la discriminación en razón de la edad sólo puede admitirse en algunas circunstancias, de conformidad con la propia jurisprudencia de la corte, siempre que la distinción responda a criterios razonables y objetivos y que las medidas adoptadas resulten proporcionales. Aún más, tratándose de niños los Estados deben tomar medidas especiales para protegerlos, con fundamento en el principio del interés superior del niño.

Las garantías judiciales contempladas en el artículo 8 de la *Convención americana*, las cuales se extienden a todo procedimiento –administrativo o judicial– donde se determinen derechos, deben aplicarse en el trámite de determinación de la condición de refugiado, por cuanto este mecanismo permite establecer si la persona cumple con las condiciones para disfrutar del derecho al asilo y la protección contra el *refoulement*. Asimismo, el derecho a un recurso sencillo y rápido que ampare contra actos que violen derechos fundamentales, establecido en el artículo 25 de la *Convención americana*, debe aplicarse sin discriminación a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado, incluyendo a los individuos que no son nacionales de ese Estado. En particular, se debe considerar el respeto de las siguientes garantías en el proceso de determinación de la condición de refugiado:

- el derecho a una audiencia para que el niño presente su solicitud de asilo y exprese su opinión libremente, en un plazo razonable y ante una autoridad competente, imparcial e independiente. Esto a su vez presupone la protección contra el *refoulement* y la devolución en la frontera. Asimismo, para garantizar la mayor participación posible del niño, se le debe explicar adecuadamente cómo funciona el procedimiento, cuáles decisiones se han tomado y cuáles pueden ser las consecuencias de las mismas; además, cuando corresponda, el Estado debe garantizar que el niño cuente con la asistencia de un representante legal con la preparación para realizar esta función;
- la adopción de medidas especiales que permitan estudiar la solicitud de asilo de un niño de una manera más flexible, en consideración de que los niños por lo general experimentan la persecución de manera diferente que los adultos; estas medidas podrían comprender el otorgamiento del beneficio de la duda al analizar la credibilidad de su solicitud, estándares de prueba menos rígidos y un procedimiento más expedito; y
- una evaluación del grado de desarrollo mental y madurez del niño por parte de un especialista con la preparación y experiencia debida. De no contar el niño con la sufi-

ciente madurez, es necesario considerar factores más objetivos al analizar su solicitud, tales como las condiciones de su país de origen y la situación de sus familiares.

Igualmente, la protección a la familia, como unidad social básica, también se encuentra contemplada en los tratados internacionales de derechos humanos. Por ello, cualquier decisión estatal que afecte la unidad familiar debe adoptarse con apego a las garantías judiciales consagradas en la Convención americana. El respeto por la unidad familiar hace necesario que el Estado no sólo se abstenga de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que adopte acciones para mantener la unidad familiar o para reunificarlos, de ser el caso.

En este sentido, se debe suponer que permanecer con su familia, o reunirse con ella en caso de haberse separado, va en beneficio del interés superior del niño. No obstante, existen circunstancias en las cuales esta separación resulta más favorable para el niño. Previa a tomarse esta decisión es necesario escuchar el parecer de todas las partes interesadas. Asimismo, es obligación del Estado no sólo abstenerse de tomar acciones que puedan resultar en la separación de la familia, sino que además debe adoptar medidas que permitan mantener la unidad familiar o la reunificación de sus miembros, en caso de haber sido separados.

De igual manera, la detención de los solicitantes de asilo resulta indeseable debido a las consecuencias negativas para sus posibilidades de participar en el procedimiento de solicitud de asilo y porque puede resultar una experiencia traumática. En este sentido, el Comité Ejecutivo del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) ha manifestado que las personas que solicitan asilo y que han sido admitidas en un país para la determinación de su condición de refugiadas “no deben ser sancionadas o expuestas a un tratamiento desfavorable basado sólo en que su presencia en ese país sea considerada ilegal”. De esta manera, la detención de estas personas –de ser necesaria– debe darse durante un periodo corto y debe tener carácter excepcional, dando preferencia a otras medidas alternativas. Asimismo, la situación particular de cada persona debe ser estudiada antes de ordenar su detención.

En consecuencia, este comité ha identificado cuatro supuestos en los cuales la detención de la persona podría considerarse “necesaria”:

- i. para verificar su identidad;
- ii. para determinar los elementos en que se basa la solicitud de condición de refugiada o asilada;
- iii. para tratar los casos en que los solicitantes de refugio o asilo han destruido su documento de identidad o han utilizado documentos fraudulentos con el propósito de inducir a error a las autoridades, o
- iv. para proteger la seguridad nacional o el orden público.

En el caso de menores de edad, estos criterios deben ser aún más restrictivos y, en consecuencia, como regla los niños no deben ser detenidos y, por el contrario, deben recibir hospedaje y una supervisión adecuada por parte de autoridades estatales protectoras de la infancia. Ante la falta de alternativas, la detención debe ser una medida de ultima ratio y por el periodo más corto posible; asimismo, los niños deben recibir al menos las mismas garantías procesales otorgadas a los adultos.

Por otro lado, los niños cuyos padres solicitan asilo o reciben refugio se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad en relación con las políticas restrictivas de control migratorio existentes en la región, ya que las “familias se encuentran cada vez más marginadas y vulnerables frente a los abusos”. Además, los niños se ven expuestos a ser repatriados forzosamente sin las condiciones de seguridad y garantías mínimas.

Asimismo, la existencia de niños sin nacionalidad hace que éstos se encuentren en una situación de desprotección en la esfera internacional, ya que no reciben los beneficios y derechos que los ciudadanos disfrutaban y, además, al negarles el Estado sus partidas de nacimiento cuando nacen en el país de refugio se les coloca en un “riesgo permanente de ser expulsados arbitrariamente y, en consecuencia, de ser separados de sus familias”, lo cual muchas veces genera que “se le conculcan a la infancia, a través de un primer derecho, muchos otros”.

- c). *-Casos de peligro a la vida y la salud.* Cuando los niños son víctimas de abusos, “no sólo les causa daños psicológicos, físicos y morales, sino que además los expone a enfermedades de transmisión sexual, acentuando aún más el peligro que corre su vida”. Lamentablemente, estos hechos muchas veces quedan en el entorno familiar y en otros casos el Estado no actúa, aunque se encuentre facultado para ejercer los mecanismos adecuados para su protección. Asimismo, los mecanismos sancionadores en contra de los victimarios carecen de efectividad, negando el acceso a la justicia y contrariando toda idea de protección a la niñez.
- d). *-Casos de niños y adolescentes especialmente vulnerables.* La falta de provisión de los Estados para brindar una adecuada protección a los niños que se encuentran en una situación especial por alguna incapacidad física o mental coloca a estos niños en un estado de indefensión, lo cual se agrava cuando se les somete en un sistema de internación que no cuenta con los recursos adecuados para estos efectos.
- e). *-Casos de guarda o tutela (adopción).* La problemática de las adopciones ilegales, así como la prostitución y pornografía infantiles, generan una profunda preocupación en el nivel internacional. Esta problemática tiene lugar mayormente cuando “se dan fallas de tipo legislativo que no implican ningún tipo de obstáculo para este tipo de ilícitos”. Especialmente en relación con la adopción, debe lograrse la intervención judicial para controlar su ejecución, ya que es importante que sea “un acto tendente al bienestar del niño” y la falta de control sobre ella puede dar lugar a abusos y acciones ilícitas.

f). -*Niños y adolescentes que no pueden acceder a la educación.* Todos los niños tienen derecho a la educación como un derecho fundamental universalmente reconocido. Sin embargo, existen millones de niños en edad para asistir a la escuela primaria que no tienen la posibilidad de hacerlo, encontrándose en una situación de negación del derecho a la educación, la cual está unida a violaciones de derechos civiles y políticos, tales como el trabajo ilegal, la detención en prisiones y la discriminación étnica, religiosa o de otras condiciones, y que se agrava cuando se trata de niños en circunstancias especialmente difíciles, como los niños de minorías étnicas, huérfanos, refugiados u homosexuales.

Asimismo, la existencia de violencia para mantener la disciplina en las aulas y para sancionar a los niños con mal rendimiento académico son factores que, aparte de las consecuencias directas que puedan ocasionar, constituyen obstáculos al acceso a la educación que los Estados deben comprometerse a eliminar.

El desarrollo del artículo 19 de la *Convención americana*

Con base en el artículo 19 de la *Convención americana* el niño tiene derecho a recibir medidas de protección por parte de los Estados, las cuales deben ser brindadas sin discriminación. De manera que para dar contenido a esta disposición se debe tomar en cuenta lo establecido en otros instrumentos internacionales, de conformidad con el criterio interpretativo del artículo 29 de la *Convención americana* que consagra “el principio de aplicabilidad de la norma más favorable al individuo”, así como las normas y principios de la *Convención sobre los derechos del niño*, que se manifiestan especialmente en el principio del “interés superior del niño”.

Las medidas de protección especial que los niños deben recibir “superan el exclusivo control del Estado” y el artículo 19 de la *Convención americana* exige a los Estados la existencia de “una política integral para la protección de los niños” y la adopción de todas las medidas necesarias para garantizar el disfrute pleno de sus derechos.

Garantías sustantivas y procesales relativas a la protección especial consagrada en el artículo 19 de la *Convención americana*

Las garantías del proceso y la protección judicial son plenamente aplicables “al momento de resolver disputas que involucran a niños, niñas y adolescentes, así como respecto a procesos o procedimientos para la determinación de sus derechos o situación”.

1. - *Garantías sustantivas.* Los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* tienen el propósito de “garantizar la tutela efectiva de los derechos, rodeando a la misma de los resguardos procesales y sustantivos indispensables” para la realización de los derechos de los niños. Se destacan principalmente tres:

i. - *Principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa).* Reconocido en diversos tratados internacionales, este principio consiste en la “necesidad de la existencia de culpa para ser castigado”. Según su concepción actual, el principio de presunción de inocencia es considerado una “regla probatoria o regla de juicio” y una “regla de tratamiento de imputado”.

En relación con las prácticas que la comisión propone en su solicitud resulta necesario establecer que la culpabilidad se encuentra estrechamente vinculada con la imputabilidad, de manera que quien carezca de facultades psíquicas y físicas, por no tener la madurez suficiente o por padecer graves alteraciones físicas, no puede ser declarado culpable y, en consecuencia, no puede ser responsable penalmente de sus actos, aunque éstos sean típicos y antijurídicos. Así, la no imputabilidad se erige como “una limitación de la responsabilidad penal basada en la capacidad intelectual y volitiva”, así como en otros factores relevantes que deben considerarse para la determinación de la imputabilidad.

El juicio de imputabilidad no debe significar discriminación alguna, ni procesos que estigmaticen a quienes no son imputables, como los niños, en el sentido de considerarlos seres inferiores o incapaces, sino que “simplemente son personas en situaciones de desigualdad”. Por ello, la determinación de no imputables debe proceder de “una decisión sociopolítica y político-criminal que refleje la obligación del Estado de considerar su especial condición en la sociedad”, de manera que sí deben responder por sus actos, pero de una manera distinta que los adultos. Debe aplicarse entonces el principio de igualdad, en el sentido de que “hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales”.

En relación con los niños, el reconocimiento de las necesidades especiales que éstos tienen debe tomarse en cuenta al momento de otorgarles la titularidad de sus derechos, así como al momento de exigirles responsabilidades. En la actualidad, “no se busca extender la imputabilidad penal a los adolescentes, sino [...] establecer su responsabilidad penal”, de forma que sus actos, si bien no serán considerados delitos, sí tendrán consecuencias jurídicas, las cuales serán congruentes con su condición de persona, su dignidad, sus derechos y las características especiales de cada niño.

En consecuencia, se estima que los niños menores de 18 años pero mayores de 12 o 14 años “no deberían ser considerados penalmente imputables, pero sí penalmente responsables”, tomando en consideración que, en virtud de su condición de niño, es una persona no imputable que “ha tenido obstáculos para participar igualmente en la sociedad y para satisfacer sus necesidades”, y por ello el Estado debe tomar en cuenta estas circunstancias y promover las condiciones que les permitan integrarse a la sociedad.

- ii. -*Principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege)*. Entendido como garantía procesal, este principio busca garantizar que “todo procedimiento se lleve adelante de acuerdo con la ley”, así como determinar un marco de acción a la autoridad que debe decidir sobre alguna cuestión relativa a los menores de edad.

Este principio se encuentra desarrollado en la jurisprudencia de la corte y contemplado en la normativa internacional, e impone la imposibilidad de “penar un acto sin una ley que lo haya sancionado como un crimen previamente”. Asimismo, obliga a

reconocer la no imputabilidad del menor de edad respecto de su responsabilidad penal, tanto para fijar los límites en que inicia y termina esta causa de no imputabilidad como para “el tiempo en el que se debe imponer el tratamiento de reincorporación a la sociedad del menor infractor”.

Algunas veces el principio de legalidad se encuentra “confrontado con la realidad”, ya que existen legislaciones que contemplan disposiciones que implican un menoscabo a los derechos de los niños y niñas, “basados únicamente en condiciones personales o circunstanciales de éstos”.

No obstante que las Constituciones de los países de la región contemplan la prohibición de ser privado de la libertad arbitrariamente, frecuentemente las autoridades incumplen con esta garantía cuando se trata de asuntos de menores de edad, pues no cuentan con una orden judicial para realizar la detención, no ponen al niño ante autoridad judicial competente en un plazo máximo de 24 horas o por las mismas condiciones de detención, todo lo cual pone en peligro al menor de que se cometan en su perjuicio ulteriores violaciones.

- iii. *Principio de humanidad.* Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Tiene tres consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños que reciben las medidas y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tengan menos de 18 años al momento de los hechos. En consecuencia, una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización”.

Asimismo, muchos centros de detención no tienen las condiciones de infraestructura adecuadas, ni recursos humanos ni profesionales con capacidad de desarrollar los programas de educación y trabajo que permitan la reeducación y la reinserción social que estas medidas pretenden.

2. - *Garantías procesales.* Se refieren a todas las garantías que deben respetarse por ser necesarias en cualquier situación judicial en que se busque decidir una controversia sobre un derecho de forma equitativa. De esta manera, deberán ser reconocidas no sólo en los procesos donde se definan responsabilidades penales, sino “en todos los procesos judiciales o administrativos en que se discuta, directa o indirectamente, sobre un derecho fundamental” de los niños.

- i. - *Principio de jurisdiccionalidad.* La administración de justicia debe estar a cargo de un juez natural, competente, independiente e imparcial, de conformidad con el artículo 8 de la *Convención americana*. Asimismo, al decidir sobre controversias o situaciones

que involucren a niños y adolescentes debe buscarse preservar la especialidad de los organismos encargados de esta tarea. Además, en materia penal la autoridad deberá ser judicial, salvo cuando se presente la figura de la “remisión” a sede administrativa, en casos en que sea lo mejor para las partes involucradas, especialmente para el niño o niña. Igualmente, debe brindarse capacitación a las autoridades que resuelven los conflictos de los menores de edad como un requisito fundamental para el ejercicio de sus funciones.

- ii. -*Principio del contradictorio*. Resulta fundamental la determinación de las partes involucradas en un proceso, tanto como garantizar los derechos consagrados en la ley. Por ello, es necesario que “se confiera igualdad de oportunidades a las justiciables para la alegación y defensa de sus pretensiones” y se brinde el “debido equilibrio entre los sujetos procesales”. Asimismo, debe procurarse que “el proceso cuente con una parte actora, acusadora o solicitante diferenciada claramente de la función judicial encargada de la decisión”.

La adecuada asesoría jurídica y la participación de los padres o tutores durante el proceso permiten que se garantice la protección que por su especial condición el niño o niña necesitan.

- iii. *Principio de la inviolabilidad de la defensa*. Este principio significa que toda persona disfrute efectivamente del derecho de preparar su defensa adecuadamente, lo que implica conocer los cargos y las pruebas en su contra, así como el derecho a una asistencia letrada idónea durante todo el proceso, la cual “no es sustituible por padres, psicólogos, [o] asistentes sociales”. Además, este derecho implica no someter a la persona detenida a torturas para obtener una confesión sobre la comisión de las conductas delictivas.

- iv. -*Principio de publicidad del proceso*. De conformidad con este principio, todos los sujetos procesales deben conocer y tener acceso a las actuaciones procesales como “un medio de poder controlar el desarrollo del proceso y evitar poner en una posición de indefensión a alguno de ellos”. Asimismo, cuando se trate de menores de edad, la publicidad debe ser limitada en beneficio de su dignidad o intimidad, así como en aquellos supuestos donde el debate del caso pueda tener consecuencias negativas o estigmatizantes.

- v. - *Principio de impugnación o revisión*. Toda persona, incluido el niño, tiene el derecho de disfrutar de la posibilidad de revisión de una resolución con el propósito de valorar la correcta aplicación de la ley y apreciación de los hechos y pruebas, en todo proceso en donde se decida sobre algunos de sus derechos fundamentales. Asimismo, “este derecho siempre es ampliado con la posibilidad de utilización de recursos expeditos (*habeas corpus* o acciones similares) contra resoluciones que signifiquen privaciones de la libertad o su prolongación”.

Conclusiones

Durante la última década se configuró un nuevo escenario doctrinal basado en el derecho internacional de los derechos humanos denominado “doctrina de la protección integral”, el cual encontró su fundamento en el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derecho, lo cual ha permitido dejar atrás la “teoría de la situación irregular”. En este sentido, “la *Convención sobre los derechos del niño* [ha constituido] la base y piedra angular de la nueva doctrina”.

En relación con el artículo 19 de la *Convención americana*, la Corte Interamericana “ha dado vida al contenido sustantivo de dicha norma incorporando para su interpretación y aplicación el *corpus* normativo y doctrinario que ha permitido ampliar los estándares en la materia”, fenómeno que se ha visto desarrollado con el concepto del “interés superior del niño”, todo lo cual ha permitido “un avance sustancial en la protección de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes, asegurándoles una mejor y más acabada garantía en el ejercicio de sus derechos y obligaciones”.

El reconocimiento efectivo de los derechos de los niños hace necesario un gran movimiento social y cultural más que “un marco legislativo adecuado”, en el que diversos agentes tendrán un papel fundamental: la sociedad civil en la educación y promoción de los derechos del niño en todos los niveles; las organizaciones no gubernamentales en la denuncia, defensa y exigibilidad de los derechos del niño; los Estados en “asegurar el cumplimiento de las medidas de protección que infieren el artículo 19 de la *Convención americana* [...] a la luz del interés superior del niño, así como los demás tratados ratificados en la materia”; y los órganos del sistema interamericano en el reto de ampliar el reconocimiento y exigir el cumplimiento a los Estados parte de la *Convención americana*.

Sobre las prácticas que la Comisión Interamericana ha identificado, concluyen que “en todas y cada una de ellas se deben aplicar las garantías del debido proceso y la protección judicial efectiva”, lo cual necesariamente afecta la discrecionalidad del Estado al decidir sobre asuntos en los que se discutan los derechos fundamentales de los menores de edad.

Comisión Colombiana de Juristas

En su escrito de 2 de agosto de 2002, la Comisión Colombiana de Juristas manifestó que:

Para poder hacer real el anhelo de la nueva normatividad internacional en materia de protección a los derechos de los niños es imperante la modificación de algunas de las legislaciones de la región que están establecidas para enfrentar los problemas de la niñez, sobre todo los problemas de la niñez infractora de la ley penal. Para lograr tal objetivo es pertinente apuntar que no basta con el esfuerzo desarrollado para el establecimiento de una jurisdicción penal especial para el niño que pretende acabar con el sistema de la situación irregular, ya que ésta sólo ahonda en la presencia de irregularidades [*sic* en original], siendo del todo contraria al modelo de protección integral que debe adoptarse y, por lo tanto, inconsecuente con los derechos de la niñez infractora.

En consecuencia, los niños deben ser exonerados de toda aplicación de la ley penal, así sea ésta considerada de carácter especial. El Estado debe propender por la garantía plena de los derechos de la niñez para prevenir la incursión de los niños y niñas en la vida delictiva. Asimismo, debe garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y la posibilidad de acceder a una educación completa acorde con la dignidad humana y con los principios de derechos humanos, en particular los de tolerancia, libertad igualdad y solidaridad.

En este sentido, es importante destacar que “para la prevención de la delincuencia juvenil las políticas de prevención del delito del niño deben estar enmarcadas en una política social que en su conjunto tenga por objeto promover el bienestar de la niñez”. Los Estados deben hacer su mejor esfuerzo para brindar las condiciones suficientes para la subsistencia digna a la familia, pues los niños necesitan de los medios para su cabal desenvolvimiento físico, mental y social.

Además, debe evitarse al máximo la separación de los niños de su entorno familiar, ya que ésta debe ser una medida de última instancia que en todo caso deberá ser adoptada con el pleno [goce] de las garantías jurisdiccionales y que de todas formas debe ser acorde con la dignidad humana y, por consiguiente, “en ningún caso deberá implicar la reducción de los derechos, especialmente del derecho a la libertad”.

En cuanto a la observancia que debe tenerse de los criterios establecidos respecto de la capacidad legal de las personas para establecerla como un límite y un criterio a la infancia, es necesario mencionar que la mayoría de las legislaciones considera que, en razón del desarrollo físico y mental de la persona, es sólo hasta los 18 años que se cuenta con la madurez suficiente para asumir una actitud de adulto y que, por ende, todo el que se ubique por debajo de este rango ha de ser considerado niño, niña o adolescente, lo que implica la aplicación del total de las garantías y derechos consagrados para los mismos, considerando que todo menor de 18 años está incapacitado para decidir adecuadamente, lo que implica una mayor atención por parte del Estado y la familia en la orientación, apoyo y cuidado del mismo.

Por otro lado, ha de resaltarse que toda decisión estatal respecto de la niñez infractora tiene como objetivo principal y casi exclusivo la educación del niño, niña o adolescente, cuya orientación debe estar enmarcada en los principios de protección y satisfacción de las necesidades de los infantes, criterios éstos que *per se* hacen que se descarte la aplicación del derecho penal, así sea especial, a los niños, dado que el objeto del mismo no es la educación del sujeto activo de la infracción penal ni su cuidado sino, por el contrario, la sanción al mismo por incurrir en los tipos prohibidos por la ley.

En razón de lo expuesto, se concluye que:

1. -la *Convención americana sobre derechos humanos* debe interpretarse de manera tal que se reafirme la obligación del Estado de proteger a los infantes y de garantizarles sus derechos;
2. -la garantía de las condiciones necesarias para la subsistencia de los infantes es la mejor manera de prevenir la delincuencia infantil y juvenil;

3. -los niños infractores deben someterse a un tratamiento acorde con sus respectivas garantías que busque primordialmente su educación y que se sustraiga completamente del derecho penal. Debe evitarse al máximo la privación de la libertad y tratar que esta medida sea sólo la última instancia a la que se tenga que recurrir;
4. -los sistemas de atención a niños deben incluir programas de educación a padres y maestros; a su vez, aquellos que manejen los programas de asistencia a niños deben ser personas capacitadas en el área de derechos humanos de la infancia; y
5. -los Estados deben comprometerse a prevenir al máximo la violación de los derechos de los niños y a investigar y sancionar a los infractores de los mismos, así como a restablecer los derechos vulnerados.

III. Competencia

16. Esta consulta fue sometida a la corte por la comisión en el ejercicio de la facultad que otorga a ésta el artículo 64.1 de la *Convención*, el cual establece que:

Los Estados miembro de la organización podrán consultar a la corte acerca de la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*.⁷

17. La aludida facultad se ha ejercido en el presente caso satisfaciendo los requerimientos reglamentarios correspondientes: formulación precisa de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la corte, indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita y del nombre y dirección del delegado, y presentación de las consideraciones que originan la consulta (artículo 59 del reglamento), así como indicación de las normas internacionales diferentes a las de la *Convención americana* que también se requiere interpretar (artículo 60.1).
18. La comisión solicitó a la corte que “interprete si los artículos 8 y 25 de la *Convención americana sobre derechos humanos* presentan límites al arbitrio o a la discreción de los Estados para dictar medidas especiales de protección de acuerdo con el artículo 19 de la misma”, y para ello planteó cinco prácticas hipotéticas con el propósito de que la Corte se pronuncie sobre la compatibilidad de éstas con la *Convención americana*, a saber:
- a) -la separación de los jóvenes de sus padres y/o familia por no tener condiciones de educación y mantenimiento;
 - b) -la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones

⁷ - El capítulo VIII de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos* establece que la Comisión Interamericana es uno de los órganos de la OEA.

de riesgo o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstancias del menor;

- c) - la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor sin la garantía de defensa para el menor; y
- e) - la determinación en procedimientos administrativos o judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

Además, se requirió a la corte que formule “criterios generales válidos” sobre estos temas.

19. El cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el tribunal esté obligado a responder a ella. En este orden de ideas, la corte debe tener presentes consideraciones que trasciendan los aspectos meramente formales⁸ y que se reflejan en los límites genéricos que el tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva.⁹ Dichas consideraciones serán recogidas en los siguientes párrafos.
20. La comisión solicitó una interpretación jurídica de ciertos preceptos de la *Convención americana* y posteriormente amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la *Convención sobre los derechos del niño*, en cuanto que estos últimos podían contribuir a fijar el alcance de la *Convención americana*. Por ello, esta corte debe decidir, en primer lugar, si está investida de facultades para interpretar, por vía consultiva, tratados internacionales distintos de la *Convención americana*,¹⁰ cuyas normas contribuyan a fijar el sentido y el alcance de las estipulaciones contenidas en esta última.
21. La corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales que no figuran en la *Convención americana*. Para ello, ha recurrido a las disposiciones

⁸ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva* OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, número 16, párrafo 31; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, serie A, número 15, párrafo 31.

⁹ “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, número 1, párrafo 13.

¹⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 32, y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 19. En ejercicio de la jurisdicción contenciosa la corte ha ido más allá de simplemente interpretar otros tratados distintos de la *Convención americana* al aplicar tratados como la *Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura* o la *Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas* para determinar la responsabilidad internacional de los Estados en un caso particular. Véanse *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, número 70, párrafos 126 y 157; *Caso Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, número 69, párrafos 98, 100 y 101; *Caso Villagrán Morales y otros (caso de los “niños de la calle”)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, número 63, capítulo XIII, y *Caso Paniagua Morales y otros*, sentencia del 8 de marzo de 1998, serie C, número 37, párrafo 133.

generales de interpretación consagradas en la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, particularmente el principio de buena fe para asegurar la concordancia de una norma con el objeto y fin de la *Convención*.¹¹ Asimismo, este tribunal ha establecido que la interpretación debe atender “la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”,¹² y que la correspondiente a otras normas internacionales no puede ser utilizada para limitar el goce y el ejercicio de un derecho; asimismo, debe contribuir a la aplicación más favorable de la disposición que se pretende interpretar.

22. Igualmente, este tribunal estableció que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano”,¹³ aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección,¹⁴ y que:

[...]no existe ninguna razón para excluir, de manera previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos por el solo hecho de que sean también parte de dicho tratado Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado en el marco o bajo los auspicios de éste.¹⁵

23. La corte ha tenido oportunidad de referirse específicamente a la *Convención sobre los derechos del niño*, instrumento al que la comisión se refiere en la presente consulta, a través del análisis de los artículos 8, 19 y 25 de la *Convención americana*. En el caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), en que se aplicó el artículo 19 de la *Convención americana*, la corte utilizó el artículo 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* como instrumento para fijar el alcance del concepto de “niño”.¹⁶
24. En aquel caso, el tribunal destacó la existencia de un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual forman parte la *Convención sobre los derechos del niño* y la *Convención americana*), que debe ser utilizado como fuente de derecho por el tribunal para establecer “el contenido y los alcances” de las

¹¹ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, serie A, número 3, párrafo 49.

¹² *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafos 113–114.

¹³ *Ibid.*, *supra* nota 8, párrafo 36; *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos*. *Opinión consultiva* OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, número 10, párrafo 44; y “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 21.

¹⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafos 71 y 109; y “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 38.

¹⁵ “*Otros tratados*” objeto de la *función consultiva de la corte* (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9, párrafo 48. Véanse además los párrafos 14, 31, 37, 40 y 41.

¹⁶ *Caso Villagrán Morales y otros*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, número 63, párrafo 188.

obligaciones que ha asumido el Estado a través del artículo 19 de la *Convención americana*, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que se hace referencia en el mencionado precepto.¹⁷

25. Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional. El primer instrumento internacional relativo a ellos fue la *Declaración de Ginebra* de 1924, adoptada por la Unión Internacional para la Protección de la Infancia.¹⁸ En ella se reconoció que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, como un deber que se halla por encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.

26. En el siglo xx se produjeron al menos 80 instrumentos internacionales aplicables, en diversa medida, a los niños.¹⁹ En el conjunto destacan la *Declaración de los derechos del niño*,

¹⁷ *Ibid.*, supra nota 10, párrafo 194.

¹⁸ *Declaración de los derechos del niño*, Ginebra, 1924, “Introducción”.

¹⁹ *Inter alia*, *Convenio internacional del trabajo número 16 relativo al examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de buques* (1921), *Convenio internacional del trabajo número 58 por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo* (1936), *Declaración universal de los derechos humanos* (1948), *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948), *Convenio internacional del trabajo número 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria* (1948), *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (1948), *Convención de Ginebra relativa a la protección de personas civiles en tiempos de guerra* (1949), *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena* (1949), *Convención sobre el estatuto de los apátridas* (1954), *Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero* (1956), *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud* (1956), *Convenio internacional del trabajo número 112 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los pescadores* (1959), *Declaración de los derechos del niño* (1959), *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* (1960), *Convención para reducir los casos de apatridia* (1961), *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (1962), *Convenio internacional del trabajo número 123 relativo a la edad mínima de admisión al trabajo subterráneo en las minas* (1965), *Convenio internacional del trabajo número 124 relativo al examen médico de aptitud de los menores para el empleo en trabajos subterráneos en las minas* (1965), *Declaración sobre el fomento entre la juventud de los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos* (1965), *Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer el matrimonio y el registro de los matrimonios* (1965), *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (1966), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (1966), *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer* (1967), *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (1969), *Convención americana sobre derechos humanos* (1969), *Declaración de los derechos del retrasado mental* (1971), *Convenio internacional del trabajo número 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo* (1973), *Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición* (1974), *Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado* (1974), *Declaración de los derechos de los impedidos* (1975), *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)* (1977), *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)* (1977), *Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales* (1978), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979), *Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (1980), *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (1981), *Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores* (1984), *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)* (1985), *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales en el país en que viven* (1985), *Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos*

adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (1959), las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (*Reglas de Beijing*, 1985),²⁰ las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (*Reglas de Tokio*, 1990)²¹ y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (*Directrices de Riad*, 1990).²² En este mismo círculo de protección del niño figuran también el *Convenio 138* y la *Recomendación 146* de la Organización Internacional del Trabajo y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

27. Por lo que hace al sistema interamericano de protección de los derechos humanos es preciso considerar el principio 8 de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (1948) y el artículo 19 de la *Convención americana*, así como los artículos 13, 15 y 16 del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (*Protocolo de San Salvador*).²³
28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la *Convención americana* vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe hacerse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección.
29. La *Convención sobre los derechos del niño* ha sido ratificada por casi todos los Estados miembro de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorable a

nacional e internacional (1986), *Convenio internacional del trabajo número 168 sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo* (1988), *Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas* (1988), *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, "Protocolo de San Salvador" (1988), *Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias* (1989), *Convención interamericana sobre restitución internacional de menores* (1989), *Convención sobre los derechos del niño* (1989), *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares* (1990), *Convención sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional* (1993), *Plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio* (1990), *Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño* (1990), *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (1990), *Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad* (1990), *Resolución sobre la utilización de niños como instrumento para las actividades delictivas* (1990), *Resolución sobre los derechos de los niños* (1993), y *Declaración y programa de acción de Viena* (1993).

²⁰ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (en adelante "Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 40/33 del 29 de noviembre de 1985, quinta parte, "Tratamiento en establecimientos penitenciarios".

²¹ *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad* (en adelante "Reglas de Tokio"). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

²² *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (en adelante "Directrices de Riad"). Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112 del 14 de diciembre de 1990.

²³ Suscrito por la Asamblea General de la OEA, San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, y en vigencia a partir de noviembre de 1999.

los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional²⁴ como ordinaria,²⁵ sobre la materia que nos ocupa; disposiciones a las cuales el Comité de Derechos del Niño se ha referido en reiteradas oportunidades.

30. Si esta corte recurrió a la *Convención sobre los derechos del niño* para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha *Convención* y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre “la interpretación no sólo de la *Convención*, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”.²⁶
31. Siguiendo su práctica en materia consultiva, la corte debe determinar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la *Convención*”.²⁷
32. Varios son los parámetros que pueden ser utilizados por el tribunal al hacer este examen. Uno de ellos, coincidente con gran parte de la jurisprudencia internacional en esta materia,²⁸ se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga

²⁴ *Inter alia*, artículo 14, *Constitución de la nación Argentina*, (1 de mayo de 1953); artículo 8.e, *Constitución política del Estado de Bolivia*, (2 de febrero de 1967); artículo 42, *Constitución política de Colombia*, (4 de julio de 1991); artículos 51, 52, 53, 54 y 55, *Constitución política de la República de Costa Rica* (7 de noviembre de 1949); artículos 35–38, *Constitución política de la República de Cuba*, (24 de febrero de 1976); artículo 1.2 *Constitución política de la República de Chile* (11 de agosto de 1980); artículos 37 y 40, *Constitución política de la República del Ecuador*; artículos 32, 34, 35 y 36, *Constitución política de la República de El Salvador* (San Salvador, 15 de diciembre de 1983); artículos 20, 47, 50 y 51, *Constitución política de la República de Guatemala* (31 de mayo de 1985); artículo 111, *Constitución de la República de Honduras* (11 de enero de 1982); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*; artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de Nicaragua* (19 de noviembre de 1986); artículos 35, 70, 71, 73, 75 y 76, *Constitución política de la República de Panamá*, (11 de octubre de 1972); artículos 49, 50, 53, 54, 55 y 56, *Constitución nacional de la República de Paraguay* (20 de junio de 1992); artículo 4, *Constitución política del Perú* (31 de octubre de 1993); artículos 40, 41 y 43, *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (24 de agosto de 1966) y artículo 75, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* 1999.

²⁵ Véase, *inter alia*, Brasil: *Ley federal 8069*, 13 de julio de 1990; Costa Rica: *Ley de justicia penal juvenil* del 1 de mayo de 1996 y *Código de la niñez y la adolescencia* del 6 de febrero de 1998; Ecuador: *Código de menores* del 16 de julio de 1992; El Salvador: *Ley del menor infractor* del 1 de octubre de 1994; Guatemala: *Código de la niñez y la adolescencia*, aprobado el 26 de septiembre de 1996; Honduras: *Código de la niñez y la adolescencia* del 5 de septiembre de 1996; Nicaragua: *Código de la niñez y la adolescencia* del 1 de diciembre de 1998; Venezuela: *Ley orgánica de protección a la infancia y adolescencia* de 1999; Guatemala: *Decreto 78/96* de 1996; Perú: *Ley número 27337* de 2000, y Bolivia: *Ley número 1403* de 1992.

²⁶ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 34.

²⁷ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 43; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 9; opinión segunda.

²⁸ Véase *Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1989, p. 177, paragraphs 29–36; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution*

prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la corte en el marco de un caso contencioso.²⁹ Sin embargo, esta corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.³⁰

33. En el ejercicio de su función consultiva, la corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos.³¹ En este ámbito, el tribunal cumple con su función consultiva.³² La corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa, al señalar que:

[...]la competencia consultiva de la corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo y no existe tampoco un litigio [por] resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la corte pueda ser promovida por todos los Estados miembro de la OEA y órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la corte [...]. Consecuentemente, la corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la *Convención americana* es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el *Reglamento de la corte*, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados miembro”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.³³

276 (1970), *Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1971, p. 16, paragraphs 27–41; *Western Sahara, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1975; *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1951, p. 15, paragraphs 6 and 19); e I.C.J.: *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1950, p. 68 (1971, 1972).

²⁹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 45 y *La colegiación obligatoria de periodistas* (artículos 13 y 29, *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva* OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, número 5, párrafo 22.

³⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 45; *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.b. de la Convención americana sobre derechos humanos*, *Opinión consultiva* OC-12/91 del 6 de diciembre de 1991, serie A, número 12, párrafo 28; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 38.

³¹ *El Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 47; y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, (artículos 1 y 2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, número 14, párrafo 23.

³² Véase *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8 párrafo 47; *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 11, párrafo 32; e I.C.J., *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports, 1950, párrafo 65.

³³ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 8, párrafos 25 y 26.

34. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva,³⁴ única en el derecho internacional contemporáneo,³⁵ la cual constituye “un servicio que la corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos,³⁶ y de “ayudar a los Estados y órganos a cumplir y aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”.³⁷
35. La corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos³⁸ sirve al propósito de referirse a un contexto particular³⁹ y mostrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la opinión consultiva de que se trate,⁴⁰ sin que esto implique que el tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos.⁴¹ Además, estos últimos permiten a esta corte señalar que su opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos.⁴² La corte actúa al abordar el tema en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella.

³⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 28; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 9, párrafo 37.

³⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafo 43.

³⁶ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 64; y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 9, número 1, párrafo 39.

³⁷ *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafo 43.

³⁸ Véase *Solicitud de opinión*, escrito de consideraciones adicionales de la Comisión y anexos; segundo escrito de consideraciones adicionales de la Comisión, *Transcripción de la audiencia pública: Presentación de la Comisión Interamericana* y escritos de la Federación Coordinadora Nicaragüense de ONG que trabajan con la niñez y la adolescencia, Fundación Rafael Preciado Hernández de México, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional y Estado de Costa Rica.

³⁹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), Opinión consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, párrafo 16.

⁴⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 11, párrafos 44 *in fine* y 45.

⁴¹ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49; y *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), supra nota 31, párrafo 27.

⁴² *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 8, párrafo 49.

36. Por lo tanto, la corte estima que debe examinar los asuntos planteados en la solicitud que ahora se analiza y emitir la correspondiente opinión.

IV. Estructura de la opinión

37. Es inherente a las facultades de esta corte estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. Para ello, el tribunal toma en cuenta las cuestiones básicas que sustentan los interrogantes planteados en la solicitud de opinión y las analiza para llegar a conclusiones generales que puedan proyectarse a su vez sobre los puntos específicos mencionados en la propia solicitud y sobre otros temas conexos con aquéllos. En la especie, la corte ha resuelto ocuparse, en primer término, de los temas de mayor alcance conceptual que servirán para demarcar el análisis y las conclusiones en torno a los asuntos específicos, particularmente de carácter procesal, sometidos a su consideración.

V. Definición de niño

38. El artículo 19 de la *Convención americana*, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, no define este concepto. El artículo 1 de la *Convención sobre los derechos del niño* indica que “niño [es] todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad”.⁴³

39. En las *Reglas de Beijing*, en las *Reglas de Tokio* y en las *Directrices de Riad* se utilizan los términos “niño” y “menor” para designar a los sujetos destinatarios de sus disposiciones. De acuerdo con las *Reglas de Beijing* “menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por cometer un delito en forma diferente a un adulto”.⁴⁴ En las *Reglas de Tokio* no se establece salvedad alguna al límite de 18 años de edad.

40. La corte no entrará a considerar en este momento las implicaciones de las diversas expresiones con que se designa a los integrantes de la población menor de 18 años. En algunos de los planteamientos formulados por los participantes en el procedimiento correspondiente a esta opinión se hizo notar la diferencia que existe entre el niño y el menor de edad desde ciertas perspectivas. Para los fines que persigue esta opinión consultiva es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años.

41. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurí-

⁴³ Véase, en igual sentido, *Caso Villagrán Morales y otros*, *supra* nota 10, párrafo 188.

⁴⁴ Regla 2.2a. de las *Reglas de Beijing*.

dicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ella, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental o, en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.

42. En definitiva, tomando en cuenta la normativa internacional y el criterio sustentado por la corte en otros casos, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.⁴⁵

VI. Igualdad

43. Como lo hicieron notar tanto México y Costa Rica como el Instituto Interamericano del Niño, Ilanud y Cejil, es preciso puntualizar el sentido y alcance del principio de igualdad con respecto al tema de los niños. En ocasiones anteriores, este tribunal ha manifestado que el artículo 1.1 de la *Convención americana* obliga a los Estados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos sin discriminación alguna. Todo tratamiento que pueda ser considerado discriminatorio respecto de los derechos consagrados en la *Convención* es, *per se*, incompatible con ésta.⁴⁶

44. En un sentido más específico, el artículo 24 de la *Convención* consagra el principio de igualdad ante la ley. Así, la prohibición general de discriminación establecida en el artículo 1.1 “se extiende al derecho interno de los Estados parte, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la *Convención*, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”.⁴⁷

45. En una opinión consultiva, la corte hizo notar que:

[L]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.⁴⁸

46. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la corte ha establecido que “no toda distinción de trato

⁴⁵ El término “niño” abarca, evidentemente, los niños, las niñas y los adolescentes.

⁴⁶ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 53.

⁴⁷ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 54.

⁴⁸ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 34, párrafo 55.

puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.⁴⁹ En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.⁵⁰ Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento [*sic*] en que se encuentran.

47. Asimismo, este tribunal estableció que:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana⁵¹ (*infra* 97).

48. La propia Corte Interamericana ha establecido que no existe “discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.⁵²

49. En este punto, procede recordar que el artículo 2 la *Convención sobre los derechos del niño*⁵³ dispone que:

1. - Los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente *Convención* y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente

⁴⁹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 55.

⁵⁰ Eur. Court H.R., *Case of Willis versus The United Kingdom, Judgment of 11 June, 2002*, párrafo 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet versus The Netherlands, Judgment of 4th June, 2002*, párrafo 42; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic versus Austria, Judgment of 27th of March, 1998*, Informes 1998-II, párrafo. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” versus Belgium, Judgment of 23rd July 1968*, serie A, 1968, párrafo 34.

⁵¹ *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 57.

⁵² *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, supra* nota 34, párrafo 56.

⁵³ El principio 1 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) estableció que: “El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta *Declaración*. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.”

de la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. - Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, actividades, opiniones expresadas o creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.⁵⁴

50. En igual sentido, los principios generales de las *Reglas de Beijing* establecen que:

Éstas se aplicarán a los menores delincuentes con imparcialidad, sin distinción alguna, por ejemplo, de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

51. En su *Observación general número 17* sobre el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado.⁵⁵ La aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el *Pacto*.⁵⁶ El comité acotó que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos aplicables a los niños: éstos “gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él”.⁵⁷

52. Asimismo, el comité indicó que:

[D]e acuerdo con el *Pacto*, debe otorgarse protección a los niños sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento. El comité observa a este respecto que, mientras que la no discriminación en el disfrute de los derechos previstos en el *Pacto* se deriva también para los niños del artículo 2 y su igualdad ante la ley del artículo 26, la cláusula no discriminatoria del artículo 24 se refiere de manera concreta a las medidas de protección previstas en esta disposición.⁵⁸

⁵⁴ En cuanto al principio de no discriminación, éste ha sido analizado por el Comité de Derechos del Niño, el cual se ha pronunciado en varias ocasiones. Véase, *inter alia*, *Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala*, 2001; e *Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice*, 1999.

⁵⁵ “Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

⁵⁶ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafos 1 y 2.

⁵⁷ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 2.

⁵⁸ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 2.

53. La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de su personalidad y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.⁵⁹
54. Tal como se señalara en las discusiones de la *Convención sobre los derechos del niño*, es importante destacar que los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado.
55. Se puede concluir que, en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido prescrito por la *Convención*. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la *Convención*, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla.

VII. Interés superior del niño

56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano,⁶⁰ en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la *Convención sobre los derechos del niño*.
57. A este respecto, el principio 2 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) establece:
- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.
58. El principio anterior se reitera y desarrolla en el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que dispone:
1. - En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.⁶¹

⁵⁹ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (Artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 5.

⁶⁰ En igual sentido, véase el preámbulo de la *Convención americana*.

⁶¹ El Comité de Derechos del Niño ha establecido la necesidad de integrar este principio en la legislación, o bien de hacer efectivo lo consagrado en la misma, como una de las recomendaciones principales para atender el interés

59. Este asunto se vincula con los examinados en párrafos precedentes si se toma en cuenta que la *Convención sobre derechos del niño* alude al interés superior de éste (artículos 3, 9, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en ese instrumento, cuya observancia permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.⁶² A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos.
60. En el mismo sentido conviene observar que, para asegurar en la mayor medida posible la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la *Convención sobre los derechos del niño*⁶³ establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la *Convención americana* señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.
61. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.

superior del niño, *inter alia*, Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay, 2001; Informe el Comité de Derechos del Niño en Guatemala, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana, 2001; Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam, 2000; Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice, 1999; Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador, 1999; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia, 1998.

⁶² En igual sentido, el principio 7 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) estableció lo siguiente: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”.

Así también el principio 10 de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo celebrada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994) señala: “El interés superior del niño deberá ser el principio por el que se guíen los encargados de educarlo y orientarlo; esa responsabilidad incumbe ante todo a los padres”.

⁶³ La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la *Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño* y en la *Declaración de los derechos del niño* adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959 y reconocida en la *Declaración universal de los derechos humanos*, en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (en particular, en los artículos 23 y 24), en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño. En la *Declaración de los derechos del niño* se indica que “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

VIII. Deberes de la familia, la sociedad y el Estado

La familia como núcleo central de protección

62. La adopción de medidas especiales para la protección del niño corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que aquél pertenece. Sobre este tema el artículo 16 del *Protocolo de San Salvador* manifiesta que:

Todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho [...] a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho de crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

63. En este sentido, el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño* ha establecido que:

2. Los Estados parte se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

64. A lo anterior es preciso agregar la puntual observancia de obligaciones establecidas en el artículo 4 de la *Convención sobre los derechos del niño*, que señala:

Los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente *Convención*. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, en el marco de la cooperación internacional.

65. En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia.

66. En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar. En este sentido, “el reconocimiento de la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad”, con derecho

a “la protección de la sociedad y el Estado”, constituye un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la *Declaración universal*,⁶⁴ vi de la *Declaración americana*, 23.1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*⁶⁵ y 17.1 de la *Convención americana*.⁶⁶

67. Las *Directrices de Riad* han señalado que “la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño; los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa. La sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental” (apartado decimosegundo). Asimismo, el Estado debe velar por la estabilidad del núcleo familiar, facilitando, a través de sus políticas, la prestación de los servicios adecuados para éste⁶⁷ y garantizando las condiciones que permitan alcanzar una vida digna (*infra* 86).

68. El artículo 4 de la *Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social* (1969), proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2542 (xxiv) del 11 de diciembre de 1969, estableció:

La familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente de los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad. Los padres tienen el derecho exclusivo a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

69. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas se refirió a la titularidad de los derechos consagrados por los artículos 17 y 23 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.⁶⁸ Es importante considerar el alcance que tiene el concepto de familia para radicar los deberes y facultades a los que hacemos referencia. La Corte Europea de Derechos Humanos ha sostenido en diversas ocasiones que el concepto de vida familiar “no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio”.⁶⁹

70. La Corte Interamericana ha abordado el tema desde la perspectiva de los familiares de la víctima de la violación de derechos. A este respecto, el tribunal estima que el término

⁶⁴ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁶⁵ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁶⁶ “La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

⁶⁷ En la directriz de Riad número 13 se establece que: “Los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto”.

⁶⁸ Caso *Aumeeruddy-Cziffa and Others versus Mauritius*, 09/04/81, CCRP/C/12/D/35/1978, párrafo 92 (b).

⁶⁹ Eur. Court H.R., *Keegan versus Ireland*, Judgment of 26 May 1994, serie A, número 290, párrafo 44; y Eur. Court H.R., *Case of Kroon and Others versus The Netherlands*, Judgment 27th October, 1994, serie A, número 297-C, párrafo 30.

“familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano.⁷⁰

Separación excepcional del niño de su familia

71. El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido por los artículos 12.1 de la *Declaración universal de los derechos humanos*,⁷¹ v de la *Declaración americana de derechos y deberes del hombre*,⁷² 17 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*,⁷³ 11.2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*⁷⁴ y 8 de la *Convención europea de derechos humanos*.⁷⁵ Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia.

72. La Corte Europea ha establecido que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia,⁷⁶ y que aun cuando los

⁷⁰ Véase *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). Sentencia del 27 de febrero de 2002, serie c, número 92, párrafo 57; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), sentencia del 22 de febrero de 2002, serie c, número 91, párrafo 34; y *Caso Villagrán Morales y otros. Reparaciones* (artículo 63.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), sentencia del 26 de mayo de 2001, serie c, número 77, párrafo 68.

⁷¹ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”

⁷² “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

⁷³ “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.”

⁷⁴ “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación:

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.”

⁷⁵ En este sentido, el artículo 8 de la *Convención de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales* establece que:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No puede haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en cuanto esta interferencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

⁷⁶ Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 December 2001*, párrafo 35; Eur. Court H.R., *Case of T and K versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 151; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 43; Eur. Court H.R., *Case of Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV*, párrafo 52.

padres estén separados de sus hijos la convivencia familiar debe estar garantizada.⁷⁷ Las medidas que impidan ese goce constituyen una interferencia en el derecho protegido en el artículo 8 de la *Convención*.⁷⁸ El mismo tribunal señaló que el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia.

73. Cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada por el interés del niño.⁷⁹ Al respecto, la directriz 14 de Riad ha establecido que:

Cuando no exista un ambiente familiar de estabilidad y bienestar, los intentos de la comunidad por ayudar a los padres en este aspecto hayan fracasado y la familia extensa no pueda ya cumplir con esta función, se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción que, en la medida de lo posible, deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia para evitar los problemas relacionados con el “desplazamiento” de un lugar a otro.

74. La propia Corte Europea ha hecho ver que las autoridades poseen, en algunos casos, facultades muy amplias para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño.⁸⁰ Sin embargo, no hay que perder de vista las limitaciones existentes en diversas materias, como el acceso de los padres al menor. Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y los de sus padres.⁸¹ La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño

⁷⁷ Eur. Court H.R., *Case of Ahmut versus the Netherlands, Judgment of 27 November 1996, Reports 1996-VI*, párrafo 60; Eur. Court H.R., *Case of Gül versus Switzerland, Judgment of 19 February 1996, Reports 1996-I*, párrafo 32; y Eur. Court H.R., *Case of Berrehab versus the Netherlands, Judgment of 21 June 1988*, serie A, número 138, párrafo 21.

⁷⁸ Véase *inter alia*, Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 35; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 43; Eur. Court H.R., *Case Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 51; y Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 52.

⁷⁹ Eur. Court H.R., *Case of T and K versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 168; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta versus Italy, Judgment of 11 July 2000*, párrafo 148; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 1), Judgment of 24 March 1988*, serie A, número 130, párrafo 72.

⁸⁰ Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 38; Eur. Court H.R., *Case of K and T versus Finland, Judgment of 12 July 2001*, párrafo 154; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 48; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta, Judgment of 11 July 2000*, párrafo 148; Eur. Court H.R., *Case of Bronda versus Italy, Judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV*, párrafo 59; Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 64; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 2), Judgment of 27 November 1992*, serie A número 250, párrafo 90.

⁸¹ *Inter alia*, Eur. Court H.R., *Case of Buchberger versus Austria, Judgment of 20 November 2001*, párrafo 40; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany, Judgment of 13 July 2000*, párrafo 50; Eur. Court H.R., *Case of Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-III*, párrafo 78; y Eur. Court H.R., *Case of Olsson versus Sweden (number 2), Judgment of 27 November 1992*, serie A, número 250, párrafo 90.

que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor.⁸² Estas preocupaciones y otras vinculadas con ellas determinan el contenido de varios preceptos de la *Convención sobre los derechos del niño* (artículos 5, 9, 19 y 20, *inter alia*).

75. Esta corte destaca los *travaux préparatoires* de la *Convención sobre los derechos del niño* que ponderaron la necesidad de que las separaciones de éste con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las *Reglas de Beijing* (17, 18 y 46).

76. La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la *Convención*.

77. En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Instituciones y personal

78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño. En este sentido, el inciso tercero del artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño* determina lo siguiente:

3. Los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan con las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.⁸³

79. Esto debe guiar la actividad de todas las personas que intervienen en el proceso, quienes han de ejercer sus respectivas encomiendas tomando en consideración tanto la naturaleza

⁸² Eur. Court. H.R., *Case of Buchberger versus Austria*, *Judgment of 20 December 2001*, párrafo 40; Eur. Court H.R., *Case of Scozzari and Giunta versus Italy*, *Judgment of 11 July 2000*, párrafo 169; Eur. Court H.R., *Case of Elsholz versus Germany*, *Judgment of 13 July 2000*, párrafo 50; y *Case of Johansen versus Norway*, *Judgment of 7 August 1996*, *Reports 1996-IV*, párrafo 78.

⁸³ En igual sentido las *Reglas de Beijing* han tratado varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria dentro de la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores (véanse las reglas 1.6, 2.2, 6.1, 6.2 y 6.3).

misma de éstas, en general, como el interés superior del niño ante la familia, la sociedad y el propio Estado, en particular. No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos.⁸⁴

Condiciones de vida y educación del niño

80. En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la *Convención americana* no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas.⁸⁵ El concepto de vida digna desarrollado por este tribunal se relaciona con la norma contenida en la *Convención sobre los derechos del niño*, cuyo artículo 23.1, relativo a los niños que presentan algún tipo de discapacidad, establece lo siguiente:

1. Los Estados parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

81. El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado con las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la *Convención sobre los derechos del niño*), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles. La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994)⁸⁶ resaltó que:

Todos los Estados y todas las familias deberían dar [...] la máxima prioridad posible a la infancia. El niño tiene derecho a un nivel de vida adecuado para su bienestar y al más alto nivel posible de salud y a la (principio 11) [...] educación.

82. En igual sentido, la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993)⁸⁷ puntualizó que:

Deben reforzarse los mecanismos y programas [...] nacionales e internacionales de defensa y protección de los niños, en particular las niñas, los niños abandonados, los niños de la calle y los niños explotados económica y sexualmente, incluidos los utilizados en la pornografía y la prostitución infantil o la venta de órganos, los niños víctimas de enfermedades, en particular el sida, los niños refugiados y desplazados, los niños detenidos, los

⁸⁴ *Formación de funcionarios encargados de la niñez y la adolescencia (Informe del Comité de Derechos del Niño en Costa Rica, 2000; e Informe del Comité de Derechos del Niño en Saint Kitts and Nevis, 1999).*

⁸⁵ *Caso Villagrán Morales y otros, supra* nota 10, párrafo 144.

⁸⁶ Principio 11 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994).

⁸⁷ II Conferencia Mundial de Derechos Humanos realizada del 14 al 25 de junio de 1993, Viena, Austria.

niños en situaciones de conflicto armado y los niños víctimas del hambre y la sequía o de otras calamidades.⁸⁸

83. En el mismo sentido, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo también resaltó que:

Toda persona tiene derecho a la educación, que [...] deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de los recursos humanos, de la dignidad humana y del potencial humano, prestando especial atención a las mujeres y las niñas. La educación debería concebirse de tal manera que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluidos los relacionados con la población y el desarrollo.⁸⁹

⁸⁸ Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994). En igual sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Viena* (1993), página 69:

[...]. La Conferencia Mundial considera que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para el logro y la promoción de relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz.

[...]. Los Estados deben tratar de eliminar el analfabetismo y deben orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La Conferencia Mundial pide a todos los Estados e instituciones que incluyan los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley como temas en los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza académica y no académica.

[...]. La educación en materia de derechos humanos debe incluir la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social, tal como se dispone en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a fin de lograr la comprensión y sensibilización de todos acerca de los derechos humanos con objeto de afianzar la voluntad de lograr su aplicación a nivel universal.

[...]. Teniendo en cuenta el *Plan mundial de acción para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia*, adoptado en marzo de 1993 por el Congreso Internacional sobre la Educación en pro de los Derechos Humanos y la Democracia, y otros instrumentos de derechos humanos, la Conferencia Mundial recomienda que los Estados elaboren programas y estrategias específicos para que la educación y la difusión de información pública en materia de derechos humanos llegue al máximo número de personas, teniendo particularmente en cuenta los derechos humanos de la mujer.

[...]. Los gobiernos, con la asistencia de organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales y organizaciones no gubernamentales, deben fomentar una mayor comprensión de los derechos humanos y la tolerancia mutua. La Conferencia Mundial destaca la importancia de intensificar la Campaña Mundial de Información Pública realizada por las Naciones Unidas. Los gobiernos deben iniciar y apoyar las actividades de educación en materia de derechos humanos y difundir efectivamente información pública sobre esta cuestión. Los programas de servicios de asesoramiento y asistencia técnica del sistema de las Naciones Unidas deben poder atender inmediatamente a las solicitudes de actividades educacionales y de formación en la esfera de los derechos humanos que presenten los Estados, así como a sus solicitudes de educación especial sobre las normas contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el derecho humanitario y su aplicación a grupos especiales, como fuerzas militares, fuerzas del orden, policía y personal de salud. Debe considerarse la posibilidad de proclamar un decenio de las Naciones Unidas para la educación en materia de derechos humanos a fin de promover, alentar y orientar estas actividades educacionales.

⁸⁹ Principio 10 de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo realizada del 5 al 13 de septiembre de 1994 en El Cairo, Egipto (1994).

84. Se debe destacar que entre las medidas especiales de protección de los niños y entre los derechos reconocidos a éstos en el artículo 19 de la *Convención americana*, figura de manera destacada el derecho a la educación, que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad.

85. En el principio 7 de la *Declaración de los derechos del niño* (1959) se estableció que:

El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social y llegar a ser un miembro útil de la sociedad [...]. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deben estar orientados hacia los fines perseguidos por la educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho.

86. En suma, la educación y el cuidado de la salud de los niños suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos.

Obligaciones positivas de protección

87. Esta corte ha establecido reiteradamente, a través del análisis de la norma general consagrada en el artículo 1.1 de la *Convención americana*, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el derecho internacional de los derechos humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública de cualquiera de los poderes del Estado constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la *Convención americana*.⁹⁰ Dicha obligación general impone a los Estados parte el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros particulares.⁹¹ En este sentido, y para efectos de esta opinión, los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, bajo los artículos 19 (derechos del niño) y 17 (protección a la familia), en combina-

⁹⁰ Véase *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awax Tingni*, sentencia del 31 de agosto de 2001, serie c, número 79, párrafo 134; *Caso Ivcher Bronstein*, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie c, número 74, párrafo 168; *Caso del Tribunal Constitucional*, sentencia del 31 de enero de 2001, serie c, número 71, párrafo 109; *Caso Bámaca Velásquez*, *supra* nota 10, párrafo 210; y *Caso Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, serie c, número 22, párrafo 125.

⁹¹ Véase *Medidas provisionales, Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, resolución de la corte del 18 de junio de 2002, considerativo 11.

ción con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la *Convención sobre los derechos del niño* que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural.⁹² En particular, el Comité sobre Derechos del Niño ha enfatizado en su primer comentario general la relevancia del derecho a la educación.⁹³ Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común debe, en igual sentido, resguardar el papel preponderante de la familia en la protección del niño y prestar asistencia del poder público a la familia⁹⁴ mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar.⁹⁵
89. Cabe destacar que el Comité sobre Derechos del Niño brindó especial atención a la violencia contra los niños tanto en el seno de la familia como en la escuela. Señaló que “la *Convención sobre los derechos del niño* establece altos estándares para la protección del niño contra la violencia, en particular en los artículos 19 y 28, así como en los artículos 29, 34, 37, 40, y otros, [...] tomando en cuenta los principios generales contenidos en los artículos 2, 3 y 12”.⁹⁶
90. La Corte Europea, haciendo alusión a los artículos 19 y 37 de la *Convención sobre los derechos del niño*, ha reconocido el derecho del niño a ser protegido contra interferencias de actores no estatales, tales como el maltrato de uno de los padres;⁹⁷ además, ha reconocido que si los niños han sido descuidados por sus padres y carecen de satisfacción para afrontar sus necesidades sociales básicas, el Estado tiene el deber de intervenir para protegerlos.⁹⁸

⁹² Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of Child* (artículo 24), 07/04/1989, CCPR/c/35, párrafo 3.

⁹³ Committee on the Rights of the Child, *The Aims of Education, General Comment 1*, CRC/c/2001/1, 17/04/2001.

⁹⁴ Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of the Child* (artículo 24), 07/04/1989, párrafo 6.

⁹⁵ Eur. Court H.R., *Olsson versus Sweden (number 1), Judgment of 24 March 1988*, serie A, número 130, párrafo. 81; Eur. Court H.R., *Johansen versus Norway, Judgment of 7 August 1996, Reports 1996-IV*, párrafo 78; y *P.C. and S versus the United Kingdom, Judgment of 16 July 2002*, párrafo 117.

⁹⁶ Committee on the Rights of the Child, *Report of its Twenty-Eight Session*, 28/11/2001, CRC/c/111, párrafo 678.

⁹⁷ Eur. Court H.R., *A versus The United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998, *Reports 1998-VI*, párrafo 22; y véase también Human Rights Committee, *General Comment 17, Rights of the Child* (artículo 24), 07/04/1989, párrafo 6.

⁹⁸ Eur. Court H.R., *Z and Others versus the United Kingdom, Judgment of 10 May 2001*, párrafo 73–75; y véase también *Report of the Commission of 10 September 1999*, párrafos 93–98.

91. En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño.

IX. Procedimientos judiciales o administrativos en que participan los niños

Debido proceso y garantías

92. Como se ha dicho anteriormente (*supra* 87), los Estados tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), medios idóneos para que sean efectivos en toda circunstancia;⁹⁹ tanto el *corpus iuris* de derechos y libertades como las garantías de éstos son conceptos inseparables del sistema de valores y principios característico de la sociedad democrática. En ésta “los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.¹⁰⁰

93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado.

94. Estas consideraciones se deben proyectar sobre la regulación de los procedimientos, judiciales o administrativos, en los que se resuelva acerca de derechos de los niños y, en su caso, de las personas bajo cuya potestad o tutela se hallan aquéllos.

95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la *Convención* se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma tal que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

96. Es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento.

⁹⁹ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987*, serie A, número 8, párrafo 25.

¹⁰⁰ *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 99, párrafo 26.

97. A este respecto, conviene recordar que la corte señaló en la *Opinión consultiva acerca del derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, cuando abordó esta materia desde una perspectiva general, que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales¹⁰¹ y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esas medidas de compensación, ampliamente reconocidas en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas (*supra* 47).¹⁰²

98. En definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños su ejercicio supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.

Participación del niño

99. Entre las situaciones hipotéticas planteadas por la Comisión Interamericana se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura. El artículo 12 de la *Convención sobre los derechos del niño* contiene previsiones adecuadas sobre este asunto, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino:

1. - Los Estados parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio y el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez.
2. - Con tal fin se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, ya sea directamente o por me-

¹⁰¹Véanse artículos II y XVIII de la *Declaración americana sobre derechos y deberes del hombre*; artículos 7 y 10 de la *Declaración universal de los derechos humanos*; artículos 2.1, 3 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*; artículos 2 y 15 de la *Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; artículos 2.5 y 7 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*; artículos 2 y 3 de la *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos*; artículos 1, 8.2 y 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos* y artículo 14 de la *Convención europea de derechos humanos*.

¹⁰²*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 8, párrafo 119.

dio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.¹⁰³

100. Desde esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la *Observación general número 13*, relativa al artículo 14 del *Pacto de derechos civiles y políticos de las Naciones Unidas* sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales,¹⁰⁴ y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.¹⁰⁵

¹⁰³Respecto a reforzar la posibilidad de emisión de opiniones por parte de los niños el Comité de Derechos del Niño pronunció los siguientes informes: *Informe del Comité de Derechos del Niño en Paraguay*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Guatemala*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en República Dominicana*, 2001; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Surinam*, 2000; *Informe el Comité de Derechos del Niño en Granada* 2000; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Honduras*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Venezuela*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Nicaragua*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Belice*, 1999; *Informe del Comité de Derechos del Niño en Ecuador*, 1999; e *Informe del Comité de Derechos del Niño en Bolivia*, 1998.

¹⁰⁴Human Rights Committee, *General Comment 13, Equity Before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law* (artículo 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 2.

¹⁰⁵Human Rights Committee, *General Comment 13, Equity Before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law* (artículo 14). 13/04/84, CCPR/C/21, p. 4. El artículo 14 del pacto citado reza: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de la moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia, pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

[...] Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. -

[...] Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: -

- a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
- b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
- c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;
- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

101. Este tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en esa categoría. La capacidad de decisión de un niño de tres años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello, debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en ese dominio.
102. En definitiva, el encargado de aplicar el derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

Proceso administrativo

103. Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (*supra* 71); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (*supra* 77); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (*supra* 78 y 79); que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y reinsertar en la sociedad al menor cuando ello sea pertinente y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, y reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste conforme a criterios de pertinencia y racionalidad.

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; -

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. -

[...] En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. -

[...] Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. [...]: -

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

Procesos judiciales

Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo

104. Para el examen de la cuestión que ahora interesa conviene identificar algunos conceptos muy frecuentemente manejados en este ámbito –con mayor o menor acierto– como son los de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo.
105. La imputabilidad, desde la perspectiva penal –vinculada a la realización de conductas típicas y punibles y a las correspondientes consecuencias sancionadoras– es la capacidad de culpabilidad de un sujeto. Si éste carece de ella no es posible formular en su contra el juicio de reproche que se dirigiría, en cambio, a quien es imputable. La imputabilidad queda excluida cuando la persona carece de la capacidad de entender la naturaleza de su acción u omisión y/o de conducirse conforme a esa comprensión. Se suele aceptar que carecen de esa capacidad los menores de cierta edad. Se trata de una valoración legal genérica que no examina las condiciones específicas de los menores, casuísticamente, sino que los excluye de plano del ámbito de la justicia penal.
106. Las *Reglas de Beijing* en su disposición 4, que no tiene naturaleza vinculante, estableció que la imputabilidad penal “no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual” del niño.
107. La *Convención sobre los derechos del niño* no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3, inciso a),¹⁰⁶ que obliga a los Estados parte a determinar una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal.
108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la *Convención* respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta corte ha señalado que el principio de legalidad penal “implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.¹⁰⁷ Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la *Convención americana*, debe ser otorgada a los niños.

¹⁰⁶“Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes y, en particular, el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”.

¹⁰⁷*Caso Castillo Petruzzi y otros*, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie c, número 52, párrafo 121.

109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños y, particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a ellos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la *Convención sobre los derechos del niño* contempla el “establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes” (artículo 40.3).
110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero que se encuentran en situación de riesgo o peligro por *desvalimiento* [*sic*], abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las pautas de conducta generalmente aceptadas, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurrir en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos.
111. En este sentido, la directriz 56 de Riad establece que “deberá promulgarse una legislación por la cual se garantice que todo acto que no se considera un delito, ni es sancionado cuando lo comete un adulto, tampoco deberá considerarse un delito ni ser objeto de sanción cuando es cometido por un joven”.
112. Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o desviaciones de comportamiento que requieren la intervención oportuna (*supra* 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias.
113. Obviamente estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos de la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al “dominio” de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera del procedimiento legal y sin garantías

que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender el interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad.

114. La presencia de circunstancias graves como las que hemos descrito tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho.

Debido proceso

115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreducible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el derecho de los derechos humanos. Como lo estableciera este tribunal en su *Opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*:

El proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional.¹⁰⁸

116. Por lo que toca a la materia que ahora interesa, las reglas del debido proceso se hallan establecidas, principal pero no exclusivamente, en la *Convención sobre los derechos del niño*, las *Reglas de Beijing*, las *Reglas de Tokio* y las *Directrices de Riad*, que sirven al propósito de salvaguardar los derechos de los niños sometidos a diferentes actuaciones por parte del Estado, la sociedad o la familia.

¹⁰⁸El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, *supra* nota 8, párrafo 117.

117. Las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse no sólo a los procesos judiciales, sino a cualesquiera otros procesos que siga el Estado,¹⁰⁹ o bien que estén bajo la supervisión del mismo (*supra* 103).

118. En el nivel internacional es importante destacar que los Estados parte en la *Convención sobre los derechos del niño* han asumido la obligación de adoptar una serie de medidas que resguarden el debido proceso legal y la protección judicial según parámetros parecidos a los establecidos en la *Convención americana sobre derechos humanos*. Estas normas son los artículos 37¹¹⁰ y 40.¹¹¹

¹⁰⁹ *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 90, párrafos 102–104; *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia del 2 de febrero de 2001, serie c, número 72, párrafos 124–126; *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 90, párrafos 69–71; y *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* oc–11/90 del 10 de agosto de 1990, serie a, número 11, párrafo 28.

¹¹⁰ Los Estados parte velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y [a toda] otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial, y a una pronta decisión sobre dicha acción.

¹¹¹ Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de

119. Para los fines de esta opinión consultiva, concierne formular algunas consideraciones acerca de diversos principios materiales y procesales cuya aplicación se actualiza en los procedimientos relativos a menores y que deben asociarse a los puntos examinados con anterioridad para establecer el panorama completo de esta materia. A este respecto es debido considerar asimismo la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la *Convención sobre los derechos del niño* que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante (*infra* 135 y 136): “siempre que sea apropiado y deseable se [adoptarán medidas para tratar a los niños a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido leyes penales] sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendido de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (artículo 40.3.b de la *Convención sobre los derechos del niño*).

a) *Juez natural*

120. La garantía de los derechos implica la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de aquéllos, con intervención de un órgano judicial competente,

asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes y, en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que se guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

independiente e imparcial, cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales.¹¹² A este respecto, la regla número 6 de Beijing regula las atribuciones de los jueces para la determinación de los derechos de los niños:

6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.

6.2 Se procurará, no obstante, garantizar la debida competencia en todas las fases y niveles en el ejercicio de cualquiera de esas facultades discrecionales.

6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.¹¹³

b) *Doble instancia y recurso efectivo*

121. La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal superior que pueda revisar las actuaciones del inferior. Esta facultad ha quedado plasmada en el artículo 8.2.h de la *Convención americana* y en el artículo 40.b, inciso v, de la *Convención sobre los derechos del niño*.

122. El artículo 25 de la *Convención americana* dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo. En este marco se sitúan el amparo y el *habeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción.¹¹⁴

¹¹²*Caso Las Palmeras*, sentencia del 6 de diciembre de 2001, serie c, número 90, párrafo 53; *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 107, párrafos 129 y 130; y *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6, *Convención americana sobre derechos humanos*), *supra* nota 99, párrafo 30.

¹¹³Las reglas 6.1, 6.2 y 6.3 tratan de varios aspectos importantes de una administración de justicia de menores eficaz, justa y humanitaria: la necesidad de permitir el ejercicio de las facultades discrecionales en todos los niveles importantes del procedimiento, de modo que los que adoptan determinaciones puedan tomar las medidas que estimen más adecuadas en cada caso particular, y la necesidad de prevenir controles y equilibrios a fin de restringir cualquier abuso de las facultades discrecionales y salvaguardar los derechos del joven delincente. La competencia y el profesionalismo son los instrumentos más adecuados para restringir el ejercicio excesivo de dichas facultades. Por ello, se hace especial hincapié en la idoneidad profesional y en la capacitación de los expertos como un medio valioso para asegurar el ejercicio prudente de las facultades discrecionales en materia de delincuencia de menores (véanse también las reglas 1.6 y 2.2.)

¹¹⁴Aquella "disposición de carácter general [...] recoge la institución procesal del amparo, entendido como el procedimiento judicial sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de todos los derechos reconocidos por las constituciones y leyes de los Estados parte y por la *Convención*", *El habeas corpus bajo suspensión de garantías* (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva oc-8/87* del 30 de enero de 1987, serie A, número 8, párrafo 34.

123. Asimismo las *Reglas de Beijing* han establecido los siguientes parámetros:

- 7.1 En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas tales como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusaciones, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la presencia de los padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.

c) *Principio de inocencia*

124. Es aplicable a esta materia el artículo 8.2.g de la *Convención americana*, que establece:

2. - Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

- g. - Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.

125. La norma anterior debe leerse en relación con el artículo 40.2 b de la *Convención sobre los derechos del niño*, la cual dicta que:

2. - Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados parte garantizarán, en particular:

- b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

- i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

126. En igual sentido, la regla 17 de Tokio señala que:

Se presume que los menores detenidos bajo arresto o en espera de juicio son inocentes y deberán ser tratados como tales. En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible por aplicar medidas sustitutivas. Cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de estos casos a fin de que la tramitación sea lo más breve posible. Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables.

127. Este tribunal ha establecido que dicho principio “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.¹¹⁵

¹¹⁵ *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 10, párrafo 120.

128. En el proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda.
129. A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla.
130. Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara y las consecuencias de su declaración. En este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos (*supra* 41).
131. Todo lo anterior sería aplicable a un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones. Por lo que toca a procesos propiamente penales –“en sede penal” señala la solicitud de opinión– hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión.

d) *Principio de contradictorio*

132. En todo proceso deben concurrir determinados elementos para que exista el mayor equilibrio entre las partes para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio en las actuaciones, al que atienden las normas que en diversos instrumentos disponen la intervención del niño por sí mismo o mediante representantes en los actos del proceso, la aportación de pruebas, el examen de éstas y la formulación de alegatos, entre otros.¹¹⁶

¹¹⁶En este sentido, véase *inter alia*, la regla 7.1 de las *Reglas de Beijing*, el artículo 8 de la *Convención americana sobre derechos humanos* y los artículos 6.1 y 6.3 de la *Convención europea de derechos humanos*. En igual sentido, Eur. Court H.R., *Case Meftah and Others versus France, Judgment of 26 July, 2002*, párrafo 51; Eur. Court H.R., *S.N.*

133. En este sentido, la Corte Europea ha señalado que:

El derecho a contradecir en un proceso para los efectos del artículo 6.1, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, “significa en principio la oportunidad para las partes en un juicio civil o penal de conocer y analizar la prueba aducida o las observaciones remitidas al expediente [...], con el objetivo de influir sobre la decisión de la corte”.

e) *Principio de publicidad*

134. Cuando se trata de procedimientos en los que se examinan cuestiones relativas a menores de edad que trascienden en la vida de éstos, procede fijar ciertas limitaciones al amplio principio de publicidad que rige en otros casos, no por lo que toca al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales. Estos límites atienden al interés superior del niño en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. Al respecto, la Corte Europea ha señalado, aludiendo al artículo 40.2.b de la *Convención sobre los derechos del niño*, que “a los niños acusados de crímenes debe respetárseles totalmente su privacidad en todas las etapas del proceso”.¹¹⁷ Asimismo, el Consejo de Europa ordenó a los Estados parte revisar y cambiar la legislación con el objeto de hacer respetar la privacidad del niño.¹¹⁸ En un sentido similar, la regla 8.1 de Beijing establece que debe respetarse la privacidad del joven en todas las etapas del proceso.¹¹⁹

Justicia alternativa

135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la “judicialización”¹²⁰ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter al amparo del artículo 19 de la *Convención americana*, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad.

136. A este respecto la *Convención sobre los derechos del niño* previene en su artículo 40:

3. -Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se ale-

versus Sweden, Judgment of 2 July, 2002, párrafo 44; y Eur. Court. H.R., *Siparicius versus Lithuania*, Judgment of 21 February, 2002, párrafo 27–28. Existen fallos anteriores en esta misma corte relativos al mismo tema.

¹¹⁷Eur. Court H.R., *Case T versus The United Kingdom*, Judgment of 16 December, 1999, párrafo 74.

¹¹⁸European Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recomendación número R (87) 20*, párrafo 47.

¹¹⁹Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad.

¹²⁰Artículo 40 de la *Convención sobre los derechos del niño*, regla 11 de Beijing y 57 de las *Directrices de Riad*.

que que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

[...]

- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

X. Opinión

137. Por las razones expuestas la corte, por seis votos contra uno,

Decide:

Que tiene competencia para emitir la presente opinión consultiva y que la solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es admisible.

Declara:

Que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad por mandato de ley en los términos del párrafo 42.

Y es de la opinión:

1. - Que de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
2. - Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la *Convención sobre los derechos del niño*, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
3. - Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la *Convención americana sobre derechos humanos* no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.
4. - Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. - Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

6. - Que para la atención a los niños el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. - Que el respeto del derecho a la vida en relación con los niños abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. - Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados parte en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.
9. - Que los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, conforme a los artículos 17 y 19, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.
10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal en dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de ellos.
11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.
12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento [*sic*], riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar igualmente los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que

toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos.

Disiente el juez Jackman, quien hizo conocer a la corte su voto disidente. Los jueces Cañado Trindade y García Ramírez emitieron sus votos concurrentes, los cuales acompañan la presente opinión consultiva.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 28 de agosto de 2002.

Antônio A. Cañado Trindade, presidente; Alirio Abreu Burelli, Hernán Salgado Pesantes, Sergio García Ramírez, Máximo Pacheco Gómez, Oliver Jackman, Carlos Vicente de Roux Rengifo, Manuel E. Ventura Robles, secretario

Comuníquese,

Antônio A. Cañado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Dissenting opinion of Judge Jackman -

I have, regretfully, found myself unable to join the majority of the Court in its decision to respond favourably to the “Request for an Advisory Opinion” dated March 30th 2001, by the Inter-American Commission on Human Rights (“the Commission”) because, in my view, the request does not fulfill the criteria for admissibility set out in Article 64 of the *Convention*, as consistently interpreted by this Court from the moment of its very first advisory opinion.

In its communication requesting the issuing of an advisory opinion, the Commission states the “objective” of the request in the following terms:

The Commission deems it necessary to interpret whether Articles 8 and 25 of the American Convention on Human Rights include limits to the good judgment and discretion of the States to issue special measures of protection in accordance with Article 19 thereof and requires the Court to express general and valid guidelines in conformance to the framework of the *Convention*.

The Commission then indicates the five “special measures of protection” on which it desires the Court to pronounce (see paragraph 4 of this *Opinion*):

- a) - separation of young persons (minors) from their parents and/or family, on the basis of a ruling by a decision-making organ, made without due process, that their families are not in a position to afford their education or maintenance;
- b) - deprivation of liberty of minors by internment in guardianship or custodial institutions on the basis of a determination that they have been abandoned or are prone to fall into situations of risk or illegality, motives (*causales*) which should not be considered of a criminal nature, but, rather, as the result of personal or circumstantial vicissitudes;
- c) - the acceptance of confessions by minors in criminal matters without due guarantees;
- d) judicial or administrative proceedings to determine fundamental rights of the minor without legal representation of the minor; and
- e) - determination of rights and liberties in judicial and administrative proceedings without guarantees for the right of the minor to be personally heard; and failure to take into account the opinion and preferences of the minor in such determination. (My translation.)

With the greatest respect to the Inter-American Commission on Human Rights, the so-called “objective” of the requested advisory opinion is, in my view, vague almost to the point

of meaninglessness, a vagueness that is fatally compounded by the “requirement” that the Court should express “general and valid guidelines”.

Repeatedly in its examination of the scope of the “broad ambit” (*el amplio alcance*) of its consultative function (see paragraph 34 of the present Opinion) the Court has insisted that the fundamental purpose of that function is to render a service to memberstates and organs of the Inter-American system in order to assist them “in fulfilling and applying treaties that deal with human rights, without submitting them to the formalities and the system of sanctions of the contentious process”.

It should not be forgotten that in the exercise of its vocation to “throw light on the meaning, object and purpose of the international norms on human rights [and], above all, to provide advice and assistance to the member states and organs of the OAS in order to enable them to fully and effectively comply with their international obligations in that regard [...] the Court is a judicial institution of the inter-American system” (OC-1/82: paragraph 19). As such, the Court should resist invitations to indulge in “purely academic speculation, without a foreseeable application to concrete situations justifying the need for an advisory opinion” (see OC-9/87, paragraph 16).

I would suggest that a request to provide “general and valid guidelines” to cover a series of hypotheses that reveal neither public urgency nor juridical complexity is, precisely, an invitation to engage in “purely academic speculation” of a kind which assuredly “would weaken the system established by the *Convention* and would distort the advisory jurisdiction of the Court” (see OC-1/82, paragraph 25).

For these reasons I have declined to participate in the deliberations on this Opinion, and herewith record my vote against it in its entirety.

Oliver Jackman
Judge

Manuel E. Ventura Robles
Secretary

Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade -

1. -Voto a favor de la adopción por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la presente *Opinión consultiva número 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, la cual constituye, a mi juicio, un nuevo aporte de la jurisprudencia reciente a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente, a mi modo de ver, en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), ya por ésta claramente explicada y establecida en su *Opinión consultiva número 15 sobre los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (del 14 de noviembre de 1997).¹²¹ La corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la *Convención americana sobre derechos humanos* y de otros tratados que vinculan a los Estados de la región, además de la responsabilidad y el deber –como lo determina la *Convención americana*– de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional.

I. Prolegómenos: breves precisiones conceptuales

2. - El preámbulo de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* de 1989 advierte que “en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles”, necesitando por lo tanto “especial consideración”. Los niños abandonados en las calles, los niños tragados por la delincuencia, el trabajo infantil, la prostitución infantil forzada, el tráfico de niños para venta de órganos, los niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas, son aspectos del orden cotidiano de la tragedia contemporánea de un mundo aparentemente sin futuro.
3. - No veo cómo evitar ese pronóstico sombrío de que un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que los somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro. Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimien-

¹²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva* oc-15/99, serie A, número 15, pp. 3–25, párrafos 1–59, especialmente pp. 13–19 y 24, párrafos 23–41 y puntos resolutivos 1–2.

to de esta tragedia, aún más cuando es expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional.

4. - Todos vivimos en el tiempo. El paso del tiempo afecta nuestra condición jurídica. El paso del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen a los vivos con sus muertos, acercándolos.¹²² El paso del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen a todos los seres humanos, jóvenes y ancianos, que experimentan un mayor o menor grado de vulnerabilidad en diferentes momentos a lo largo de su existencia. Sin embargo, no siempre prevalece esta percepción de los efectos implacables del paso del tiempo, que a todos nos consume.
5. - De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad de lo desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que descuida a sus niños no tiene futuro. El medio social que descuida a sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión.
6. - En su punto resolutivo número 1, la presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana* dispone que, “de conformidad con la normativa contemporánea del derecho internacional de los derechos humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la *Convención americana sobre derechos humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección*”.¹²³ En efecto, son sujetos de derecho los niños,¹²⁴ y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad,¹²⁵ y no la discapacidad misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así sucesivamente. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada sustraen a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente.
7. - Desde el universo conceptual del derecho internacional de los derechos humanos –en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño– son los niños los

¹²²Véase sobre este punto mis votos razonados en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, sentencia del fondo, del 25/11/2000, serie c, número 70, párrafos 1–40 del voto; y sentencia sobre reparaciones del 22/02/2002, serie c, párrafos 1–26 del voto.

¹²³Énfasis mío. Dispone el artículo 19 de la *Convención americana* que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

¹²⁴Término que, como señala la corte (nota 43 de la presente *Opinión consultiva*), abarca, evidentemente, a los niños, niñas y adolescentes.

¹²⁵El preámbulo de la *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* de 1999, v. gr., empieza por reafirmar que las personas con discapacidad “tienen los mismos derechos humanos” que otras personas (incluso el derecho de no verse sometidas a discriminación basada en la discapacidad), los cuales “dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”.

titulares de los derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (*v. gr.*, los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de los derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (*v. gr.*, la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros).

8. - Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por “personalidad” se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por “capacidad” la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad se encuentra, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, no por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños.
9. - Dada la importancia trascendental de la materia tratada en la presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, me veo en el deber de dejar constancia de mis reflexiones sobre la materia, centradas en seis aspectos medulares que considero de la mayor relevancia y actualidad, y que conforman una temática que me ha consumido años de estudio y meditación, a saber: primero, la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; segundo, la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; tercero, el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; cuarto, el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; quinto, las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y sexto, los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*. Pasemos a un examen sucinto de cada uno de esos aspectos.

II. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano

10. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano constituye, en mi entender,¹²⁶ el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo xx, y requiere mayor atención por parte de la doctrina jurídica contemporánea. En este particular, el derecho

¹²⁶A. A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, en *Karel Vasak Amicorum Liber. Les droits de l’homme à l’aube du XXI^e siècle*, Bruselas, Bruylant, 1999, pp. 521–544; A. A. Cançado Trindade, *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17–96; A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317–374.

internacional experimenta hoy, al inicio del siglo XXI, de cierto modo un retorno a los orígenes, en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero *ius gentium*, el derecho de gentes. Ya en los siglos XVI y XVII los escritos de los llamados fundadores del derecho internacional (especialmente los de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, además de los de A. Gentili y S. Pufendorf) sostenían el ideal de la *civitas maxima gentium*, constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad.¹²⁷

11. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional (consignadas notoriamente en los escritos de los teólogos españoles y en la obra grotiana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal*,¹²⁸ fueron suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico que personificó el Estado y que lo dotó de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado “concedía” a éstos. El consentimiento o la voluntad de los Estados (según el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *ius standi* a los individuos, a los seres humanos.¹²⁹
12. Esto dificultó la comprensión de la comunidad internacional, y debilitó el propio derecho internacional reduciéndolo a un derecho estrictamente interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos.¹³⁰ En efecto, cuando el ordenamiento jurídico internacional se alejó de la visión universal de los llamados “fundadores” del derecho de gentes (véase *supra*), se cometieron sucesivas atrocidades contra el género humano. Las consecuencias desastrosas de esa distorsión son ampliamente conocidas.
13. Ya a finales de la década de los veinte surgían las primeras reacciones doctrinales contra esta posición reaccionaria.¹³¹ Y a mediados del siglo XX la más lúcida doctrina *iusinternacionalista* se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo

¹²⁷Es cierto que el mundo cambió enteramente desde que Vitoria, Suárez, Gentili, Grotius, Pufendorf y Wolff escribieron sus obras, pero la aspiración humana sigue siendo la misma; véase A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, en *Jornadas de derecho internacional*, México, Washington D. C., UNAM, Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311–347.

¹²⁸C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, pp. 66–69; y véase también R. J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, París, Económica/UNESCO, 1986, pp. 164–165.

¹²⁹P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haya, Nijhoff, 1960, pp. 36–37.

¹³⁰*Ibid.*, p. 37.

¹³¹Como, *v. gr.*, la luminosa monografía de Jean Spiropoulos, *L’individu en droit international*, París, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y p. 19. Ponderó el autor que, al contrario de lo que se desprendía de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo sumiso tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino “un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos”, siendo, pues, necesario proteger al ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado. *Ibid.*, p. 55; una evolución en ese sentido, agregó, tendría que aproximarnos al ideal de la *civitas maxima*.

componían, y que en él se integraban enteramente.¹³² Contra la corriente doctrinal del positivismo tradicional,¹³³ que pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del derecho internacional,¹³⁴ emergió una corriente opuesta¹³⁵ sosteniendo, *a contrario sensu* que, en última instancia, solamente los individuos, destinatarios de todas las normas jurídicas, eran sujetos del derecho internacional. Jamás hay que olvidar que, al fin y al cabo, el Estado existe para los seres humanos que lo componen, y no viceversa.

14. Mientras tanto, persistía la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida sobre falsas premisas que, no sorprendentemente, dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinales en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas en este particular fue “personificar” el Estado como sujeto del derecho internacional.¹³⁶ Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado mediante un análisis de la persona jurídica,¹³⁷ y los dualistas¹³⁸ no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del derecho internacional.¹³⁹
15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el derecho internacional pasó a configurarse como un *corpus iuris* de emancipación. No hay “neutralidad” en el derecho; todo derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos. A mediados del siglo xx, la propia experiencia jurídica contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples objetos del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros prejuicios del positivismo estatal.¹⁴⁰ En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de

¹³²W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, Londres, Stevens, 1964, p. 247.

¹³³Formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann y R. Redslob, entre otros.

¹³⁴Postura que también fue adoptada por la llamada doctrina soviética del derecho internacional, con énfasis en la “coexistencia pacífica” interestatal; véase, *v. gr.*, Y.A. Korovin, S. B. Krylov *et alia*, *International Law*, Moscú, Academia de Ciencias de la URSS/Instituto de Derecho y Estado, [s/f], pp. 93–98 y 15–18; y G. I. Tunkin, *Droit international public. Problèmes théoriques*, París, Pédone, 1965, pp. 19–34.

¹³⁵Formada por L. Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre otros. -

¹³⁶Véase C. Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale. Nouvelles tendances”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 84, 1953, p. 405.

¹³⁷*Ibid.*, p. 406.

¹³⁸Sobre todo H. Triepel y D. Anzilotti.

¹³⁹Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista para explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, véase Paul Reuter, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en droit international public”, *La technique et les principes du Droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, volumen II, París, LGDJ, 1950, pp. 542–543 y 551.

¹⁴⁰Véase G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milán, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104–107.

la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional,¹⁴¹ como verdaderos sujetos de derecho (del *law of nations*).¹⁴²

16. En la ponderación de René Cassin de 1950, por ejemplo, son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedad universal”, siendo “inconcebible” que el Estado les niegue esta condición.¹⁴³ Los derechos humanos se concibieron como inherentes a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias en que se encuentre. Ya desde entonces el individuo pasó a ser visto como sujeto *iure suo* del derecho internacional, tal como sostenía la doctrina más lúcida desde la de los llamados fundadores del derecho de gentes (*droit des gens*).¹⁴⁴
17. También en el continente americano, aun antes de la adopción de las declaraciones americana y universal de derechos humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinales en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos, como las que se encuentran, por ejemplo, en las obras de Alejandro Álvarez¹⁴⁵ e Hildebrando Accioly.¹⁴⁶ En efecto, estudios sucesivos sobre los instrumentos internacionales de protección internacional pasaron a enfatizar precisamente la importancia histórica del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los individuos.¹⁴⁷

¹⁴¹C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 90, 1956, p. 722.

¹⁴²H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, Londres, Stevens, 1950, pp. 69, 61 y 51; y, anteriormente, H. Lauterpacht, “The International Protection of Human Rights”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 70, 1947, pp. 11, 6–9 y 104.

¹⁴³R. Cassin, “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, en *La technique et les principes du droit public. Études en l’honneur de Georges Scelle*, volumen I, París, LGDJ, 1950, pp. 81–82.

¹⁴⁴P. N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 215, 223.

¹⁴⁵A. Álvarez, *La reconstrucción del derecho de gentes. El nuevo orden y la renovación social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46–47 y 457–463; también pp. 81, 91 y 499–500.

¹⁴⁶H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, volumen I, Río de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71–75.

¹⁴⁷Véase *v. gr.*, R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, *Revue de la Commission internationale de juristas*, 8, 1967, pp. 9–17; W. P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, La Haya, Nijhoff, 1966, pp. 1–194; C. A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhague, Munksgaard, 1962, pp. 26–33 y 82–172; A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, pp. 1–445; A. A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1–327; F. Matscher, “La Posizione Processuale dell’Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, en *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 601–620; A. Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20–34 y 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 38–54; J. A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27–145; E. I. A. Daes, *La condition de l’individu et le droit international contemporain*, ONU, documento E/CN.4/Sub.2/1988/33, del 18/07/1988, pp. 1–92; J. Ruiz de Santiago, “Reflexiones sobre la regulación jurídica

18. Todo el nuevo *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de la protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o de cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo como sujeto del derecho tanto interno como internacional.¹⁴⁸ Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos –tanto *iure gestionis* como *iure imperii*– y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (incluso contra el propio Estado).¹⁴⁹
19. El Estado, creado y compuesto por los seres humanos, existe para la realización de su bien común. Para este reconocimiento han contribuido decisivamente, en el plano internacional, la considerable evolución en las cinco últimas décadas del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁵⁰ a la cual se puede agregar del mismo modo la del derecho internacional humanitario; también este último considera a las personas protegidas no como simples objetos de la reglamentación que establecieron, sino como verdaderos sujetos del

internacional del derecho de los refugiados”, en J. Irigoien Barrenne (ed.), *Nuevas dimensiones en la protección del individuo*, Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124–125 y 131–132; R. A. Mullerson, “Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View”, *European Journal of International Law*, núm. 1, 1990, pp. 33–43; A. Debricon, “L'exercice efficace du droit de recours individuel”, en M. de Salvia, y M. E. Villiger, *The Birth of European Human Rights Law*, en *Liber Amicorum Studies in Honour of C. A. Norgaard*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237–242.

¹⁴⁸Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, véase H. Mosler, “Réflexions sur la personnalité juridique en droit international public”, en *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, Pédone, 1964, pp. 228–251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bolonia, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9–268; G. Scelle, “Some Reflections on Juridical Personality in International Law”, en *Law and Politics in the World Community*, editado por G. A. Lipsky, Berkeley y Los Ángeles, University of California Press, 1953, pp. 49–58 y 336; J. A. Barberis, *Los sujetos del derecho internacional actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17–35; J. A. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 173, 1983, pp. 157–238; A. A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995)*, La Haya, Asser Instituut, 1996, pp. 157–162 y 166–167; C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens”, en J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pp. 147–171; y M. Virally, “Droits de l'homme et théorie générale du droit international”, *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, volumen iv, París, Pédone, 1972, pp. 328–329.

¹⁴⁹S. Glaser, “Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif”, *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, París, Pédone, 1964, p. 117; véase también pp. 105–106, 114–118 y 123.

¹⁵⁰Véase M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Ginebra y París, Droz-Minard, 1962, pp. 178–192; A. A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 202, 1987, pp. 1–435; y P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20–23.

derecho internacional.¹⁵¹ Al fin y al cabo, todo el derecho existe para el ser humano, y el derecho de gentes no es la excepción a esto, garantizando al individuo sus derechos y el respeto de su personalidad.¹⁵²

20. El “eterno retorno” o “renacimiento” del iusnaturalismo ha sido reconocido por los propios iusinternacionalistas,¹⁵³ contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación de la primacía en el orden de los valores,¹⁵⁴ de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos y del reconocimiento de su necesario cumplimiento *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo.¹⁵⁵ Esta última, testimoniando la moralización del propio

¹⁵¹ Es lo que se desprende, *v.gr.*, de la posición de las cuatro convenciones de Ginebra sobre derecho internacional humanitario de 1949, erigidas a partir de los derechos de las personas protegidas (*v.g.*, tercera convención, artículos 14 y 78; cuarta convención, artículo 27); tanto es así que las cuatro convenciones de Ginebra prohíben claramente a los Estados parte derogar —por acuerdos especiales— las reglas en ellas enunciadas, y en particular restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (primera, segunda y tercera convenciones, artículo 6; y cuarta convención, artículo 7); véase A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, en A. Randelzhofer y Ch. Tomuschat (eds.), *State Responsibility and the Individual. Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, La Haya, Nijhoff, 1999, p. 239. En realidad, las primeras convenciones de derecho internacional humanitario (ya en el paso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por el destino de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo al individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales. K. J. Partsch, “Individuals in International Law”, R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, volumen 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959; y G. H. Aldrich, “Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, J. Makarczyk (ed.), *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of K. Skubiszewski*, La Haya, Kluwer, 1996, pp. 857–858.

¹⁵² F. A. von der Heydte, “L’individu et les tribunaux internationaux”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 107, 1962, p. 301; véase también al respecto, *v.gr.*, E. M. Borchard, “The Access of Individuals to International Courts”, *American Journal of International Law*, núm. 24, 1930, pp. 359–365.

¹⁵³ J. Maritain, *O Homem e o Estado*, Río de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, y pp. 97–98 y 102; A. Truyol y Serra, “Théorie du droit international public. Cours général”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit International de La Haye*, 183, 1981, pp. 142–143; L. Le Fur, “La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des Cours de l’Académie de droit International de La Haye*, 18, 1927 pp. 297–399; C. J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Río de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196–197, 200–201 y 207; J. Puente Egido, “Natural Law”, en R. Bernhardt (ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*, volumen 7, Amsterdam, Max Plank Institute, North-Holland, 1984, pp. 344–349. Y, para un estudio general, véase A. P. d’Entrèves, *Natural Law*, Londres, Hutchinson University Library, 1970, pp. 13–203; Y. R. Simon, *The Tradition of Natural Law. A Philosopher’s Reflections*, V. Kuic (ed.), Nueva York, Fordham University Press, 2000, pp. 3–189.

¹⁵⁴ Gustav Radbruch, particularmente sensible —sobre todo en la edad madura— al valor de la justicia, resumió las diversas concepciones del derecho natural con los siguientes trazos fundamentales comunes: primero, todas proveen ciertos “juicios de valor jurídico con un determinado contenido”; segundo, tales juicios, universales, tienen siempre como fuente la naturaleza, o la revelación, o la razón; tercero, tales juicios son “accesibles al conocimiento racional”; y cuarto, tales juicios priman sobre las leyes positivas que les sean contrarias; en suma, “el derecho natural debe siempre prevalecer sobre el derecho positivo”. G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, volumen I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

¹⁵⁵ J. A. Carrillo Salcedo, “Derechos humanos y derecho internacional”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, 22, Madrid, 2000, p. 75.

derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores.¹⁵⁶ Gradualmente se ha vuelto a concebir un sistema jurídico verdaderamente universal.

III. La personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional

21. Así, el propio derecho internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional representa una verdadera revolución jurídica —a la cual tenemos el deber de contribuir en la búsqueda de la prevalencia de valores superiores— que viene al fin a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde a su vez al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción.
22. Este rendimiento de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el sentido real del rescate histórico del individuo como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos. Es por esto que, en mi voto concurrente en el *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú (Excepciones preliminares, Sentencia del 04/09/1998)*, instado por las circunstancias del *cas d’espèce*, me permití examinar la evolución y cristalización del derecho de petición individual internacional, que califique de cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos que lo consagran.¹⁵⁷ Y agregué:

El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encuentran justicia en el nivel nacional. No omitiría ni vacilaría en subrayar —permiéndome la metáfora— que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos.¹⁵⁸

¹⁵⁶R. J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 165, 1979, pp. 190, 193 y 202.

¹⁵⁷A la cual se suma, en lo que toca a la *Convención americana sobre derechos humanos*, la otra cláusula pétrea del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa. Para un estudio, véase A. A. Cançado Trindade, “Las cláusulas pétreas de la protección internacional del ser humano. El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los tribunales internacionales de derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del seminario* (noviembre de 1991), volumen I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3–68.

¹⁵⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castillo Petruzzi y otros versus Perú (Excepciones preliminares)*, sentencia del 04/09/1998, serie C, número 41, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, p. 62, párrafo 35. Mi voto fue posteriormente publicado en forma de artículo, titulado “El derecho de petición individual ante la jurisdicción internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 48, UNAM, 1998, pp. 131–151.

23. En efecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera necesidad de la comunidad internacional,¹⁵⁹ que hoy busca guiarse por valores comunes superiores. Como se puede desprender, *v. gr.*, del histórico caso de los “niños de la calle” (*Caso Villagrán Morales y otros versus Guatemala*) ante esta corte (1999–2001), la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas.

24. En su sentencia de fondo (del 19/11/1999) en el referido caso de los “niños de la calle”, la corte advirtió significativamente que:

A la luz del artículo 19 de la *Convención americana* la corte debe constatar la especial gravedad que reviste que pueda atribuirse a un Estado parte en dicha *Convención* el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad,¹⁶⁰ a pesar de que todo niño tiene derecho a un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida.¹⁶¹

25. El ser humano irrumpe, en fin, aun en las condiciones más adversas, como sujeto último del derecho tanto interno como internacional. El caso de los “niños de la calle”, decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el derecho internacional de los derechos humanos ha alcanzado su madurez.

26. La corriente doctrinal que todavía insiste en negar a los individuos la condición de sujetos del derecho internacional se basa en una rígida definición de estos últimos, exigiendo de ellos no sólo que posean derechos y obligaciones emanados del derecho internacional, sino también que participen en el proceso de creación de sus normas y del cumplimiento de las mismas. Ocurre que esta rígida definición no se sostiene siquiera en el plano del derecho interno, en el cual no se exige –jamás se exigió– a todos los individuos participar

¹⁵⁹Tal como ha sido reconocido desde hace décadas; véase A. N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, París, Éds. Internationales, 1931, pp. 95–96, 103 y 138; Charles de Visscher, “Rapport. ‘Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du droit international’ ”, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1947, pp. 3 y 9; G. Scelle, *Précis de droit des Gens. Principes et systématique*, parte I, París, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. del CNRS, 1984), p. 48; y Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden y Nueva York., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 y 249.

¹⁶⁰Al cual se refiere el preámbulo (párrafo 6) de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*.

¹⁶¹Corte Interamericana, serie C, número 63, pp. 78–79, párrafo 191.

en la creación y aplicación de las normas jurídicas para ser titulares de derechos, y ser vinculados por los deberes, emanados de tales normas.

27. Además de insostenible, esa concepción se muestra contaminada de un dogmatismo ideológico nefasto, que tuvo como consecuencia principal alienar al individuo del ordenamiento jurídico internacional. Es sorprendente –si no espantoso–, además de lamentable, ver aquella concepción repetida mecánicamente y *ad nauseam* por una parte de la doctrina, aparentemente pretendiendo hacer creer que la intermediación del Estado entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional sería algo inevitable y permanente. Nada más falso. En el breve periodo histórico en que prevaleció aquella concepción estatista, a la luz –o, más precisamente, en medio de las tinieblas– del positivismo jurídico, se cometieron sucesivas atrocidades contra el ser humano, en una escala sin precedentes.
28. Resulta hoy clarísimo que nada hay de intrínseco al derecho internacional que impida o imposibilite a actores no estatales disfrutar de la personalidad jurídica internacional. Nadie en sana conciencia osaría hoy negar que los individuos efectivamente poseen derechos y obligaciones que emanan directamente del derecho internacional, con el cual se encuentran, por lo tanto, en contacto directo. Y es perfectamente posible conceptuar –incluso con mayor precisión– como sujeto del derecho internacional a cualquier persona o entidad, titular de derechos y obligaciones, que emanen directamente de normas del derecho internacional. Es el caso de los individuos, quienes tienen así fortalecido ese contacto directo –sin intermediarios– con el ordenamiento jurídico internacional.¹⁶²
29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo xx como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano. Un elocuente testimonio de la erosión de la dimensión puramente interestatal del ordenamiento jurídico internacional encuéntrase en la histórica y pionera *Opinión consultiva número 16 de la Corte Interamericana sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el ámbito de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999),¹⁶³ que ha servido de orientación a otros tribunales internacionales y ha inspirado la evolución *in statu nascendi* de la jurisprudencia internacional sobre la materia.
30. En aquella opinión consultiva, la Corte Interamericana señaló con lucidez que los derechos consagrados en el artículo 36.1 de la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963:

[...]tienen la característica de que *su titular es el individuo*. En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que “reconoce” los derechos de información y notificación consular a la persona

¹⁶²A. A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo...”, *op. cit. supra* nota 127, pp. 311–347.

¹⁶³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva oc-16/99*, serie A, número 16, pp. 3–123, párrafos 1–141 y puntos resolutivos 1–8.

interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* y representa, en los términos en que lo interpreta esta corte en la presente opinión consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del derecho internacional sobre la materia.¹⁶⁴

31. De ese modo, la Corte Interamericana reconoció, a la luz del impacto del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos en el propio ordenamiento jurídico internacional, la cristalización de un verdadero derecho individual subjetivo a la información sobre asistencia consular del que es titular todo ser humano privado de su libertad en otro país; además, rompió con la óptica tradicional puramente interestatal de la materia, amparando a numerosos trabajadores emigrantes e individuos victimados por la pobreza y privados de libertad en el exterior. La presente *Opinión consultiva número 17 de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y los derechos humanos del niño* se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños como verdaderos sujetos de derecho y no simples objetos de protección.
32. La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las necesidades de la comunidad internacional, entre las cuales figura de manera notable la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como los niños. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia sostienen que los propios sujetos de derecho en un sistema jurídico están dotados de atributos que atienden a las necesidades de la comunidad internacional.¹⁶⁵
33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que “el concepto de persona jurídica es unitario como concepto”, dada la unidad fundamental de la persona humana que “encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos”, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances.¹⁶⁶ Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –incluso de sus limitaciones en relación con, *v. gr.*, los niños, ancianos, personas con discapacidad mental y apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos.

¹⁶⁴Párrafo 82 (énfasis mío).

¹⁶⁵Corte Internacional de Justicia, *Opinión consultiva sobre las reparaciones de daños*, ICJ Reports, 1949, p. 178: “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

¹⁶⁶Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 136, 1972, p. 56; también pp. 45 y 55.

34. Así, en suma, toda persona humana está dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos están dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica.

IV. El advenimiento del niño como sujeto de derechos en el plano internacional

35. En la base de todo ese notable desarrollo encuéntrase el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad.¹⁶⁷ Este principio fundamental se invoca en los preámbulos de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* de 1989 así como de la *Declaración de los derechos del niño* de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988)*, entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

36. También se encuentra recogido –como no podría dejar de estarlo– en la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana, cuando ésta ubica, en la escala de los valores fundamentales;

[...] la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado (párrafo 93).

37. Es cierto, como lo señala la corte en la presente *Opinión consultiva* sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño, que solamente a lo largo del siglo xx se articuló el *corpus iuris* de los derechos del niño en el marco del derecho internacional de los derechos humanos (párrafos 26–27), cuando se concibió el niño como verdadero sujeto de derecho. Esto ocurrió sobre todo con el notable impacto de las ya mencionadas *Declaración (1959)*¹⁶⁸ y *Convención (1989) sobre los derechos del niño*, así como de las *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores* (Beijing, 1985),

¹⁶⁷Sobre ese principio, véase *v. gr.*, B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille y París, CERIC, 1999, pp. 7–491; *vv.aa.*, *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998)*, Estrasburgo, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15–113; y E. Wiesel, "Contre l'indifférence", en F. Mayor (ed.), *Agir pour les droits de l'homme au XXI^e. Siècle*, París, UNESCO, 1998, pp. 87–90.

¹⁶⁸Precedida por la *Declaración* de 1924 de la Sociedad de Naciones sobre la materia.

las *Medidas no privativas de la libertad* (Tokio, 1990) y las *Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil* (Riad, 1990), además de los tratados generales de derechos humanos.

38. O sea, los derechos del niño al fin se desprendieron de la *patria potestas*¹⁶⁹ (del derecho romano) y de la concepción de la insolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia –enriquecido por el reconocimiento en el siglo xx de los derechos del niño en el plano internacional– el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere al fin autonomía propia.¹⁷⁰
39. Es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la *Convención sobre los derechos del niño* se limita a crear obligaciones estatales. Esta postura no me parece convincente y jurídicamente infundada, por cuanto tales obligaciones existen precisamente en razón de los derechos humanos del niño consagrados en aquella convención de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
40. Además, esa corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que recorre toda la presente opinión consultiva sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables que le son inherentes (párrafo 41), y en subrayar el imperativo de atender las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párrafo 28).
41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta incluso de las de sus padres.¹⁷¹ Así, la Corte Interamericana defiende en la presente *Opinión consultiva* la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualesquiera circunstancias (párrafo 113). La concepción

¹⁶⁹Obsérvese que, en el siglo xvii, John Locke ya prestaba atención al tratamiento a ser dispensado a los niños, aunque desde la perspectiva de los derechos parentales, y en particular de los deberes de protección de los niños (y no del desarrollo de su estatuto jurídico); tanto es así que dedicó, *v. gr.*, todo un capítulo (vi) de su *Ensayo sobre el gobierno civil* (además de sus escritos sobre la educación) a la *patria potestas*; a pesar de este avance, los niños todavía no habían irrumpido como verdaderos sujetos de derecho.

¹⁷⁰D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, París, PUF, 2002, pp. 2–5, 9, 14, 18–27 y 77.

¹⁷¹F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, París, PUF, 2001, pp. 4–6 y 61; D. Youf, *op. cit. supra* nota 170, p. 134; y J.-P. Rosenczveig, “The Self-Executing Character of the *Children's Rights Convention* in France”, en E. Verhellen (ed.), *Monitoring Children's Rights*, Gante y La Haya, Univ. Ghent-Nijhoff, 1996, p. 195; también pp. 187–197.

kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente a los niños, a todos los seres humanos independientemente de las limitaciones de su capacidad judicial (de ejercicio).

42. Todo este extraordinario desarrollo a lo largo del siglo xx de la doctrina iusinternaciona- lista encuentra raíces –como suele suceder– en algunas reflexiones del pasado, en el pen- samiento jurídico así como en el filosófico.¹⁷² Esto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano, que torna posibles los avances en la propia condición humana.
43. Así, en cuanto al dominio jurídico, me limito a rescatar un pasaje de un magistral curso dictado por Paul Guggenheim en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1958. En esa ocasión recordó aquel jurista, con pertinencia, que ya en el siglo xvii Hugo Grotius, que tanto contribuyera a la autonomía del *ius gentium* (desvinculándolo del pen- samiento escolástico), sostenía que las reglas relativas a la capacidad de los niños en mate- ria civil¹⁷³ pertenecían al propio derecho de gentes.¹⁷⁴
44. En cuanto al pensamiento filosófico, en su *Tratado de la educación* (más conocido como el *Emilio*, de 1762), Jean-Jacques Rousseau se posicionó como un precursor de la concep- tuación moderna de los derechos del niño, al advertir, con gran sensibilidad, que hay que respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza” que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos.¹⁷⁵ La inteligencia humana –sigue advirtiendo Rousseau– tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo exis- tencial es breve. Al principio “no sabemos vivir, pronto ya no podemos”; la razón y el juicio “vienen lentamente”, mientras que “los prejuicios acuden en tropel”.¹⁷⁶ No hay, pues, que perder de vista el paso del tiempo; hay que tenerlo siempre presente y saber respetar las edades de la existencia humana.

VI. El derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano

45. No hay cómo disociar el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo de la propia dignidad de la persona humana. En una dimensión más amplia, la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí

¹⁷²Para un examen de la subjetividad individual en el pensamiento filosófico, véase *v. gr.*, A. Renaut, *L'ère de l'individu. Contribution à une histoire de la subjectivité*, París, Gallimard, 1991, pp. 7–299.

¹⁷³*V. gr.*, sucesiones, bienes y propiedad, prescripción adquisitiva.

¹⁷⁴P. Guggenheim, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 94, 1958, pp. 30 y 32–34.

¹⁷⁵J. J. Rousseau, *Emilio, o De la educación*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, pp. 120 y 145–146.

¹⁷⁶*Ibid.*, pp. 241, 250 y 311 .

mismo, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. En efecto, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas.¹⁷⁷

46. Cabe recordar en el presente contexto que la concepción de derecho subjetivo individual tiene ya una amplia proyección histórica, originada en particular en el pensamiento iusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX e inicios del siglo XX aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado del poder público y bajo la influencia del positivismo jurídico.¹⁷⁸ El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como estaba definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo).¹⁷⁹

47. Sin embargo, no hay cómo negar que la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual y su sistematización lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como titular de derechos, y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos en el nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero “derecho humano”.¹⁸⁰

48. Tal como me permití sostener en mi voto concurrente en la histórica *Opinión consultiva número 16* —de esta corte— *sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999), actualmente testimoniamos:

[...] el proceso de humanización del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de éstas con los derechos humanos se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario (párrafo 35).

49. La emergencia de los derechos humanos universales a partir de la proclamación de la *Declaración universal* de 1948 amplió considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, revelando las insuficiencias de la concepción tradicional del de-

¹⁷⁷Véase en ese sentido, *v. gr.*, L. Recaséns Siches, *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150–151, 153, 156 y 159.

¹⁷⁸L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912–913.

¹⁷⁹Ch. Eisenmann, “Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 60, 1954, pp. 753–774, especialmente pp. 754–755 y 771.

¹⁸⁰J. Dabin, *El derecho subjetivo*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 64.

recho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser humano fomentaron en mucho ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, se afirmaron como opuestos al propio poder público.

50. La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana emanados del derecho internacional, por otro lado el *corpus iuris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no condicionada al derecho emanado del poder público estatal.

VII. Implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional

51. No hay que omitir la convergencia de los puntos de vista, expresados en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto por escrito como en los alegatos orales ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002, en sustentación de la posición de los niños como verdaderos sujetos de derecho y no como simples objetos de protección. En ese mismo sentido se manifestaron, *v. gr.*, los dos Estados intervinientes, México y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de organismos especializados como el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (Ilanud), además de organismos no gubernamentales como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) y la Fundación Rafael Preciado Hernández (de México). Esta convergencia de puntos de vista en cuanto a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos es altamente significativa, por cuanto tal reconocimiento, además de reflejar un verdadero cambio de paradigma, representa, al fin y al cabo, la *opinio iuris communis* en nuestros días sobre la materia.
52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho; importa que él lo sepa, incluso para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general¹⁸¹ y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente *Opinión consultiva* (párrafos 84–85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy

¹⁸¹Consagrada en los artículos 13 y 16 (*in fine*) del *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (Protocolo de San Salvador, de 1988).

temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*.¹⁸² A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma –quizá la más eficaz– de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano.¹⁸³

53. El *corpus iuris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfruten de plena capacidad judicial para actuar,¹⁸⁴ y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, *v. gr.*, a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño*, la cual, a su vez, ha fomentado una visión *holista* e integral de los derechos humanos.¹⁸⁵

54. Además del amplio alcance de ese deber, tal como está formulado en el artículo 12 de la *Convención* de 1989 –que abarca el derecho del niño a ser oído (directamente o mediante un representante legal) en procedimientos judiciales o administrativos en que participe y de que se consideren sus puntos de vista– en la práctica el Comité sobre Derechos del Niño (de Naciones Unidas) le ha atribuido importancia capital, reflejada en sus directrices generales para la elaboración de los informes (estatales) inicial y periódicos.¹⁸⁶ En circunstancias de comisión de un delito, el enfoque de aquel *corpus iuris* de los derechos del niño en relación con el menor infractor no deja de ser garantista, orientado

¹⁸²En la presente *Opinión consultiva* el propio derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*) es entendido *lato sensu*, abarcando igualmente las condiciones dignas de vida (punto resolutivo número 7). En esta misma línea de razonamiento, la corte ponderó, en su sentencia de fondo en el caso de los “*niños de la calle*” (*Villagrán Morales y otros versus Guatemala*, del 19/11/1999) que “el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. [...] En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él” (serie c, número 63, pp. 64–65, párrafo 144).

¹⁸³Y como nuestra capacidad de conocimiento es ineluctablemente limitada, la conciencia de esa finitud es el mejor remedio para luchar contra los dogmatismos, la ignorancia y los fanatismos, tan comunes en nuestros días.

¹⁸⁴Sobre el *décalage*, si no paradoja, sobre la incapacidad del niño en materia civil (*v.g.*, derecho de los contratos) para evitar que asume obligaciones sin discernimiento, y la retención de su responsabilidad (civil y penal) cuando comete un delito, *cf.* F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit. supra* número 47, pp. 22–23; y *cf.* D. Youf, *op. cit. supra* número 46, pp. 109–110 y 118–119.

¹⁸⁵Sobre este último punto, véase N. Cantwell, “The Origins, Development and Significance of the *United Nations Convention on the Rights of the Child*”, en S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the “Travaux Préparatoires”*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 27.

¹⁸⁶S. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, La Haya, M. Nijhoff, 1999, pp. 213–214 y 222.

hacia el desarrollo de la responsabilidad de éste;¹⁸⁷ en ninguna circunstancia –como se desprende de la presente opinión consultiva– encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (véase *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no es la excepción a esto. Frente a las limitaciones de la capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño –como la de todo ser humano– se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos –emanados directamente del derecho internacional– sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –incluso del niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales.¹⁸⁸

56. La experiencia de la aplicación de la *Convención europea de derechos humanos* provee ejemplos de casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la *Convención*. Así, por ejemplo, los dos peticionarios en el caso *x y y versus Holanda* (1985)¹⁸⁹ ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre (véase *infra*). Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999),¹⁹⁰ *Akdeniz y otros versus Turquía* (2001)¹⁹¹ y *Oneryildiz versus Turquía* (2002),¹⁹² adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente en denuncias de violaciones del derecho a la vida.¹⁹³ En el caso *A versus Reino Unido* (1998),¹⁹⁴ actuó como peticionario un niño de nueve años de edad (véase *infra*).

57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición debe, naturalmente, contar con un representante legal¹⁹⁵ si es legalmente incapaz.

¹⁸⁷Limitada en razón directa de su inmadurez y vulnerabilidad.

¹⁸⁸M. Pilotti, “Le recours des particuliers devant les juridictions internationales”, en *Grundprobleme des internationalen Rechts. Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, pp. 351–362; y S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 51, 1935, pp. 23–25 y 54–60.

¹⁸⁹Caso número 16/1983/72/110, originado de la petición número 8978/80.

¹⁹⁰Originado de la petición número 23763/94.

¹⁹¹Originado de la petición número 23954/94.

¹⁹²Originado de la petición número 48939/99.

¹⁹³Involucrando homicidios y desapariciones forzadas de personas.

¹⁹⁴Caso número 100/1997/884/1096, originado de la petición número 25559/94.

¹⁹⁵La Corte Europea de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio y flexible de dicha representación legal, la cual se encuentra prevista en el artículo 36 de su reglamento vigente.

Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado voto concurrente en el caso Castillo Petruzzi y otros *versus* Perú (*Excepciones preliminares*, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al *locus standi*, y hay toda una *jurisprudence* constante en claro apoyo a la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional *vis-à-vis* los conceptos y disposiciones del derecho interno (párrafos 21–22).

VIII. Los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*

58. Las consideraciones anteriores me conducen a mi última línea de reflexiones, atinente al punto resolutivo número 9 de la presente *Opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*, el cual dispone que:

Los Estados parte en la *Convención americana* tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

59. Al respecto, en su sentencia en el ya mencionado caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros *versus* Guatemala, del 19/11/1999), en que se estableció “un contexto de mucha violencia contra los niños y jóvenes que vivían en las calles” (párrafos 167 y 79), la Corte Interamericana señaló:

[...]la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la *Convención americana*, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción.¹⁹⁶

60. Los avances en el presente contexto en el plano jurídico (véase *supra*) no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en todas partes, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida en una innegable cuestión de justicia.¹⁹⁷ Los problemas recurrentes y agravados que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los

¹⁹⁶Corte Interamericana, serie c, número 63, p. 65, párrafo 146.

¹⁹⁷Véase en ese sentido, E. García Méndez, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en E. García Méndez y M. Belfo (eds.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, pp. 9–28, especialmente p. 28.

niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su “protección integral”. Sin embargo, hay que perseverar en los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del “interés superior del niño”, –recogido en el artículo 3 de la *Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño* y evocado en la presente *Opinión consultiva* (párrafos 56-61) –el cual emana de su dignidad como seres humanos.

61. En el caso anteriormente mencionado, x y y *versus* Holanda (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos, concerniente al abuso sexual en perjuicio de una niña de 16 años de edad y con discapacidad mental –con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales– la Corte Europea señaló que el concepto de “vida privada” (según el artículo 8 de la *Convención Europea*) abarcaba la integridad física y moral de la persona (incluida su vida sexual). En el caso en cuestión –agregó la corte– “valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada” estaban en duda y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada también en la esfera de las relaciones interindividuales. La corte concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 de la *Convención*, por cuanto las disposiciones pertinentes del *Código penal* holandés¹⁹⁸ no aseguraban a la víctima una “protección práctica y eficaz”.¹⁹⁹
62. En otras palabras, la corte concluyó que Holanda violó el artículo 8 de la *Convención* por no proveer la protección legal contra abusos (en perjuicio de una niña) en las relaciones privadas o interindividuales. Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños entre los demás individuos no sólo *vis-à-vis* las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no estatales. Es este un claro ejemplo de la obligación de proteger a los niños verdaderamente *erga omnes*.
63. En otros dos casos recientes, A *versus* Reino Unido (1998) y z y otros *versus* Reino Unido (2001), la Corte Europea afirmó la obligación del Estado demandado de tomar medidas positivas para proteger a los niños contra malos tratos, incluidos los infligidos por otros individuos (párrafos 22 y 73, respectivamente).²⁰⁰ Es precisamente en este ámbito privado donde frecuentemente se cometen abusos contra los niños ante la omisión del poder público –lo que requiere así una protección de los derechos humanos del niño *erga omnes*, o sea, incluso en las relaciones entre particulares (*Drittwirkung*).

¹⁹⁸ Artículos 248 y 239 (2) del referido *Código*.

¹⁹⁹ European Court of Human Rights, *case of x and y versus The Netherlands*, sentencia del 26/03/1985, serie A, número 91, pp. 11–14, especialmente párrafos 7–8, 22–23, 26–27 y 30.

²⁰⁰ Igual posición fue asumida por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso z, A, B y C *versus* Reino Unido (petición número 29392/95), interpuesto por dos niños y dos niñas (*Informe* del 10/09/1999, párrafo 93).

64. Es este un contexto en que, definitivamente, asumen especial relevancia las obligaciones de protección *erga omnes*. El fundamento para el ejercicio de dicha protección se encuentra en la propia *Convención americana sobre derechos humanos*. La obligación general que estipula en su artículo 1.1 de respetar y hacer respetar los derechos consagrados –incluso los derechos del niño, como se estipula en el artículo 19–²⁰¹ requiere del Estado la adopción de medidas positivas de protección (incluso para resguardar el papel preponderante de la familia, previsto en el artículo 17 de la *Convención*, en la protección del niño –párrafo 88) aplicables *erga omnes*. De ese modo, el artículo 19 de la *Convención* se reviste de una dimensión más amplia, protegiendo a los niños también en las relaciones interindividuales.
65. La presente *Opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* ofrece un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La *Opinión consultiva* afirma categóricamente el deber general de los Estados parte en la *Convención americana*, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos –obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con “actuaciones de terceros particulares” (párrafo 87).
66. En un tiempo en que lamentablemente se diversifican las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, el entendimiento de la corte no podría ser diferente. Es esta la interpretación que se impone en conformidad con la letra y el espíritu de la *Convención americana* y que es capaz de contribuir a la realización de su objeto y fin. Al igual que la corte sostuvo en su reciente *Resolución sobre medidas provisionales de protección* (del 18/06/2002) en beneficio de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia), y de las personas que prestan servicios a ésta, en la presente *Opinión consultiva número 17* la corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana se aplica *erga omnes*.
67. Es éste un imperativo de *ordre public* internacional que implica el reconocimiento de que los derechos humanos constituyen el fundamento básico del ordenamiento jurídico. Y los valores, que les son siempre subyacentes –además de perfectamente identificables–,²⁰²

²⁰¹ Durante los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, noviembre de 1969), esta disposición (del artículo 19) fue insertada en la *Convención americana sobre derechos humanos* sin mayores dificultades; véase OEA, *Conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. Actas y documentos* (San José de Costa Rica, 07–22.11.1969), documento OEA/Ser. K/XVI/1.2, pp. 20–21, 232, 300 y 445.

²⁰² A lo largo de la parte operativa de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero explicitados sobre todo en sus preámbulos, que tienden a invocar los ideales que inspiraron dichos tratados e instrumentos, o a enunciar sus fundamentos o principios generales. N. Bobbio, “Il Preambolo della *Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo*”, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 57, 1974, pp. 437–440.

cuidan de darles expresión concreta. No hay que olvidar, por ejemplo, que ya el preámbulo de la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 invocaba la “conciencia de la humanidad”; y, una década después, el preámbulo de la *Declaración de los derechos del niño* de 1959 advertía con toda propiedad que “la humanidad debe al niño lo mejor que pueda a darle”.

68. En suma, en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, verdaderamente fundamentales e irreductibles, captados por la conciencia humana. Esta última encuéntrase siempre presente, y ha acompañado e impulsado toda la evolución del *jus gentium*, del cual –tengo la plena convicción– es la fuente material por excelencia.

69. Al concluir este voto concurrente permítome retornar a mi punto de partida. Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día y el adulto, ya “impregnado de historia”,²⁰³ vive en la época; los que ya partieron viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos.

70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”) a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; hay que, además, desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica. Siempre he sostenido que el derecho internacional de los derechos humanos alcanzará su plenitud el día en que se consolide en definitiva el reconocimiento no sólo de la personalidad, sino también de la capacidad jurídica internacional de la persona humana, como titular de derechos inalienables en todas y cualesquiera circunstancias. En el *jus gentium* de nuestros días la importancia de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, independientemente de su tiempo existencial, es mucho mayor de lo que pueda uno *prima facie* suponer.

71. En efecto, como el derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea un niño, un anciano, una persona con discapacidad, un apátrida o cualquier otro), independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio), podemos, de ese modo, visualizar un verdadero derecho al derecho, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en

²⁰³ En la feliz caracterización de Bertrand Russell, *A última oportunidad do homem*, Lisboa, Guimaraes Ed., 2001, p. 205.

los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana.²⁰⁴ El reconocimiento y la consolidación de la posición del ser humano como sujeto pleno del derecho internacional de los derechos humanos constituye, en nuestros días, una manifestación inequívoca y elocuente de los avances del proceso en curso de humanización del propio derecho internacional (*jus gentium*), al cual tenemos el deber de contribuir, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la presente *Opinión consultiva número 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño*.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

²⁰⁴ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, volumen III, Porto Alegre, Brasil, Fabris Ed., 2002, capítulo xx.

**Voto concurrente razonado del juez
Sergio García Ramírez
a la *Opinión consultiva* OC-17,
sobre la “condición jurídica
y derechos humanos del niño”
del 28 de agosto de 2002**

1. - En la solicitud de opinión consultiva recibida y atendida por la corte –OC-17/2002, sobre la “condición jurídica y derechos humanos del niño” – a la que se agrega este voto concurrente razonado, se refleja, entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Éstos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisa, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica, y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio –real o supuesto– del menor de edad. Según cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría del “menor delincuente” o de la “delincuencia infantil o juvenil” en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro” en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza –o termina– en el empleo mismo de dichas expresiones.
2. - No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico –en mi concepto, desde el plano mismo de la *Constitución* nacional– y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta en alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano legislativo sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.

3. - En este voto, como en la misma *Opinión consultiva* OC-17, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su sentido más estricto (párrafo 39) y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la corte en esta *Opinión consultiva*, para colocarlas por encima o fuera –como se prefiera– de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno –o amplio– ejercicio de sus derechos y sus correspondientes deberes y responsabilidades; regularmente en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o incluso antes) y la capacidad de su ejercicio (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con “adolescente”, “joven”, “adulto” o “anciano”.
4. - El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se *juridizan*, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de derecho. La *Convención sobre los derechos del niño* de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente *Opinión consultiva*, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1, párrafo 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra “niño”, y en tal virtud coloca a este concepto –y a este sujeto– como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra “niño” abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa *Convención* tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y “menor de edad” para los efectos de la *Opinión consultiva*. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).
5. - Ni en la declaración de la corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la *OC-17* aparece deslindar alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que 18 años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este voto: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.

6. - Cuando la *Opinión consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad supone –en mi concepto– que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párrafo 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias; y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con ocho o diez años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias –que no pretendo examinar ahora– en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.
7. - Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1, *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas –con sus correspondientes valores– entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes –vida, libertad, integridad, patrimonio– y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de ésta.
8. - Ahora bien, el asunto se complica cuando, además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia –irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito–, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o que no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párrafo 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen –en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones– de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.
9. - En el sistema penal del pasado distante los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del discernimiento (sujeta a prueba, porque *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades

del sujeto pudieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema –hasta siete o nueve años, por ejemplo– pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o relativizó la intervención de la justicia penal en función del discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad –la juvenil: entre 16 y 21 años– hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal” las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos –desde forenses y criminológicos hasta literarios– sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores –capaces de derecho penal– y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: *“L'enfant est sorti du Droit pénal”*.²⁰⁵
11. No me extendiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o de utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distinción entre mayores y menores para efectos del derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquélla no es un tema de grupos, sino de personas; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica –la única que existe– en el caso de cada uno de ellos.
12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que

²⁰⁵ Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. en Renée Nillus, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, en VV. AA., *Le problème de l'enfance délinquante*, París, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, 1947, p. 104.

poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; 13 en Francia; 14 en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; 15 en los países escandinavos; 16 en Portugal, Polonia y Andorra y 18 en España, Bélgica y Luxemburgo.²⁰⁶

13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones *–lato sensu–* diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,²⁰⁷ que entronca con el principio de *the king as father of the realm*.
14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y el inicio de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias –aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes–, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo de sus hijos, adoptando incluso medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de un procedimiento judicial, el “Estado padre o tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.
15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania de 1838: *Ex parte crouse*. En México, casi 100 años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley

²⁰⁶ Véase Eur. Court of H. R., *Case of T. versus The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, párrafo 48.

²⁰⁷ Véase Joseph J. Senna y Larry J. Siegel, *Introduction to Criminal Justice*, St. Paul, West Publishing Company, 1987, p. 535.

correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores”.²⁰⁸ Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: “tutelar”.

16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor *sui generis*, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la “figura y el estrépito” de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.
17. La entrega de los niños a este método para resolver sus “problemas de conducta”, entendidos como “problemas con la justicia”, trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acrecentaron el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado llevó a reunir en el mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y los que no lo eran, incluidos ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar: “el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como ‘derecho tutelar’, ha sido puesto en duda con sobrados

²⁰⁸ “Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores”, en José Ángel Ceniceros y Luis Garrido, *La ley penal mexicana*, México, Editorial Botas, 1934, p. 323.

motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc.”²⁰⁹

18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino que constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el derecho común integran el “debido proceso legal” y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.
19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patriae*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Suprema Corte, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,²¹⁰ imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.²¹¹ La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.
20. En la realidad ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual.

²⁰⁹ “Documento de discusión para el Seminario de San José (del 11 al 15 de julio de 1983)”, redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni, en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer informe)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1984, p. 94.

²¹⁰ *In re Gault*, 387 U.S. 9 (1967), dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculpó —en unión con otro joven: Ronald Lewis— de realizar llamadas telefónicas obscenas.

²¹¹ Véase George F. Cole, *The American System of Criminal Justice*, Monterey, California, Brooks-Cole Publishing Company, 1983, p. 474.

Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada reducción de la edad, millones de personas que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.

21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y expuestos en la audiencia pública del 21 de junio de 2002, párrafo 15) conducentes a la *Opinión consultiva* a la que corresponde este voto, un fuerte debate de escuelas, corrientes o conceptos: por una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” –que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”–²¹² y, por otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” –con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”. Se transita, así, del “menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia-adolescencia como sujeto pleno de derechos”.²¹³ Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro –o desencuentro– apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.
22. Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen a las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este voto y lo ha hecho, a mi juicio, la *Opinión consultiva*, que no se afilia a doctrina alguna.

²¹² Emilio García Méndez, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Forum Pacis, 1994, p. 22.

²¹³ *Ibid.*, pp. 82–83.

23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?
24. Si eso es cierto, probablemente ha llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando o errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o, mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento—, hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro orden.²¹⁴ A fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina, su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el derecho de los menores infractores,²¹⁵ que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un derecho protector, no desposeedor de los derechos fundamentales.
25. Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con necesidades específicas de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia *Convención americana*, en el *Protocolo de San Salvador* y en la *Convención sobre los derechos del niño*, que insisten en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así

²¹⁴ Véase el desarrollo de esta opinión en mi trabajo: “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas*, col. “Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas”, UNAM, 1996, pp. 205–206.

²¹⁵ Como a Jescheck, cuando afirma que el derecho penal de jóvenes es una parte del derecho tutelar de menores. Véase *Tratado de derecho penal. Parte general*, traducción de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, volumen I, pp. 15–16.

como en otros instrumentos convocados por la *Opinión consultiva: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio* (párrafos 106–111). Y, por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá –puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección– de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.

26. Por eso, en mi concepto, la *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración –convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas– y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el derecho de gentes.
27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* –y en ello es enfática la *Opinión consultiva*– que todos los instrumentos internacionales relativos a los derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe –una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el derecho– y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.
28. Es sobradamente sabido que en el proceso social –no público, no privado– se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta

*Opinión consultiva*²¹⁶ (párrafos 47 y 97). Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquéllos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito –donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar-inquisitiva”²¹⁷ obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía un auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres o tutores también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.
30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado –piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas– para realizar una actuación personal como la que puede efectuar un adulto, avezado o por lo menos maduro (párrafo 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza –las declaraciones entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal–; y no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y, en otro caso, es posible –habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí se dirimen– que exista una

²¹⁶ Véase *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva* OC-16/99, del 1 de octubre de 1999, serie A, número 16, párrafo 119. En sentido similar, asimismo véase, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva* OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 57.

²¹⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis del derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es éste el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia –e invariablemente con respeto a la legalidad– en las situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona –y no solamente, como es obvio, un menor de edad– exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.
32. El Estado tiene deberes de protección inmediata –previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia– de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la *incolumidad* de éstos –la familia, por ejemplo– no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, incluso, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio –o el procedimiento– correspondiente.
33. Considero indispensable subrayar –y celebro que lo haya hecho la OC-17/2002– una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas –no todos, obviamente– que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párrafo 86). Generalmente son éstos –y no los mejor provistos– quienes llegan a las barandillas de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.
34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales, cuya *progresividad* no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas –pendientes de cumplimiento– prometen formalmente. A esto se ha referido la corte en el Caso Villagrán Morales, que se cita en la presente *Opinión consultiva* (párrafo 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la *Convención americana*, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.²¹⁸

35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Está bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y está bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar –si cuentan con él–, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones –que debieran ser excepcionales– en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.²¹⁹ No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos –o sólo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros.

36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea –por lo que toca al plano americano– desde la *Carta de Bogotá* conforme al *Protocolo de Buenos Aires*, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las constitucio-

²¹⁸ Véase Caso de los “niños de la calle” (*Villagrán Morales y otros*), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie c, número 63, párrafo 144.

²¹⁹ En los términos de los *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (junio de 1986), “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

nes tienen, como ahora se proclama, carácter normativo –son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes”–, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Sergio García Ramírez
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Opinión consultiva 18/2003 (condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* -

Estuvieron presentes:** Antônio A. Cançado Trindade, presidente; Sergio García Ramírez, vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, juez; Oliver Jackman, juez; Alirio Abreu Burelli, juez; Carlos Vicente de Roux Rengifo, juez; Manuel E. Ventura Robles, secretario; y Pablo Saavedra Alessandri, secretario adjunto.

La corte, integrada en la forma antes mencionada, emite la siguiente *Opinión consultiva*:

I. Presentación de la consulta

1. El 10 de mayo de 2002 el Estado de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “México” o “el Estado solicitante”), con fundamento en el artículo 64.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos* (en adelante “la *Convención americana*”, “la *Convención*” o “el *Pacto de San José*”), sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte Interamericana”, “la corte” o “el tribunal”) una solicitud de opinión consultiva (en adelante también “la *Consulta*”) sobre la “privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Además, la *Consulta* trata

* - Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*.

** El juez Máximo Pacheco Gómez informó a la corte que, por motivos de fuerza mayor, no podía estar presente en el LX periodo ordinario de sesiones del tribunal, por lo que no participó en la deliberación y firma de la presente *Opinión consultiva*.

sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

2. -Asimismo, México expuso las consideraciones que originaron la *Consulta*, y entre ellas señaló que:

Los trabajadores migratorios, al igual que el resto de las personas, deben tener garantizado el goce y ejercicio de los derechos humanos en los Estados donde residen. Sin embargo, su vulnerabilidad los hace blanco fácil de violaciones a sus derechos humanos, basadas especialmente en criterios de discriminación y, en consecuencia, los coloca en una situación de desigualdad ante la ley en cuanto al goce y ejercicio efectivos de estos derechos. [...]

En el contexto ya descrito, preocupa profundamente al gobierno de México la incompatibilidad de interpretaciones, prácticas y expedición de leyes por parte de algunos Estados de la región, con el sistema de derechos humanos de la OEA. El gobierno de México estima que tales interpretaciones, prácticas o leyes implican negar, entre otros, derechos laborales sobre la base de criterios discriminatorios fundados en la condición migratoria de los trabajadores indocumentados. Lo anterior podría alentar a los empleadores a utilizar esas leyes o interpretaciones para justificar la pérdida progresiva de otros derechos laborales. Por ejemplo: pago de horas extras, antigüedad en el empleo, salarios devengados, licencias de maternidad, abusando así de la condición de vulnerabilidad en que se encuentran los trabajadores migratorios indocumentados. En ese contexto, las violaciones a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos de los trabajadores migratorios en la región constituyen una amenaza real para la vigencia de los derechos protegidos por tales instrumentos.

3. -Las normas cuya interpretación solicitó México al tribunal son las siguientes: los artículos 3.1 y 17 de la *Carta de la Organización de Estados Americanos* (en adelante “la OEA”); el artículo II (derecho de igualdad ante la ley) de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (en adelante “la *Declaración americana*”); los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 24 (igualdad ante la ley) de la *Convención americana*; los artículos 1, 2.1 y 7 de la *Declaración universal de los derechos humanos* (en adelante “la *Declaración universal*”) y los artículos 2.1, 2.2, 5.2 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.
4. -Con base en las anteriores disposiciones, México solicitó la opinión de la corte respecto de los siguientes asuntos:

En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo 11 de la *Declaración americana*, en el artículo 24 de la *Convención americana*, en el artículo 7 de la *Declaración universal* y en el artículo 26 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*:

- 1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce

de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?

- 2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la *Declaración universal* y 11 de la *Declaración americana* y los artículos 2 y 26 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*, así como 1 y 24 de la *Convención americana*, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?
- 2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior [...], ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*:

- 3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes frente a las obligaciones internacionales derivadas del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]* y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud:

- 4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general y, en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2, párrafo 1 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*, el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso 1 y el artículo 17 de la *Carta de la OEA*?
5. - Como agente fue designado el señor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco y como agente alterno el embajador de México en Costa Rica, señor Carlos Pujalte Piñeiro.

II. Procedimiento ante la corte

6. - Mediante notas del 10 de julio de 2002, la Secretaría de la Corte (en adelante “la secretaria”), en cumplimiento de lo que dispone el artículo 62.1 del *Reglamento de la corte* (en adelante “el *Reglamento*”), transmitió la solicitud de opinión consultiva a todos los Estados miembros, al secretario general de la OEA, al presidente del Consejo Permanente de la OEA y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Asimismo, les informó el plazo fijado por el presidente de la corte (en adelante “el presidente”), en consulta con los demás jueces que integran el tribunal, para la presentación de las observaciones escritas u otros documentos relevantes respecto de la solicitud mencionada.
7. - El 12 de noviembre de 2002 México presentó un escrito mediante el cual remitió copia de una comunicación de su Secretaría de Relaciones Exteriores que informaba sobre una opinión de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relacionada con derechos laborales de trabajadores migrantes.
8. - El 14 de noviembre de 2002 el Estado de Honduras presentó sus observaciones escritas. Algunos folios se encontraban ilegibles. El 18 de los mismos mes y año se recibió en forma completa el escrito de observaciones.
9. - El 15 de noviembre de 2002 México presentó una comunicación mediante la cual remitió información complementaria a la *Consulta*, e incluyó la versión en inglés de una opinión formal que dicho Estado solicitó a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la cual, según aquél, “resulta de especial relevancia para el [...] procedimiento consultivo”.
10. El 26 de noviembre de 2002 el Estado de Nicaragua presentó sus observaciones escritas.
11. El 27 de noviembre de 2002 las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito presentaron un escrito en calidad de *amicus curiae*.
12. El 3 de diciembre de 2002 México presentó una comunicación a través de la cual remitió la versión en español de la opinión formal que había solicitado a la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (*supra* párrafo 9).
13. El 12 de diciembre de 2002 [el despacho] Delgado Law Firm presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.
14. El 8 de enero de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Michel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae*. El original de dicha comunicación fue presentado el 10 de enero de 2003.

15. El 13 de enero de 2003 los Estados de El Salvador y de Canadá presentaron sus observaciones escritas.
16. El 13 de enero de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó sus observaciones escritas.
17. El 13 de enero de 2003 el Estado de los Estados Unidos de América presentó una nota mediante la cual informó a la corte que no presentaría observaciones a la solicitud de opinión consultiva.
18. El 13 de enero de 2003 la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/ Global Justice Center presentaron un escrito en calidad de *amici curiae*.
19. El 16 de enero de 2003 el presidente emitió una resolución mediante la cual convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de opinión consultiva OC-18 el día 24 de febrero de 2003 a las 9:00 horas”, con el propósito de “que los Estados miembros y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentaran sus argumentos orales”.
20. El 17 de enero de 2003 el Estado de Costa Rica presentó sus observaciones escritas.
21. El 29 de enero de 2003 la secretaría, siguiendo instrucciones del presidente y mediante la comunicación CDH-S/067, invitó a la señora Gabriela Rodríguez, relatora especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, para que asistiera como observadora a la audiencia pública convocada para el 24 de febrero de 2003 (*supra* párrafo 19).
22. El 3 de febrero de 2003 la secretaría transmitió copia de la información complementaria a la solicitud de opinión consultiva remitida por México (*supra* párrafos 9 y 12) de las observaciones escritas presentadas por los Estados de Honduras, Nicaragua, El Salvador, Canadá y Costa Rica (*supra* párrafos 8, 10, 15 y 20), así como de las presentadas por la Comisión Interamericana (*supra* párrafo 16) a todos éstos.
23. El 6 de febrero de 2003 el señor Mario G. Obledo, presidente de la National Coalition of Hispanic Organizations, presentó un escrito en respaldo a la solicitud de opinión consultiva.
24. El 6 de febrero de 2003 el señor Thomas A. Brill, del Law Office of Sayre & Chavez, presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.
25. El 6 de febrero de 2003 el señor Javier Juárez, del Law Office of Sayre & Chavez, presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.

26. El 7 de febrero de 2003 México presentó un escrito mediante el cual sustituyó al agente alterno, embajador Carlos Pujalte Piñeiro, por el señor Ricardo García Cervantes, actual embajador de México en Costa Rica (*supra* párrafo 5).
27. El 10 de febrero de 2003 la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*.
28. El 13 de febrero de 2003 la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/ Global Justice Center remitieron una versión final y corregida de su escrito en calidad de *amici curiae* presentado con anterioridad (*supra* párrafo 18).
29. El 13 de febrero de 2003 la señora Rebecca Smith remitió otra copia del escrito en calidad de *amici curiae* presentado por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States* (*supra* párrafo 27).
30. El 21 de febrero de 2003 la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, el Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México presentaron un escrito en calidad de *amici curiae*.
31. El 21 de febrero de 2003 el Center for International Human Rights de la Northwestern University School of Law presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*. El original de dicho escrito se presentó el 24 de febrero de 2003.
32. El 24 de febrero de 2003 se celebró una audiencia pública en la sede de la corte, en la cual se recibieron los argumentos orales de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Comparecieron ante la corte:

por los Estados Unidos Mexicanos: Juan Manuel Gómez-Robledo, agente; Ricardo García Cervantes, agente alterno y embajador de México en Costa Rica; Víctor Manuel Uribe Aviña, asesor; Salvador Tinajero Esquivel, asesor, director de Coordinación Interinstitucional y Organizaciones No Gubernamentales de la Dirección General de Derechos Humanos de la Cancillería y María Isabel Garza Hurtado, asesora;

por Honduras: Álvaro Agüero Lacayo, embajador de Honduras en Costa Rica y Argentina Wellermann Ugarte, primera secretaria de la Embajada de Honduras en Costa Rica;

por Nicaragua: Mauricio Díaz Dávila, embajador de Nicaragua en Costa Rica;

por El Salvador: Hugo Roberto Carrillo, embajador de El Salvador en Costa Rica y José Roberto Mejía Trabanino, coordinador de temas globales del Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador;

por Costa Rica: Arnoldo Brenes Castro, asesor del ministro de Relaciones Exteriores; Adriana Murillo Ruin, coordinadora de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior; Norman Lizano Ortiz, funcionario de la División de Derechos Humanos de la Dirección General de Política Exterior; Johnny Marín, jefe del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería y Marcela Gurdíán, funcionaria del Departamento Legal de la Dirección General de Migración y Extranjería; y

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Juan Méndez, comisionado y Helena Olea, asistente.

Estuvieron presentes, además, como observadores:

por la República Oriental del Uruguay: Jorge María Carvalho, embajador de Uruguay en Costa Rica;

por Paraguay: Mario Sandoval, ministro, encargado de negocios de la Embajada de Paraguay en Costa Rica;

por la República Dominicana: Ramón Quiñones, embajador, representante permanente de República Dominicana ante la OEA; Anabella De Castro, ministra consejera, encargada de la Sección de Derechos Humanos de la Secretaría de Estado de Relaciones Exteriores y José Marcos Iglesias Iñigo, representante del Estado de República Dominicana ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

por Brasil: Ministro Nilmário Miranda, secretario especial de los Derechos Humanos de Brasil; María De Luján Caputo Winkler, encargada de negocios de la Embajada de Brasil en Costa Rica y Gisele Rodríguez Guzmán, funcionaria de la Embajada de Brasil en Costa Rica;

por Panamá: Virginia I. Burgoa, embajadora de Panamá en Costa Rica; Luis E. Martínez-Cruz, encargado de negocios de la Embajada de Panamá en Costa Rica y Rafael Carvajal Arcia, director de Asesoría Legal del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral;

por Argentina: Juan José Arcuri, embajador de Argentina en Costa Rica;

por Perú: Fernando Rojas S., embajador de Perú en Costa Rica y Walter Linares Arenaza, primer secretario de la Embajada de Perú en Costa Rica; y

por la Organización de las Naciones Unidas: Gabriela Rodríguez, relatora sobre los derechos humanos de los migrantes.

33. El 5 de marzo de 2003 México presentó un escrito mediante el cual remitió una copia del “texto revisado del argumento oral pronunciado por el agente” en la audiencia pública celebrada el 24 de febrero de 2003 (*supra* párrafo 32).
34. El 20 de marzo de 2003 México remitió una copia del comunicado de prensa emitido el 11 de los mismos mes y año por su Secretaría de Relaciones Exteriores.
35. El 28 de marzo de 2003 México presentó un escrito mediante el cual remitió las respuestas a las preguntas formuladas por los jueces Cançado Trindade y García Ramírez durante la audiencia pública (*supra* párrafo 32).
36. El 7 de abril de 2003 el presidente emitió una resolución mediante la cual convocó a “una audiencia pública sobre la solicitud de *Opinión consultiva* OC-18, el día 4 de junio de 2003, a las 10:00 horas”, con el propósito de que las personas y organizaciones que remitieron escritos en calidad de *amici curiae* presentaran sus argumentos orales al respecto. Asimismo, en la resolución se indicó que si alguna persona u organización que no presentó escrito en calidad de *amicus curiae* deseaba participar en la audiencia pública, lo podría hacer previa acreditación ante el tribunal.
37. El 15 de mayo de 2003 el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentó un escrito en calidad de *amicus curiae*.
38. El 16 de mayo de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires presentaron, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amici curiae*. El original de dicho escrito fue presentado el 28 de mayo de 2003.
39. El 4 de junio de 2003 se celebró una audiencia pública en el hemiciclo de la ex Cámara de Diputados, Ministerio de Relaciones Exteriores, en Santiago de Chile, en la cual se recibieron los argumentos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales:

Comparecieron ante la corte:

por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): Itzel Magali Pérez Zagal, estudiante; Karla Michel Salas Ramírez, estudiante; Gail Aguilar Castañón, estudiante y Liliana Ivonne González Morales, estudiante;

por la Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School, el Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y el Centro de Justicia Global/Global Justice Center: James Louis Cavallaro, director asociado, Human Rights Program, Harvard Law School; Andressa Caldas, abogada y

directora legal, Global Justice Center, Río de Janeiro, Brasil y David Flechner, representante, Harvard Law Student Advocates for Human Rights;

por el Law Office of Sayre & Chavez: Thomas A. Brill, abogado;

por las Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States: Beth Lyon, profesora asistente de derecho, Villanova University School of Law y Rebecca Smith, abogada, National Employment Law Project;

por el Center for International Human Rights de la Northwestern University School of Law: Douglas S. Cassel, director y Eric Johnson;

por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM): Jorge A. Bustamante, investigador;

por el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL): Francisco Cox, abogado;

por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires: Pablo Ceriani Cernadas, abogado de CELS y coordinador de la clínica jurídica;

por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR): Juan Carlos Murillo, oficial de capacitación de la Unidad Legal Regional; y

por el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos: Juan Antonio Tejada Espino, presidente del Consejo Centroamericano y defensor del pueblo de la República de Panamá.

Estuvieron presentes, además, como observadores:

por los Estados Unidos Mexicanos: Alejandro Souza, funcionario de la Coordinación General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México; y

por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Ricardo Valero, embajador de México en Chile y Helena Olea, abogada.

40. El 4 de junio de 2003, durante la audiencia pública celebrada en Santiago de Chile, el Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos presentó un documento escrito en calidad de *amicus curiae*.

41. El 24 de junio de 2003 el señor Jorge A. Bustamante remitió, vía correo electrónico, un escrito en calidad de *amicus curiae* presentado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas

de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El original de dicho escrito fue presentado el 3 de julio de 2003.

42. El 3 de julio de 2003 el señor Thomas A. Brill, del Law Office of Sayre & Chavez, presentó sus argumentos finales escritos.
43. El 8 de julio de 2003 la señora Beth Lyon remitió, vía correo electrónico, los argumentos finales escritos presentados por las *Labor, Civil Rights and Immigrants' Rights Organizations in the United States*. El original de dicho escrito fue recibido el 7 de agosto de 2003.
44. El 11 de julio de 2003 las señoritas Liliana Ivonne González Morales, Gail Aguilar Castañón, Karla Michel Salas Ramírez e Itzel Magali Pérez Zagal, estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) presentaron, vía correo electrónico, su escrito de argumentos finales. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.
45. El 11 de julio de 2003 el Center for International Human Rights de la Northwestern University School of Law presentó, vía correo electrónico, sus argumentos finales escritos. El original de dicho escrito fue presentado el 18 de julio de 2003.
46. El 30 de julio de 2003 el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y la Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires presentaron sus argumentos finales escritos.
47. La corte resume a continuación las observaciones escritas y orales del Estado solicitante, de los Estados participantes y de la Comisión Interamericana, así como los escritos y alegatos orales presentados en calidad de *amici curiae* por diversas personas, universidades, instituciones y organizaciones no gubernamentales:

México. Respecto de la admisibilidad de la consulta, México manifestó en su solicitud que:

La opinión de la corte tendría gran relevancia para el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de las autoridades de los Estados receptores de migrantes, al precisar el alcance de tales obligaciones respecto de la protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad.

La solicitud presentada no pretende que la corte se pronuncie en abstracto, “sino que considere situaciones concretas en las que está llamada a examinar los actos de los órganos de cualquier Estado americano, en tanto que la aplicación de tales actos pueda dar lugar a la violación de alguno de los derechos protegidos en los tratados e instrumentos invocados en la [...] solicitud”. Tampoco pretende que la corte interprete el derecho interno de ningún Estado.

Además de las consideraciones que originaron la consulta expuestas con anterioridad (*supra* párrafo 2), el Estado solicitante indicó que la protección de los derechos humanos de los trabajadores migrantes es también un tema de especial interés para México en razón de que existen, aproximadamente, 5,998,500 (cinco millones novecientos noventa y ocho mil quinientos) trabajadores mexicanos fuera del territorio nacional. De ellos, se calcula que 2,490,000 (dos millones cuatrocientos noventa mil) son trabajadores migrantes indocumentados que, al carecer de una situación migratoria regular, “se convierten en un blanco natural para la explotación humana y laboral, debido a su condición especialmente vulnerable”.

Tan sólo en un periodo de cinco meses (del 1 de enero de 2002 al 7 de mayo del mismo año), México ha tenido que intervenir, a través de las representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los derechos humanos de trabajadores migrantes mexicanos, por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnización por enfermedades adquiridas en centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos.

Los esfuerzos que México y otros Estados de la región han realizado en defensa de los derechos humanos de los trabajadores migrantes no han podido evitar el recrudecimiento de legislaciones y prácticas discriminatorias contra el extranjero que busca trabajo en un país distinto al suyo, ni la regulación del mercado de trabajo con base en criterios discriminatorios acompañados de xenofobia, la cual se ampara en la seguridad nacional, el nacionalismo o la preferencia nacional.

Respecto del fondo de la *Consulta*, México indicó en su solicitud:

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

De conformidad con el principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la *Declaración americana*, en el artículo 24 de la *Convención americana*, en el artículo 7 de la *Declaración universal* y en el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, toda medida que propicie un trato perjudicialmente distinto a personas o grupos de personas que se encuentren en el territorio de un Estado americano y sujetos a su jurisdicción, es contraria al reconocimiento de igualdad ante la ley, que prohíbe todo tratamiento discriminatorio con apoyo en la ley.

Los trabajadores en situación irregular son objeto de un tratamiento hostil debido a su condición migratoria y, en consecuencia, son considerados un grupo inferior en relación con el resto de los trabajadores legales o nacionales del Estado de que se trata.

Un órgano de un Estado parte en los instrumentos internacionales anteriormente mencionados que afirme, al interpretar su legislación interna, alguna diferencia de trato en el goce y disfrute de un derecho laboral basado solamente en la condición migratoria de un trabajador, estaría haciendo una interpretación contraria al principio de igualdad jurídica.

Tal interpretación puede servir de justificación para que los empleadores despidan a trabajadores indocumentados al amparo de un criterio preestablecido que supone la supresión de ciertos derechos laborales en razón de la condición migratoria irregular.

La circunstancia anteriormente descrita es aún más grave si se toma en cuenta que la misma situación irregular de los trabajadores indocumentados provoca que éstos sientan temor de acudir a las instancias gubernamentales encargadas de vigilar el cumplimiento de las normas laborales y, consecuentemente, los empleadores que incurren en estas prácticas no son sancionados. A diferencia de lo que sucede cuando se despide a trabajadores nacionales o residentes legales, resulta económicamente más ventajoso despedir al trabajador indocumentado debido a que el patrono no estará obligado a indemnizar en forma alguna por tales despidos, dándose una “clara contradicción con el principio de igualdad ante la ley”.

El derecho a la igualdad ante la ley no sólo tiene aplicación respecto del goce y ejercicio de los derechos laborales, sino que además se hace extensivo a todo derecho reconocido en la legislación interna, de manera que abarca “un universo de derechos mucho más amplio que los derechos y libertades fundamentales consagrados en el derecho internacional”. Este alcance del derecho a la igualdad “tiene importantes aplicaciones en la competencia de los órganos de derechos humanos”. Por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha examinado denuncias sobre discriminación de derechos que no se encuentran contemplados expresamente en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, rechazando el argumento de que carece de competencia para conocer denuncias sobre discriminación en el goce de los derechos protegidos en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*.

México se refirió a lo dispuesto en la *Observación general número 18* del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

En cuanto a la segunda pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*:

De lo estipulado en los artículos 2.1 de la *Declaración universal*, 11 de la *Declaración americana*, 2 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y 1 y 24 de la *Convención americana*, se desprende la obligación de los Estados de garantizar el goce y ejercicio efectivo de los derechos contemplados en tales disposiciones, así como la prohibición de discriminar por motivos de cualquier índole.

La obligación de los Estados americanos de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos “va más allá del simple hecho de contar con un orden jurídico que garantice el cumplimiento de tales derechos”. Los actos de todos los órganos de un Estado americano deben respetar estrictamente tales derechos, de forma que “la actuación de los órganos estatales desemboque en el real cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos garantizados en instrumentos internacionales”.

Los actos de un órgano de un Estado americano que tuvieran como efecto situaciones de hecho contrarias al goce efectivo de los derechos humanos fundamentales serían contrarios a la obligación estatal de adecuar su conducta a los estándares fijados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*: -

Es “inaceptable” que un Estado americano subordine o condicione, de cualquier forma, - la observancia de los derechos humanos fundamentales a la consecución de objetivos de - política migratoria contenidos en sus leyes, soslayando obligaciones internacionales deri-

vadas del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*. Esto es así aunque para justificar tal comportamiento se invocaran objetivos de política interna previstos en la legislación nacional y considerados, desde el punto de vista gubernamental, legítimos para la consecución de ciertos fines, “incluido por ejemplo la aplicación de una política de control migratorio basada en la lucha contra el empleo de extranjeros indocumentados”.

Ni siquiera tratándose del orden público –que es el fin último de cualquier Estado de derecho– es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho. Mucho menos aceptable sería pretender hacerlo invocando objetivos de política interna contrarios al bien común: “Si bien [...] en algunos casos y bajo condiciones muy específicas, un Estado americano puede restringir o condicionar el goce de un determinado derecho, en el hipotético planteado a la corte [...] no se satisfarían los requisitos para tal condicionamiento”.

El artículo 5.2 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* contempla la primacía de la norma más favorable a la víctima, “que obliga a buscar, en el *corpus iuris gentium*, la norma enderezada a conseguir aquello que redunde en beneficio del ser humano como titular principalísimo de los derechos protegidos en el derecho internacional de los derechos humanos”.

Se trata de una especie de “traslación” al derecho internacional de los derechos humanos de la cláusula Martens, propia del derecho internacional humanitario, la cual confirma el principio de la aplicabilidad del derecho internacional humanitario en toda circunstancia, incluso cuando los tratados existentes no regulen determinadas situaciones.

Los efectos jurídicos de las obligaciones *erga omnes lato sensu* no se despliegan sólo entre las partes contratantes del instrumento de que se trate. Tales efectos “se producen a la manera de derechos en favor de terceros (*stipulation pour autrui*), reconociéndose así el derecho, e incluso la obligación, para los demás Estados –sean o no parte del instrumento en cuestión– de garantizar su cumplimiento”. Al respecto, México invocó las decisiones de la Corte Internacional de Justicia en los casos contenciosos de la Barcelona Traction (1970), de Timor Oriental (1995) y de la aplicación de la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* (1996).

La jurisprudencia internacional, con excepción de la relativa a crímenes de guerra, “no ha despejado [...] a plenitud el régimen jurídico aplicable a las obligaciones *erga omnes*, o en el mejor de los casos lo ha hecho con cautela y quizás cierto temor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está llamada aquí a desempeñar un papel esencial para fijar el derecho aplicable y hacer valer la garantía colectiva que se desprende del artículo 1 de su *Estatuto*”.

En cuanto a la cuarta pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Es abundante “la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones (artículo 38, párrafo d) del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*) [...] que ha sostenido que los derechos humanos fundamentales pertenecen *ab initio* al dominio de las normas de *ius cogens*”. También existen opiniones individuales de jueces en relación con el efecto jurídico que deriva del reconocimiento de que una disposición goza de los atributos inherentes a una norma de *ius cogens*, conforme al artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*.

México se refirió a los comentarios de la Comisión de Derecho Internacional a los artículos 40 y 41 del entonces proyecto sobre la responsabilidad de los Estados.

En forma similar a lo que ocurre en relación con las obligaciones *erga omnes*, “la jurisprudencia ha obrado con precaución, o incluso a la zaga de la *opinio iuris communis* (esta última como manifestación de la conciencia jurídica universal), para consagrar, de una vez por todas, las normas de *ius cogens* en lo referente a la protección de los derechos humanos fundamentales y hacer luz respecto de su régimen jurídico”.

Además, en el escrito presentado el 15 de noviembre de 2002 (*supra* párrafos 9 y 12), México agregó que:

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4): -

Esta pregunta “está dirigida a precisar la existencia de derechos laborales fundamentales [de los] - que deben gozar todos los trabajadores [...], los cuales se encuentran reconocidos internacionalmente en diversos instrumentos [...] y determinar si negar esos derechos a los trabajadores - en función de su calidad migratoria significaría otorgar un trato perjudicial, contrario a los principios de igualdad jurídica y de no discriminación”. -

Los Estados pueden otorgar un trato distinto a los trabajadores migrantes documentados y a los trabajadores migrantes indocumentados, o a extranjeros respecto de los nacionales. Tal es el caso de los derechos políticos reconocidos sólo a los nacionales. Sin embargo, respecto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos, todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección, de conformidad con el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*.

No puede darse un trato perjudicialmente distinto en la aplicación de los derechos laborales fundamentales, “independientemente de que fuera de ese cuerpo normativo básico los Estados se encuentran facultados a otorgar un trato distinto”. El trato perjudicialmente distinto a los trabajadores migrantes indocumentados atentaría contra los derechos laborales fundamentales.

Existen diversos instrumentos internacionales que permiten identificar derechos laborales fundamentales de los trabajadores migrantes. Por ejemplo, los artículos 25 y 26 de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* reconocen derechos laborales fundamentales para todos los trabajadores emigrantes, independientemente de su estatus migratorio.

Además, el 1 de noviembre de 2002 la Oficina Internacional del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió una opinión formal sobre el alcance y contenido del *Convenio número 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes* y de la *Recomendación número 151 sobre los trabajadores migrantes*. Esta opinión desarrolla otros derechos laborales fundamentales de todos los trabajadores migrantes. México coincide con la Oficina Internacional del Trabajo en que existe un nivel básico de protección aplicable tanto a los trabajadores documentados como a los indocumentados.

En cuanto a la segunda pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*:

Existe la posibilidad de que los Estados otorguen un trato diferente a los *migrantes* en situación irregular; sin embargo, bajo ninguna circunstancia están facultados para tomar medidas discriminatorias en cuanto al goce y protección de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Si bien es posible identificar, con base en los instrumentos internacionales, derechos laborales fundamentales, “este concepto se encuentra sujeto a evolución. En la medida en que surjan nuevas normas que se incorporen al cuerpo de derechos laborales fundamentales, éstas deberán beneficiar a todos los trabajadores, independientemente de su situación migratoria”.

Ante las preguntas de algunos jueces que integran la corte, México añadió que:

Los derechos laborales fundamentales que no podrían ser restringidos son aquellos que los instrumentos internacionales de derechos humanos consagran respecto de todos los trabajadores, incluidos los migrantes, independientemente de su situación regular o irregular. En este sentido, parece haber un consenso, derivado de dichos instrumentos internacionales, de que existe “un conjunto de derechos que, por su propia naturaleza, son de tal forma esenciales a la salvaguarda del principio de igualdad ante la ley y del principio de no discriminación que su restricción o suspensión, bajo cualquier título, conllevaría la violación de estos dos principios cardinales del derecho internacional de los derechos humanos”. Algunos ejemplos de estos derechos fundamentales son: derecho a igual salario por igual trabajo; derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, incluidos los beneficios de la seguridad social y otros derivados del empleo pagado; derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses; derecho a las garantías judiciales y administrativas para la determinación de sus derechos; prohibición del trabajo forzoso u obligatorio; y prohibición del trabajo infantil.

Toda restricción al goce de los derechos fundamentales que se derivan de los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación atenta contra la obligación *erga omnes* de respetar los atributos inherentes a la dignidad del ser humano, siendo el principal la igualdad en derechos. Las formas concretas de discriminación pueden ir desde la privación del acceso a la justicia para defender los derechos conculcados, hasta la negación de derechos derivados de una relación laboral. Cuando se realizan tales discriminaciones por medio de decisiones administrativas o judiciales se actúa con base en la tesis de que el goce de derechos fundamentales puede estar condicionado a la consecución de objetivos de política migratoria.

El individuo ha adquirido el rango de auténtico sujeto activo y pasivo del derecho internacional. El individuo puede ser sujeto activo de obligaciones en materia de derechos humanos, así como responsable en lo individual de su incumplimiento. Este aspecto ha sido desarrollado en el derecho penal internacional y en el derecho internacional humanitario. En otras materias, como la comprendida en esta solicitud de opinión consultiva, se podría establecer que “tratándose de normas fundamentales, reveladas a través de manifestaciones objetivas, y siempre que no exista duda en cuanto a su vigencia, el individuo, como podría ser un empleador, pueda estar obligado a respetarlas, sin importar las medidas de carácter interno que el Estado haya tomado para asegurar, o incluso para vulnerar, su cumplimiento”.

La “traslación” de la cláusula Martens a la protección de los derechos de los trabajadores migrantes implicaría otorgar a dichas personas un umbral adicional de protección, de acuerdo con el cual en situaciones en las que el derecho positivo no reconozca o reconozca en menor grado determinados derechos fundamentales, tales derechos serán justiciables. La salvaguarda de derechos humanos tan fundamentales como los que se desprenden del principio de igualdad ante la ley y de no discriminación está protegida por “los principios de la moral universal” a que alude el artículo 17 de la *Carta de la OEA*, aun en ausencia de disposiciones de derecho positivo inmediatamente vinculantes para quien tiene a su cargo el deber de garantizar el respeto de tales derechos.

Honduras. En sus observaciones escritas y orales, Honduras expresó que:

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

No todo tratamiento jurídico que establezca diferencias vulnera *per se* el goce y ejercicio del derecho a la igualdad y a la no discriminación. El Estado tiene la potestad de incluir restricciones objetivas y racionales a través de su legislación, con el propósito de adecuar las relaciones laborales, siempre que no establezca diferencias o distinciones ilegítimas y arbitrarias. “La legalidad está encaminada a garantizar el derecho a condiciones justas, equitativas y satisfactorias”.

El Estado puede reglamentar el ejercicio de los derechos y “enmarcar” el establecimiento de políticas estatales dentro de la ley, sin que ello sea incompatible con el objeto y fin de la *Convención*.

En cuanto a la segunda pregunta de la consulta (*supra* párrafo 4):

La estancia legal de una persona que se encuentra dentro de un Estado americano no puede ser considerada *conditio sine qua non* para garantizar el derecho de igualdad y no discriminación respecto de la obligación contemplada en el artículo 1.1 de la *Convención americana* y en relación con los derechos y libertades reconocidos en dicho tratado a todas las personas.

El artículo 22 de la *Convención americana* garantiza el derecho de circulación y residencia, de manera que toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por éste y a residir en él, con sujeción a las disposiciones legales. La *Convención americana* y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos otorgan* “el derecho a los Estados para que las personas sujetas a su jurisdicción observen las disposiciones legales”.

La regulación para la permanencia legal establecida en la normativa estatal no es violatoria de las obligaciones internacionales del Estado si ha sido instituida por una ley –en su sentido estricto y contemplando los requisitos establecidos– sin contravenir el objeto y fin de la *Convención americana*.

No puede entenderse que la legislación establezca un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados si la *Convención* determina que la circulación y la permanencia de un extranjero en el territorio de un Estado parte debe ser legal y no es incompatible con el objeto y fin de la *Convención*.

En cuanto a la tercera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

La determinación de políticas migratorias es una decisión propia del Estado. Dichas políticas deben tener como eje transversal el respeto de los derechos fundamentales derivado de las obligaciones contraídas ante la comunidad internacional. Una interpretación que menoscabe o restrinja los derechos humanos, “subordinándolos a la consecución de cualesquiera objetivos [...] es violatoria de la obligación a efecto de velar por la observancia de tales derechos”. La interpretación no debe soslayar las disposiciones de la *Convención americana*, ni su objeto y fin.

La observancia de las disposiciones legales tiene como fin proteger la seguridad nacional, el orden público, la moral o la salud públicas y los derechos y libertades de los demás.

El *Estudio general sobre los trabajadores migrantes* realizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) concluyó que “es permisivo” limitar el acceso al empleo a los extranjeros cuando se reúnen dos condiciones: a) que se trate de “categorías limitadas de empleos o de funciones” y b) que la limitación sea necesaria en “interés del Estado”. Tales supuestos pueden referirse a situaciones en que la protección del interés del Estado justifique que ciertos empleos o funciones se encuentren reservados, por su naturaleza, a sus ciudadanos.

En cuanto a la cuarta pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4): -

En ciertos casos, la desigualdad de tratamiento jurídico puede ser un medio para realizar la igualdad o proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. -

El hecho de que no existan leyes discriminatorias o que la legislación hondureña prohíba la discriminación no basta para garantizar en la práctica la igualdad de trato y la igualdad ante la ley.

Los Estados americanos deben garantizar un trato digno a la población migrante en general, con el fin de evitar violaciones y abusos contra este sector tan vulnerable.

Nicaragua. En sus observaciones escritas y orales, Nicaragua indicó que:

La solicitud de opinión consultiva presentada por México “constituye un medio más que puede ayudar a los Estados, organismos nacionales e internacionales a precisar, aplicar y cumplir el alcance de sus obligaciones imperativas [...] contempladas en los tratados de derechos humanos, en especial en el fortalecimiento y la protección de los derechos humanos de los trabajadores migratorios”.

La *Constitución política de Nicaragua* dispone en su artículo 27 que en el territorio nacional toda persona goza de la protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados y ratificados por Nicaragua.

El Salvador. En sus observaciones escritas y orales, El Salvador indicó que:

Estima conveniente que en la *Consulta* se tomen en cuenta disposiciones establecidas en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, en el *Protocolo adicional a*

la *Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)* y en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, “por ser tratados relevantes respecto de la consulta solicitada [...] concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. La aplicación e interpretación de la legislación secundaria no puede subordinar a las obligaciones internacionales de los Estados americanos consagradas en los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

Cuando se establece una relación laboral entre un trabajador migratorio y un empleador en un Estado americano, este último está obligado a reconocer y garantizar al trabajador los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, incluidos los relativos al derecho al trabajo y a la seguridad social, sin discriminación alguna.

Canadá. En sus observaciones escritas, Canadá expresó que:

Existen tres aspectos de la ley y política canadiense relacionados con el tema de la solicitud de opinión consultiva: primero, el apoyo internacional que brinda Canadá a los asuntos relacionados con los migrantes; segundo, las categorías de migrantes y residentes temporales (visitantes) que se establecen en la *Ley de inmigración de Canadá (Immigration and Refugee Protection Act)* y, tercero, la protección de los derechos y libertades fundamentales en Canadá.

A Canadá le preocupan las violaciones de los derechos de los migrantes alrededor del mundo. Canadá apoyó la resolución de las Naciones Unidas que creó la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Migrantes, y colaboró en la redacción del mandato de esta relatoría con el fin de que fuese fuerte y equilibrada.

La inmigración es un componente clave de la sociedad canadiense. La atracción y selección de migrantes pueden contribuir a los intereses sociales y económicos de Canadá, reuniendo familias y protegiendo la salud, la seguridad y la estabilidad de los canadienses.

En Canadá generalmente no se utiliza el término “migrante”. Sin embargo, la expresión “migrantes”, tal como se entiende en el contexto internacional, cubre tres categorías de personas.

La primera categoría corresponde a los residentes permanentes. Incluye a los migrantes, a refugiados que llegaron a radicar en Canadá y a asilados en este Estado que obtuvieron dicha condición a través del correspondiente procedimiento. Todas estas personas tienen derecho a residir permanentemente en Canadá y a solicitar la ciudadanía después de tres años de residencia.

La segunda categoría se refiere a las personas que solicitaron el estatus de refugiado, tal como lo definen la *Convención de las Naciones Unidas sobre el estatuto de los refugiados*, de 1951, y su *Protocolo*, de 1967, pero que no han obtenido respuesta al respecto. Si se establece que la persona es apta para ser considerada solicitante de refugio tendría derecho a representarse a sí misma o a ser representada por un abogado en el procedimiento relativo a la determinación de su calidad de refugiado. Las personas que representen un peligro serio para Canadá o para la sociedad canadiense no pueden llevar adelante la solicitud de refugio. En

la mayoría de los casos, las personas que solicitan el estatus de refugiado tienen acceso a los servicios sociales provinciales, a cuidados médicos y al mercado de trabajo. Tanto ellos como sus hijos menores de edad tienen acceso a la educación pública (desde preescolar hasta la escuela secundaria). Una vez otorgada la condición de refugiado se puede solicitar la residencia permanente e incluir en dicha solicitud a familiares inmediatos, aunque éstos se encuentren fuera de Canadá.

La tercera categoría corresponde a los residentes temporales que llegan a Canadá para una estancia temporal. Hay varias categorías de residentes temporales de acuerdo con la *Immigration and Refugee Protection Act*: visitantes (turistas), estudiantes extranjeros y trabajadores temporales.

Aunque los trabajadores temporales no gozan, en el mercado laboral, del mismo grado de libertad que los ciudadanos canadienses y los residentes permanentes, sus derechos humanos fundamentales están protegidos por la *Carta canadiense de derechos y libertades* (*Canadian Charter of Rights and Freedoms*), promulgada en 1982 como parte de la *Constitución* canadiense (*Constitution Act*, 1982). Dicha *Carta* se aplica a toda la legislación, programas y acciones gubernamentales (federales, provinciales, territoriales y municipales). La mayoría de los derechos y libertades básicos protegidos por la *Carta canadiense de derechos y libertades* están garantizados a favor de todo individuo que se halle en territorio canadiense, independientemente de su estatus migratorio o su ciudadanía. Algunos de estos derechos son: libertad de asociación, derecho a un debido proceso [legal], derecho a la igualdad ante la ley y derecho a una protección igualitaria sin discriminación alguna por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, religión, sexo, edad o discapacidad mental o física. Existen algunas excepciones debido a que la *Carta canadiense de derechos y libertades* garantiza ciertos derechos sólo a los ciudadanos canadienses: el derecho al voto y el derecho a entrar, permanecer y salir de Canadá, entre otros. El derecho a trasladarse entre una y otra provincia, así como el derecho a trabajar en cualquier provincia se garantizan a los ciudadanos y a los residentes permanentes. Muchas de estas garantías reflejan el derecho que tienen los Estados soberanos de controlar el movimiento de personas a través de las fronteras internacionales.

El derecho a la igualdad garantizado por la sección 15 de la *Carta canadiense de derechos y libertades* reviste particular importancia en el contexto de esta solicitud de opinión consultiva. En 1989 la Suprema Corte de Canadá estableció, en el caso *Andrews versus Law Society of British Columbia*, que el derecho a la igualdad comprende la igualdad sustantiva, y no solamente la formal. La igualdad sustantiva generalmente se refiere a la igualdad de trato para las personas, y en algunas ocasiones requiere que se reconozcan las diferencias existentes de una manera no discriminatoria. Por ejemplo, dar trato igual a personas discapacitadas implica tomar las medidas necesarias para adaptar dichas diferencias y promover el acceso e inclusión de estas personas en los programas gubernamentales.

Para demostrar la violación de la sección 15 de la *Carta canadiense de derechos y libertades*, una persona que alegue discriminación debe probar: 1) que la ley le ha impuesto un trato diferente al de otros basado en una o más características personales; 2) que el trato diferencial está motivado en discriminación por raza, origen nacional o étnico, color, religión,

sexo, edad, discapacidad mental o física y nacionalidad; y 3) que existe discriminación en un sentido sustantivo, en cuanto se trata a la persona con menos preocupación, respeto y consideración, de forma que ofende su dignidad humana.

Por ejemplo, en el caso *Lavoie versus Canada*, la mayoría de los integrantes de la Suprema Corte de Canadá establecieron que la preferencia dada a los ciudadanos canadienses en los concursos para empleos en el servicio público federal discrimina por motivo de ciudadanía, y por lo tanto viola la sección 15 (1) de la *Carta canadiense de derechos y libertades*.

Además de la protección constitucional, los gobiernos federales, provinciales y territoriales han promulgado legislación sobre derechos humanos para promover la igualdad y prohibir la discriminación en el empleo y en los servicios. Esta legislación se aplica a la empresa privada, que actúa como empleadora y proveedora de servicios, así como a los gobiernos.

La Suprema Corte de Canadá ha establecido que la legislación sobre derechos humanos debe interpretarse por los tribunales de manera que se avance en el objetivo de asegurar la igualdad de oportunidades para todas las personas. Siguiendo esta interpretación, la Suprema Corte ha llegado a una serie de conclusiones sobre el alcance de los códigos de derechos humanos, incluido el principio de la precedencia de éstos sobre la legislación ordinaria, a menos que ésta establezca una clara excepción. Las prácticas discriminatorias pueden estar sujetas a impugnación aun cuando sean legales. Si bien las jurisdicciones canadienses tienen diferente legislación en materia de derechos humanos, todas están sometidas a los principios generales mencionados y deben proporcionar las mismas protecciones fundamentales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En sus observaciones escritas y orales, la comisión expresó que:

El principio de no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos consagra la igualdad entre las personas e impone a los Estados ciertas prohibiciones. Las distinciones basadas en el género, raza, religión y origen nacional se encuentran específicamente prohibidas en lo que se refiere al goce y ejercicio de los derechos sustantivos consagrados en los instrumentos internacionales. Con respecto a estas categorías, cualquier distinción que hagan los Estados en la aplicación de beneficios o privilegios debe estar cuidadosamente justificada en virtud de un interés legítimo del Estado y de la sociedad, “que además no pueda satisfacerse por medios no discriminatorios”.

El derecho internacional de los derechos humanos no sólo prohíbe políticas y prácticas deliberadamente discriminatorias, sino también aquéllas cuyo impacto sea discriminatorio contra ciertas categorías de personas, aunque no se pueda probar la intención discriminatoria.

El principio de igualdad no excluye la consideración del estatus migratorio. Los Estados tienen la facultad de determinar cuáles extranjeros pueden ingresar a su territorio y bajo qué condiciones. Sin embargo, es necesario mantener abierta la posibilidad de identificar formas de discriminación no contempladas específicamente pero que constituyan violaciones al principio de igualdad.

Los Estados pueden establecer distinciones en el goce de ciertos beneficios entre sus ciudadanos, los extranjeros con estatus regular y los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, en virtud del desarrollo progresivo de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, para ello se requiere de un examen detallado de los siguientes factores: 1) contenido y alcance de la norma que discrimina entre categorías de personas; 2) consecuencias que tendrá ese trato discriminatorio en las personas desfavorecidas por la política o prácticas estatales; 3) posibles justificaciones de ese tratamiento diferenciado, especialmente su relación con un interés legítimo del Estado; 4) relación racional entre el interés legítimo y la práctica o políticas discriminatorias; y 5) existencia o inexistencia de medios o métodos menos perjudiciales para las personas que permitan obtener los mismos fines legítimos.

Existe consenso en la comunidad internacional en considerar que la prohibición de la discriminación racial y de las prácticas directamente asociadas con ella constituye una obligación *erga omnes*. El carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación implica que, por su carácter perentorio, estas reglas fundamentales deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que lo contienen, ya que constituye un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario. “Si bien fuera de la prohibición de la discriminación racial no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional”.

Con el fin de resaltar la importancia del principio de igualdad y no discriminación, los tratados de derechos humanos establecen expresamente ese principio en artículos relacionados con determinadas categorías de derechos humanos. El artículo 8.1 de la *Convención americana* debe ser mencionado por su particular relevancia para la presente solicitud de opinión consultiva. La igualdad es un elemento esencial del debido proceso.

Cualquier distinción basada en alguno de los supuestos señalados en el artículo 1 de la *Convención americana* conlleva “una fuerte presunción de incompatibilidad con el tratado”.

Los derechos humanos básicos deben ser respetados sin distinción alguna. Las diferencias que se establezcan en relación con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales básicos deben ser de aplicación restrictiva y respetar las condiciones señaladas en la *Convención americana*. Algunos instrumentos internacionales prevén explícitamente ciertas distinciones.

A veces el principio de igualdad exige que los Estados adopten disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por los tratados.

Los Estados americanos tienen la obligación de garantizar la protección básica de los derechos humanos, prevista en los tratados de derechos humanos, a todas las personas bajo su autoridad, “y [la protección] no depende [...] para su aplicación de factores tales como la ciudadanía, la nacionalidad ni ningún otro factor de la persona, incluida su condición migratoria”.

Los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos son susceptibles de una reglamentación razonable y el ejercicio de algunos puede ser objeto de restricciones legítimas. El establecimiento de tales restricciones debe respetar los correspondientes límites formales y sustantivos, es decir, realizarse por medio de una ley y satisfacer un interés público imperativo.

No se pueden imponer limitaciones por propósitos discriminatorios ni se pueden aplicar de manera discriminatoria. Asimismo, “toda limitación permisible a los derechos jamás puede implicar la negación total del derecho”.

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral son objetivos legítimos del Estado. En la consecución de tales objetivos los Estados pueden adoptar medidas que restrinjan o limiten algunos derechos, siempre que se respeten los siguientes criterios: 1) ciertos derechos no son derogables; 2) hay derechos que se reservan exclusivamente a los ciudadanos; 3) hay derechos que están condicionados al estatus de migrante documentado, como los relativos a la libertad de movimiento y de permanencia; y 4) ciertos derechos pueden restringirse siempre que se cumplan los siguientes requisitos: a) la restricción debe estar prevista por ley; b) la restricción debe responder a un interés legítimo del Estado manifestado explícitamente; c) la restricción debe estar “racionalmente relacionada con el objetivo legítimo”; y d) no deben existir “otros medios de conseguir esos fines que sean menos onerosos para los afectados”.

El Estado tiene la carga de probar que es “permisible” restringir o excluir la aplicación de alguna disposición del instrumento internacional a una clase determinada de personas, como los extranjeros. La “condición migratoria jamás puede servir para excluir a las personas de las protecciones básicas que les otorga el derecho internacional de los derechos humanos”.

Además, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que los derechos laborales se encuentran protegidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y, al respecto, se refirió a la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)* y a la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

Tomando en consideración el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional del trabajo, se puede afirmar que “existe un conjunto de derechos laborales fundamentales que se derivan del derecho al trabajo y constituyen un núcleo fundamental del mismo”.

Por último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la corte que realice una sistematización de los derechos vinculados al trabajo “que los ubique en una jerarquía según la cual algunos de estos derechos laborales se consideren fundamentales”, y que por lo tanto “integrarían el elenco de aquéllos para los cuales no se admite discriminación, ni siquiera por estatus migratorio”.

Costa Rica. En sus observaciones escritas y orales, Costa Rica expresó que no se referiría a la última pregunta formulada por el Estado solicitante. Antes de realizar observaciones sobre las otras tres preguntas, expuso las siguientes consideraciones sobre la “protección de los derechos humanos de los migrantes en Costa Rica” y respecto del “principio de razonabilidad para el trato diferencial de nacionales y extranjeros”:

La *Constitución política* costarricense establece una situación de “equiparamiento” en el ejercicio de los derechos y deberes de los nacionales y los extranjeros con ciertas excepciones, tales como la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país y las que se establezcan

mediante norma de rango legal. Estas excepciones no pueden infringir los demás derechos que consagra la *Constitución*.

“En el plano laboral, a pesar de las medidas legales adoptadas y de las acciones ejecutivas, lamentablemente se presentan algunas situaciones de trato menos favorable para los trabajadores inmigrantes ilegales”. La *Ley general de migración y extranjería* prohíbe la contratación de extranjeros que residan ilegalmente en el país, pero a la vez establece que los empleadores que realicen tal contratación no están exentos de la obligación de brindar a los trabajadores las remuneraciones y garantías sociales de ley. Al respecto, la Dirección Jurídica de la Dirección General de Migración y Extranjería ha establecido que todos los trabajadores, independientemente de su condición migratoria, tienen derecho a la seguridad social.

Los principios de igualdad y no discriminación no implican que los derechos de los extranjeros deban ser equiparados en todos sus aspectos a los de los nacionales. Cada Estado ejerce su soberanía al definir el estatus jurídico que tendrán los extranjeros dentro de su territorio. Por ello, “se debe aplicar el principio de razonabilidad para delimitar el campo propio de acción de los foráneos en un país”.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica estableció que la razonabilidad es un requisito fundamental para que una restricción o limitación entre nacionales y extranjeros sea constitucional. Las exclusiones son aquellas en las que no se reconoce un derecho a los extranjeros, negándoles la posibilidad de realizar alguna actividad. Son ejemplos de exclusiones constitucionales de los extranjeros la prohibición de intervenir en asuntos políticos y de ocupar ciertos cargos públicos. Las limitaciones, en cambio, reconocen el derecho al extranjero, pero lo restringen o limitan razonablemente, tomando en cuenta la protección de un grupo de nacionales o de una actividad determinada, o el cumplimiento de una función social. No se deben imponer limitaciones considerando exclusivamente la nacionalidad, debido a que podrían imperar factores xenofóbicos, ajenos a los parámetros de racionalidad.

La referida Sala Constitucional también indicó que “la igualdad de extranjeros y nacionales declarada por el artículo 19 de la *Constitución* está referida, claro está, al núcleo de derechos humanos respecto de los cuales no es posible admitir distinciones por motivo alguno, mucho menos en razón de la nacionalidad. En este sentido, la constitución reserva a los nacionales el ejercicio de los derechos políticos por el hecho de que éstos son una consecuencia intrínseca del ejercicio de la soberanía popular misma”.

La Sala Constitucional ha enfatizado la necesidad de que cualquier excepción o limitación al ejercicio de un derecho fundamental que afecte a un extranjero tenga rango constitucional o legal, y que la medida se ajuste a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad y no sea contraria a la dignidad humana.

Dicho tribunal constitucional ha declarado inconstitucionales algunas normas por considerarlas irracionales e ilógicas, entre ellas: las restricciones legales que tenían los extranjeros para participar como comerciantes en un “depósito libre”; la prohibición de que los extranjeros ejercieran el notariado, de radiodifundir anuncios grabados por extranjeros y de que éstos se desempeñaran como agentes de seguridad privada, y la exclusión de los niños extranjeros como posibles beneficiarios del bono para la educación básica.

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Ningún derecho humano es absoluto y, por ende, su goce está supeditado a varias restricciones. El legislador puede establecer excepciones lógicas derivadas de la natural diferencia entre nacionales y extranjeros, pero no se pueden establecer distinciones que impliquen un vacío en el principio de igualdad. “Se debe tener presente que en todos los países existen diferencias de trato –que no riñen con los estándares internacionales de protección– por razones étnicas y de género, entre otras”.

Entre extranjeros residentes y nacionales no pueden existir diferencias en cuanto al salario, ventajas o condiciones de trabajo.

Al igual que en la mayoría de los países, la ley de Costa Rica establece que los extranjeros que residan ilegalmente en el país no podrán trabajar o realizar tareas remuneradas o lucrativas, ya sea por cuenta propia o ajena, con o sin relación de dependencia. De esta forma, la misma condición de irregularidad de una persona en un Estado del que no es nacional provoca *per se* que sus condiciones de acceso a muchos de los derechos que tiene un trabajador se vean disminuidas en forma considerable. Muchas de las prestaciones sociales en materia de salud, seguridad laboral y las estrictamente laborales “presuponen una serie de trámites burocráticos que no se pueden llevar a cabo si la persona está indocumentada”.

Cuando la normativa interna de un Estado establece requisitos esenciales que debe cumplir una persona para hacerse acreedor de un determinado servicio no se puede considerar que ello signifique un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migrantes indocumentados. “Por otro lado, la inscripción por parte de un empleador de sus trabajadores indocumentados en ciertos registros implicaría implícitamente que se encuentra en violación de la legislación migratoria, lo cual lo hará acreedor de una sanción”.

En virtud de la forma en que los Estados organizan su estructura administrativa, en la práctica existe una serie de disposiciones que indirectamente impiden que los trabajadores migrantes indocumentados disfruten de sus derechos laborales.

No obstante lo anterior, un empleador que haya contratado a migrantes indocumentados tiene la obligación de pagarles el salario y otras remuneraciones. Asimismo, “la condición de irregularidad de una persona no impide que pueda acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos”, es decir, “en materia de acceso a los órganos judiciales, los trabajadores inmigrantes irregulares y miembros de sus familias tienen derecho a las garantías judiciales y protección judicial en los mismos términos que los nacionales”.

En cuanto a la pregunta 2.1 de la *Consulta* (*supra* párrafo 4): -

El respeto a los principios de igualdad y no discriminación no significa que, de acuerdo con un criterio de razonabilidad, no se puedan establecer ciertas restricciones o requisitos para el goce de determinado derecho. El ejemplo clásico es el ejercicio de los derechos políticos, reservados para los nacionales del país. -

Existen otros derechos que no admiten ninguna restricción, requisito o limitante, y deben respetarse a todas las personas sin distinción. En Costa Rica, el derecho a la vida es uno de estos derechos, lo cual implica, por ejemplo, que una directriz que ordene a los guardias de frontera disparar a quienes intenten ingresar al territorio nacional por un puesto no autorizado constituiría una flagrante violación de los derechos humanos.

En cuanto a la pregunta 2.2 de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

La legal permanencia del extranjero en el Estado receptor no es condición necesaria para que se respeten sus derechos humanos y laborales. Todas las personas, independientemente de que tengan o no autorización para ingresar o permanecer en Costa Rica, pueden acudir a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con el propósito de mantener o restablecer sus derechos constitucionales y otros derechos fundamentales.

En cuanto a la tercera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Para responder esta pregunta es necesario referirse a la jerarquía de los derechos humanos en el ordenamiento interno. Los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica “tienen no solamente un valor similar a la *Constitución política*, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, [priman] por sobre la *Constitución*”. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tomado la normativa internacional de derechos humanos como criterio de interpretación constitucional o como parámetro de la constitucionalidad de las normas infraconstitucionales.

Cualquier norma o política migratoria contraria a las disposiciones del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* sería absolutamente nula, aun cuando hubiera sido adoptada por el poder legislativo con rango legal.

Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. En su escrito de 27 de noviembre de 2002 indicó que:

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Los trabajadores migrantes indocumentados no deben carecer de protección frente al Estado; la calidad migratoria no les priva de su condición de personas. La infracción de normas nacionales no puede considerarse fundamento para privar a la persona de la protección de los derechos humanos, es decir, no exime a los Estados de cumplir con las obligaciones impuestas por el derecho internacional. “Sostener la tesis contraria sería crear un método indirecto por el cual se discrimina a los trabajadores migrantes indocumentados negándoles hasta cierto punto la personalidad jurídica y creando una desigualdad jurídica entre [las] personas”.

No existe norma alguna en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* ni en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* que admita la restricción del derecho al trabajo en función de la condición migratoria. El artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* es explícito al referirse al origen nacional como un criterio que no puede ser utilizado para discriminar a un ser humano, y además agrega que “cualquier otra condición social” tampoco puede ser invocada para negar a una persona el trato igual ante la ley. “La norma es clara: la condición social de documentado o indocumentado no puede ser utilizada como fundamento para negar el ejercicio de cualquier derecho humano y en consecuencia recibir un trato desigual ante la ley”. Por su parte, el artículo 24 de la *Convención americana* no permite, en ninguna interpretación, que la igualdad esté supeditada a la residencia legal o ciudadanía de una persona.

Actualmente los migrantes se enfrentan con legislaciones y prácticas laborales discriminatorias por parte de los Estados y, lo que es peor, sufren la constante negación de las instancias gubernamentales y de garantías del debido proceso. “La situación es grave para los migrantes que se encuentran documentados, pero es aún más grave para aquellos que no han podido legalizar su situación jurídica en el país en que viven”.

La Organización de las Naciones Unidas y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) han elaborado normas que sirven al propósito de prevenir la desprotección jurídica de los migrantes. Por ejemplo, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, al referirse a los trabajadores emigrantes no establece diferencia alguna con base en su estatus jurídico, “es decir, les reconoce a los emigrantes todos los derechos humanos, civiles, políticos, sociales, culturales o relativos al trabajo, más allá de que sean o no documentados”. Además, como esfuerzo previo para mejorar la situación de los derechos humanos de los migrantes, el *Convenio número 143 sobre los trabajadores migrantes* (“disposiciones complementarias”) de 1975 contiene importantes disposiciones al respecto.

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido dos recomendaciones relevantes. Sin embargo, la *Recomendación número 86 sobre los trabajadores migrantes* (revisada en 1949) “es en sí discriminatoria, en tanto sólo se aplica para los trabajadores que sean admitidos como trabajadores migrantes. Al parecer no se aplicaría a los indocumentados”. En 1975 la Organización Internacional del Trabajo (OIT) emitió la *Recomendación número 151 sobre los trabajadores migrantes*, la cual también rige solamente para los migrantes documentados. “Es decir, aunque se manifiesta una preocupación por los trabajadores migrantes, se les reconoce derechos únicamente por su estatus legal, mas no por su condición de ser humano”.

En este sentido, el desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas en este ámbito del derecho internacional ha sido más coherente. Por ejemplo, la *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44* reconoce que los principios y normas consagrados en la *Declaración universal* se aplican a todas las personas, incluidos los migrantes, sin hacer referencia alguna a la situación legal de éstos.

La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* se refiere al trabajador migratorio sin diferenciar entre el documentado y el indocumentado.

Los Estados no pueden dar un trato diferenciado a los migrantes que se encuentren en su territorio, independientemente del estatus migratorio de éstos. “La corte debería responder a la primera pregunta afirmando que, de acuerdo con las normas internacionales vigentes, no es posible establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados”.

En cuanto a la segunda pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Los Estados no pueden establecer discriminaciones en razón de que la estancia de una persona no se encuentre regularizada, y tampoco pueden omitir las garantías necesarias para la protección de los derechos fundamentales de carácter universal. “Es inaceptable que cualquier

Estado no garantice y proteja los derechos humanos de cualquier persona que se encuentre dentro de su territorio”.

Los artículos mencionados en las preguntas en cuestión establecen categóricamente la igualdad ante la ley de todas las personas. La calidad de persona no se adquiere en el momento en que se la admite legalmente en cierto territorio, sino que es una calidad intrínseca al ser humano. Más aún, los referidos artículos contienen una lista que ejemplifica las razones por las cuales no se puede discriminar a una persona, y concluyen con frases tales como “ni otra alguna” o “cualquier otra condición”. Los derechos y libertades proclamados en los instrumentos internacionales “pertenecen a todos, por el hecho de ser personas, y no por el reconocimiento que un Estado les otorgue en cuanto a su condición migratoria”. “No hay criterio de distinción que sea permitido por la normativa internacional para menoscabar o restringir los derechos humanos”.

El Estado no puede negar a ninguna persona los derechos laborales consagrados en muchas normas internacionales. La privación de uno o más derechos laborales, con fundamento en la condición indocumentada de un trabajador migrante, es absolutamente incompatible con los deberes de los Estados americanos de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las citadas disposiciones.

De conformidad con el artículo 5 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y el artículo 29 de la *Convención americana*, “no se puede cuestionar el derecho de cada Estado a aceptar o no dentro de su territorio a determinado individuo, para limitar el derecho a la igualdad ante la ley ni ninguno de los derechos establecidos en dicho instrumento”.

En cuanto a la tercera pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*: -

“Ni tratándose del orden público, que es el fin último de cualquier Estado, es aceptable restringir el goce y ejercicio de un derecho humano, invocando objetivos de política interna”. -

Los derechos humanos no pueden estar subordinados a leyes internas, sean éstas de política migratoria o de cualquier otro carácter. El derecho a la no discriminación no puede estar condicionado al cumplimiento de objetivos de política migratoria, aunque tales objetivos se encuentren contemplados en leyes internas. “En virtud de las obligaciones internacionales, las leyes que restringen el igual goce de los derechos humanos por toda persona son inadmisibles y el Estado está en obligación de suprimirlas”. Además, por tener el carácter de *erga omnes* “estas obligaciones” pueden ser aplicables a terceros que no sean parte de la *Convención* que las reconoce.

Más allá de las obligaciones convencionales relativas a la prohibición de la discriminación, todos los Estados tienen la obligación *erga omnes*, es decir, ante la comunidad internacional, de impedir cualquier forma de discriminación, incluso la derivada de su política migratoria. La prohibición de la discriminación “es un valor esencial para la comunidad internacional; por ello, ninguna política interna podría estar dirigida a la tolerancia o permisión de la discriminación en cualquier forma que afecte el goce y ejercicio de los derechos humanos”.

“La corte debe resolver la pregunta señalando que es inaceptable cualquier subordinación del goce y ejercicio de los derechos humanos a la existencia de políticas migratorias y a la consecución de los fines establecidos para dichas políticas”.

En cuanto a la cuarta pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

El derecho internacional de los derechos humanos establece límites en el ejercicio del poder por parte de los Estados. Dichos límites están determinados tanto convencionalmente como en disposiciones de carácter consuetudinario y normas imperativas o de *ius cogens*. “Al igual que las obligaciones *erga omnes*, el *ius cogens* incorpora valores fundamentales para la comunidad internacional, valores tan importantes que se imponen por encima del consentimiento de los Estados que en el derecho internacional condiciona la validez de las normas”.

Hay poca discusión sobre la existencia de estas normas imperativas en el derecho internacional. Al respecto, la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados* no delimita el contenido del *ius cogens*, es decir, no determina cuáles son esas normas imperativas, sino solamente cita algunos ejemplos. En el artículo 53 de la referida *Convención* se establecen cuatro requisitos para determinar si una norma tiene el carácter de *ius cogens*, a saber: estatus de norma de derecho internacional general; aceptación por la comunidad internacional; inmunidad de derogación; y ser modificable únicamente por una norma del mismo estatus.

“Cabe preguntarse entonces si ofendería la conciencia de la humanidad y la moralidad pública el que un Estado [rechace] el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley. La respuesta es, a todas luces, afirmativa”.

“Es imperativo que la corte analice si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley cumplen con los cuatro requisitos de una norma de *ius cogens*”.

Si la corte aceptare que tanto el principio de no discriminación como el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley son normas de *ius cogens*, se derivarían varios efectos jurídicos. Sobre el particular, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que tales efectos comprenderían: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *ius cogens*; en caso de conflicto, tendría la primacía la norma de *ius cogens* frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que sea contraria a la norma imperativa.

Resulta necesario determinar los efectos jurídicos que se derivan de manera individual y colectiva de la vigencia de las normas contenidas en los artículos 3.1 y 17 de la *Carta de la OEA*. De conformidad con las referidas normas, los Estados parte asumen el compromiso, tanto individual como colectivamente, de “prevenir, proteger y sancionar” cualquier violación de los derechos humanos. El espíritu del artículo 17 de la *Carta de la OEA* es crear principios vinculantes para los Estados, aunque éstos no hubieren reconocido la competencia de la corte, de manera que respeten los derechos fundamentales del ser humano. La mencionada *Carta* proclama el goce de los derechos humanos sin distinción alguna. Tanto los Estados parte como los órganos de la OEA tienen el deber de impedir cualquier violación a los derechos humanos y permitir el goce efectivo de los mismos de manera plena y absoluta.

“Si la corte decidiera que el principio de no discriminación es una regla de *ius cogens*, entonces podemos entender también que estas normas son vinculantes para los Estados sin importar siquiera la ratificación de los convenios internacionales, ya que [...] los principios [de] *ius cogens*

crean obligaciones *erga omnes*". Si tal principio fuera considerado una norma de *ius cogens* formaría parte de los derechos fundamentales del ser humano y de la moral universal.

La corte debería responder esta pregunta afirmando que el principio de no discriminación es una norma internacional imperativa "y, por lo tanto, las normas de los artículos 3 (1) y 17 de la *Carta de la OEA* deben ser interpretadas bajo la misma óptica".

Delgado Law Firm. En su escrito del 12 de diciembre de 2002, expresó que:

Lo decidido por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso de *Hoffman Plastic Compounds Inc. versus National Labor Relations Board* ha generado inseguridad en lo que respecta a los derechos de los migrantes en ese país, situación que puede tener graves implicaciones en la vida del migrante.

En el ámbito del derecho laboral, los Estados Unidos de América no tratan a los migrantes en situación irregular con igualdad ante la ley. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América determinó que un empleador estadounidense puede violar los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular sin tener que pagarle salarios caídos. En el mencionado caso de *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no impuso multa alguna al empleador que violó los derechos laborales de un trabajador migrante en situación irregular y no ordenó indemnización ni compensación alguna a favor del trabajador.

De acuerdo con la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, un trabajador migrante incurre en "mala conducta grave" cuando obtiene un empleo en contravención de la *Immigration Reform and Control Act* (IRCA). Sin embargo, en dicho caso la Suprema Corte de los Estados Unidos de América no negó que el empleador hubiera despedido al trabajador por intentar organizar un sindicato, lo cual implica la responsabilidad del empleador por haber cometido una violación obvia de las leyes laborales. Pese a que el empleador incurrió en tal violación, no fue tratado en forma igualitaria por la Suprema Corte.

Aunque los Estados Unidos de América dicen que existe una política interna para desalentar la inmigración ilegal, en realidad continúan tomando medidas que hacen más barato y, por lo tanto, más atractivo para los empleadores estadounidenses contratar trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, incluso en los Estados Unidos de América se concuerda en que lo decidido en el caso *Hoffman Plastic Compounds* causará que aumente la discriminación contra los trabajadores indocumentados, ya que los empleadores pueden alegar que desconocían que el trabajador era indocumentado para evitar cualquier responsabilidad por violar los derechos de sus trabajadores.

Este tratamiento discriminatorio de los migrantes en situación irregular es contrario al derecho internacional. Contar con mano de obra barata sin garantizarle los derechos humanos básicos no es una política inmigratoria legítima.

Los efectos de la *Immigration Reform and Control Act* y del caso *Hoffman Plastic Compounds* indican que hay un aumento de discriminación hacia los trabajadores migrantes indocumentados. Incluso, el razonamiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América sugiere que permitir que los trabajadores en situación irregular intenten acciones o reclamos servirá para "estimular la inmigración ilegal".

Los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América están expuestos a condiciones laborales “peligrosas”. La política interna de inmigración no puede ser distorsionada al extremo de utilizarla para exonerar a los empleadores que exponen a los trabajadores migrantes en situación irregular a riesgos irrazonables de muerte.

Los Estados Unidos de América continúan beneficiándose diariamente de la presencia en su fuerza laboral de una significativa cantidad de trabajadores migrantes en situación irregular. Cálculos conservadores sugieren que hay al menos 5.3 millones de migrantes en situación irregular trabajando en los Estados Unidos de América, y que tres millones de ellos provienen de México. A ningún Estado se le debe permitir beneficiarse, a sabiendas y continuamente, del sudor y trabajo de millones de trabajadores migrantes, mientras finge al mismo tiempo que no desea a tales trabajadores y, por lo tanto, no les tiene que garantizar siquiera sus derechos más básicos. Los trabajadores migrantes tienen derecho a una protección igualitaria de la ley, incluida la protección a sus derechos humanos.

Los trabajadores indocumentados que han presentado quejas sobre salarios y condiciones de trabajo en los Estados Unidos de América han sido intimidados por sus empleadores, quienes usualmente los amenazan con llamar al Immigration and Naturalization Service.

Además, la Suprema Corte de los Estados Unidos de América declaró en el caso Hoffman Plastic Compounds que cualquier persona en situación irregular en el país no puede demandar a su ex empleador por los salarios devengados no pagados [*back wages*], debido a su estatus migratorio.

El principio de igualdad ante la ley estipulado en el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* obliga al Estado a no expedir legislaciones que establezcan diferencias entre trabajadores basadas en su origen étnico o nacional. El principio de igualdad ante la ley se aplica al goce de derechos civiles, políticos, económicos y sociales sin distinción alguna. Todos los trabajadores tienen derecho al reconocimiento de sus derechos humanos básicos, incluyendo el derecho de ganarse la vida y el de contar con representación legal, sin importar su estatus migratorio.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha elaborado importantes tratados tales como el *Convenio número 143 sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes*. Este convenio establece el igual trato entre los migrantes y los nacionales con respecto a seguridad en el empleo, readaptación, seguro social, derechos por trabajo realizado y otros beneficios.

Se considera que muchos de los derechos contemplados en los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) constituyen derecho internacional consuetudinario. Estos derechos también están incluidos en las convenciones más importantes de derechos humanos, tales como el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*.

Se insiste, finalmente, en que los derechos humanos se extienden a todos los trabajadores migrantes, sin importar si se encuentran en situación regular o irregular en un Estado.

Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En sus intervenciones escritas y orales, las estudiantes indicaron que:

Respecto de la admisibilidad de la *Consulta*: -

Es clara la importancia que tiene la *Opinión consultiva* solicitada “no sólo para México, sino para toda América Latina, por la cantidad de migrantes en situación irregular que se encuentran en otros países y por ser considerados un grupo vulnerable propenso a la violación sistemática de sus derechos humanos”. -

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4): -

Aunque los derechos laborales han sido enmarcados en los derechos económicos, sociales y culturales, en realidad forman parte de un todo indisoluble de los derechos humanos, no jerarquizados, ya que son inherentes a la dignidad humana. -

“El problema de la discriminación aparece, sobre todo, en materia laboral”. Los migrantes indocumentados tienen diversas desventajas, tales como: pago de salarios bajos, pocas o nulas prestaciones sociales o gastos en salud, imposibilidad de organización sindical y constante amenaza de despido o denuncia ante las autoridades migratorias. “Lo anterior se confirma de manera institucional”. Algunas leyes y resoluciones emitidas en los Estados Unidos de América establecen una distinción entre migrantes indocumentados, nacionales y residentes “que no es objetiva ni razonable, y consecuentemente deviene en una clara discriminación”.

El principio de no discriminación se aplica a todos los derechos y libertades, al amparo del derecho interno y del derecho internacional, conforme a lo estipulado en el artículo II de la *Declaración americana* y en los artículos 1.1 y 24 de la *Convención americana*.

Es indiscutible que los Estados tienen la facultad soberana de promulgar leyes y reglamentos en materia laboral y establecer los requisitos que consideren convenientes para que los extranjeros se integren a su mercado laboral. Sin embargo, esta facultad no puede ejercerse al margen del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos. “Los derechos humanos no dependen de la nacionalidad de la persona, del territorio donde se encuentre o de su estatus jurídico porque los porta en sí misma. Sostener lo contrario sería tanto como negar la dignidad humana. Si los derechos humanos limitan el ejercicio del poder, no puede invocarse la actuación soberana del Estado para violarlos o impedir su protección internacional”.

En cuanto a la segunda pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4):

Los tratados de derechos humanos se inspiran en una noción de garantía colectiva, de manera que no establecen obligaciones *vis á vis* entre los Estados, sino que determinan la obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos contenidos en tales instrumentos a todos los seres humanos.

Toda interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos debe atender al principio *pro homine*, es decir, deben interpretarse de la manera que más favorezca al ser humano, “por lo que es inaceptable que los artículos 2, párrafo 1 de la *Declaración universal* y II de la *Declaración americana* y los artículos 2 y 26 del *Pacto*, así como 1 y 24 de la *Conven-*

ción americana se interpreten en el sentido de menoscabar derechos humanos a un grupo de personas por su sola condición de indocumentados”.

Una interpretación de cualquier instrumento internacional que conduzca al menoscabo de un derecho o libertad de una persona que no tenga estancia legal en el país en donde se encuentre es contraria al objeto y fin que persiguen todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En cuanto a la tercera pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*: -

Los Estados tienen la facultad soberana de emitir leyes y reglamentaciones en materia migratoria y de establecer diferencias entre nacionales y extranjeros, siempre que tales normas internas sean compatibles con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Las referidas diferencias deben tener una justificación objetiva y razonable; en consecuencia, deben perseguir un fin legítimo y debe existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. -

Un Estado parte en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* que expida una ley manifiestamente violatoria de dicho instrumento o que realice actos que disminuyan, en perjuicio de un grupo de personas, los derechos y libertades contenidos en dicho tratado, incurre en responsabilidad internacional.

La igualdad ante la ley y la no discriminación son principios esenciales que se aplican a todas las materias. Por lo tanto, cualquier actuación del Estado, incluso la que estuviere conforme a su legislación interna, que subordine o condicione los derechos humanos fundamentales de algún grupo de personas implica el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones *erga omnes* de respetar y garantizar estos derechos y, en consecuencia, acarrea su responsabilidad internacional agravada y es legítimo que la invoque cualquier sujeto de derecho internacional.

En cuanto a la cuarta pregunta de la *Consulta (supra párrafo 4)*: -

La *Convención de Viena* sobre el derecho de los tratados de 1969 ha reconocido la existencia de normas de *ius cogens* al establecerlas como disposiciones imperativas de derecho internacional. Sin embargo, no las definió de manera clara. -

Las normas de *ius cogens* atienden la necesidad de establecer un orden público internacional, ya que en una comunidad regida por el derecho deben existir normas superiores a la voluntad de los sujetos que la integran.

La comunidad internacional ha repudiado las violaciones del principio de no discriminación y del derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley.

Con respecto a la situación en la que se encuentran los trabajadores migrantes indocumentados, el principio de no discriminación y el derecho de igualdad ante la ley poseen importancia trascendental en virtud de que su violación conlleva la violación sistemática de otros derechos.

El principio de no discriminación y el derecho a la igual protección de la ley “que integran la idea misma de los derechos humanos son normas de *ius cogens*”. Las normas de *ius cogens* son oponibles *erga omnes*, en virtud de que contienen valores elementales y considera-

ciones de humanidad basadas en el consenso universal por la naturaleza especial del objeto que protegen.

Javier Juárez, del Law Office of Sayre & Chavez. En su escrito del 6 de febrero de 2003 expresó que:

El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que los trabajadores migrantes indocumentados despedidos indebidamente por organizar sindicatos no tienen derecho al pago de salarios caídos, de acuerdo con la *National Labor Relations Act*.

Para los trabajadores indocumentados esta decisión crea una clara excepción legal a las garantías otorgadas a otros trabajadores y, por lo tanto, contraviene el texto de los acuerdos internacionales que buscan la igualdad de protección para los trabajadores migrantes y agudiza la vulnerabilidad que los distingue de otros grupos de la población.

El caso mencionado involucra al señor Castro, un trabajador contratado en la planta de la compañía Hoffman Plastic Compounds en Los Ángeles, California. En 1989, cuando el señor Castro contribuyó a organizar un sindicato para mejorar las condiciones de trabajo en la planta, fue despedido. En enero de 1992 el National Labor Relations Board decidió que tal despido era ilegal y ordenó el pago de salarios caídos y la reinstalación del señor Castro.

En junio de 1993, durante la audiencia realizada ante un juez administrativo del National Labor Relations Board para determinar el monto del pago de salarios caídos, el señor Castro declaró que nunca había sido admitido legalmente ni autorizado para trabajar en los Estados Unidos de América. Debido a esta declaración, el juez administrativo decidió que no se podía otorgar el pago de salarios caídos, ya que ello estaría en conflicto con la *Immigration Control and Reform Act* de 1986. Esta ley prohíbe que los empleadores contraten trabajadores indocumentados, con conocimiento de ello, y que los empleados utilicen documentos falsos para ser contratados.

En septiembre de 1998 el National Labor Relations Board revocó la referida decisión del juez administrativo e indicó que la forma más efectiva de fomentar las políticas de inmigración era proporcionando a los trabajadores indocumentados las mismas garantías y recursos de la *National Labor Relations Act* que se otorgan a los demás empleados.

El National Labor Relations Board decidió que aunque el trabajador indocumentado no tenía derecho a ser reintegrado, se le debían pagar los salarios caídos y los intereses acumulados por los tres años de trabajo perdido.

La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América denegó la solicitud de revisión presentada por la compañía Hoffman Plastic Compounds y reafirmó la decisión del National Labor Relations Board. El 27 de marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consideró el caso y anuló el pago que se debía realizar al trabajador.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América que denegó el pago al trabajador indicó que permitir al National Labor Relations Board que reconozca el pago de salarios caídos a extranjeros ilegales perjudicaría las prohibiciones estatutarias fundamentales

para la política federal de inmigración. Ello estimularía la sustracción de las personas a las autoridades migratorias, perdonaría las violaciones que se realicen a las leyes de inmigración y fomentaría futuras infracciones.

La opinión de la minoría de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América estableció que la decisión adoptada en el caso Hoffman Plastic Compounds debilitaría la legislación laboral y estimularía a los empleadores a contratar trabajadores indocumentados. La opinión disidente en este caso estableció que el pago de salarios caídos no es contrario a la política nacional de inmigración.

La referida opinión disidente también señaló que no aplicar la legislación laboral deja indefensas a las personas que más necesitan protección ante la explotación por parte del empleador. Agregó que la ley de inmigración no debilita ni disminuye la protección legal, ni limita el poder para remediar prácticas injustas que se cometen en contra de los trabajadores indocumentados.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América implica, en su forma más amplia, que los trabajadores indocumentados no tienen el derecho de demandar para obtener el pago de horas laborales extras, violaciones al salario mínimo o discriminación.

Sin embargo, en dos casos diferentes relacionados con violaciones al salario mínimo, una corte de distrito y una corte superior decidieron que el estatus migratorio de los trabajadores no era relevante para solicitar el pago de salario mínimo por el tiempo en que se trabajó.

Mencionó varias autoridades estatales que consideran que la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso Hoffman Plastic Compounds conlleva un impacto negativo sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes.

La mayoría de trabajadores migrantes no están dispuestos a ejercer sus derechos, y en muchas ocasiones no se denuncian los abusos que reciben.

También los grupos empresariales confirman la vulnerabilidad legal, social y económica de los trabajadores indocumentados. Recientemente, el Center for Labor Market Studies de Northwestern University llevó a cabo un estudio sobre el impacto de los migrantes en los Estados Unidos de América. El director del estudio indicó que en los últimos cien años la economía de los Estados Unidos de América se ha hecho más dependiente de la mano de obra migrante. Agregó que muchos de estos nuevos trabajadores migrantes, posiblemente la mitad, se encuentran en los Estados Unidos de América sin documentos legales, lo que significa que la economía es dependiente de personas que están en la “tierra legal de nadie”.

En síntesis, la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso Hoffman Plastic Compounds puede ser vista como una de las últimas adiciones al esquema legal que, directa o indirectamente, ha negado a los migrantes las garantías básicas necesarias para aliviar su vulnerabilidad social y económica.

Muchas diferencias de trato se derivan directamente del estatus de indocumentado de los trabajadores, y en algunas ocasiones esas diferencias de trato se extienden también a los migrantes documentados.

Harvard Immigration and Refugee Clinic of Greater Boston Legal Services y la Harvard Law School; Working Group on Human Rights in the Americas of Harvard and Boston College Law Schools y Centro de Justiça Global/Global Justice Center. En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que:

Tienen interés en el caso y en particular en los derechos laborales de los trabajadores migrantes en las Américas.

Apoyan el argumento de México en cuanto a que los hechos demuestran que los trabajadores migrantes no gozan de derechos humanos universales en condiciones justas y equitativas. El vacío existente entre las normas internacionales actuales que protegen a los trabajadores migrantes y la práctica y legislación discriminatorias en el nivel nacional constituyen los mayores retos que enfrentan los trabajadores migrantes.

Proceden a revisar las leyes y la práctica de algunos Estados americanos para entender la divergencia que existe entre los derechos de los trabajadores migrantes y la política pública en esta materia.

En cuanto a las leyes y prácticas en Argentina:

Según la *Ley general de migraciones de Argentina* sólo los migrantes admitidos como residentes permanentes gozan de todos los derechos civiles garantizados en la *Constitución*, incluido el derecho al trabajo. El derecho al trabajo que se otorga a los migrantes temporales o transitorios es más restringido, mientras que los migrantes [irregulares], en contravención de la *Ley general de migraciones*, no tienen ningún derecho a trabajar y pueden ser detenidos y expulsados.

Los requisitos establecidos en el *Decreto número 1434/87* para obtener la residencia legal en Argentina son prácticamente imposibles de cumplir para muchos migrantes indocumentados. El mencionado decreto establece que la Dirección Nacional de Migraciones puede negar la residencia legal a los migrantes que: 1) entraron al país evitando el control migratorio, 2) se quedaron en el país en contravención de la ley por más de treinta días o 3) trabajan sin la autorización legal de la Dirección Nacional de Migraciones. Además, el Ministerio del Interior tiene amplios poderes discrecionales para negar la residencia legal a los migrantes.

En la práctica, debido a que la mayoría de los migrantes en Argentina cuenta con escasos recursos y no son profesionales ni tienen parientes argentinos, la mejor oportunidad para regularizar su estatus migratorio es con la presentación de un contrato de trabajo escrito con un empleador argentino. Sin embargo, como las regulaciones son muy complicadas, muchos migrantes se ven obligados a mantener su estatus ilegal. Consecuentemente, deben aceptar condiciones laborales precarias, salarios sumamente bajos y sufrir otros abusos por parte de sus empleadores.

En cuanto a las leyes y prácticas en Brasil: -

La *Constitución Federal del Brasil*, de 1988, garantiza la validez de los derechos que se desprenden de los tratados internacionales de los que el Brasil es parte. Además, la *Constitución federal* - establece un trato igual para nacionales y extranjeros. -

Las leyes laborales de Brasil no distinguen entre nacionales y extranjeros. Los trabajadores indocumentados tienen derecho a recibir salarios y beneficios sociales por concepto de trabajo realizado. Además, no hay disposición alguna que limite el acceso a la justicia por la nacionalidad del demandante.

En la práctica, los trabajadores irregulares en el Brasil experimentan muchas dificultades, incluidas largas horas de trabajo y salarios inferiores al mínimo. Muchos migrantes irregulares nunca denuncian los abusos por temor a ser deportados. Este temor también causa que los migrantes irregulares no envíen a sus niños a la escuela, no soliciten una licencia de manejo, no adquieran bienes ni visiten sus países de origen.

Además, estos trabajadores tienen poca información sobre sus derechos y sólo pueden hacerlos valer cuando obtienen ayuda de las organizaciones no gubernamentales que trabajan con migrantes.

En cuanto a las leyes y prácticas en Chile:

De conformidad con la normativa chilena, los trabajadores nacionales y extranjeros tienen iguales derechos laborales. -

Conforme a la ley laboral chilena, el contrato de trabajo no tiene que ser escrito; sin embargo, la ley migratoria requiere que los trabajadores migrantes cuenten con un contrato escrito otorgado ante notario público, en el que el empleador se comprometa a pagar el transporte del migrante a su país cuando termine el contrato.

Los trabajadores migrantes que laboran en Chile sin un contrato escrito frecuentemente reciben salarios muy bajos, no tienen acceso a los beneficios del seguro social y pueden ser despedidos en cualquier momento sin compensación monetaria. Esta situación es especialmente difícil para los trabajadores migrantes en situación irregular, porque temen ser identificados por las autoridades de inmigración.

Además, debido a que los trabajadores irregulares normalmente no poseen documentos nacionales de identidad, carecen de acceso a muchos servicios públicos, como atención médica y vivienda pública.

La legislación laboral no regula de manera expresa los derechos de los trabajadores que no cuentan con contrato, por lo que la situación de tales trabajadores la regulan la Dirección y las inspecciones de Trabajo. La información sobre la interpretación de la ley realizada por las referidas autoridades laborales no es muy accesible para los trabajadores migrantes. La legislación chilena sobre trabajadores extranjeros no se encuentra al día y les provee poca protección, especialmente en las disputas laborales.

En cuanto a las leyes y prácticas en la República Dominicana:

El mayor obstáculo para la protección de los derechos de los trabajadores migrantes en la República Dominicana es la dificultad que enfrentan los haitianos para establecer su residencia legal en ese país. Al obtener su estatus legal, la ley garantiza a los migrantes los mismos derechos civiles que tienen los dominicanos. La ley no distingue entre ciudadanos y extranjeros documentados en lo que respecta a sus derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos laborales básicos están garantizados a todos los trabajadores, independientemente de que residan legalmente en el país o no.

Hay diversos problemas en el ámbito laboral, como: salario mínimo insuficiente para gozar de una vida digna, requisitos inalcanzables para negociar colectivamente, multas a los empleadores que son insuficientes para prevenir la violación de los derechos de los trabajadores y corrupción de inspectores de salud y de seguridad.

La mayoría de los trabajadores migrantes haitianos en la República Dominicana enfrentan jornadas de trabajo largas, salarios bajos e inestabilidad en el trabajo. Sus condiciones de vida son inadecuadas. La mayoría de los trabajadores no tienen agua potable, facilidades sanitarias ni servicios médicos y sociales.

La capacidad de los trabajadores migrantes haitianos para combatir estas condiciones de trabajo injustas está severamente limitada. Tienen que enfrentarse a una actitud política y social generalmente hostil. Además, la gran mayoría de estos trabajadores no tienen acceso a la asistencia legal y, en consecuencia, a los tribunales laborales.

La forma de aplicar las leyes migratorias y de ciudadanía en la República Dominicana contribuye a perpetuar la ilegalidad permanente de los haitianos y dominicanos de descendencia haitiana. Además, debido a su pobreza y analfabetismo, es muy difícil que los trabajadores migrantes cumplan con los requisitos necesarios para obtener permisos de trabajo temporales. El estatus de los trabajadores haitianos como migrantes irregulares afecta a sus hijos, incluidos los nacidos en la República Dominicana. Los hijos de haitianos que nacen en la República Dominicana no son considerados ciudadanos en virtud de que se caracteriza a los haitianos como extranjeros en tránsito. Esta situación ha causado que los haitianos estén sujetos a deportación en cualquier momento, y de hecho se han realizado expulsiones masivas en violación del debido proceso.

La República Dominicana se ha beneficiado por décadas de la mano de obra barata de los haitianos, y el Estado ha desarrollado un sistema que mantiene este flujo de trabajadores migrantes sin tomar las medidas mínimas para garantizarles sus derechos fundamentales.

En cuanto a las leyes y prácticas en los Estados Unidos Mexicanos: -

De conformidad con los artículos 1 y 33 de la *Constitución política*, los cuales se refieren a la igualdad de protección, los derechos laborales constitucionales se deben garantizar a todos los migrantes. -

México está obligado por su *Constitución* a ejecutar los tratados bilaterales y multilaterales sobre derechos laborales de los trabajadores migrantes que haya suscrito. Dichos tratados garantizan una protección igualitaria y no discriminatoria, así como otras garantías más específicas.

La *Ley federal del trabajo* permite que los migrantes trabajen legalmente en México como visitantes. Sin embargo, existen restricciones profesionales a las categorías de visitantes, categorías que comprenden a la mayoría de los trabajadores migrantes de América Central, quienes generalmente son mano de obra menos calificada. Por lo tanto, los trabajadores provenientes de América Central sólo pueden entrar legalmente a México bajo la categoría denominada "Forma migratoria para visitantes agrícolas" o bajo la "Forma migratoria para visitantes locales fronterizos". Algunas disposiciones de la *Ley federal del trabajo* permiten un tratamiento preferencial en la contratación de los trabajadores mexicanos con respecto de los trabajadores migrantes.

Las violaciones más comunes a los derechos de los trabajadores migrantes son: largas jornadas de trabajo; condiciones inadecuadas de vivienda, salud y transporte; salarios más bajos que el mínimo; reducción de salarios por comida y vivienda; retención de salarios y de documentos de trabajo; y discriminación racial. Debido a las graves condiciones sociales y económicas que prevalecen en sus países de origen, muchos trabajadores agrícolas migratorios se ven obligados a aceptar estos abusos.

Aunque existen los programas de “Forma migratoria para visitantes agrícolas” y “Forma migratoria para visitantes locales fronterizos” y se han dado algunos pasos en favor de la protección de los derechos de los trabajadores migrantes, el manejo de estos programas ha sido inadecuado; no han evitado los abusos en contra de los trabajadores. Por ejemplo, las Juntas Locales de Conciliación y Arbitraje resuelven los conflictos entre los trabajadores y los empleadores, pero el proceso es frecuentemente lento. Incluso muchos de los trabajadores acuden a las mencionadas juntas sin representación legal alguna y son deportados sumariamente, aun cuando sus casos están pendientes.

En cuanto a las leyes y práctica en los Estados Unidos de América:

Los Estados Unidos de América, como Estado parte de la *Carta de la OEA*, está sujeto a las obligaciones impuestas por la *Declaración americana* que garantiza el derecho al trabajo y a una remuneración justa, así como el derecho a organizar sindicatos y a recibir un tratamiento igual ante la ley. La *Declaración universal* también garantiza el derecho a formar sindicatos y al pago igual por trabajo igual. El *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, del cual Estados Unidos de América es parte, garantiza el derecho de igualdad ante la ley sin discriminación, y prevé el derecho a formar sindicatos. Finalmente, los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) protegen los derechos laborales de los trabajadores irregulares.

Bajo la actual ley laboral de los Estados Unidos de América, los trabajadores irregulares son reconocidos como “empleados”, lo cual les da derecho a la protección indicada en los principales estatutos laborales federales. Sin embargo, en la práctica no son tratados de forma igualitaria.

La *National Labor Relations Act* (NLRA) autoriza al National Labor Relations Board (NLRB) a disponer reparaciones a favor de los empleados que son víctimas de prácticas laborales injustas. Por ejemplo, en caso de despido injustificado, tal reparación puede consistir en la reinstalación en el trabajo y el pago de salarios caídos. En el caso de *Hoffman Plastic Compounds versus National Labor Relations Board* (2002), la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió que un trabajador irregular no tenía derecho al pago de los salarios caídos, aun cuando había sido despedido por participar en la organización de un sindicato para obtener una remuneración justa. En este caso, la Suprema Corte decidió que “la política migratoria prevalecía sobre la política laboral”. Conforme al fallo de la Suprema Corte en el caso de *Sure-Tan versus National Labor Relations Board* (1984), los trabajadores pueden ser entregados al Servicio de Inmigración y Naturalización aun cuando el motivo del empleador para hacerlo sea el ejercicio de una represalia ilegal en contra de un trabajador dedicado a una actividad protegida por la *National Labor Relations Act*. Con estas decisiones, la Suprema Corte ha creado desigualdad en la ley laboral de los Estados Unidos de América basada en el estatus migratorio de las personas.

Muchos de los trabajadores irregulares en Estados Unidos de América enfrentan graves problemas debido a las malas condiciones de salud y seguridad en el trabajo, ya que reciben salarios menores al mínimo legal. Los trabajadores migrantes también son blanco de la violencia de terceros y de la discriminación. Varios Estados niegan a los trabajadores en situación irregular el acceso a la educación y a la atención médica. Además, los trabajadores en situación irregular que defienden sus derechos corren el riesgo de ser reportados al Immigration and Naturalization Service. Los migrantes indocumentados no tienen acceso a representación legal pública, lo que dificulta que hagan valer sus derechos.

Esta difícil situación de los trabajadores irregulares también afecta a los trabajadores migrantes que se encuentran con el programa de visas H2A y H2B. Los derechos de estos trabajadores son muy restringidos; por ejemplo, no están considerados por la ley que provee pago por horas de trabajo extra. Además, el permiso para estar legalmente en el país se encuentra condicionado a la continuidad en el trabajo con un empleador particular, lo cual restringe la posibilidad de exigir sus derechos.

Finalmente, aproximadamente 32 millones de trabajadores, incluidos muchos migrantes que realizan trabajo doméstico y en el campo, no están protegidos por la disposición de la *National Labor Relations Act* que establece el derecho a organizar un sindicato, además de que no cuentan con la protección de ninguna ley estatal.

Thomas Brill, del Law Office of Sayre & Chavez. En sus intervenciones escritas y orales, expresó que:

En marzo de 2002 la Suprema Corte de los Estados Unidos de América decidió, en el caso *Hoffman Plastic Compounds versus National Labor Relations Board*, que un trabajador indocumentado no tenía derecho al pago de salarios caídos después de ser despedido ilegalmente por intentar ejercer derechos otorgados por la *National Labor Relations Act*.

La compañía Hoffman Plastic Compounds contrató al señor José Castro en mayo de 1988. En diciembre de 1988 el señor Castro y otros trabajadores iniciaron una campaña para organizar un sindicato. En enero de 1989 la empresa despidió al señor Castro y a otros tres trabajadores por intentar formar y ser parte de un sindicato. En enero de 1992 el National Labor Relations Board ordenó a la compañía Hoffman Plastic Compounds que reinstalara al señor Castro y le pagara los salarios caídos que eventualmente habría recibido si no fuera por la decisión que tomó la empresa de despedirlo a causa de estar involucrado en actividades sindicales. La empresa se negó a pagar al señor Castro los salarios caídos debido a que éste admitió que no tenía permiso de trabajo.

En septiembre de 1998 el National Labor Relations Board decidió que la compañía Hoffman Plastic Compounds debía pagar al señor Castro los salarios caídos correspondientes al periodo que había entre su despido y la fecha en la que admitió que no tenía la documentación correspondiente al permiso de trabajo. En tal decisión, el National Labor Relations Board dijo que “la forma más efectiva de adaptar y fomentar las políticas de inmigración de Estados Unidos [...] es proporcionando las garantías y los recursos de la *National Labor Relations Act* a los trabajadores indocumentados de la misma manera que a otros empleados”. El National Labor Relations Board ordenó que la empresa Hoffman Plastic

Compounds pagara la cantidad de 66,951 dólares de los Estados Unidos de América por concepto de salarios caídos al señor José Castro. La compañía Hoffman Plastic Compounds se negó a pagar y presentó una apelación. En el año 2001 la Corte Federal de Apelaciones confirmó lo ordenado por el National Labor Relations Board, y entonces la compañía Hoffman Plastic Compounds presentó una apelación ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

En su decisión de marzo de 2002 la Suprema Corte revocó las decisiones de la Corte de Apelaciones y del National Labor Relations Board. La Suprema Corte denegó la solicitud de salarios caídos del señor José Castro, y sostuvo que en el caso de los trabajadores en situación irregular que son despedidos por realizar actividades de organización sindical la prohibición de la ley de inmigración de trabajar sin autorización prevalece sobre el derecho de formar y ser parte de un sindicato.

El National Employment Law Project, una agencia americana sin fines de lucro que analizó el efecto de la decisión en el caso de la compañía Hoffman Plastic Compounds, determinó que a partir de dicha decisión los empleadores han intentado deteriorar aún más los derechos de los trabajadores en situación irregular en los Estados Unidos de América.

Muchos empleadores han menoscabado los derechos de sus empleados desde que fue publicada la decisión en el caso Hoffman Plastic Compounds. En efecto, los empleadores pueden argumentar que los trabajadores en situación irregular no pueden accionar ante la justicia cuando son discriminados ni cuando se viola su derecho a un salario mínimo. Claramente, la decisión en el caso Hoffman Plastic Compounds ha causado que los empleadores discriminen a sus trabajadores en situación irregular, argumentando que no tienen derecho a reclamar cuando son violados sus derechos laborales. Así, se ha estimulado la contratación de trabajadores en situación irregular, por ser más barato para el empleador y para no contratar a ciudadanos o residentes que pueden reclamar la protección de sus derechos ante los tribunales de justicia.

Sin embargo, es importante indicar que la decisión en el caso Hoffman Plastic Compounds no fue adoptada en forma unánime por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, sino por mayoría de 5 a 4 votos; el autor del voto disidente de la minoría fue el juez Breyer. Éste señaló que permitir a los migrantes en situación irregular el acceso a los mismos recursos legales que tienen los ciudadanos es la única forma de asegurar que sean protegidos los derechos de los migrantes. El juez Breyer analizó cuidadosamente el posible impacto de la decisión sobre los trabajadores en situación irregular, indicando que si los trabajadores indocumentados no pueden recibir el pago de salarios caídos al ser despedidos ilegalmente, los empleadores despedirán a tales trabajadores cuando intenten sindicalizarse, ya que no habrá consecuencia alguna para el empleador, al menos en la primera vez que utilice este método.

Además, como indica el juez Breyer, no existe disposición alguna en las leyes de inmigración de los Estados Unidos de América que prohíba al National Labor Relations Board admitir que los trabajadores en situación irregular interpongan recurso o acción cuando sus derechos sean violados. Sin embargo, hubo mayoría en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América para eliminar la posibilidad de que un trabajador en situación irregular reclame ante la justicia el pago de salarios caídos, con fundamento en el supuesto

conflicto entre la *National Labor Relations Act* y la *Immigration Reform and Control Act* de 1986.

Tanto el National Labor Relations Board como la Suprema Corte abordaron el litigio de Hoffman Plastic Compounds como un caso que requería el equilibrio entre la ley laboral y la ley de inmigración. El National Labor Relations Board y los cuatro jueces de la minoría de la Suprema Corte dieron prioridad a la ley laboral, y los cinco magistrados que constituyeron la mayoría concedieron prioridad a la ley de inmigración.

En sus decisiones, el *National Labor Relations Board* y la Suprema Corte no han tomado en cuenta el derecho internacional de los derechos humanos y las normas de derecho laboral internacional. Tampoco consideraron las obligaciones que tienen los Estados Unidos de América conforme al derecho internacional para “asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre”. En síntesis, la decisión en el caso Hoffman Plastic Compounds niega a un grupo de trabajadores los derechos laborales que les son inherentes y que han sido reconocidos por la comunidad internacional.

Una de las principales entidades que se ha referido al tema de los derechos humanos es la Organización de los Estados Americanos (OEA). Los Estados Unidos de América y México son dos de los 35 Estados parte comprometidos activamente en la administración de la OEA y que supuestamente se adhieren a los principios generales y estándares establecidos por esta organización internacional. Al respecto es importante citar los artículos 3.1 y 17 de la *Carta de la OEA*, que se refieren a la igualdad y la no discriminación. Estos principios también se mencionan en la *Declaración americana*.

Por otro lado, México no ha solicitado a la corte que analice la ley de inmigración de los Estados Unidos de América. No se cuestiona el derecho de cada Estado de establecer reglamentos [*rules*] de inmigración. Más bien, cuando los legisladores de un Estado determinado establecen políticas que discriminan a ciertas categorías de trabajadores en el mercado laboral, los resultados podrían ser devastadores en términos de protección de los derechos humanos. Los derechos humanos fundamentales deben prevalecer sobre el propósito de prohibir a determinados trabajadores el goce de los beneficios que concede la ley.

Por las razones mencionadas, se considera que la reciente decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board* crea un sistema que viola el derecho internacional.

Labor, civil rights and immigrants' rights organizations in the United States. En sus intervenciones escritas y orales, expresaron que:

El escrito se formuló en representación de cincuenta organizaciones de derechos civiles, laborales y migratorios en los Estados Unidos de América.

Los trabajadores migrantes en los Estados Unidos de América se encuentran entre los que reciben los salarios más bajos y un trato indebido. Los intentos de las organizaciones de proteger los derechos de los migrantes, incluidos los trabajadores “no-autorizados”, han sido obstaculizados por leyes estadounidenses que discriminan con fundamento en

la calidad de extranjero y migrante, y especialmente debido a la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*. Además, tanto la ley laboral federal como la estatal violan el derecho internacional de los derechos humanos, que es obligatorio para ese país. Hay una necesidad urgente de normas regionales fuertes en relación con la protección de los trabajadores migrantes.

El término “trabajador no-autorizado” se utiliza para describir a los trabajadores migrantes que no poseen autorización para ser contratados legalmente en los Estados Unidos de América. Este grupo incluye a trabajadores que por diversas razones se encuentran legalmente en los Estados Unidos de América pero no tienen autorización para trabajar. El término migrante “indocumentado” se utiliza para describir a los migrantes cuya presencia en los Estados Unidos de América es ilegal. Estos trabajadores forman un subgrupo de la población migrante que no está autorizada a trabajar. La mayoría de las decisiones de los tribunales están basadas en la autorización para trabajar.

Los Estados Unidos de América tienen la población más grande de migrantes en el mundo. Para los fines de este escrito, utilizar la cifra 5.3 millones de personas como un cálculo aproximado del número total de trabajadores indocumentados en los Estados Unidos de América es suficiente para establecer que dicha población representa un factor económico serio y un punto de preocupación política y humana. Los trabajadores indocumentados realizan una gran parte del trabajo en las áreas que se caracterizan por los salarios bajos y el riesgo elevado.

La práctica de amenazar a los trabajadores migrantes con denunciarlos al Immigration and Naturalization Service (INS) con el fin de limitar el ejercicio de sus derechos laborales ha sido común durante muchos años y no ha disminuido desde que se emitió la decisión en el caso *Hoffman Plastic Compounds vs. National Labor Relations Board*.

En los Estados Unidos de América no son efectivas las sanciones para el empleador que contrata trabajadores “no-autorizados”. La *Immigration Reform and Control Act* (IRCA) de 1986 establece que el empleador debe verificar la identidad y elegibilidad del personal que contrata. Sin embargo, la ley permite que los empleadores revisen los documentos de una manera superficial. Los empleadores tienen pocos motivos para temer que el Immigration and Naturalization Service los sancione por contratar migrantes indocumentados; consideran esta práctica más bien como una decisión legítima que les ahorra costos. Aun cuando los empleadores quebrantan la ley, las sanciones y multas que reciben son bajas y poco frecuentes. Por lo tanto, conforme a la legislación actual, los empleadores pueden contratar a trabajadores “no-autorizados”, beneficiarse de ellos y amenazarlos con denunciarlos al INS sin temor a las posibles acciones del gobierno.

Algunos trabajadores migrantes, especialmente los “no-autorizados”, se encuentran expresamente excluidos de la posibilidad de recibir ciertas reparaciones que tienen a su disposición los ciudadanos estadounidenses. Por ejemplo, en el caso *Hoffman Plastic Compounds*, la Suprema Corte de los Estados Unidos decidió que los trabajadores “no-autorizados” no pueden recibir salarios caídos por un despido ilegal como represalia por actividades sindicales según la *National Labor Relations Act*, que protege el derecho de organizar sindicatos y negociar colectivamente. La Equal Employment Opportunity Commission (EEOC), agencia gubernamental que aplica la mayor parte de las leyes federales laborales sobre discriminación, ha señalado que

se encuentra revisando la práctica de ordenar el pago de salarios caídos a los trabajadores indocumentados a la luz de lo decidido en el caso Hoffman Plastic Compounds.

Finalmente, la decisión en el caso Hoffman Plastic Compounds deja intactos los derechos a un salario mínimo y al pago de horas extra de acuerdo con la *Fair Labor Standards Act* porque sólo se refirió al pago de salarios caídos por trabajo no realizado. Sin embargo, el Departamento de Trabajo (U.S. Department of Labor), agencia federal encargada de aplicar la *Fair Labor Standards Act*, no ha precisado su punto de vista sobre el derecho que tienen los migrantes “no-autorizados” al pago de salarios caídos con motivo de despidos por represalias, y ha dicho que “aún se encuentra considerando el efecto que causó el caso Hoffman”.

Aun antes de que se presentara el caso Hoffman Plastic Compounds, algunas leyes de los Estados Unidos de América explícitamente discriminaban a los trabajadores de ciertas categorías migratorias, incluyendo a los trabajadores “no-autorizados” y a los que cuentan con determinados tipos de visas. En la mayoría de los estados los trabajadores “no-autorizados” tienen derecho a recibir una compensación por accidentes de trabajo o incapacidad. Generalmente estas compensaciones son materia de la ley estatal, la cual varía en cada estado. Por lo general, los trabajadores reciben gastos médicos, un reembolso parcial de sus salarios, pensiones, beneficios por causa de muerte y en algunas ocasiones entrenamiento para trabajos nuevos. Mientras que las leyes sobre compensaciones en casi todos los estados se aplican a los trabajadores “no-autorizados”, al menos las leyes del estado de Wyoming los excluyen explícitamente de los beneficios de compensación, y otras disposiciones y decisiones judiciales restringen el beneficio de una indemnización en materias tales como rehabilitación, muerte y salarios caídos.

A los trabajadores que se encuentran bajo el programa de visas H-2A (para trabajo agrícola), quienes en su mayoría provienen de México, se les niegan muchas protecciones laborales federales básicas. Son excluidos de la protección de la *Migrant and Seasonal Agricultural Worker Protection Act* (MSAWPA), principal ley laboral federal para trabajadores agrícolas. Por lo tanto, el contratista que los emplea no está controlado por el Departamento del Trabajo de los Estados Unidos de América. Además, el permiso de los trabajadores H-2A para permanecer legalmente en los Estados Unidos de América se encuentra vinculado a un solo empleador. Por lo tanto, estos trabajadores no tienen libertad de cambiar de trabajo.

El derecho de los trabajadores migrantes de contar con representación legal también se restringe seriamente. La *Legal Services Corporation Act* de 1974 creó la Legal Services Corporation, cuyos programas tienen la prohibición de proporcionar asistencia legal para o en representación de la mayoría de migrantes que no son residentes permanentes legales.

Una vez que un extranjero se encuentra físicamente en el territorio de un país y se asegura un empleo, la negativa a proporcionarle las protecciones laborales viola el derecho humano a la no discriminación. Numerosos instrumentos internacionales obligatorios para los Estados Unidos de América establecen una norma universal de no-discriminación que protege a todas las personas dentro de la jurisdicción de un Estado. Las diferencias en el trato basadas en la nacionalidad o en la calidad migratoria, tal como se establece en las mencionadas leyes laborales de los Estados Unidos de América, violan los artículos 2 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, así como el artículo II de la *Declaración americana*. El lenguaje de estas disposiciones y el de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

indican que la garantía de igualdad y no discriminación, así como otras relacionadas con el trabajo, son universales y se aplican a “todas las personas”.

Los Estados no pueden discriminar basándose en la nacionalidad u otra característica, de acuerdo con el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, sino sólo establecer distinciones basadas en criterios razonables y objetivos. El argumento de que algunas de las leyes laborales de los Estados Unidos de América establecen discriminaciones que violan los artículos 2 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* encuentra apoyo en la interpretación realizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En el caso *Gueye et al vs. France* el referido comité reafirmó su posición de que las disposiciones del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* son aplicables a los no nacionales siempre y cuando no se establezca expresamente lo contrario. Además, en este caso se demuestra que las distinciones basadas en extranjería violan el artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, aun cuando este tratado no asegura expresamente el beneficio sustantivo controvertido (en ese caso el derecho a la pensión o, por ejemplo, el derecho a una remuneración justa, condiciones de trabajo adecuadas y recurso efectivo a través de asistencia legal). En la decisión de este caso se sostiene que la distinción con base en la extranjería es indebida cuando carece de una base razonable y objetiva, aunque los derechos sustantivos, por sí mismos, no sean fundamentales ni estén reconocidos por el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Finalmente, la decisión establece que si la distinción en el beneficio del empleo es razonable y objetiva y, por lo tanto, permisible, una corte debe examinar el propósito implícito de la ley laboral para determinar si la distinción es relevante para alcanzar el fin propuesto. Las leyes de garantías laborales de los Estados Unidos de América, que discriminan con fundamento en la extranjería o en la calidad migratoria, no resisten este examen. Una vez contratado un extranjero, su nacionalidad y su condición legal son irrelevantes para el propósito de proteger a los individuos en su lugar de trabajo y prevenir su explotación. El control migratorio no puede ser considerado el objetivo principal de las leyes de protección laboral, y las restricciones de los Estados Unidos de América a la protección laboral de los extranjeros no sirven objetiva ni razonablemente para ese fin.

El lenguaje y los argumentos *expressio unius* establecidos en cuanto al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* son igualmente aplicables a la *Declaración* y a la *Convención americana*. El lenguaje de los instrumentos interamericanos es universal y no establece expresamente distinciones con fundamento en la extranjería o en la calidad migratoria. La jurisprudencia del sistema interamericano sobre la no discriminación concuerda sustancialmente con la relativa al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y sirve de apoyo para concluir que las leyes laborales de los Estados Unidos de América discriminan indebidamente a los trabajadores migrantes.

Otros tratados y declaraciones internacionales aplicables a los Estados Unidos de América, incluido el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y el *Convenio número 111* de la Organización Internacional del Trabajo, confirman que los principios básicos de la no discriminación se aplican a la protección laboral sin distinción por motivos de nacionalidad o calidad migratoria.

Además de violar el principio de no discriminación en el derecho internacional, la ley laboral de los Estados Unidos de América no protege la libertad de asociación de los trabaja-

dores “no-autorizados” y de otros trabajadores inmigrantes y viola el principio internacional fundamental de la libertad de asociación. La Organización Internacional del Trabajo ha reconocido explícitamente la libertad de asociación como uno de los cuatro derechos humanos fundamentales que protegen a todos los trabajadores, incluidos los trabajadores “no-autorizados” e indocumentados. Otros instrumentos internacionales (tales como la *Declaración americana*, la *Convención americana*, la *Carta de la OEA* y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*) aplicables a los Estados Unidos de América, permiten excepciones al ejercicio del derecho a la libertad de asociación sólo en circunstancias limitadas, que no justifican que este derecho no se garantice a extranjeros y emigrantes “no-autorizados”.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso Hoffman Plastic Compounds, en el sentido de que no se les pueden pagar salarios caídos a los trabajadores “no-autorizados” cuando son despedidos indebidamente por realizar actividades sindicales, afecta el derecho a la libertad de asociación de tales trabajadores. Debido a que esos trabajadores no tienen derecho a la reinstalación cuando son despedidos indebidamente, el pago de los salarios devengados es la única reparación efectiva y disponible para las violaciones a la *National Labor Relations Act*.

Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la American University, Washington College of Law y el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana de México. En su escrito de 21 de febrero de 2003, indicaron que:

En esta solicitud de opinión consultiva deben tomarse en consideración las “cláusulas autónomas” de los tratados e instrumentos internacionales citados por el Estado solicitante, es decir, los artículos II de la *Declaración americana*, 24 de la *Convención americana*, 7 de la *Declaración universal* y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. En cuanto a las normas que contienen el principio de no discriminación subordinado a la existencia de una interferencia con uno de los derechos protegidos en los referidos instrumentos, “no existe duda de que los artículos 1.1 de la *Convención americana* y 2.1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* deben quedar excluidos del análisis, por cuanto estos instrumentos no garantizan derechos laborales. Distinta es la situación del artículo 2 de la *Declaración universal* puesto que este instrumento efectivamente garantiza este tipo de derechos, incluido en particular lo que podría considerarse criterios mínimos de protección en esta área”.

Las normas de derechos humanos citadas por el Estado solicitante no prohíben expresamente la realización de distinciones por motivo de nacionalidad ni por la calidad migratoria de un extranjero. Sin embargo, las disposiciones bajo análisis no establecen una enumeración taxativa o exhaustiva de condiciones en virtud de las cuales no se pueden establecer distinciones; por el contrario, “parecen admitir que en principio una distinción por cualquier condición que sea puede resultar en un tratamiento discriminatorio”.

Las disposiciones aplicables a la presente *Consulta* han sido interpretadas de manera uniforme según el derecho internacional de los derechos humanos en el sentido de que una medida es discriminatoria sólo cuando la distinción de tratamiento no se encuentra fundada

en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo o cuando no existe una relación proporcional entre los medios empleados y el fin que se intenta alcanzar con dicha medida. Sin embargo, los Estados gozan de cierto margen de apreciación para evaluar si se justifica una diferencia de tratamiento entre personas que se encuentran en una situación similar.

En este análisis no se hace referencia expresa a las dos últimas preguntas de México, en virtud de que la respuesta de esas preguntas está subsumida en el análisis de las otras preguntas.

A pesar de que el Estado solicitante se refirió en sus preguntas a los “derechos laborales” en un sentido amplio, este análisis se centra específicamente en el “derecho de toda persona a los beneficios salariales por el trabajo ya realizado”, en virtud de que no existe duda de que en el derecho internacional de los derechos humanos aplicable a los Estados americanos dicha protección laboral mínima debe ser garantizada a todo ser humano, incluidos los trabajadores indocumentados. Al respecto, es importante aclarar que para efectos de este *amici curiae* la definición de “beneficios salariales por el trabajo ya realizado” comprende no sólo los llamados salarios caídos, sino también otros derechos laborales accesorios como el derecho a asociarse en un sindicato o el derecho de huelga.

En cuanto a la primera pregunta de la *Consulta* (*supra* párrafo 4): -

El derecho internacional de los derechos humanos consagra en diversos instrumentos internacionales una gran variedad de normas relacionadas con los derechos de los trabajadores. - Las disposiciones en materia de derechos laborales contenidas en instrumentos adoptados - o ratificados por Estados miembros de la OEA son: el artículo 23 de la *Declaración universal*; los artículos 34.g, 45.b y 45.c de la *Carta de la OEA* y el artículo XIV de la *Declaración americana*. Adicionalmente, existen otros instrumentos internacionales relevantes para determinar el alcance de las obligaciones regionales de derechos humanos respecto de los derechos de los trabajadores, entre los que cabe mencionar: los artículos 6, 7 y 8 del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*; la *Convención americana*; el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*; el *Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a trabajadores migrantes*; la *Constitución de la Organización Internacional del Trabajo* y la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

El derecho de toda persona a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado se encuentra ubicado en el grupo de derechos que “se aproximan más a los derechos civiles y políticos, ya sea porque tienen un impacto directo sobre derechos tales como el derecho de propiedad o el derecho a la personalidad jurídica [...] o por su carácter inmediato y urgente que se reitera implícita o explícitamente en muchos [...] instrumentos”.

Los artículos 34.g y 45.b de la *Carta de la OEA* presuponen la existencia del derecho del trabajador a recibir un salario por el trabajo realizado, derecho que por ser tan obvio fue innecesario consagrarlo explícitamente. Dicho derecho se encuentra explícitamente protegido en el artículo XIV de la *Declaración americana*. La *Carta de la OEA* y la *Declaración americana* no hacen diferenciación alguna entre ciudadano o extranjero en situación irregular, sino que se refieren de manera general a “persona” o “trabajador”.

En el artículo 23 de la *Declaración universal* se refleja en forma implícita y explícita el principio general de que si una persona ha trabajado debe recibir la remuneración correspondiente.

El *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* no fue invocado por México en la solicitud de opinión consultiva; sin embargo, este tratado también contiene referencias relevantes sobre el derecho a recibir un salario por el trabajo realizado. De igual manera, el artículo 7 del *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, “*Protocolo de San Salvador*”, garantiza el derecho a un “salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”. La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* consagra explícitamente garantías mínimas que incluyen el derecho de los trabajadores migrantes indocumentados a los beneficios salariales por los que ya han trabajado.

Debido a que los trabajadores migrantes en situación irregular y sus familias constituyen un sector de la sociedad particularmente vulnerable, el Estado tiene la obligación especial “de otorgar protecciones especiales o, en este caso, abstenerse de tomar medidas restrictivas de los derechos laborales de estas personas que sean excesivamente onerosas y que evidentemente no solamente no son necesarias para alcanzar el fin legítimo perseguido, sino que tienen el efecto contrario”.

Más allá de cualquier construcción jurídica referida a instrumentos internacionales, “es del más elemental sentido de justicia que se garantice que una persona que ha trabajado reciba sus beneficios salariales”; lo contrario significaría aceptar una forma moderna del trabajo esclavo.

La práctica generalizada de los Estados reflejada en los instrumentos internacionales y la percepción de dichos Estados de que se trata de una norma jurídica que sustenta la noción de *opinio iuris* sugieren la existencia de una norma internacional de carácter consuetudinario en relación con el derecho del trabajador a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado. Más aún, no parece existir resistencia por parte de los Estados respecto del reconocimiento de este derecho, lo cual descarta la posibilidad de argumentar una objeción persistente a esta norma.

Los derechos humanos, tales como el derecho a la igualdad o el derecho al salario, pueden ser objeto de restricciones, pero tales restricciones deben responder a criterios de necesidad y proporcionalidad en la obtención de un fin legítimo. La aplicación de medidas que controlen la inmigración irregular al territorio estatal es un fin legítimo. Sin embargo, si dichas medidas pretenden despojar a los trabajadores migrantes en situación irregular del derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado es imperioso efectuar un análisis sobre su proporcionalidad y necesidad, para lo cual debe cuestionarse si existen otras medidas menos restrictivas del mencionado derecho.

Existen otros mecanismos que se pueden adoptar con el fin de controlar la inmigración irregular al territorio estatal, tales como la posibilidad de sancionar administrativa y penalmente a los empleadores de trabajadores indocumentados, endurecer los controles fronterizos de inmigración, establecer mecanismos de verificación de condición legal para evitar la falsificación de documentos, deportar a la persona indocumentada e investigar y sancionar a quien cometa un delito. No parece ser proporcionado ni necesario adoptar medidas dirigidas a despojar a los trabajadores migrantes de los beneficios salariales por los cuales ya

trabajaron. Estas últimas medidas “parecen ser una ‘sanción’ que afecta excesivamente no solamente al trabajador, sino a su familia”. La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* puede servir como criterio para confirmar que ciertas restricciones al derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado no son necesarias ni proporcionadas.

Además, el derecho a recibir los beneficios salariales por el trabajo realizado tampoco puede ser limitado por medios indirectos, tales como la adopción de medidas que limiten el derecho del trabajador en situación irregular a reclamar judicialmente su salario, por ejemplo, por medio de la exigencia de que se encuentre presente físicamente en la jurisdicción del Estado receptor para poder realizar tal reclamación una vez que ha sido deportado y no se le otorgará autorización para ingresar nuevamente a dicho Estado.

En cuanto a la pregunta 2.1 de la *Consulta (supra párrafo 4)*:

En relación con las disposiciones de la *Declaración universal*—exceptuando los artículos 21 y 13— existe acuerdo en que, según las normas del derecho consuetudinario, los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos fundamentales a los extranjeros bajo su jurisdicción, incluidos los que se encuentren residiendo en forma irregular.

El derecho internacional consuetudinario obliga a los Estados a garantizar a todos los extranjeros residentes en su jurisdicción los principios de igualdad ante la ley y de no discriminación, y prohíbe diferencias de tratamiento entre ciudadanos y extranjeros que puedan considerarse irrazonables. Sin embargo, los derechos y libertades no son absolutos y pueden establecerse ciertas limitaciones [como las] reglamentadas en el artículo 29.2 de la *Declaración universal*.

En conclusión, los instrumentos internacionales señalados por México en la *Consulta* garantizan el derecho a la igualdad ante la ley respecto de todas las personas sujetas a la jurisdicción de un Estado, independientemente de la nacionalidad o la calidad migratoria. Sin embargo, este derecho no es absoluto y, en consecuencia, puede estar sujeto a restricciones razonables. Asimismo, bajo el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y la *Convención americana*, este derecho a la igualdad ante la ley no es considerado una norma inderogable, es decir, que puede estar sujeto a suspensión en ciertas circunstancias.

En cuanto a la pregunta 2.2 de la *Consulta (supra párrafo 4)*:

Es necesario tomar en consideración que la existencia de discriminación no se determina en abstracto, sino en virtud de las circunstancias concretas de cada caso. En el contexto particular de la consulta realizada por México, el motivo para distinguir entre los trabajadores migrantes en situación irregular y otros trabajadores, en cuanto al reconocimiento de los derechos laborales mínimos, es la calidad migratoria de los primeros y no su nacionalidad.

El tratamiento diferente que proporcionan ciertos Estados americanos a los trabajadores en situación irregular en razón de su calidad migratoria no implica *per se* una discriminación. Según la jurisprudencia internacional más frecuente, una distinción de tratamiento será discriminatoria cuando no se encuentre fundada en motivos objetivos y razonables, es decir, cuando no persiga un fin legítimo o cuando no exista una relación de proporcionalidad entre el medio empleado y el fin que se intenta alcanzar con la medida o práctica

cuestionada. Además, el derecho a la igualdad no es absoluto, por lo que puede ser objeto de limitaciones permisibles y su ejercicio puede suspenderse en situaciones de estado de excepción o emergencia. El análisis de proporcionalidad de la distinción de tratamiento debe tomar en consideración que se trata de derechos laborales mínimos y que serían desconocidos a una población vulnerable.

Además, a pesar de que los Estados gozan de un margen de discreción para establecer distinciones de tratamiento entre nacionales y extranjeros en la aplicación de las leyes inmigratorias, este margen se reduce considerablemente cuando los derechos en juego son tan fundamentales que su restricción o privación afecta los principios mínimos de respeto a la dignidad humana.

En situaciones en que la denegación de derechos puede situar a una persona en una condición semejante al trabajo forzado, “corresponde a la Honorable Corte restringir al máximo el espacio de apreciación del Estado y ejercer un control estricto sobre las justificaciones avanzadas por éste para fundar sus políticas”.

Sólo en situaciones excepcionales, con características similares a las que se presentan en un estado de emergencia, y tratándose de medidas estrictamente limitadas a las exigencias de la situación, se puede justificar un tratamiento diferente en cuanto al goce de los derechos laborales mínimos anteriormente identificados entre extranjeros que se encuentren en una situación migratoria irregular y nacionales o residentes legales.

La práctica de algunos Estados americanos de subordinar el reconocimiento del derecho a los beneficios salariales, entendido en un sentido amplio, al cumplimiento de normas de derecho inmigratorio, es irracional e incompatible con la obligación de respetar y garantizar el derecho de igualdad ante la ley.

El desconocimiento de los derechos laborales mínimos a los trabajadores indocumentados no contribuye a restringir el ingreso de migrantes irregulares a los Estados. Por el contrario, promueve que empleadores inescrupulosos contraten a más trabajadores que se encuentren en esa situación irregular debido a la posibilidad de someterlos a condiciones extremas de trabajo sin que exista represión por parte del Estado. Si los trabajadores indocumentados se organizan para reclamar sus derechos, los empleadores podrían recurrir a denunciar su situación de irregularidad y, de esta forma, evitarían cumplir con las normas laborales mínimas.

Una política de control de inmigración más apropiada debería aplicar penas severas a quienes contratasen a migrantes irregulares pese a conocer o debiendo haber conocido su calidad migratoria con el propósito de beneficiarse de la posibilidad de ofrecer garantías laborales inferiores. Varios Estados americanos no tienen legislación que penalice este tipo de conductas, y en los Estados que han establecido multas se reconoce que no son lo suficientemente severas como para desalentar la contratación de trabajadores en situación irregular.

El estándar de interpretación que se propone no restringe el derecho de los Estados de aplicar las penas correspondientes, tales como la deportación de las personas que incumplan las disposiciones contenidas en la legislación inmigratoria o que de cualquier forma violen las normas penales de derecho interno. Aunque un individuo se encuentre sujeto a deportación por haber sido encontrado en forma ilegal en el territorio de un Estado, este último debe

cumplir con sus obligaciones de respetar los derechos fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En conclusión, la denegación a los trabajadores indocumentados de normas laborales mínimas, entendidas como el derecho a los beneficios salariales en sentido amplio, sobre la base de su calidad migratoria es contraria al derecho a la igualdad ante la ley en razón de que constituye una medida desproporcionada para alcanzar los fines de política inmigratoria que persiguen los Estados que aprueban esa práctica.

Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). En sus intervenciones escritas y orales, manifestó que:

La consulta de México está directamente relacionada con una situación práctica de suma gravedad, por lo que será de gran utilidad para la región. Este *amicus curiae* se centra en las preguntas 1.1, 2.1 y 2.2 de la solicitud de opinión consultiva.

En el plano jurídico, el principio de igualdad es considerado un derecho fundamental y la obligación de no discriminar constituye una de las prohibiciones centrales del derecho internacional de los derechos humanos. Este principio “es un ideal regulador aplicable a todos los derechos”.

En el plano fáctico, el derecho a la igualdad puede verse vulnerado de distintas maneras, tales como: la emisión o aplicación de normas discriminatorias, el establecimiento o aplicación de reglas *prima facie* neutrales pero con un impacto diferencial negativo sobre un individuo o grupo de personas y el establecimiento de medidas o prácticas directamente perjudiciales para un individuo o grupo.

A pesar de que el sistema interamericano no cuenta con un instrumento exclusivamente dedicado a la protección contra la discriminación a los trabajadores migrantes, la *Convención americana* y la *Declaración americana* contienen normas que evidencian el compromiso de los Estados de garantizar la igualdad ante la ley y la vigencia de los derechos reconocidos en las distintas convenciones sin discriminación alguna. El sistema interamericano extiende la protección de no discriminación a los derechos protegidos a nivel nacional a través de la cláusula de igualdad ante la ley. Por lo tanto, los Estados miembro deben procurar que su legislación no contenga disposiciones discriminatorias y garantizar que no existan medidas, prácticas, acciones u omisiones que afecten perjudicialmente a un grupo o individuo.

El artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* no se limita a reiterar lo previsto en el artículo 2.1 de dicho tratado, sino que “extiende una protección autónoma pues prohíbe la discriminación de hecho y de derecho en cualquier esfera y [promueve] la protección ante las autoridades públicas”. Este principio es directamente aplicable a los derechos económicos, sociales y culturales por su inclusión en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*.

Los derechos consagrados en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* deberán ser garantizados a todos los trabajadores migrantes, sin importar su situación migratoria.

El principio de igualdad y de no discriminación está reconocido en la *Declaración americana*, la *Convención americana* y en otros tratados internacionales, los cuales coinciden

en garantizar a todas las personas los derechos consagrados en tales instrumentos, sin discriminación por razones de sexo, idioma, credo, origen nacional y social, o cualquier otra condición.

Los motivos que pueden generar discriminación no se limitan a los que se encuentran expresamente contemplados en los instrumentos interamericanos. Los textos de la *Convención americana*, de la *Declaración americana* y de otros instrumentos internacionales suponen la existencia de otros motivos de discriminación posibles. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha indicado que la cláusula de no discriminación se aplica a casos no enunciados taxativamente en los pactos internacionales. En este sentido, la Corte Europea ha analizado tratamientos discriminatorios en razón de la orientación sexual y la edad.

De igual forma, los motivos que pueden dar lugar a la conformación de una “categoría sospechosa” tampoco se agotan en la enumeración establecida en los instrumentos interamericanos. La determinación de estas categorías “está relacionada con las características de la discriminación en un momento dado en un país o región”. La relevancia de la identificación de una “categoría sospechosa” dependerá en gran medida del análisis concreto de la situación de hecho regulada. Por ello, en el caso de los trabajadores migrantes es fundamental analizar, sin abstracciones, los hechos regulados por el derecho laboral.

Para establecer en el sistema interamericano si un acto que parte de la diferenciación de dos situaciones de hecho es discriminatorio, primero se evalúa si se está ante un supuesto de hecho objetivamente desigual; luego, se analiza si la norma o medida que distingue persigue un fin legítimo y, por último, se establece si existe un vínculo de proporcionalidad entre las diferencias establecidas por la norma o medida y sus objetivos.

Muchos Estados se han convertido en emisores o receptores de personas que emigran en búsqueda de trabajo. Un análisis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto de 152 Estados determinó que entre 1970 y 1990 el número de Estados clasificados como grandes receptores de migrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el número de Estados considerados grandes emisores de migrantes por motivos laborales pasó de 29 a 55. En las últimas décadas el motivo principal que ha provocado que las personas abandonen su Estado de origen fue el de encontrar buenos empleos o acceder a una mejor remuneración.

La inmigración irregular ha ido en aumento como consecuencia de situaciones de extrema pobreza y falta de oportunidades en los Estados de origen. Este hecho favoreció el surgimiento de la “industria de la migración”. Con el propósito de no pagar salarios adecuados o no esforzarse en dar condiciones de trabajo dignas, los patronos optan por emplear a los migrantes indocumentados. “Los Estados receptores no son ajenos a esta explotación, pues ellos también se benefician de esta ‘industria’ en tanto que su economía crece a costa de esta situación irregular”.

En el continente americano los trabajadores migrantes en situación irregular han sido objeto de numerosas prácticas discriminatorias y abusivas, las cuales se observan en su ingreso traumático al Estado receptor, en la discriminación y en los ataques xenófobos que sufren en su vida cotidiana, en los malos tratos que reciben en su trabajo, y en el modo en que son expulsados del Estado receptor.

La desigualdad de condiciones entre el patrono y el trabajador migrante indocumentado es más drástica que en otras relaciones laborales en razón de la irregularidad de este último.

Por la grave situación económica que enfrentan, los trabajadores migrantes indocumentados están dispuestos a aceptar condiciones de trabajo inferiores a las de otras personas que residen legalmente en el país. Las ocupaciones a las que pueden acceder los trabajadores migrantes varían según el país; sin embargo, “en todos los casos los empleos que obtienen, en cuanto a su remuneración, son los menos atractivos y, en términos de higiene y salubridad, los más peligrosos”.

Los trabajadores migrantes en situación irregular gozan de posibilidades limitadas (de hecho o de derecho) de lograr la tutela de sus derechos frente a situaciones de precariedad o explotación. En general, existe un régimen de inmunidad para quienes abusan de la vulnerabilidad de dichos trabajadores y un régimen de castigo para estos últimos.

Todas las mencionadas condiciones a las que se encuentran sometidos los trabajadores migrantes indocumentados los convierten en un grupo desfavorecido, el cual es víctima de prácticas sistemáticas de discriminación en la región. Más aún, la situación de las mujeres migrantes merece una mención especial, pues son víctimas de una doble discriminación, primero por ser mujeres y luego por ser migrantes.

En muchas ocasiones el egreso de los migrantes de los Estados receptores ocurre en el contexto de procedimientos arbitrarios. No siempre los trámites de deportación se realizan de conformidad con las garantías mínimas exigibles.

“En conclusión, los estudios realizados por organizaciones supranacionales y por organizaciones no gubernamentales dan cuenta de la situación precaria en la que se hallan los/las trabajadores/as migrantes irregulares en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos humanos en los países en los que los reciben; y en particular, iluminan la discriminación sistemática de la que son objeto en el ámbito laboral”.

En razón de la situación de vulnerabilidad que afecta a los trabajadores migrantes en situación irregular es imperativo examinar con especial atención cualquier distinción de tratamiento basada en su condición migratoria, pues tal situación origina una “categoría sospechosa”. La identificación de una “categoría sospechosa” exige que se suponga la ilegitimidad de la distinción.

En la definición de las situaciones que originan una “categoría sospechosa” deben incluirse aquellas que plasman las realidades de discriminación y abuso sistemático actual en la región.

La primera razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como “categoría sospechosa” es que la discriminación contra este grupo se encuentra íntimamente ligada a su nacionalidad, etnia o raza, que siempre es distinta a la hegemónica del Estado en el que trabajan. Al respecto, la nacionalidad, raza o etnia se encuentran prohibidas explícitamente como motivo de distinción. La Suprema Corte de los Estados Unidos de América, en el fallo *Trimble vs. Gordon*, “consideró que las clasificaciones basadas en el origen nacional eran primas hermanas de las relativas a la raza, por lo que se correspondían con áreas en las que era necesario aplicar el principio de igualdad ante la ley y no discriminación”.

La segunda razón que justifica el reconocimiento de los trabajadores migrantes en situación irregular como “categoría sospechosa” es la condición especial de vulnerabilidad de este grupo, principalmente por la discriminación sistemática que sufren en el ámbito laboral en

los Estados receptores. Los trabajadores migrantes indocumentados son discriminados en varios ámbitos de su desarrollo vital. Sin embargo, la discriminación se manifiesta con especial claridad en el ámbito laboral.

Los tratados de derechos humanos se refieren a los derechos de “toda persona”, y los tratados que prescriben los derechos de los trabajadores enuncian los derechos de “todos los trabajadores”, sin distinciones relativas a la situación migratoria del trabajador. En igual sentido, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* reconoce los derechos de los trabajadores migrantes con independencia de que sean documentados o indocumentados.

Las distinciones de trato en razón del origen nacional, etnia o raza están explícitamente prohibidas en la *Convención americana* y en la *Declaración americana*, así como también en otros instrumentos internacionales. La Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que en los casos de discriminación por nacionalidad es necesario realizar un examen estricto, y que tratándose de derechos a la seguridad social, el origen nacional debe ser considerado una “clasificación sospechosa”. En el caso *Gaygusuz vs. Austria* la Corte Europea indicó que deben alegarse razones de mucho peso para que la diferencia de trato, fundada sólo en la nacionalidad, sea considerada compatible con la *Convención europea*, y resolvió que se había violado el artículo 14 de dicho tratado al denegársele a un trabajador turco la obtención de un seguro de desempleo con base en su nacionalidad.

La prohibición de dar un tratamiento diferente sobre la base del origen nacional, sumada a la discriminación sistemática de la que son objeto los trabajadores migrantes en situación irregular en el ámbito laboral, exigen que las distinciones entre trabajadores migrantes indocumentados y trabajadores migrantes legales o ciudadanos en el ámbito laboral “se vinculen en forma necesaria con los fines perseguidos”.

La elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral podrían justificar restricciones a los derechos laborales de los migrantes, siempre y cuando tales restricciones sean necesarias. “Una distinción legal o práctica entre los migrantes indocumentados, por un lado, y los residentes documentados y los ciudadanos, por el otro, que niegue a los primeros el derecho a gozar de condiciones dignas y equitativas de trabajo, de jornadas de trabajo limitadas, de vacaciones pagadas, de remuneraciones justas y de promociones en el empleo o de cualquier otro derecho laboral reconocido en la legislación del país receptor, o que desconozca los derechos sindicales para defender sus intereses, o que niegue los derechos a la seguridad social, no podría de ninguna forma ser necesaria para la regulación de políticas migratorias o del mercado laboral”.

En principio, no existe una “relación de necesidad” entre la elaboración y ejecución de políticas migratorias y la regulación del mercado laboral, por un lado, y las eventuales restricciones a los derechos laborales durante la vigencia del contrato, por el otro, que permita definir esas restricciones como proporcionadas a los objetivos perseguidos. “Este tipo de restricciones no son las que claramente persiguen un interés social imperativo y tampoco son las que restringen en menor escala el derecho protegido”.

Los derechos laborales contemplados en los pactos internacionales corresponden a los trabajadores por su condición de trabajador con independencia de su nacionalidad o situación migratoria. No se podrá agravar o perpetuar la situación de desprotección en la que se

encuentran los trabajadores migrantes indocumentados invocando como fin “la elaboración y ejecución de políticas migratorias o la regulación del mercado laboral”.

Restringir el disfrute de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular resulta irracional e innecesario. Tales restricciones fomentan la contratación de migrantes indocumentados y consolidan la vulnerabilidad de un sector de la población que se encuentra en una situación de discriminación sistemática y de grave indefensión.

Los objetivos de las políticas migratorias y de la regulación del mercado laboral pueden alcanzarse a través de medios menos gravosos para la tutela de los derechos de los trabajadores migrantes en situación irregular. Por ejemplo, se pueden imponer mayores controles sobre las políticas de ingreso de los migrantes o sanciones pecuniarias a los empleadores.

La *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* demuestra que el objetivo de regular el mercado laboral puede alcanzarse mediante un medio menos gravoso para los trabajadores migrantes, al establecer que “la práctica de emplear a trabajadores migratorios que se hallen en situación irregular será desalentada si se reconocen más ampliamente los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios”.

Es conveniente identificar los costos de una política que no protege los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular, pero que se beneficia económicamente de la explotación laboral. “Si desde el derecho internacional se pretende alentar la consolidación de sociedades democráticas en lugar de permitir el mantenimiento de situaciones de exclusión, que no son más que otra forma de imponer sanciones a los migrantes, se debería recomendar a los Estados que desde el derecho laboral, el derecho internacional y el derecho de los derechos humanos se brinde una protección generosa a los/las trabajadores/as migrantes indocumentados/as”.

En conclusión, no se debe establecer diferencia alguna con respecto a la situación de los migrantes indocumentados en cuanto al alcance de la protección en términos del derecho laboral. Las condiciones actuales de los trabajadores migrantes en situación irregular originan una “categoría sospechosa”, por lo que cualquier restricción que quiera imponerse a sus derechos laborales deberá pasar por un control estricto. Los trabajadores migrantes en situación irregular que sean contratados para realizar un trabajo deberán gozar de todos los derechos laborales.

Las respuestas del Estado frente a la situación especial de vulnerabilidad de los trabajadores migrantes irregulares pueden ser variadas, pero no se puede dejar de tomar en cuenta su situación especial de discriminación sistemática y desamparo. “El derecho interamericano requiere que frente a esta realidad se tomen las medidas especiales o diferenciadas a fin de garantizar la igualdad”.

En la Conferencia Mundial en contra del Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durbán en el año 2001, se reafirmó la necesidad de eliminar la discriminación contra los trabajadores migrantes y se recomendó la adopción de todas las medidas posibles para promover que los migrantes disfruten de los derechos humanos, en particular de los derechos relacionados con salarios justos y remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción alguna, derecho a la seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudez, vejez u otra falta de

medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad y seguridad social, incluido el seguro social.

Entre las medidas para eliminar las referidas discriminaciones, los Estados deberían examinar su legislación y prácticas con la finalidad de derogar todas las disposiciones que restrinjan los derechos de los trabajadores migrantes y modificar las conductas segregacionistas. Asimismo, el Estado puede “promover políticas públicas para impulsar el respeto por la diversidad, disuadir la discriminación e incentivar a que las instituciones públicas adopten medidas concretas para promover la igualdad”. Incluso el Estado puede organizar campañas educativas y de sensibilización dirigidas a sus funcionarios y a la población en general.

La existencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus intereses. Además, un paso fundamental para garantizar la efectiva protección de los derechos laborales de los trabajadores migrantes en situación irregular consiste en “articular los medios para que el sistema de justicia escuche sus reclamos”, ya que la sola existencia de los derechos sustantivos no basta para garantizar su vigencia. Asimismo, cuando los migrantes hayan regresado a su Estado de origen, el Estado receptor también deberá garantizar el acceso a la justicia. Si los empleadores otorgaran a los migrantes un trato contrario a las normas del derecho internacional de los derechos humanos, éstos podrán reclamar la correspondiente reparación, con independencia de su situación migratoria. “Por ello, el Estado debe poner al alcance de los trabajadores migrantes irregulares servicios legales gratuitos o de bajo costo para que puedan efectuar su reclamo a través de un recurso sencillo y rápido”. Este criterio se encuentra contemplado en el artículo 18 de la *Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*.

Las reformas que el Estado establezca para mejorar la situación de los migrantes en situación irregular deben tener un efecto tanto en el sector público como en el sector privado, en virtud de que las violaciones a los derechos “que tengan lugar en el sector privado, en tanto hayan contado con la anuencia o complicidad del Estado, podrán ser imputables a éste”. Al respecto, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, en su *Observación general 28*, ha sostenido que los Estados deben eliminar las acciones discriminatorias tanto en el sector público como en el privado.

La condición migratoria de los trabajadores migrantes no puede ser una variable a tener en cuenta para reconocerles sus derechos laborales durante el periodo de su contratación. Se les debe garantizar no sólo los derechos laborales fundamentales, sino también todos los derechos laborales reconocidos en los pactos internacionales aplicables en América.

La interrelación de los derechos humanos no sólo se da entre las distintas clasificaciones de derechos, sino que también “comprende a todos los derechos incluidos en una única categoría de derechos, como por ejemplo, en este caso, a los derechos laborales”. En particular la *Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* prescribe que los derechos laborales de los trabajadores migrantes, ya sean documentados o indocumentados, no pueden ser restringidos de ninguna otra manera.

Para efectos de este *amicus curiae* los derechos contemplados en los pactos internacionales comprenden: 1) derechos laborales en el marco del contrato de trabajo, 2) derechos sindicales y 3) derechos a la seguridad social.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio Ecuménico de Apoyo y Orientación a Inmigrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En sus intervenciones escritas y orales, manifestaron que:

Este *amici curiae* se limita a contestar las preguntas 2.1 y 3. La situación migratoria de las personas ha sido y continúa siendo un obstáculo para el acceso de todos los migrantes a sus derechos humanos fundamentales. Existe normativa legal e infralegal que se opone a lo dispuesto en la *Convención* y la *Declaración americana* y en otros instrumentos internacionales, privando a las personas de sus derechos humanos en razón de su situación migratoria.

En cuanto a la segunda pregunta (*supra* párrafo 4):

El preámbulo de la *Convención americana* reconoce la esencia natural y universal de los derechos humanos que tiene como fundamento los atributos de la persona humana y no su nacionalidad. De ello, se desprende que la protección a la persona humana alcanza a todas las personas, es decir, que tiene un carácter universal.

A través de la aprobación y ratificación de los tratados internacionales de derechos humanos, los Estados asumen una serie de obligaciones ineludibles hacia todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción. Estas obligaciones han sido ampliamente desarrolladas por los distintos órganos de control de dichos tratados, “sea en forma genérica, respecto de un determinado grupo social, o bien refiriéndose a cada derecho en particular”.

El Comité de Derechos Humanos, en su *Observación general 15*, al interpretar recientemente el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* ha destacado que “el disfrute de los derechos reconocidos por el *Pacto* no está limitado a los ciudadanos de los Estados parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado parte”.

Según surge de los instrumentos internacionales de derechos humanos, de la interpretación efectuada por los órganos de control y por la doctrina, todo ser humano que se encuentre en el territorio de un Estado puede exigirle a éste la protección de sus derechos. El principio de no discriminación es uno de los elementos esenciales del derecho internacional de los derechos humanos, y se encuentra consagrado en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los millones de personas migrantes en todo el mundo que no tienen una residencia regular en el país que habitan constituyen un grupo con una particular “condición social”. Debe tomarse en consideración que el principio de no discriminación se encuentra íntima e inseparablemente ligado al concepto de grupo en situación de alta vulnerabilidad, el cual requiere de protección especial. Por lo tanto, la situación de vulnerabilidad y la

“condición social” de los migrantes, en particular de los que se encuentran en situación irregular, podrían determinar la existencia de un motivo prohibido en virtud del principio de no discriminación.

Las Naciones Unidas han convocado a tres conferencias mundiales contra el racismo y la discriminación, y en todas se hizo amplia referencia a la discriminación a migrantes, con mención expresa a su condición de residencia. También debe mencionarse que se han creado relatorías especiales, en los niveles universal y regional, con el propósito de verificar la situación de los derechos humanos de las personas migrantes y la discriminación que sufren por su condición de extranjeros o por su condición de residencia. Asimismo, las legislaciones nacionales han incluido el concepto de “condición migratoria” como una condición social que se debe tomar en cuenta como motivo prohibido según el principio de no discriminación.

Las obligaciones de los Estados que emanan de instrumentos internacionales no pueden ser soslayadas por razones de nacionalidad, condición migratoria o por la situación de residencia de la persona. Sobre esta cuestión, los órganos creados en virtud de la *Carta de las Naciones Unidas* o de los tratados de derechos humanos han expresado de manera concluyente que las personas migrantes, independientemente de su condición migratoria, se encuentran protegidas por todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado en el cual se encuentren.

El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas ha afirmado que “todas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la *Declaración universal de los derechos humanos*. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica”. Asimismo, ha destacado que “un principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del ‘inmigrante en situación irregular’. Tampoco suprime la obligación de un Estado miembro de protegerlo”.

En conclusión, la respuesta a la pregunta 2.1 puede resumirse en que “las obligaciones y la responsabilidad de los Estados, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, no se desvirtúan –en forma alguna– según el tipo de residencia o estancia de cada persona en el Estado en el cual habite. Los derechos emanados del [derecho internacional de derechos humanos] (DIDH) son de todas las personas, por su sola condición de seres humanos, y se deben respetar, proteger y garantizar sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona). A su vez, [...] toda persona está sujeta a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio se encuentre, independientemente de su condición migratoria. Por tal razón, los órganos de control de los tratados de derechos humanos –así como los emanados de la *Carta de la ONU*– han destacado en repetidas ocasiones que los derechos humanos deben respetarse y garantizarse a todas las personas, independientemente de su situación migratoria”.

En cuanto a la tercera pregunta (*supra* párrafo 4):

Cada Estado tiene la facultad —en razón del principio de soberanía— de fijar su propia política migratoria y, en consecuencia, de establecer los criterios sobre la admisión y residencia de las personas migrantes. Sin embargo, ello no significa que dicha política se encuentre fuera de las obligaciones de cada Estado, según el derecho internacional de los derechos humanos.

La política y la normativa migratorias deben respetar todo lo estipulado en los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos en cada Estado. De conformidad con lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos y la interpretación realizada por los órganos competentes, la facultad soberana de fijar la política migratoria —así como otras políticas emanadas de la soberanía estatal— “no exime ni restringe en forma alguna las obligaciones de respeto, protección y garantía de todos los seres humanos sujetos a la jurisdicción de cada Estado”.

También en materia de legislación migratoria, como en cualquier otro ámbito de la política estatal, cada legislación o política definida por el Estado o la ausencia de ellas, podría configurar la violación de derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los cuales ese Estado sea parte. Con el fin de evitar tal situación existen una serie de principios [estándares], criterios y límites establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos que cada Estado debe respetar al establecer cualquier política, incluida la política y legislación migratorias.

En la Conferencia de Durbán los Estados se comprometieron a “revisar, cuando fuera necesario, sus leyes de inmigración, sus políticas y prácticas, de modo que estén libres de toda discriminación racial, y que sean compatibles con las obligaciones de los Estados de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos”. En igual sentido, en la Conferencia Regional de las Américas, los gobiernos se comprometieron a “revisar sus políticas y prácticas de inmigración a fin de eliminar aquellas que discriminan a los migrantes de una manera incoherente con las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Cada instrumento internacional de derechos humanos se ha ocupado de establecer de forma expresa los criterios y requisitos que cada Estado parte debe respetar al momento de regular, reglamentar y restringir los derechos reconocidos en tales instrumentos.

Las restricciones al ejercicio de los derechos humanos deben establecerse de conformidad con ciertos requisitos de forma y condiciones de fondo.

El artículo 30 de la *Convención americana* señala los requisitos formales que deben cumplir tales restricciones. La exigencia de una ley formal implica que los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurarse que toda la normativa que no emana de los “órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados” no establezca ninguna restricción, vulneración o afectación ilegítima a un derecho reconocido en la *Convención*.

Con el fin de cumplir con esa obligación con respecto a los derechos de los migrantes, los Estados deben evaluar prioritariamente las normas dictadas por los organismos especializados en cuestiones migratorias. Se deben examinar las diferentes decisiones (resoluciones, decretos, etc.) dictadas por todas las órbitas y políticas estatales, las cuales inciden o pueden incidir de forma grave e incuestionable en la violación de los derechos de los migrantes en razón de su situación migratoria.

El hecho de que la restricción deba estar prescrita por ley “supone una norma de aplicación general que debe compadecerse con el respeto al principio de igualdad, y no debe ser arbitraria, insensata ni discriminatoria”.

Además del cumplimiento del requisito formal, para que la restricción de un derecho humano sea legítima debe estar dirigida a la consecución de determinados fines u objetivos legítimos.

De conformidad con lo establecido en los instrumentos internacionales, los fines que justifican o legitiman una restricción de los derechos humanos, es decir, los requisitos de fondo, son conceptos tales como “necesidad democrática”, “orden público”, “seguridad nacional”, “bien común”, “salud pública” y “moral”. Seguidamente se procedió a analizar cada uno de estos conceptos.

Las preguntas efectuadas por México sólo pueden tener una respuesta: “el derecho internacional de los derechos humanos ha sido diseñado para la protección universal de todas las personas, sin discriminación alguna por los motivos prohibidos (entre ellos, la situación migratoria de la persona)”.

En conclusión, toda política o normativa migratoria debe estar de acuerdo con los estándares internacionales y regionales vigentes en materia de restricciones legítimas de derechos humanos. En primer lugar, sólo se pueden restringir derechos en la medida en que la restricción pretenda alcanzar fines legítimos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En segundo término, la restricción debe efectuarse mediante ley formal, la cual debe respetar el principio de igualdad, no ser arbitraria ni discriminatoria. En tercer lugar, no debe existir alternativa alguna que pueda ser menos restrictiva de los derechos en juego. Finalmente, en cada caso concreto, el Estado deberá fundamentar no sólo la razonabilidad de la medida, sino que tendrá que efectuar un estricto escrutinio que desvirtúe el principio de ilegitimidad que recae sobre toda medida que restrinja un derecho con base en un motivo prohibido por el principio de no discriminación:

Las personas que migran por causas ligadas a la pobreza, previo a ello han sido privadas de sus derechos (entre otros, al empleo, educación, vivienda, salud, etc.). Frente a esta desprotección por parte de su Estado (o mejor dicho de las violaciones de derechos humanos cometidas por el Estado), la persona decide emigrar a otro país, en el cual espera –esta vez– poder gozar de los derechos que los instrumentos internacionales le garantizan [...]. Frente a esta realidad, resulta aún más inadmisibles que millones de personas puedan ser excluidas del sistema internacional de protección de los derechos humanos, esta vez en razón de la condición migratoria que pueda tener en el país al cual ha migrado.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). En su intervención oral, el ACNUR manifestó que:

En la actualidad carece de sentido trazar una línea estricta entre el desplazamiento voluntario y el desplazamiento forzado de personas debido a que los motivos que provocan la migración son complejos e implican una mezcla de factores políticos, económicos y sociales. La naturaleza y complejidad de los desplazamientos actuales dificultan la determinación de una línea clara entre migrantes y refugiados. A partir de la década de 1990 el ACNUR ha estudiado el

nexo existente entre asilo y migración y particularmente la necesidad de proteger a los refugiados en las corrientes migratorias. Sin embargo, todavía no existe un mecanismo internacional que se ocupe estrictamente de la migración.

Si bien es cierto que las políticas migratorias se enmarcan en el ámbito de la soberanía de los Estados, la adopción y aplicación de tales políticas tienen límites establecidos por los instrumentos de derechos humanos. Dentro de esos límites se encuentra lo estipulado por la *Convención americana*, la *Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951* y su *Protocolo de 1966* y por la *Convención internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*. Tales instrumentos igualmente han de informar la decisión de la corte sobre esta solicitud de opinión consultiva, de conformidad con el artículo 29 de la *Convención americana* y el principio *pro homine*.

En relación con el nexo entre el asilo y la migración, cabe resaltar que en las circunstancias actuales los migrantes y otras personas que buscan protección, tales como los solicitantes de asilo y los refugiados, comparten los mismos movimientos y requieren protección. Aunque no todas esas personas califican como refugiados según los instrumentos internacionales, es necesario establecer las salvaguardas que permitan identificarlos y brindar protección a las distintas categorías migratorias. Ante la existencia de pocas opciones legales para efectos de ingresar y permanecer en determinados territorios, cada vez “es más frecuente el uso de los sistemas de asilo para efectos de que ciertas categorías migratorias puedan tener una oportunidad de permanecer en un país”.

En la actualidad no solamente se da por sentado que las personas extranjeras que ingresan a un territorio son migrantes, sino que además cuando se las cataloga como tales “lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos”. Asimismo, la carencia de opciones legales para migrar y las políticas restrictivas en materia de asilo y migración provocan que los refugiados y los migrantes “se enfrenten a condiciones subhumanas, con carácter legal precario y en muchos casos con derechos abiertamente limitados”, y que sean más vulnerables al problema de tráfico o trata de personas y objeto de mayor discriminación y xenofobia en la mayoría de los Estados receptores.

La condición irregular de un migrante no debe privarle del disfrute y el ejercicio de los derechos fundamentales establecidos en la *Convención americana* y en otros instrumentos de derechos humanos. El Estado debe proteger a todas las personas bajo su jurisdicción, sean o no nacionales.

Es necesario resaltar la vulnerabilidad de los migrantes, la cual se ve exacerbada no sólo por el número limitado de países que han ratificado los instrumentos internacionales para su protección, sino también por la carencia de una organización internacional que tenga el mandato específico de proteger los derechos fundamentales de tales personas. Con respecto a este último aspecto, es importante señalar que el *Estatuto de la Organización Internacional para las Migraciones* se refiere al manejo y la administración de la migración, que no necesariamente corresponde a la protección de los derechos fundamentales de los migrantes.

Es necesario resaltar que en un contexto en el cual la mayoría de los Estados de América son parte de los convenios internacionales en materia de refugiados, una inmensa mayoría no tiene instrumentos idóneos para identificar a aquellas personas que requieren protección. Esto no se refiere únicamente a solicitantes de asilo y refugiados, sino también a los migrantes

que tampoco cuentan con las salvaguardas necesarias para garantizar un respeto mínimo de sus derechos fundamentales consagrados en la *Convención americana*.

Igualmente, la aplicación de mayores controles migratorios y políticas de intercepción hace que se opte, en la mayoría de los casos, por el anonimato y la permanencia irregular y, así, a diferencia de lo que fue en el pasado, hoy se puede hablar de “refugiados *de facto*”, porque la mayoría o no quieren ser reconocidos por los Estados o son devueltos.

Por otra parte, si bien es cierto que en el caso de los refugiados el derecho al trabajo está consagrado en la *Convención sobre el estatuto de los refugiados* de 1951, ese instrumento internacional que establece los derechos mínimos para esta categoría migratoria lamentablemente no se refiere a los solicitantes de asilo. En ese sentido, una interpretación simplista podría llegar a decir que, en el caso de los solicitantes de asilo y de los migrantes no existen derechos laborales. Tal interpretación no solamente es contraria al espíritu de la letra de los instrumentos internacionales, sino que además equivale a un abierto retroceso con respecto al carácter progresivo de los derechos humanos.

En consecuencia, los parámetros de protección que se establezcan a través de esta solicitud de opinión consultiva pueden ser aplicables, por analogía, a la protección de los derechos laborales de los solicitantes de asilo.

La condición migratoria “constituye y debe constituir una causal prohibida para la discriminación en nuestro continente con base en la *Declaración americana*, así como en la *Convención americana sobre derechos humanos*”. El principio de no discriminación está consagrado en todos los instrumentos de derechos humanos.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha ampliado las causales de no discriminación sobre la base del artículo 2.1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Se ha establecido que cualquier diferenciación debe ser razonable, objetiva y dirigida a alcanzar un propósito legítimo. En el caso del *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha establecido la causal de discriminación por “otro estatus”, lo cual sería equivalente a “otra condición”, es decir, que se podría dar una discriminación por otras causales no enunciadas explícitamente en dicho pacto.

La anterior línea de interpretación resulta relevante para esta *Opinión consultiva* porque la *Declaración americana* establece que puede haber discriminación por “otra” distinción además de las de raza, sexo, idioma y credo. En el caso de la *Convención americana sobre derechos humanos* se prohíbe cualquier discriminación de derechos y libertades, estableciendo doce causales, entre las cuales se mencionan el origen nacional y “cualquier otra condición social”.

En razón de que el principio de no discriminación es una regla básica del derecho internacional de los derechos humanos y de conformidad con lo establecido por los órganos de supervisión de los tratados internacionales de las Naciones Unidas, se debe llegar a la conclusión de que “las causales de no discriminación contempladas en los instrumentos interamericanos son igualmente indicativas, enunciativas y nunca exhaustivas o taxativas, en tanto que desvirtuarían el objeto y el propósito de la *Convención americana sobre derechos humanos*, cual es el respeto de los derechos y libertades fundamentales en nuestro continente”.

En particular, sobre la base de la condición especial de vulnerabilidad de los solicitantes de asilo, de los refugiados y de los migrantes, puede válidamente deducirse que, de conformidad

con la *Declaración americana* y la *Convención americana*, cualquier otra condición social o “*any other factor*” sería motivo suficiente para señalar que existe una prohibición específica de no discriminación en nuestro continente.

Es necesario señalar que en el caso de América la referida vulnerabilidad de los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados ha sido explícitamente reconocida en la *Convención de Belém Do Pará para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer*, en la cual se establece que “para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados parte tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada”.

En razón de las anteriores consideraciones, se debe concluir que entre las discriminaciones prohibidas se encuentra “cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en cualquier causal como la nacionalidad” y que tenga como objeto anular el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales, en igualdad de condiciones.

Asimismo, las garantías legales judiciales contempladas en los artículos 8 y 25 de la *Convención americana* son igualmente aplicables cuando se decida una situación que afecte los derechos del solicitante de asilo y del refugiado, pero también son normas que deben orientar la protección de los migrantes en el continente.

Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos con el apoyo de su Secretaría Técnica (Instituto Interamericano de Derechos Humanos). En sus intervenciones escritas y orales indicó que:

En cuanto a la primera pregunta (*supra* párrafo 4):

Es necesario reconocer la distinción entre el derecho humano a no ser sometido a tratamientos discriminatorios (ni en la formulación de la ley ni en su aplicación) y la obligación de los Estados de no realizar discriminación alguna en relación con el goce y ejercicio de los derechos humanos respecto de las personas sometidas a su jurisdicción.

El principio de igualdad tiene una doble dimensión en el derecho internacional de los derechos humanos: a) la igualdad en el goce y ejercicio de los derechos humanos y b) el derecho de toda persona de ser tratada igual que las demás frente a la ley. La importancia de esta doble dimensión no es solamente su reconocimiento en un texto constitucional, sino también que el Estado realice todas las acciones pertinentes para lograr, en la práctica, que los obstáculos para la igualdad entre las personas sean eliminados según el artículo 1 de la *Convención americana* y el artículo 2.1 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. El Estado no sólo debe abstenerse de generar discriminaciones *de iure*, sino que también debe eliminar los factores que generan discriminaciones *de facto*, tanto con respecto a los derechos civiles y políticos como en relación con los derechos económicos, sociales y culturales.

La respuesta a la primera pregunta alude a los derechos humanos de contenido laboral, regulados en un amplio conjunto normativo en el sistema interamericano, el cual posee dos niveles de reconocimiento: 1) el aplicable a los Estados miembros de la OEA que no son parte en el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos*

económicos, sociales y culturales y 2) el aplicable a los Estados miembros de la OEA que también son parte en el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, “*Protocolo de San Salvador*”. Estos dos niveles permiten advertir dos situaciones jurídicas distintas en relación con la protección de los derechos laborales: los Estados que pertenecen al primer grupo están obligados por los artículos 30, 34 y 45 de la *Carta de la OEA* y los artículos XIV, XV y XVI de la *Declaración americana*; por su parte, los Estados parte en dicho *Protocolo*, además de estar obligados por las disposiciones anteriores, tienen obligaciones derivadas de los artículos 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 de aquél.

Para entender la expresión “legislación laboral” en la consulta de México debe señalarse que en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la OEA las obligaciones internacionales asumidas convencionalmente “pueden ser catalogadas como legislación, es decir, como parte integrante de su derecho interno”. Por ello, la expresión “legislación laboral” incluida en la primera pregunta del Estado solicitante se refiere al derecho doméstico de los Estados. Las normas de derecho internacional anteriormente indicadas no admiten una interpretación o aplicación restrictiva o discriminatoria, mucho menos que se encuentre basada en una condición migratoria específica. “La calidad regular o irregular, desde la perspectiva jurídica migratoria, no modula o afecta el alcance de la obligación de los Estados” de respeto y garantía de los derechos humanos. La legislación laboral doméstica incluye más derechos que los protegidos en las normas internacionales citadas. Los Estados tienen el derecho de ejercer un control sobre las consideraciones migratorias y adoptar medidas de protección de su seguridad nacional y orden público. Los Estados deben ejercer ese control con apego a los derechos humanos.

Una respuesta detallada a la primera pregunta de México requeriría un análisis particular y específico de cada Estado. Sin embargo, puede decirse que los derechos laborales, como derechos humanos, corresponden a todas las personas y son exigibles en el marco de las relaciones laborales. En consecuencia, la capacidad de desempeño de una actividad productiva depende exclusivamente de la capacidad y formación profesional, y en ningún caso se encuentra vinculada a la condición migratoria de las personas.

Las causas que originan la migración, particularmente la irregular, son diferentes de las circunstancias de persecución que originan la existencia de refugiados, quienes están protegidos por el derecho de los refugiados. La migración irregular está asociada a condiciones socioeconómicas de vida, a la búsqueda de mejores oportunidades y medios de subsistencia que los que tiene la persona en su Estado de origen. En la práctica, los elevados niveles de migrantes irregulares incrementan la oferta de trabajo y afectan la valoración de éste. En razón de que la persona migrante en situación irregular no desea ser descubierta por las autoridades estatales renuncia, de hecho, a acudir a los tribunales, lo que favorece que se cometan contra ella violaciones de derechos humanos en el ámbito laboral.

Una persona que ingresa a otro Estado y entabla relaciones laborales, independientemente de su situación migratoria, “activa sus derechos humanos” en ese contexto, así como también se “activan” las obligaciones del Estado receptor contenidas en la *Carta de la OEA*, en la *Declaración americana* (si se trata de un Estado miembro de la OEA) y en el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* (si el Estado es también parte en éste). Esa “activación” de derechos implica que una

medida del Estado orientada a generar una privación en el goce y ejercicio de los derechos humanos laborales con base en la calidad migratoria de la persona, “conduciría a un tratamiento diferenciado que generaría arbitrariedad, y consecuentemente una discriminación”.

En consecuencia, se considera que la respuesta a la primera pregunta de México es que: los Estados miembros de la OEA y los Estados parte en el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales* “se encuentran imposibilitados para realizar un trato perjudicial distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales”, entendiéndose por éstos tanto los contenidos en los artículos 30, 34.g y 45 de la *Carta de la OEA*; en los artículos XIV, XV y XVI de la *Declaración americana* y en los artículos 6, 7, 8 y 9 de dicho *Protocolo*, así como también los que adicionalmente reconozca la legislación doméstica de los Estados, tomando como base para tal trato distinto la condición migratoria de dichos trabajadores. Tales derechos humanos se gozan a partir del establecimiento de una relación laboral, la cual no depende de la condición migratoria.

En cuanto a la segunda pregunta (*supra* párrafo 4): -

Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos no se originan en el artículo 1.1 de la *Convención americana* o en el artículo 2 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, sino en la naturaleza de los derechos humanos y la dignidad humana, la cual no depende de ninguna calificación sustentada en algún acto positivo del Estado. Por ello, la exigibilidad de estas obligaciones no depende de la adhesión o ratificación que un Estado haga a la *Convención americana*; de ello depende únicamente su justiciabilidad ante los órganos del sistema interamericano. En tal sentido, las obligaciones de respeto y garantía no son obligaciones condicionales, pues se derivan de la dignidad humana.

En consecuencia, se considera que la respuesta a la primera parte de la segunda pregunta es que las obligaciones estatales de respetar y garantizar los derechos humanos en general, y en especial el derecho humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, no pueden ser interpretadas en el sentido de condicionar el contenido de tales obligaciones a la situación migratoria regular de una persona en el territorio de un Estado. La condición migratoria no es condición necesaria para que un Estado respete y garantice los derechos humanos contenidos en los artículos 2.1 de la *Declaración universal*, II de la *Declaración americana*, 2 y 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, así como 1 y 24 de la *Convención americana*.

La segunda parte de la segunda pregunta se debe responder tomando en consideración el derecho humano a no ser sometido a tratamiento discriminatorio ni a trato desigual ante la ley, respecto del cual existe una obligación de los Estados de respeto y garantía. De esta forma, un Estado no puede privar a un trabajador de uno o más de sus derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición migratoria irregular, pues de hacerlo tal Estado estaría incumpliendo su obligación de garantizar tales derechos, toda vez que el acto de privación le pueda ser atribuido conforme al derecho internacional.

En cuanto a la tercera pregunta (*supra* párrafo 4):

El deber de respeto y garantía de los derechos humanos es una obligación cuya fuente es el derecho internacional, por lo que ninguna normativa interna puede ser opuesta para pretender justificar el incumplimiento de dicha obligación de conformidad con la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*. Esta obligación genérica es exigible respecto de todos los derechos humanos.

A pesar de la práctica generalizada de la mayoría de los Estados, la jerarquía del derecho internacional frente al derecho interno no la determina este último. El derecho internacional de los derechos humanos, en aplicación del principio *pro homine*, otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen de la obligación de que se trate. Por ello, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene validez en cuanto sea congruente con los derechos humanos de las personas.

La respuesta a la tercera pregunta es que ningún Estado se encuentra autorizado para realizar una interpretación de los derechos humanos originados en una fuente del derecho internacional utilizando para ello su derecho interno si el resultado que producirá será la reducción del estándar de reconocimiento de tales derechos. Una interpretación de esa índole carece de validez y no puede producir efectos jurídicos. Sin embargo, un Estado puede desarrollar una interpretación de los derechos humanos originados en una fuente del derecho internacional utilizando para ello su derecho interno si el resultado de tal interpretación conducirá a preferir la opción que presente el nivel de reconocimiento más amplio.

En cuanto a la cuarta pregunta (*supra* párrafo 4):

No existe un catálogo cerrado que indique cuáles son las normas de *ius cogens*, pues no hay aparentemente criterios que permitan identificarlas. Son los tribunales los que determinarán si una norma puede ser considerada *ius cogens* “para efectos de invalidar un tratado”. Estas normas son límites a la voluntad de los Estados, por lo que forman un orden público internacional, con lo que se convierten en normas de exigibilidad *erga omnes*. Las normas de derechos humanos son, por su trascendencia, normas de *ius cogens* y, en consecuencia, fuente de validez del ordenamiento jurídico internacional. Los derechos humanos deben ser respetados de forma igualitaria, puesto que se derivan de la dignidad humana y, por lo tanto, conllevan la necesidad de que el reconocimiento y protección de los mismos se realice sobre la base de la prohibición de la discriminación y la exigencia de igualdad ante la ley.

La respuesta a la primera parte de la cuarta pregunta es que, habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser considerados normas de *ius cogens*. Se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional, al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados. Las normas de *ius cogens* se encuentran en una posición jerárquica superior a la del resto de las normas jurídicas, de manera que la validez de estas últimas depende de su conformidad con aquéllas.

Un Estado miembro de la OEA que sea parte en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el mismo, así como en la *Declaración americana*, puesto que “los derechos humanos forman un *corpus iuris* unitario, inescindible, interrelacionado e interdependiente”.

La respuesta a la segunda parte de la cuarta pregunta es que el efecto jurídico que produce el reconocimiento del principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, como normas de *ius cogens*, respecto de los Estados americanos, es la pérdida de validez y eficacia jurídica de los actos del Estado que contradigan tales principio y derecho.

Jorge A. Bustamante, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). En sus intervenciones escritas y orales, indicó que:

El marco jurídico para evaluar las condiciones en las que se encuentran actualmente los migrantes mexicanos, tanto en su propio país como en los Estados Unidos de América como Estado receptor de casi la totalidad de los migrantes internacionales mexicanos, se debe considerar en dos contextos analíticos diferentes: el contexto internacional, derivado de la naturaleza internacional de la migración (análisis del Estado receptor de la inmigración y de la relación de los migrantes con el Estado y con la sociedad de acogida); y el contexto nacional (análisis de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su Estado de origen).

La condición de vulnerabilidad que incide sobre los derechos humanos de los migrantes internacionales tiene un carácter estructural derivado de la definición que hacen la mayoría de los Estados nacionales en sus constituciones de quiénes son nacionales y quiénes son extranjeros. La mayor parte de los Estados estatuyen cierta supremacía a los nacionales *vis à vis* los extranjeros, por lo que la condición estructural de vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos es igual a la desigualdad social entre éstos y los nacionales del Estado receptor.

La vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos en su contexto nacional se deriva de la asociación de naturaleza ideológica que hacen los individuos de la sociedad civil de su Estado de origen entre la definición social de migrante y otra condición socialmente subvaluada (mujer, niño/niña, indígena, minusválido, membresía religiosa, etc.), u otra condición a la que la sociedad del Estado de origen le asigna una condición de inferioridad frente al resto de los no-migrantes de esa sociedad. Tal asociación tiene una dimensión ideológica y un contexto histórico que es distinto para cada Estado, así como es distinto el grado en que se les asigna a los migrantes tal condición de inferioridad.

Hay una dimensión objetiva de la vulnerabilidad según la cual a mayor distancia del migrante respecto de su hogar mayor será su vulnerabilidad como sujeto de derechos humanos. Si bien este enunciado puede ser válido para todos los migrantes, lo es en mayor medida para el contexto nacional de los migrantes internos que para el contexto internacional de la migración.

Hay una asimetría de poder que se transforma en un contexto de relaciones sociales entre nacionales y extranjeros/migrantes que es sancionada por el Estado mediante el establecimiento de accesos diferenciales para unos y otros a los recursos públicos; de ahí surge un

marco jurídico de relaciones sociales que entra en contradicción con la noción más amplia de derechos humanos. En esa asimetría de poder es más probable que el extranjero acabe en una posición de subordinación frente al nacional. De ahí surge una condición de vulnerabilidad estructural de los extranjeros.

La posición de subordinación impuesta sobre los extranjeros/migrantes es algo que el Estado receptor “confirma”. Aquí, la vulnerabilidad se ve virtualmente completada por el papel del Estado, ya sea por acción o por omisión, pero siempre en el contexto de ese tratamiento diferencial que el Estado receptor otorga a los nacionales frente a los extranjeros.

Las asimetrías de poder entre los Estados de origen y los Estados receptores de las migraciones internacionales, están claramente reflejadas en la pequeña lista de Estados receptores que han ratificado la *Convención internacional sobre los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares*.

“La integración de los migrantes/extranjeros como iguales a los nacionales ante la ley y el Estado significa un empoderamiento o habilitación jurídica de los extranjeros/migrantes, cuya consecuencia sería la desaparición de la vulnerabilidad de los migrantes como sujetos de derechos humanos”. Ese “empoderamiento” es concomitante con la preeminencia de los derechos humanos como ley interna en el Estado receptor a partir de la cual los extranjeros/migrantes pueden defenderse por sí mismos de la discriminación y del abuso de sus derechos humanos al adquirir condiciones de igualdad con los nacionales ante la ley y el Estado.

La muerte de cerca de 2000 migrantes mexicanos y de algunos centroamericanos es la evidencia más contundente de que los Estados Unidos de América han violado y siguen violando los derechos humanos con el mantenimiento de la llamada “Operación Guardián”. Esta tesis se refuerza con el hecho de que, en un reporte de la Oficina de la Contraloría del Congreso de los Estados Unidos de América se reconoce expresamente la asociación que existe entre la Operación Guardián y las muertes de los migrantes. El Estado tiene la responsabilidad de reparar el daño causado por aquellas acciones de las cuales es responsable por su diseño, mantenimiento y continuidad, mediante el pago correspondiente a los deudos por la pérdida de la vida de un miembro productivo de su familia. “Es muy extraño que el gobierno de México no haya presentado reclamación alguna” en la que se establezca la relación entre el diseño, el mantenimiento de la puesta en práctica y la continuidad de la Operación Guardián, y la responsabilidad del Estado que se deriva de dichos actos de gobierno.

Un obstáculo para que México pudiera formular la referida reclamación a los Estados Unidos de América por la responsabilidad de las muertes de mexicanos migrantes en la frontera de este último es la ausencia de un reconocimiento expreso de parte de México de su corresponsabilidad en esas muertes, derivada del hecho de que ha habido una política económica que ha contribuido de manera causal a la migración de mexicanos en busca de empleo en los Estados Unidos de América. Este fenómeno migratorio es el resultado de una interacción de factores ubicados en ambos lados de la frontera, es decir, entre una demanda de la fuerza laboral de los migrantes que se origina en los Estados Unidos de América y una oferta de fuerza laboral que se origina en México. La relación causal entre la política económica de México y la generación de los factores que producen esa oferta laboral genera la “responsabilidad de Estado” respecto de la migración y, por ende, una corresponsabilidad de México en las muertes de migrantes en la frontera de los Estados Unidos de América.

Este reconocimiento de responsabilidad por México debería concebirse como uno de los elementos de la negociación bilateral para un acuerdo sobre trabajadores migrantes entre ambos gobiernos. En ese contexto podría negociarse un reconocimiento expreso de México de la corresponsabilidad por las muertes de los migrantes, así como la coparticipación en el pago de las indemnizaciones por la reparación del daño derivado de esas muertes, al mismo tiempo que los Estados Unidos de América aceptara la suspensión de la Operación Guardián.

III. Competencia

48. Esta solicitud de opinión consultiva fue sometida a la corte por México en el ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 64.1 de la *Convención*, el cual establece que:

Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la corte acerca de la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo x de la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, reformada por el *Protocolo de Buenos Aires*.

49. La facultad antes mencionada se ha ejercido en cumplimiento de los siguientes requisitos establecidos en el *Reglamento de la corte*: formulación precisa de las preguntas sobre las cuales se pretende obtener la opinión de la corte; indicación de las disposiciones cuya interpretación se solicita; presentación de las consideraciones que originan la consulta; señalamiento del nombre y dirección del agente (artículo 59 del *Reglamento*) y la indicación de las normas internacionales diferentes a las de la *Convención americana* que también se solicita interpretar (artículo 60.1 del *Reglamento*).

50. El cumplimiento de los requisitos reglamentarios para la formulación de una consulta no implica que el tribunal esté obligado a responderla. En este orden de ideas, la corte debe tener presente consideraciones que trascienden los aspectos meramente formales y que se relacionan con los límites genéricos que el tribunal ha reconocido al ejercicio de su función consultiva.¹ Dichas consideraciones serán tratadas en los siguientes párrafos.

51. La consulta somete a la consideración de la corte cuatro preguntas que hacen referencia a la “privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales [a los trabajadores migrantes] y su compatibilidad con la obligación de los Estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la

¹ Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión consultiva* oc-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, número 17, párrafo 19; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión consultiva* oc-16/99 del 1 de octubre de 1999, serie A, número 16, párrafo 31; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículo 51 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* oc-15/97 del 14 de noviembre de 1997, serie A, número 15, párrafo 31 y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la corte (artículo 64 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). *Opinión consultiva* oc-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, número 1, párrafo 13.

ley consagrados en instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. Además, la consulta trata sobre “el carácter que los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley han alcanzado en el contexto del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación”.

52. Específicamente, las preguntas formuladas por México son las siguientes:

En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la *Declaración americana*, en el artículo 24 de la *Convención americana*, en el artículo 7 de la *Declaración universal* y en el artículo 26 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*,

- 1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide *per se* el goce de tales derechos?
- 2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la *Declaración universal* y II de la *Declaración americana* y los artículos 2 y 26 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*, así como 1 y 24 de la *Convención americana*, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?
- 2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior [...], ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, [ambos] del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*:

- 3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía

que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles *erga omnes*?

Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud:

4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general y, en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2, párrafo 1 del *Pacto [internacional de derechos civiles y políticos]*, el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la *Carta de la OEA*?

53. De la lectura de estas preguntas se desprende que el Estado solicitante requiere una interpretación de la *Convención americana*, así como de otros tratados y declaraciones internacionales. La corte ha fijado algunos lineamientos sobre la interpretación de normas internacionales distintas a la *Convención americana*. Principalmente, ha considerado que el artículo 64.1 de la *Convención*, al referirse a la facultad de la corte de emitir una opinión sobre “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”, es amplio y no restrictivo. Es decir:

La competencia consultiva de la corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes del mismo Estados ajenos al sistema interamericano.²

54. En este sentido, el tribunal estableció que puede “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano”,³ aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección,⁴ y que:

² “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte, *supra* nota 1, punto decisivo primero.

³ Condición jurídica y derechos humanos del niño, *supra* nota 1, párrafo 22; véase además *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 36; *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la *Convención americana sobre derechos humanos*). Opinión consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, serie A, número 14, párrafo 21, y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte, *supra* nota 1, párrafo 21.

⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafos 71 y 109, y “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte, *supra* nota 1, párrafo 38.

No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos por el solo hecho de que sean también parte de dicho tratado Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado en el marco o bajo los auspicios de éste.⁵

55. Por lo tanto, la corte considera que tiene competencia para pronunciarse sobre las preguntas planteadas por México y que solicitan la interpretación de la *Declaración americana*, de la *Convención americana*, de la *Declaración universal* y del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, instrumentos todos que protegen derechos humanos y que son aplicables a los Estados americanos.

56. En lo que respecta a la *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, el tribunal en otra opinión señaló, al referirse a la *Declaración americana*, que:

El artículo 64.1 de la *Convención americana* [la] autoriza [...] para, a solicitud de un Estado miembro de la OEA o, en lo que les compete, de uno de los órganos de la misma, rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la *Carta* y la *Convención* u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.⁶

Además, en esa misma oportunidad, el tribunal indicó que “no se puede interpretar y aplicar la *Carta de la [OEA]* en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la *Declaración [americana]*”.⁷

57. Lo anterior significa que la corte tiene competencia para rendir opiniones consultivas sobre la interpretación de la *Carta de la OEA*, teniendo en cuenta la relación de dicha *Carta* con el sistema interamericano de protección de derechos humanos, concretamente en el marco de la *Declaración americana*, la *Convención americana*, u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

58. Ahora, si la corte circunscribiera su pronunciamiento a los Estados que han ratificado la *Convención americana* sería difícil desvincular la presente *Opinión consultiva* de un pronunciamiento específico sobre la legislación y prácticas de los Estados que no han ratificado la *Convención* en relación con las preguntas planteadas. Esta circunstancia, a juicio de la corte, limitaría el objeto del procedimiento consultivo, el cual, como

⁵ “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la corte, *supra* nota 1, párrafo 48. Además, véanse los párrafos 14, 31, 37, 40 y 41.

⁶ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 36 e *Interpretación de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos*. *Opinión consultiva* oc-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, número 10; punto decisivo único; véase también párrafo 44.

⁷ *Interpretación de la Declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la Convención americana sobre derechos humanos*, *supra* nota 6, párrafo 43.

ya se dijo, “está destinado [...] a facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”.⁸

59. Además, si la opinión alcanzara sólo a Estados miembros de la OEA que son parte de la *Convención americana*, el tribunal prestaría sus servicios consultivos a un número reducido de Estados americanos, lo cual no estaría conforme al interés general que reviste la consulta.
60. Por estas razones, la corte determina que todo lo que se señala en la presente *Opinión consultiva* se aplica a los Estados miembros de la OEA que han firmado indistintamente la *Carta de la OEA*, suscrito la *Declaración americana*, la *Declaración universal*, o han ratificado el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, independientemente de que hayan o no ratificado la *Convención americana* o alguno de sus protocolos facultativos.
61. Siguiendo su práctica en materia consultiva, la corte debe determinar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o a debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la *Convención*”.⁹
62. Varios son los parámetros que pueden ser utilizados por el tribunal al hacer este examen. Uno de ellos, coincidente con gran parte de la jurisprudencia internacional en esta materia,¹⁰ se refiere a la inconveniencia de que, por vía de una solicitud consultiva, se obtenga prematuramente un pronunciamiento sobre un tema o asunto que podría eventualmente ser sometido a la corte en el marco de un caso contencioso.¹¹ Sin embargo, posteriormente esta corte ha advertido que la existencia de una controversia sobre la in-

⁸ - *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 36, párrafo 40; *Restricciones a la pena de muerte* (artículos 4.2 y 4.4 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva* OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983, serie A, número 3, párrafo 22.

⁹ - *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 31; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 43; *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párrafo 31, y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la corte, supra nota 1, punto decisivo segundo.

¹⁰ Véase *Applicability of Article IV, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1989, p. 177, párrafos 29–36; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, ICJ Reports 1971, p. 16, para. 27–41; *Western Sahara, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1975, p. 12; *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, p. 15 (19, 20) e ICJ: *Interpretation of Peace Treaties, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1950, p. 65 (71, 72).

¹¹ Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 45 e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párrafos 37 y 40.

terpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva.¹²

63. En el ejercicio de su función consultiva, la corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el tribunal cumple con su función consultiva.¹³ La corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa. En la *Opinión consultiva OC-15/97 sobre informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* se señaló que:

La competencia consultiva de la corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio por resolver. El único propósito de la función consultiva es “la interpretación de esta *Convención* o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”. El hecho de que la competencia consultiva de la corte pueda ser promovida por todos los Estados miembros de la OEA y los órganos principales de ésta establece otra distinción entre las competencias consultiva y contenciosa de la corte.

[...] Consecuentemente, la corte advierte que el ejercicio de la función consultiva que le confiere la *Convención americana* es de carácter multilateral y no litigioso, lo cual está fielmente reflejado en el *Reglamento* de la corte, cuyo artículo 62.1 establece que una solicitud de opinión consultiva será notificada a todos los “Estados miembros”, los cuales pueden presentar sus observaciones sobre la solicitud y participar en las audiencias públicas respecto de la misma. Además, aun cuando la opinión consultiva de la corte no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, [sí] tiene, en cambio, efectos jurídicos innegables. De esta manera, es evidente que el Estado u órgano que solicita a la corte una opinión consultiva no es el único titular de un interés legítimo en el resultado del procedimiento.¹⁴

64. Al afirmar su competencia sobre este asunto, el tribunal recuerda el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, la cual constituye “un servicio que la corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales” referentes a derechos humanos¹⁵ y de “ayudar a los Estados y órganos a

¹² Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párrafo 32; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 45; y *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención americana sobre derechos humanos. Opinión consultiva OC-12/91* del 6 de diciembre de 1991, serie A, número 12, párrafo 28.

¹³ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párrafo 33; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 47 y véase también *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención*, *supra* nota 3, párrafo 23.

¹⁴ *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, *supra* nota 1, párrafos 25 y 26.

¹⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párrafo 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 64; y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la corte, *supra* nota 1, párrafos 37 y 39.

cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso”.¹⁶

65. La corte considera que la exposición de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular y mostrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la opinión consultiva de que se trate, sin que por esto se implique que el tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos.¹⁷ Además, estos últimos permiten a esta corte mostrar que su opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal.¹⁸ La corte, al abordar el respectivo tema, actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella.
66. Como consecuencia de lo expuesto, la corte estima que debe examinar los asuntos planteados en la solicitud que ahora se analiza y emitir la correspondiente opinión.

IV. Estructura de la opinión

67. Es inherente a las facultades de esta corte estructurar sus pronunciamientos en la forma que estime más adecuada a los intereses de la justicia y a los efectos de una opinión consultiva. Para ello, el tribunal toma en cuenta las cuestiones básicas que subyacen a las interrogantes planteadas en la solicitud de opinión y las analiza para llegar a conclusiones generales que puedan proyectarse, a su vez, sobre los puntos específicos mencionados en la propia solicitud y sobre otros temas conexos con aquéllos.¹⁹ En la especie, la corte ha resuelto establecer, en primer término, un glosario con el fin de delimitar el alcance conceptual de los términos por utilizar en la presente opinión. Una vez establecido este marco conceptual, el tribunal procederá al análisis de los asuntos específicos sometidos a su consideración, para lo cual responderá a las preguntas que le han sido formuladas en el

¹⁶ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 34; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 64 y véase también *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención americana sobre derechos humanos*, supra nota 12, párrafo 20.

¹⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 49 y véase también *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la *Convención americana sobre derechos humanos*), *Opinión consultiva* OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, número 9, párrafo 16.

¹⁸ Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 35; *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, supra nota 1, párrafo 49; e *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, supra nota 1, párrafo 32.

¹⁹ Véase *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 37.

orden que estime más adecuado, en atención a la coherencia que debe guardar la opinión. De conformidad con la facultad, inherente a todo tribunal, de dar a sus pronunciamientos la estructura lógica que estime más adecuada a los intereses de la justicia,²⁰ la corte considerará las interrogantes planteadas de la siguiente manera: a). Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación (preguntas 2.1 y 4), b). Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes (pregunta 2.1), c). Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados (preguntas 2.2 y 1) y d). Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos (pregunta 3).

68. La corte pasa a considerar, en la secuencia ya señalada, cada uno de los puntos mencionados.

V. Glosario

69. Para efectos de la presente *Opinión consultiva*, la corte utilizará los siguientes términos con el significado señalado:

- a) *emigrar o migrar*: Dejar un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
- b) *emigrante*: Persona que deja un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él.
- c) *inmigrar*: Llegar a otro Estado con el propósito de residir en él.
- d) *inmigrante*: Persona que llega a otro Estado con el propósito de residir en él.
- e) *migrante*: Término genérico que abarca tanto al emigrante como al inmigrante.
- f) *condición migratoria*: Situación jurídica en la que se encuentra un migrante de conformidad con la normativa interna del Estado de empleo.
- g) *trabajador*: Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada.
- h) *trabajador migrante*: Persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional.²¹
- i) *trabajador migrante documentado o en situación regular*: Persona que se encuentra autorizada a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales de que ese Estado sea parte.²²

²⁰ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 66.

²¹ Véase Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Convenio número 97 sobre los trabajadores migrantes* (revisado) de 1949 y *Convenio número 143 sobre los trabajadores migrantes* (disposiciones complementarias) de 1975, el cual define en su artículo 11 al trabajador migrante como “toda persona que emigra o ha emigrado de un país a otro para ocupar un empleo que no sea por cuenta propia; e incluye también a toda persona admitida regularmente como trabajador migrante.”

²² Véase ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* del 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que los trabajadores migratorios y sus familiares

- j) *trabajador migrante indocumentado o en situación irregular*: Persona que no se encuentra autorizada a ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte y que, sin embargo, realiza dicha actividad.²³
- k) *Estado de origen*: Estado del cual es nacional el trabajador migrante.²⁴
- l) *Estado de empleo o Estado receptor*: Estado en el cual el trabajador migrante vaya a realizar, realiza o haya realizado una actividad remunerada.²⁵

VI. Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

70. En relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, las siguientes normas son invocadas en la *Consulta*:

a) Artículo 1 de la *Convención americana*, el cual señala que:

1. Los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta *Convención*, persona es todo ser humano.

b) Artículo 2 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que estipula que:

1. Cada uno de los Estados parte en el presente *Pacto* se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en el presente *Pacto*, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.

²³ Véase ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* del 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 5 señala que “serán considerados no documentados o en situación irregular si no cumplen las condiciones establecidas en el inciso a) de este artículo”.

²⁴ Véase ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* de 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.a señala que “por ‘Estado de origen’ se entenderá el Estado del que sea nacional la persona de que se trate”.

²⁵ Véase ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* del 18 de diciembre de 1990, cuyo artículo 6.b señala que “por ‘Estado de empleo’ se entenderá el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, según el caso”.

2. Cada Estado parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente *Pacto*, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente *Pacto* y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.
3. Cada uno de los Estados parte en el presente *Pacto* se compromete a garantizar que:
 - a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente *Pacto* hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
 - b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
 - c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

71. En lo que respecta al principio de igualdad y no discriminación, las normas mencionadas en la *Consulta* son:

- a) Artículos 3.1 y 17 de la *Carta de la OEA*, los cuales señalan que:

Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo.

Cada Estado tiene el derecho de desenvolver libre y espontáneamente su vida cultural, política y económica. En este libre desenvolvimiento el Estado respetará los derechos de la persona humana y los principios de la moral universal.

- b) Artículo 24 de la *Convención americana*, que determina que:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

- c) Artículo II de la *Declaración americana*, el cual manifiesta que:

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.

- d) Artículo 26 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, que estipula que:

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

e) Artículo 2.1 de la *Declaración universal*, el cual señala que:

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

Obligación de respetar y garantizar los derechos humanos

72. A continuación la corte considera pertinente hacer referencia a la obligación estatal general de respetar y garantizar los derechos humanos, lo que es de suma importancia, para luego proceder a analizar el principio de igualdad y no discriminación.

73. Los derechos humanos deben ser respetados y garantizados por todos los Estados. Es incuestionable el hecho de que toda persona tiene atributos inherentes a su dignidad humana [que son] inviolables, que la hacen titular de derechos fundamentales que no se le pueden desconocer y que, en consecuencia, son superiores al poder del Estado, sea cual sea su organización política.

74. La obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos se encuentra plasmada en varios instrumentos internacionales.²⁶

75. En lo que atañe a la *Convención americana* y al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, normativa indicada por México en las preguntas de la solicitud de opinión consultiva que se analizan en este acápite, los órganos de supervisión de dichos instrumentos se han pronunciado sobre la mencionada obligación.

76. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado que:

El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la *Convención* puede ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados parte los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la *Convención* que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma *Convención*.

²⁶ Algunos de estos instrumentos internacionales son: *Convención americana sobre derechos humanos* (artículos 1 y 2), *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"* (artículo 1), *Carta de las Naciones Unidas* (artículo 55.c), *Declaración universal de los derechos humanos* (Preámbulo), *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (artículos 2.1 y 2.2), *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (artículo 2.2), *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículo 7), *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (Preámbulo), *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (artículo 1), *Carta social europea* (Preámbulo), *Carta africana de derechos humanos y de los pueblos "Carta de Banjul"* (artículo 1), y *Carta árabe sobre derechos humanos* (artículo 2).

Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la *Convención*. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo.

Esa conclusión es independiente de que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia, puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos, aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno.²⁷

77. Asimismo, la Corte Interamericana ha manifestado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada con respaldo jurisprudencial. La *Convención americana* establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha *Convención* para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la *Convención* sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la *Convención*. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la *Convención*.²⁸

78. En el mismo sentido, el tribunal ha señalado que:

El deber general del artículo 2 de la *Convención americana* implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la *Convención*. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁹

79. Por su parte, en relación con lo establecido en el artículo 2 del *Pacto de derechos civiles y políticos*, el Comité de Derechos Humanos ha observado que:

En general y en el marco que en él se fija, el artículo 2 del *Pacto* deja al arbitrio de los Estados parte interesados la elección del método de aplicación del propio *Pacto* en sus territorios. En particular, reconoce que esa aplicación no depende exclusivamente de la promulgación de disposiciones constitucionales o legislativas, que suelen ser de por sí insuficientes. El comité considera necesario

²⁷ Caso “Cinco pensionistas”. Sentencia del 28 de febrero de 2003, serie C, número 98, párrafo 163; véanse también *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awás Tingni*. Sentencia del 31 de agosto de 2001, serie C, número 79, párrafo 154 y *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia del 2 de febrero de 2001, serie C, número 72, párrafo 178.

²⁸ Caso “Cinco pensionistas”, *supra* nota 27, párrafo 164; véanse también *Caso Cantos*. Sentencia del 28 de noviembre de 2002, serie C, número 97, párrafo 59 y *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, número 94, párrafo 213; asimismo, “*Principe allant de soi*”; *Échange des populations grecques et turques, Avis Consultatif*, 1925, CVJI, *Recueil des Avis Consultatifs*, serie B, número 10, p. 20.

²⁹ Véanse *Caso “Cinco pensionistas”*, *supra* nota 27, párrafo 165; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 180 y *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, número 69, párrafo 178.

señalar a la atención de los Estados parte el hecho de que la obligación prevista en el *Pacto* no se limita al respeto de los derechos humanos, sino que los Estados parte se han comprometido también a garantizar el goce de esos derechos por todas las personas sometidas a su jurisdicción. Este aspecto exige que los Estados parte realicen actividades concretas para que las personas puedan disfrutar de sus derechos.

A este respecto, es muy importante que los individuos sepan cuáles son sus derechos en virtud del *Pacto* (y del *Protocolo facultativo*, en su caso) y que todas las autoridades administrativas y judiciales conozcan las obligaciones que ha asumido el Estado parte en virtud del *Pacto*.³⁰

80. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos ha indicado que:

La *Convención* no solamente obliga a las altas autoridades de los Estados parte a respetar los derechos y libertades que contiene, tal y como establece el artículo 14 y el texto en inglés del artículo 1 (“debe asegurar”, “shall secure”), [sino que] la *Convención* además tiene como efecto que, con el fin de garantizar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o reparar cualquier violación en niveles subordinados.³¹

81. Como se desprende de lo anteriormente expuesto, tanto los instrumentos internacionales como la jurisprudencia internacional respectiva establecen claramente que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.

Principio de igualdad y no discriminación

82. Una vez establecida la obligación estatal de respetar y garantizar los derechos humanos, este tribunal procederá a referirse a los elementos constitutivos del principio de la igualdad y la no discriminación.

83. La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso los instrumentos ya citados (*supra* párrafo 71), al hablar de igualdad ante la ley señalan que este principio debe garantizarse

³⁰ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general número 3. Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos a nivel nacional* (artículo 2), 29 de julio de 1981, CCPR/C/13, párrafos 1 y 2.

³¹ Eur. Court H.R., *Case of Ireland vs. the United Kingdom*, Judgment of 18 January 1978, serie A, número 25, párrafo 239.

sin discriminación alguna. Este tribunal ha indicado que “en función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio”.³²

84. En la presente *Opinión consultiva* se hará una diferenciación al utilizar los términos “distinción” y “discriminación”. El término “distinción” se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. “Discriminación” se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término “discriminación” para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos.
85. Existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación. Los Estados están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna. El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
86. El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación está consagrado en muchos instrumentos internacionales.³³ El hecho de que el principio de

³²- *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 54.*

³³- Algunos de estos instrumentos internacionales son: *Carta de la OEA* (artículo 3.1); *Convención americana sobre derechos humanos* (artículos 1 y 24); *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre* (artículo 2); *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”* (artículo 3); *Carta de las Naciones Unidas* (artículo 1.3); *Declaración universal de los derechos humanos* (artículos 2 y 7); *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* (artículos 2.2 y 3); *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* (artículos 2 y 26); *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* (artículo 2); *Convención sobre los derechos del niño* (artículo 2); *Declaración de los derechos del niño* (principio 1); *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (artículos 2, 3, 5 a 16); *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones* (artículos 2 y 4); *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento* (2.d); *Convenio número 97 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores migrantes (revisado)* (artículo 6); *Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación* (artículos 1 a 3); *Convenio número 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)* (artículos 8 y 10); *Convenio número 168 de la Organización Internacional del Trabajo sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo* (artículo 6); *Proclamación de Teherán*, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrafos 1, 2, 5, 8 y 11); *Declaración y programa de acción de Viena*, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (i.15; i.19; i.27; i.30; ii.B.1, artículos 19 a 24; ii.B.2, artículos 25 a 27); *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* (artículos 2, 3, 4.1 y 5); *Declaración de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de acción* (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza* (artículo 3); *Declaración sobre la raza y*

igualdad y no discriminación esté regulado en tantos instrumentos internacionales es un reflejo de que existe un deber universal de respetar y garantizar los derechos humanos, emanado de aquel principio general y básico.

87. El principio de igualdad ante la ley y la no discriminación ha sido desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. La Corte Interamericana ha entendido que:

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incluidos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.³⁴

88. El principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguarda de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar de dicho ordenamiento las regulaciones de carácter discriminatorio y combatir las prácticas discriminatorias.

89. Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios es importante hacer referencia a lo señalado por este tribunal en el sentido de que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”.³⁵ En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en “los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos”, advirtió que sólo es discriminatoria una distinción cuando “carece de justificación objetiva y razonable”.³⁶ Pueden estable-

los prejuicios raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); *Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven* (artículo 5.1.b y 5.1.c); *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* (artículos 20 y 21); *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (artículos 1 y 14); *Carta social europea* (artículos 19.4, 19.5 y 19.7); *Protocolo número 12 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* (artículo 1); *Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos “Carta de Banjul”* (artículos 2 y 3); *Carta árabe sobre derechos humanos* (artículo 2) y *Declaración de El Cairo sobre derechos humanos en el Islam* (artículo 1).

³⁴ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 45 y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párrafo 55.

³⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 46 y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párrafo 56.

³⁶ Véanse Eur. Court H. R., *Case of Willis vs. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, párrafo 39; Eur. Court H. R., *Case of Wessels-Bergervoet vs. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, párrafo 46; Eur. Court H. R., *Case of Petrovic vs. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, párrafo 30; Eur. Court H. R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” vs. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, serie A, 1968, párrafo 10.

cerse distinciones, basadas en desigualdades de hecho, que constituyen un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.³⁷ Por ejemplo, una desigualdad sancionada por la ley se refleja en el hecho de que los menores de edad que se encuentran detenidos en un centro carcelario no pueden ser reclusos conjuntamente con las personas mayores de edad que se encuentran también detenidas. Otro ejemplo de estas desigualdades es la limitación en el ejercicio de determinados derechos políticos en atención a la nacionalidad o ciudadanía.

90. Al respecto, la Corte Europea indicó también que:

Es importante, entonces, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato relacionada, por supuesto, con el ejercicio de uno de los derechos y libertades establecidos, contraviene el artículo 14. Al respecto, la corte, siguiendo los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos, ha sostenido que el principio de igualdad de trato se viola si la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe evaluarse en relación con el propósito y los efectos de la medida en consideración, tomando en cuenta los principios que normalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho establecido en la *Convención* no sólo debe buscar un fin legítimo: el artículo 14 se viola igualmente cuando se establece de manera clara que no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin que se busca llevar a cabo.

En su intento de encontrar en un caso concreto si ha habido o no una distinción arbitraria, la corte no puede hacer caso omiso de los aspectos jurídicos y fácticos que caracterizan la vida de la sociedad en el Estado que, como parte contratante, tiene que responder por la medida en discusión. Al hacerlo, no puede asumir el papel de las autoridades nacionales competentes, ya que perdería de vista la naturaleza subsidiaria de la maquinaria internacional de aplicación colectiva establecida por la *Convención*. Las autoridades nacionales son libres de elegir las medidas que consideren apropiadas en las materias sometidas a la *Convención*. El análisis de la corte se limita a [estudiar la] la conformidad de dichas medidas con los requisitos de la *Convención*.³⁸

91. Por su parte, la Corte Interamericana estableció que:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, razón o naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón; vale decir,

³⁷ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 46.

³⁸ Eur. Court H. R., *Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" vs. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, serie A, 1968, párrafo 10.

no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana.³⁹

92. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas definió a la discriminación como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos como la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas.⁴⁰

93. Además, el mencionado comité indicó que:

El goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia.⁴¹

94. El Comité de Derechos Humanos también ha señalado que:

Los Estados parte deben velar porque se garanticen los derechos reconocidos en el *Pacto* “a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”. [...] En general, los derechos reconocidos en el *Pacto* son aplicables a todas las personas, independientemente de la reciprocidad, e independientemente de su nacionalidad o de que sean apátridas [...].

Así pues, la norma general es que se garanticen todos y cada uno de los derechos reconocidos en el *Pacto*, sin discriminación entre nacionales y extranjeros. Los extranjeros se benefician del requisito general de no discriminación respecto de los derechos garantizados conforme al artículo 2 del *Pacto*. Esta garantía debe aplicarse por igual a extranjeros y nacionales. Excepcionalmente, algunos de los derechos reconocidos en el *Pacto* son expresamente aplicables sólo a los ciudadanos (artículo 25), en tanto que el artículo 13 es aplicable sólo a los extranjeros. No obstante, la experiencia del comité en el examen de los informes demuestra que en algunos países se niegan a los extranjeros otros derechos de los cuales deberían disfrutar, o que dichos derechos son objeto de limitaciones especiales que no siempre pueden justificarse con arreglo al *Pacto* [...].

El *Pacto* otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados parte en su legislación y en la práctica, según proceda. [...]

Los extranjeros tienen derecho a la protección de la ley en pie de igualdad. No debe haber discriminación entre extranjeros y nacionales en la aplicación de estos derechos. Estos derechos de los extranjeros quedarán restringidos sólo por las limitaciones que puedan imponerse legalmente con arreglo al *Pacto*.⁴²

³⁹ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 47 y *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párrafo 57.

⁴⁰ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general 18, No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37.

⁴¹ ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general 18, No discriminación*, 10/11/89, CCPR/C/37.8.

⁴² ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general 15. La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto*, 11/04/86, CCPR/C/27, párrafos 1, 2, 4, 7, 8 y 9.

95. La Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido,⁴³ en cuanto al principio de la igualdad y no discriminación, que éste:

[...] significa que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley, así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos. El derecho a la igualdad es muy importante debido a una segunda razón. La igualdad o la falta de ésta afecta la capacidad del individuo de disfrutar de muchos otros derechos.

96. -Conforme a lo anteriormente expuesto, los Estados deben respetar y garantizar los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no la discriminación. Todo tratamiento discriminatorio respecto de la protección y ejercicio de los derechos humanos genera la responsabilidad internacional de los Estados.

Carácter fundamental del principio de igualdad y no discriminación

97. La corte procede ahora a considerar si este principio es de *ius cogens*.

98. - El concepto de *ius cogens* ha estado en sus orígenes ligado particularmente al derecho de los tratados. Tal como está formulado el *ius cogens* en el artículo 53 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general”. Por su parte, el artículo 64 de la misma *Convención* se refiere al *ius cogens* superviniente, al señalar que “si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”. El *ius cogens* ha sido desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia internacionales.⁴⁴

99. - En su evolución y por su propia definición, el *ius cogens* no se ha limitado al derecho de los tratados. El dominio del *ius cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general y abarcando todos los actos jurídicos. El *ius cogens* se ha manifestado, así, también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional.

⁴³ African Commission of Human and Peoples' Rights, *Communication no. 211/98, Legal Resources Foundation vs. Zambia*, decision taken at the 29th Ordinary Session held in Tripoli, Libya, from 23 April to 7 May 2001, párrafo 63.

⁴⁴ Véanse ICJ, Trial Chamber II, *Prosecutor vs. Anto Furundzija*, Judgment of 10 December 1998, *Case núm. IT-95-17/1-T*, párrafos 13–146, 153–157; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Preliminary Objections*, Judgment, ICJ Reports 1996, p. 595; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgment, ICJ Reports 1970, p. 3, y *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, p. 15.

100. Al referirse en particular a la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, independientemente de cuáles de esos derechos estén reconocidos por cada Estado en normas de carácter interno o internacional, la corte considera evidente que todos los Estados, como miembros de la comunidad internacional, deben cumplir con esas obligaciones sin discriminación alguna, lo cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a una protección igualitaria ante la ley, que a su vez se desprende “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.⁴⁵ El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente imperativo del derecho internacional general en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, incluso a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea en el nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación en perjuicio de un determinado grupo de personas.
101. En concordancia con ello, este tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación pertenece al *ius cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental; no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

Efectos del principio de igualdad y no discriminación

102. De esta obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna y en una base de igualdad se derivan varias consecuencias y efectos que se concretan en obligaciones específicas. A continuación la corte se referirá a los efectos derivados de la aludida obligación.

⁴⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, supra nota 1, párrafo 45; *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, supra nota 32, párrafo 55.

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de iure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.
104. Además, los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias.
105. En razón de los efectos derivados de esta obligación general, los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.
106. El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del derecho internacional de los derechos humanos. De esta manera, la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados independientemente de cualquier circunstancia o consideración, incluso de la condición migratoria de las personas.
107. Consecuencia de lo anteriormente expuesto es que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso, sin restricción alguna, a un recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, independientemente de su condición migratoria.
108. Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la *Convención* constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la *Constitución* o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica porque el poder judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de

justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión o por cualquier causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.⁴⁶

109. Esta obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos tiene un carácter *erga omnes*. Dicha obligación se impone a los Estados en beneficio de los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones e independientemente de la condición migratoria de las personas protegidas. La mencionada obligación alcanza la totalidad de los derechos contemplados por la *Convención americana* y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, incluido el derecho a las garantías judiciales. De ese modo se preserva el derecho de acceso de todos a la justicia, entendido como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
110. Finalmente, en lo que atañe a la segunda parte de la cuarta pregunta de la solicitud de opinión consultiva (*supra* párrafo 4), todo lo señalado en los párrafos anteriores se aplica a todos los Estados miembros de la OEA. Los efectos del principio fundamental de la igualdad y no discriminación alcanzan a todos los Estados precisamente por pertenecer dicho principio al dominio del *ius cogens*, revestido de carácter imperativo, que acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y genera efectos con respecto a terceros, incluidos los particulares.

VII. Aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los migrantes

111. Una vez establecidos el carácter de *ius cogens* del principio de igualdad y no discriminación, y los efectos que se derivan de la obligación de los Estados de respetar y garantizar este principio, el tribunal procederá a referirse a la migración en general y a la aplicación de dicho principio a las personas emigrantes indocumentadas.
112. Generalmente los emigrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no emigrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones *de iure* (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y *de facto* (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

⁴⁶ Caso “Cinco pensionistas”, *supra* nota 27, párrafo 136 y véanse también *Caso de la comunidad mayagna (sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 27, párrafo 113; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, número 74, párrafos 136 y 137; y *Garantías judiciales en estados de emergencia*, *supra* nota 17, párrafo 24.

113. Existen también prejuicios culturales acerca de los emigrantes que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los emigrantes a la sociedad y conllevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra.
114. Es pertinente, al respecto, lo señalado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución sobre protección de los emigrantes, según la cual se debe tener presente “la situación de vulnerabilidad en que suelen encontrarse los emigrantes debido, entre otras cosas, a que no viven en sus Estados de origen y a las dificultades que afrontan a causa de diferencias de idioma, costumbres y culturas, así como las dificultades económicas y sociales y los obstáculos para regresar a sus Estados de origen a que deben hacer frente los emigrantes sin documentación o en situación irregular”.⁴⁷ La mencionada asamblea expresó, asimismo, su preocupación “por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los emigrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.⁴⁸ Con base en estas consideraciones, la Asamblea General reiteró “la necesidad de que todos los Estados protejan plenamente los derechos humanos universalmente reconocidos de los emigrantes, en particular de las mujeres y los niños, independientemente de su situación jurídica, y que los traten con humanidad, sobre todo en lo relativo a la asistencia y la protección”.⁴⁹
115. La corte es consciente de que, según lo observó también la Asamblea General de las Naciones Unidas, “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de algunos de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”.⁵⁰
116. En relación con lo anteriormente señalado, en el *Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo* celebrada en El Cairo en 1994 se indicó que:

Los desequilibrios económicos internacionales, la pobreza y la degradación del medio ambiente, combinados con la falta de paz y seguridad, las violaciones de los derechos humanos y los distintos grados de desarrollo de las instituciones judiciales y democráticas son todos factores que afectan las migraciones internacionales. Si bien la mayoría de las migraciones

⁴⁷ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución A/RES/54/166 sobre “Protección de los migrantes”*, del 24 de febrero de 2000.

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, *Resolución A/RES/54/212 sobre “Migración internacional y desarrollo”* del 1 de febrero de 2000.

internacionales se produce entre países vecinos, ha ido en aumento la migración interregional, especialmente hacia los países desarrollados.⁵¹

117. -En virtud de lo anterior, la comunidad internacional ha reconocido la necesidad de adoptar medidas especiales para garantizar la protección de los derechos humanos de los emigrantes.⁵²
118. Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y la no discriminación puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas emigrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa.
119. -Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los emigrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los emigrantes indocumentados, o entre emigrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y no lesione los derechos humanos. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas emigrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de emigrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana. Al respecto, la Comisión Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos ha señalado que:

[...] no pretende cuestionar ni tampoco cuestiona el derecho de un Estado a tomar acciones legales en contra de los inmigrantes ilegales, tales como deportarlos a sus países de origen, si los tribunales competentes así lo deciden. Sin embargo, la comisión considera que es inaceptable deportar a individuos sin darles la posibilidad de argumentar su caso ante las cortes

⁵¹ Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, *Programa de acción*, capítulo x. A.10.1.

⁵² Véanse Naciones Unidas, Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en marzo de 1995, *Programa de acción*, párrafos 63, 77 y 78; Naciones Unidas, A/CONF.171/13, 18 de octubre de 1994, *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, celebrada en El Cairo del 5 al 13 de septiembre de 1994, *Programa de acción*, capítulo x. A.10.2 a 10.20; Asamblea General de las Naciones Unidas, A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, *Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos*, celebrada en Viena, Austria, del 14 al 25 de junio de 1993, *Declaración y programa de acción*, 1.24 y II.33-35.

nacionales competentes, ya que ello es contrario al espíritu y texto de la *Carta [africana de los derechos humanos y de los pueblos]* y del derecho internacional.⁵³

120. Al abordar el principio de la igualdad y la no discriminación se debe tener presente la continua evolución del derecho internacional. Al respecto, la Corte Interamericana ha señalado, en su *Opinión consultiva OC-16/99 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* que:

El *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.⁵⁴

121. El debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona, independientemente de su condición migratoria. Al respecto, este tribunal ha opinado,⁵⁵ en la referida *Opinión consultiva sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* que:

[...] para que exista “debido proceso legal” es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional.

⁵³- African Commission of Human and Peoples' Rights, *Communication no. 159/96*, Union InterAfricaine des Droits de l'Homme, Federation Internationale des Ligues des Droits de l'Homme, Rencontre Africaine des Droits de l'Homme, Organisation Nationale des Droits de l'Homme au Sénégal y Association Malienne des Droits de l'Homme au Angola, decisión del 11 de noviembre de 1997, párrafo 20.

⁵⁴ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafo 115.

⁵⁵ *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, *supra* nota 1, párrafos 117 y 119; Véanse además, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, *supra* nota 1, párrafos 97 y 115, y *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros*, *supra* nota 28, párrafo 146.

Y que:

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

122. La corte considera que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo emigrante, independientemente de su condición migratoria. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no sólo *ratione materiae*, sino también *ratione personae* sin discriminación alguna.

123. Tal como ya ha señalado este tribunal, el debido proceso legal se refiere al:

[...] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.⁵⁶

124. Asimismo, la corte ha indicado⁵⁷ que el elenco de garantías mínimas del debido proceso legal se aplica en la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.⁵⁸ Esto revela que el debido proceso incide sobre todos estos órdenes y no sólo sobre el penal.

125. Además, es importante establecer, como ya lo ha hecho la corte, que “es un derecho humano obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”.

126. Se vulnera el derecho a las garantías y a la protección judicial por varios motivos: por el riesgo de la persona cuando acude a las instancias administrativas o judiciales de ser

⁵⁶ *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 124, y véanse también *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 46, párrafo 102; *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, número 71, párrafo 69 y *Garantías judiciales en estados de emergencia*, *supra* nota 17, párrafo 27.

⁵⁷ Véanse *Caso Ivcher Bronstein*, *supra* nota 46, párrafo 103; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 125 y *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 56, párrafo 70.

⁵⁸ Véase artículo 8.1 de la *Convención americana sobre derechos humanos*.

deportada, expulsada o privada de su libertad y por la negativa de la prestación de un servicio público gratuito de defensa legal a su favor, lo cual impide que se hagan valer los derechos en juicio. Al respecto, el Estado debe garantizar que el acceso a la justicia sea no sólo formal, sino real. Los derechos derivados de la relación laboral subsisten, pese a las medidas que se adopten.⁵⁹

127. Habiendo la corte establecido lo que es aplicable a todos los emigrantes, pasa a analizar, a continuación, los derechos de los trabajadores emigrantes, en particular de los indocumentados.

VIII. Derechos de los trabajadores migrantes indocumentados

128. Como ya se ha señalado en el glosario (*supra* párrafo 69), trabajador emigrante es toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del cual no es nacional. Esta definición está consagrada en la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (artículo 2.1).
129. Los trabajadores emigrantes documentados o en situación regular son los que “han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo⁶⁰ de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”.⁶¹ Los trabajadores indocumentados o en situación irregular son los que no cumplen con las condiciones que sí reúnen los trabajadores documentados, es decir, no cuentan con autorización para ingresar, permanecer y ejercer una actividad remunerada en un Estado del cual no son nacionales.
130. A continuación el tribunal procederá a pronunciarse sobre los trabajadores emigrantes indocumentados y sus derechos.
131. Es menester hacer referencia a la vulnerabilidad de los trabajadores emigrantes frente a los trabajadores nacionales. Al respecto, el Preámbulo de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* consideró “la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se encuentran los trabajadores migratorios y sus familiares debido, entre otras cosas, a su ausencia del Estado de origen y a las dificultades con las que tropiezan en razón de su presencia en el Estado de empleo”.

⁵⁹ Véase *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 127.

⁶⁰ ONU, *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* del 18 de diciembre de 1990, artículo 6.b, según el cual el Estado de empleo es “el Estado donde el trabajador migratorio vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada”.

⁶¹ *Ibid.*, artículo 5.a.

132. Hoy en día los derechos de los trabajadores emigrantes “no han sido debidamente reconocidos en todas partes”⁶², e incluso los trabajadores indocumentados “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y [...] para determinadas empresas [este hecho] constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”.⁶³
133. Los derechos laborales surgen necesariamente de la condición de trabajador, entendida ésta en su sentido más amplio. Toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada, adquiere inmediatamente la condición de trabajador y, consecuentemente, los derechos inherentes a dicha condición. El derecho del trabajo, sea regulado a nivel nacional o internacional, es un ordenamiento tutelar de los trabajadores, es decir, regula los derechos y obligaciones del empleado y del empleador, independientemente de cualquier otra consideración de carácter económico o social. Una persona que ingresa a un Estado y entabla relaciones laborales adquiere sus derechos humanos laborales en ese Estado de empleo, independientemente de su situación migratoria, puesto que el respeto y garantía del goce y ejercicio de esos derechos deben realizarse sin discriminación alguna.
134. De este modo, la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El emigrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
135. Es importante precisar que el Estado y los particulares en un Estado no están obligados a brindar trabajo a los emigrantes indocumentados. Los Estados y los particulares, tales como los empleadores, pueden abstenerse de establecer una relación de trabajo con los migrantes en situación irregular.
136. Sin embargo, si los emigrantes indocumentados son contratados para trabajar, inmediatamente se convierten en titulares de los derechos laborales que corresponden a los trabajadores, sin que exista posibilidad de discriminación por su situación irregular. Esto es de suma importancia, ya que uno de los principales problemas que se presentan en el marco de la inmigración es que se contrata a personas emigrantes que carecen de permiso de trabajo en condiciones desfavorables en comparación con los otros trabajadores.
137. No basta con hacer referencia a las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos laborales de todos los trabajadores emigrantes, sino que es pertinente señalar que estas obligaciones proyectan diversos alcances y efectos para los Estados y a terceros.

⁶² *Ibid.*, Preámbulo.

⁶³ *Idem.*

138. Las relaciones laborales se establecen tanto en el derecho público como en el derecho privado, y en ambos ámbitos el Estado tiene un papel importante.
139. En el marco de una relación laboral en la cual el Estado se constituye en empleador, éste evidentemente debe garantizar y respetar los derechos humanos laborales de todos sus funcionarios públicos, sean éstos nacionales o emigrantes, documentados o indocumentados, ya que la inobservancia de este deber genera la responsabilidad estatal interna e internacionalmente.
140. En una relación laboral regida por el derecho privado se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.
141. La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de los efectos de la *Convención americana* en relación con terceros (*erga omnes*), habiendo señalado que:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la *Convención* cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas [*sic*] de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la *Convención*.⁶⁴

142. Asimismo, este tribunal ha ordenado, a través de medidas provisionales, la protección de miembros de comunidades y de personas que le prestan servicios contra actos de amenazas de muerte y daños a su integridad personal presuntamente causados por el Estado y terceros.⁶⁵ Además, en otra oportunidad ordenó la protección de las personas privadas de libertad en una cárcel ante las muertes y amenazas que ocurrían en el interior de la misma, muchas de las cuales presuntamente fueron perpetradas por los poderes reclusos.⁶⁶

⁶⁴ *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, número 4, párrafo 172 y véase además *Caso Godínez Cruz*. Sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, número 5, párrafos 181, 182 y 187.

⁶⁵ Véanse *Caso de la comunidad de paz de San José de Apartadó. Medidas provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana del 18 de junio de 2002, serie E, número 3 y *Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana del 6 de marzo de 2003.

⁶⁶ *Caso de la cárcel de Urso Branco. Medidas provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana del 18 de junio de 2002.

143. La Corte Europea de Derechos Humanos reconoció la aplicabilidad del *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales* a las relaciones interindividuales cuando declaró que el Estado había violado dicho *Convenio* por haber impuesto una restricción a la libertad de asociación que establecía que la pertenencia a determinados sindicatos era condición necesaria para que los peticionarios en el caso pudieran continuar siendo empleados de una empresa, puesto que la restricción impuesta no era “necesaria en una sociedad democrática”.⁶⁷ En otro caso, la Corte Europea consideró que aun cuando el objeto del artículo 8 de dicho *Convenio* (derecho al respeto de la vida privada y familiar) es esencialmente la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de autoridades públicas, el Estado debe abstenerse de realizar tales interferencias; además de este deber de abstención existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada y familiar que pueden implicar la adopción de medidas para asegurar el respeto a la vida privada incluso en las relaciones entre individuos. En este último caso, dicho tribunal encontró que el Estado había violado el derecho a la vida privada y familiar de una joven mentalmente discapacitada que había sido agredida sexualmente por cuanto no pudo iniciarse proceso penal alguno contra el agresor debido a un vacío en la legislación penal.⁶⁸
144. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por su parte, ha considerado que el derecho a la libertad y a la seguridad personales, consagrado en el artículo 9 del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, impone al Estado la obligación de tomar las medidas adecuadas para asegurar la protección de un individuo amenazado de muerte; es decir, que una interpretación de dicho artículo que autorizara a los Estados parte a ignorar las amenazas que pesen contra la vida de personas bajo su jurisdicción, aunque no hayan sido detenidas o arrestadas por agentes estatales, privaría a las garantías previstas en el *Pacto* de toda eficacia.⁶⁹ Además, dicho comité consideró que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de los miembros de minorías contra las agresiones de particulares. A su vez, en sus “Comentarios generales 18 y 20” sobre la “no discriminación” y el artículo 7 del referido *Pacto*, el comité ha señalado que los Estados parte deben sancionar la tortura, los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes cometidos por funcionarios públicos, otras personas que actúen en nombre del Estado y particulares, así como también deben “adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el *Pacto*”.

⁶⁷ Eur. Court H. R., *Case of Young, James and Webster vs. The United Kingdom (Merits)*, Judgment of 13 August 1981, serie A, número 44, párrafos 48–65.

⁶⁸ Eur. Court H. R., *Case of X and Y vs. The Netherlands (Merits)*, Judgment of 26 March 1985, serie A, número 91, párrafo 23.

⁶⁹ Véase ONU, Comité de Derechos Humanos, *Delgado Páez vs. Colombia*. Decisión del 12 de julio de 1990, número 195/85, párrafo 5.5.

145. Adicionalmente, en una decisión relativa a la obligación de investigar los actos de discriminación racial y violencia contra personas de otro color u origen étnico cometidos por particulares, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial señaló que “cuando se han realizado amenazas de violencia racial, especialmente cuando han sido realizadas en público y por un grupo, el Estado debe investigar tales amenazas con la debida diligencia”.⁷⁰
146. De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales. En lo que atañe a la presente *Opinión consultiva*, dichos efectos de la obligación de respeto de los derechos humanos en las relaciones entre particulares se especifican en el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores.
147. La obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.
148. El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere las normas mínimas internacionales.
149. Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores, independientemente de su nacionalidad, origen social, étnico o racial, y de su condición migratoria y, por lo tanto, tienen la obligación de tomar cuantas medidas de orden administrativo, legislativo o judicial sean necesarias para enmendar situaciones discriminatorias *de iure* y para erradicar las prácticas discriminatorias realizadas por determinado empleador o

⁷⁰ Véase ONU, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, *Communication no. 4/1991, L.K. vs. The Netherlands*, párrafos 6.3, 6.6, y también véase, *inter. alia*, *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*; *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*; y *Convenio número 111 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación*.

- grupo de empleadores, en el nivel local, regional, nacional o internacional, en perjuicio de trabajadores emigrantes.
150. En muchas ocasiones los trabajadores emigrantes deben acudir al aparato estatal para la protección de sus derechos. Así, por ejemplo, los trabajadores de empresas privadas recurren al poder judicial para reclamar el pago de salarios, indemnizaciones, etc. Estos trabajadores también utilizan muchas veces los servicios de salud estatales o cotizan para el sistema estatal de pensiones. En todas estas ocasiones el Estado también está involucrado en esta relación entre particulares como garante de los derechos fundamentales, puesto que se requiere la prestación de un servicio determinado de su parte.
 151. En las relaciones laborales los empleadores deben proteger y respetar los derechos de los trabajadores, ya sea que esas relaciones se desarrollen en los sectores público o privado de las sociedades. La obligación de respeto de los derechos humanos de los trabajadores emigrantes tiene un efecto directo en cualquier tipo de relación laboral, tanto cuando el Estado es el empleador como cuando lo es un tercero, y ya se trate de una persona física o jurídica.
 152. El Estado es entonces responsable por sí mismo tanto cuando funciona como empleador, como por la actuación de terceros que actúen con su tolerancia, aquiescencia o negligencia, o respaldados por alguna directriz o política estatal que favorezca la creación o mantenimiento de situaciones de discriminación.
 153. En síntesis, las relaciones laborales que se dan entre los trabajadores emigrantes y terceros empleadores pueden generar la responsabilidad internacional del Estado de diversas formas. En primer lugar, los Estados tienen la obligación de velar para que dentro de su territorio se reconozcan y apliquen todos los derechos laborales que su ordenamiento jurídico estipula, derechos originados en instrumentos internacionales o en normativa interna. Además, los Estados son responsables internacionalmente cuando toleran acciones y prácticas de terceros que perjudican a los trabajadores emigrantes, ya sea porque no les reconocen los mismos derechos que a los trabajadores nacionales o porque les reconocen los mismos derechos pero con algún tipo de discriminación.
 154. Más aún, hay casos en los cuales es el Estado el que directamente viola los derechos humanos de los trabajadores. Casos como el de la denegación del derecho a la pensión de un trabajador emigrante que cotizó y cumplió con todo requisito exigido legalmente a los trabajadores, o como el de un trabajador que acude al órgano judicial correspondiente para reclamar sus derechos sin que éste le proporcione las debidas garantías ni protección judiciales.
 155. La corte señala que los derechos laborales son los que el sistema jurídico, nacional e internacional, reconoce a los trabajadores. Es decir, que los Estados de empleo deben garantizar y respetar a todo trabajador sus derechos consagrados en el nivel nacional en las constituciones políticas, en la legislación laboral, en los convenios colectivos, en los

- convenios-ley, en los decretos o incluso en las prácticas locales y específicas; o, en el nivel internacional, en cualquier tratado internacional del que sea parte.
156. Este tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales en el nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.
157. -En el caso de los trabajadores emigrantes hay ciertos derechos que asumen una importancia fundamental y, sin embargo, son frecuentemente violados, a saber: la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la prohibición y abolición del trabajo infantil, las atenciones especiales para la mujer trabajadora, y los derechos correspondientes a: asociación y libertad sindical, negociación colectiva, salario justo por trabajo realizado, seguridad social, garantías judiciales y administrativas, duración de jornada razonable y en condiciones laborales adecuadas (seguridad e higiene), descanso e indemnización. Reviste gran relevancia la salvaguardia de estos derechos de los trabajadores emigrantes, teniendo presente el principio de la inalienabilidad de tales derechos, de los cuales son titulares todos los trabajadores, independientemente de su condición migratoria, así como el principio fundamental de la dignidad humana consagrado en el artículo 1 de la *Declaración universal*, según el cual: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.
158. Esta corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que les permita a ellos y a sus familiares gozar de un nivel de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades y logre sus aspiraciones en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano.
159. En muchas ocasiones sucede que no se reconocen a los trabajadores emigrantes indocumentados los derechos laborales ya mencionados. Por ejemplo, muchos empleadores los contratan para que presten determinado servicio a cambio de una remuneración

más baja de la que les correspondería; los despiden por formar parte de sindicatos; los amenazan con deportarlos, entre otras situaciones. Incluso en algunas ocasiones los trabajadores emigrantes indocumentados no pueden acudir a los tribunales de justicia para reclamar sus derechos por temor a su situación irregular. Ello no debe ocurrir; pese a que un trabajador emigrante indocumentado podría verse deportado, tiene siempre el derecho de hacerse representar ante el órgano competente para que se le reconozca todo derecho laboral que haya adquirido como trabajador.

160. La corte considera que los trabajadores migrantes indocumentados que se encuentran en una situación de vulnerabilidad y discriminación con respecto a los trabajadores nacionales poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica. Los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos.

IX. Obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos

161. A continuación, la corte hará referencia a las obligaciones estatales en la determinación de las políticas migratorias únicamente a la luz de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.
162. En esta sección de la presente *Opinión consultiva* se considerará si es compatible con el derecho internacional de los derechos humanos que los Estados americanos subordinen y condicionen la observancia de los derechos humanos a sus políticas migratorias, y ello se hará a la luz de las obligaciones internacionales derivadas del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* y de otras obligaciones oponibles *erga omnes*.
163. La política migratoria de un Estado está constituida por todo acto, medida u omisión institucional (leyes, decretos, resoluciones, directrices, actos administrativos, etc.) que verse sobre la entrada, salida o permanencia de población nacional o extranjera dentro de su territorio.
164. Al respecto, la *Declaración* y el *Programa de acción de Durbán*, adoptados por la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia⁷¹ instaron a todos los Estados a que “revisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

⁷¹ Véase *Declaración y programa de acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, celebrada en Durbán, Sudáfrica, del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, párrafos 38 y 30.b, respectivamente.

Asimismo, en el párrafo 9 de la *Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2001/5 sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia* se “pidió a todos los Estados que examinen y, cuando sea necesario, revisen, sus políticas de inmigración incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos con miras a eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los emigrantes”.

165. Este tribunal considera indispensable recordar lo señalado en el artículo 27 de la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, el cual señala, al referirse al derecho interno y a la observancia de los tratados, que: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.
166. Es decir, al ratificar o adherirse a un tratado internacional, los Estados manifiestan su compromiso de buena fe de garantizar y respetar los derechos en él reconocidos. Además de esto, los Estados deben adecuar su derecho interno al derecho internacional aplicable.
167. Sobre el particular, la Corte Interamericana ha señalado que la obligación general de los Estados establecida en el artículo 2 de la *Convención americana* incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la *Convención*, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.⁷² En relación con esto, este tribunal ha señalado que:

En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La *Convención americana* establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha *Convención*, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la *Convención* sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la *Convención*. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la *Convención*.⁷³

168. Los objetivos de las políticas migratorias deben tener presente el respeto por los derechos humanos. Además, dichas políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos. Como ya se señaló (*supra* párrafos 84, 89, 105

⁷² Véase *Caso “Cinco pensionistas”*, *supra* nota 27, párrafo 165; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 180 y *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 29, párrafo 178.

⁷³ *Caso “Cinco pensionistas”*, *supra* nota 27, párrafo 164 y también véase *Caso “La última tentación de Cristo” (Olimedo Bustos y otros)*. Sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, número 73, párrafo 87; *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 27, párrafo 179; *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia del 16 de agosto de 2000, serie C, número 68, párrafo 136, y además “*Principe allant de soi*”; *Échange des populations grecques et turques*, *Avis Consultatif*, 1925, CPJI, Recueil des Avis Consultatifs, serie B, número 10, p. 20.

- y 119), las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables.
169. Considerando que la presente opinión se aplica a las cuestiones relacionadas con los aspectos jurídicos de la migración, la corte estima conveniente señalar que, en el ejercicio de su facultad de fijar políticas migratorias, es lícito que los Estados establezcan medidas atinentes al ingreso, permanencia o salida de personas emigrantes para desempeñarse como trabajadores en determinado sector de producción en su Estado, siempre que ello sea acorde con las medidas de protección de los derechos humanos de toda persona y, en particular, de los derechos humanos de los trabajadores. Con el fin de cubrir esta necesidad, los Estados pueden tomar diversas medidas, tales como el otorgamiento o denegación de permisos de trabajo generales o para ciertas labores específicas, pero deben establecerse mecanismos para asegurar que ello se haga sin discriminación alguna, atendiendo únicamente a las características de la actividad productiva y a la capacidad individual de las personas. De esta forma, se garantiza una vida digna al trabajador emigrante, protegiéndolo de la situación de vulnerabilidad e inseguridad en que usualmente se encuentra, y se organiza así eficiente y adecuadamente el proceso de producción local o nacional.
170. Por lo tanto, no es admisible que un Estado de empleo proteja su producción nacional, en uno o varios sectores, fomentando o tolerando la contratación de trabajadores migrantes indocumentados con fines de explotación laboral, prevaliéndose de la condición de vulnerabilidad de dichos trabajadores frente al empleador en el Estado o considerándolos como oferta laboral menos costosa, sea pagándoles salarios más bajos, negándoles o limitando el goce o ejercicio de uno o más derechos laborales, o negándoles la posibilidad de reclamar la violación de los mismos ante la autoridad competente.
171. Lo establecido por la Corte Interamericana se extiende a la obligación de los Estados de cumplir con todo instrumento internacional que les sea aplicable. Sin embargo, es importante señalar que, al referirse a esta obligación estatal, este tribunal considera que no sólo se debe adecuar toda normativa interna al respectivo tratado sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir, no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.
172. La corte considera que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio. Este principio de carácter general debe respetarse y garantizarse siempre.

Cualquier actuación u omisión en sentido contrario es incompatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

X. Opinión

173. Por las razones expuestas, *la corte decide*, por unanimidad, que es competente para emitir la presente *Opinión consultiva*. *Y es de la opinión de*, por unanimidad,
1. Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
 2. Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
 3. Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
 4. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.
 5. Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluidos particulares.
 6. Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, incluida la condición migratoria de las personas.
 7. Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo emigrante, independientemente de su condición migratoria. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
 8. Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El emigrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

9. Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere las normas mínimas internacionales.
10. Que los trabajadores, al ser titulares de los derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores emigrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.
11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Los jueces Cançado Trindade, García Ramírez, Salgado Pesantes y Abreu Burelli hicieron conocer a la corte sus votos concurrentes, los cuales acompañan esta *Opinión consultiva*.

Redactada en español e inglés, haciendo fe el texto en español, en San José, Costa Rica, el 17 de septiembre de 2003.

Antônio A. Cançado Trindade, presidente; Sergio García Ramírez; Hernán Salgado Pesantes; Oliver Jackman; Alirio Abreu Burelli; Carlos Vicente de Roux Rengifo; Manuel E. Ventura Robles, secretario.

Comuníquese y ejecútese,

Antônio A. Cançado Trindade
Presidente

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade -

1. -Voto a favor de la adopción de la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que constituye, a mi juicio, un significativo aporte a la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Hace cuatro años, la Corte Interamericana emitió la histórica *Opinión consultiva número 16 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999), verdaderamente pionera, y que ha servido de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia.⁷⁴ El día de hoy, en la misma línea de razonamiento orientado a las necesidades e imperativos de la protección de la persona humana, y al final de un procedimiento consultivo que ha generado la mayor movilización de toda su historia,⁷⁵ la Corte Interamericana adopta otra opinión consultiva, de gran trascendencia y nuevamente pionera, sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados, tornándose en el primer tribunal internacional en pronunciarse sobre esta materia como tema central.
2. -Aún más significativo es el hecho de que la materia tratada en la presente *Opinión consultiva*, solicitada por México y adoptada por la corte por unanimidad, es de interés directo de amplios segmentos de la población en distintas latitudes –en realidad, de millones de

⁷⁴ La Corte Interamericana, mediante su referida *Opinión consultiva número 16* –emitida al final de un procedimiento consultivo que generó amplia movilización (con la participación de ocho Estados, además de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de diversas organizaciones no gubernamentales e individuos)– fue efectivamente el primer tribunal internacional que advirtió que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado parte en dicha *Convención*, sino también de los seres humanos afectados.

⁷⁵ Además de un considerable volumen de escritos, dicho procedimiento contó con dos audiencias públicas, la primera realizada en la sede de la Corte Interamericana en San José de Costa Rica en febrero de 2003, y la segunda realizada por primera vez en su historia fuera de su sede, en Santiago de Chile, en junio de 2003. El procedimiento contó con la participación de doce Estados acreditados (entre los cuales cinco Estados intervinieron en las audiencias públicas), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una agencia de Naciones Unidas (el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados –ACNUR) y nueve entidades de la sociedad civil y de la academia de diversos países de la región, además del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

seres humanos—⁷⁶ y constituye en nuestros días una preocupación legítima de toda la comunidad internacional y —yo no me eximiría de agregar— de la humanidad como un todo. Dada la trascendental importancia de los puntos examinados por la Corte Interamericana en la presente *Opinión consultiva* me veo en la obligación de dejar constancia, como fundamento jurídico de mi posición sobre la materia, de las reflexiones que me permito desarrollar en este voto concurrente, particularmente en relación con los aspectos que me parece merecen atención especial.

3. - Dichos aspectos corresponden a los que me permito denominar: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los emigrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el papel de los principios generales del derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos; h) la emergencia, el contenido y el alcance del *ius cogens*; e i) la emergencia, el contenido y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). Paso a presentar mis reflexiones sobre cada uno de estos aspectos.

I. La *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano

4. - La consideración de una cuestión como aquélla de la cual se ocupa la presente *Opinión consultiva* no puede hacer abstracción de las enseñanzas de los llamados fundadores del derecho internacional, en cuyo pensamiento se encuentran reflexiones de notable actualidad y de importancia para la solución jurídica incluso de problemas contemporáneos. Francisco de Vitoria, por ejemplo, en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del Estado de derecho sostuvo, en sus aclamadas *Reelecciones teológicas* (1538–1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos, tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual.⁷⁷ En la concepción de Vitoria, el gran maestro de Salamanca, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados

⁷⁶- Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), de 1965 a 2000 el número total de migrantes se elevó más del doble al pasar de 75 millones a 175 millones de personas, y las proyecciones para el futuro son en el sentido de que este total aumentará aún mucho más en los próximos años; OIM, *World Migration 2003. Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Ginebra, OIM, 2003, pp. 4-5. Véase también, en general, P. Stalker, *Workers without frontiers*, Ginebra y Londres International Labour Organization (ILO)/L. Rienner Publications, 2000, pp. 26-33.

⁷⁷- Véase Francisco de Vitoria, *Reelecciones. Del Estado, de los Indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1–101; A. Gómez Robledo, *op. cit.*, *infra* nota 88, pp. 30–39; W. G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlín, W. de Gruyter, 2000, pp. 189–190.

socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad;⁷⁸ la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes con los mismos principios de justicia aplicándose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman.⁷⁹

5. - En la visión de Francisco Suárez (autor del tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones como miembros de la sociedad universal.⁸⁰ Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo, y el derecho atendía a las necesidades de reglamentación de todos los pueblos y seres humanos. Tanto Suárez como Vitoria formularon las bases de los deberes internacionales de los Estados *vis-à-vis* incluso de los extranjeros, en el marco del principio general de la libertad de circulación y de las comunicaciones, a la luz de la universalidad del género humano.⁸¹ La sociabilidad y solidaridad humanas estaban presentes en toda la construcción doctrinal y la contribución de los teólogos españoles a la formación del derecho de gentes.
6. - A su vez, la concepción del *ius gentium* de Hugo Grotius –cuya obra, sobre todo el *De Iure Belli ac Pacis* (1625), se sitúa en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina– estuvo siempre atenta al papel de la sociedad civil. Para Grotius el Estado no es un fin en sí mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social de conformidad con la inteligencia humana, con la idea de perfeccionar la “sociedad común que abarca toda la humanidad”.⁸² En el pensamiento grociano, toda norma jurídica –sea de derecho interno o de derecho de gentes– crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del

⁷⁸ Véase, en particular, Francisco de Vitoria, *De Indis. Relectio Prior* (1538–1539), en *Obras de Francisco de Vitoria. Reelecciones teológicas* (ed. de T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

⁷⁹ A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (at Global and Regional Levels)”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 202, 1987, p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law. Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford y Londres, Clarendon Press/H. Milford, Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282–283, 140, 150, 163–165 y 172.

⁸⁰ Véase Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez. Contribution des théologiens au droit international moderne*, París, Pédone, 1939, pp. 169–170.

⁸¹ Véase *ibid.*, pp. 40–46, 5–6 y 11–12.

⁸² P. P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, La Haya, Nijhoff, 1960, pp. 216 y 203. Los sujetos tienen derechos *vis-à-vis* el Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común); así, en la visión de Grotius, la razón de Estado tiene límites, y la concepción absoluta de esta última se considera aplicable en las relaciones tanto internacionales como internas del Estado. *Ibid.*, pp. 219–220, y esp. 217.

siglo xvii, admite así la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado.⁸³

7. - Según la visión grociana, el ser humano y su bienestar ocupan una posición central en el sistema de las relaciones internacionales; los patrones de justicia aplicanse *vis-à-vis* tanto los Estados como los individuos.⁸⁴ Para Grotius, el derecho natural deriva de la razón humana, es un “dictado de la recta razón” e impone límites a la “conducta irrestricta de los gobernantes de los Estados”.⁸⁵ Están los Estados sometidos al derecho, y el derecho internacional tiene “un fundamento objetivo, independiente y por encima de la voluntad de los Estados”.⁸⁶ Las consideraciones de justicia permean así las reglas del derecho y fomentan su evolución.⁸⁷
8. - Aun antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Iure Belli*, 1598) sostuvo, a finales del siglo xvi, que es el derecho el que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal.⁸⁸ Samuel Pufendorf (autor de *De Iure Naturae et Gentium*, 1672) defendió, a su vez, “el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón”.⁸⁹ Por su parte, Christian Wolff (autor de *Ius Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación en el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección.⁹⁰

⁸³ *Ibid.*, pp. 243 y 221. Hay que, pues, tener siempre presente el verdadero legado de la tradición grociana del derecho internacional. La comunidad internacional no puede pretender basarse en la voluntad de cada Estado individualmente. Ante la necesidad histórica de regular las relaciones de los Estados emergentes, sustentaba Grotius que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas, y no a la “razón de Estado”, la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional: esta última no puede prescindir del derecho (véase al respecto el estudio clásico de Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, *British Year Book of International Law*, núm. 23, 1946, pp. 1–53).

⁸⁴ Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man”, *Transactions of the Grotius Society*, núm. 29, 1943, pp. 7 y 21–31.

⁸⁵ E. Jiménez de Aréchaga, “El legado de Grocio y el concepto de un orden internacional justo”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, tomo I, pp. 608 y 612–613.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 617.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 619–621.

⁸⁸ A. Gómez Robledo, *Fundadores del derecho internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48–55.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 26.

⁹⁰ César Sepúlveda, *Derecho internacional*, México, Porrúa, décimo tercera edición, 1983, pp. 28–29. Wolff vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas maxima*, concepto que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando la necesidad de “realismo”, pretendió sustituir por una “sociedad de naciones” (concepto menos avanzado); véase F. S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment. The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry y Nueva York, Oceana, 1975, p. 95; para una crítica a ese retroceso (incapaz de fundamentar el principio de *obligación* en el derecho internacional), véase además J. L. Brierly, *The Law of Nations*, Oxford, Clarendon Press, sexta edición, pp. 38–40.

9. - Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal,⁹¹ fueron suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de “voluntad propia”, reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado “concedía” a éstos. El consentimiento o la “voluntad” de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *ius standi* a los individuos, a los seres humanos.⁹² Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional y debilitó el propio derecho internacional; reduciéndolo a un derecho interestatal, no más por encima sino entre Estados soberanos.⁹³ Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.
10. El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional.⁹⁴ Pero este avance viene acompañado de nuevas necesidades de protección, de nuevas respuestas por parte del propio *corpus iuris* de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
11. Para hacer frente a estos problemas, entiendo que se debe hacer presente el valioso legado de los fundadores del derecho internacional. Ya en la época de la elaboración y divulgación de las obras clásicas de F. Vitoria y F. Suárez (*supra*), el *ius gentium* se había liberado de sus orígenes de derecho privado (del derecho romano) para aplicarse universalmente a todos los seres humanos: la *societas gentium* era expresión de la unidad fundamental del género humano, formando una verdadera *societas ac communicatio*, por cuanto ningún Estado era autosuficiente.⁹⁵ El nuevo *ius gentium*, así concebido incluso para atender las necesidades humanas, abrió camino para la concepción de un derecho internacional universal.⁹⁶
12. Pasó a prevalecer la creencia —expresada en la obra de H. Grotius— de que era posible captar el contenido de ese derecho por medio de la razón: el derecho natural, del cual derivaba el derecho de gentes, era un dictado de la razón.⁹⁷ En el marco de la nueva con-

⁹¹ C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens, 1958, pp. 66–69. Véase también René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l’histoire*, París, Economica-UNESCO, 1986, pp. 164–165.

⁹² P. P. Remec, *op. cit. supra* nota 82, pp. 36–37.

⁹³ *Ibid.*, p. 37.

⁹⁴ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Fabris Ed., tomo III, 2003, pp. 447–497.

⁹⁵ P. Guggenheim, “Contribution à l’histoire des sources du droit des gens”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 94, 1958, pp. 21–22.

⁹⁶ J. Moreau-Reibel, “Le droit de société interhumaine et le *jus gentium*. Essai sur les origines et le développement des notions jusqu’à Grotius”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 77, 1950, pp. 506–510.

⁹⁷ G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Estocolmo, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17.

cepción universalista se afirmó, a partir de F. Vitoria, el *ius communicationis*, erigiendo la libertad de movimiento y de intercambio comercial como uno de los pilares de la propia comunidad internacional.⁹⁸ Los controles de ingreso de extranjeros sólo se manifestaron en una época histórica mucho más reciente (véase párrafo 35, *infra*), a la par de los grandes flujos migratorios y del desarrollo del derecho de los refugiados y desplazados.⁹⁹

II. Las disparidades del mundo dicho “globalizado”, los desplazamientos forzados y la vulnerabilidad de los migrantes

13. Hoy día, en una era de grandes migraciones, se constata lamentablemente una distancia cada vez mayor del ideal universalista de la *societas gentium* de los fundadores del derecho internacional. Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de los 90,¹⁰⁰ se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los emigrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación y salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal.¹⁰¹
14. Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrear traumas: sufrimiento del abandono del hogar (a veces con separación o desagregación familiar), pérdida de la profesión y de bienes personales, arbitrariedades y humillaciones impuestas por autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, pérdida del idioma materno y de las raíces culturales, choque cultural y sentimiento permanente de injusticia.¹⁰² La llamada “globalización” de la economía se ha hecho acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del agravamiento) de las disparidades en las naciones y en las relaciones entre ellas, constatándose, *v. gr.*, un marcado contraste entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países buscados por los emigrantes.

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 19–23 y también pp. 79–81.

⁹⁹ Véase *ibid.*, pp. 160–161 y 174–175.

¹⁰⁰ Los desplazamientos forzados en los años 90 (después del llamado fin de la guerra fría) abarcan cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees. Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR-Oxford University Press, 2000, p. 9.

¹⁰¹ N. Van Hear, *New Diasporas. The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, Londres, UCL Press, 1998, pp. 19–20, 29, 109–110, 141, 143 y 151–252, y véase además p. 260; F. M. Deng, *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, Washington D. C., Brookings Institution, 1993, pp. 3–20.

¹⁰² Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo xx, “estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir”; S. Weil, *The Need for Roots*, Londres y Nueva York, Routledge, 1952, p. 41; véase también las ponderaciones de H. Arendt, *La tradición cachée*, París, Ch. Bourgeois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58–59 y 125–127.

15. Los emigrantes –particularmente los indocumentados, como lo señala la Corte Interamericana en la presente *Opinión consultiva número 18* (párrafos 112-113 y 131-132)– se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad ante el riesgo del empleo precario (en la llamada “economía informal”), la explotación laboral, el propio desempleo y la perpetuación en la pobreza (también en el país receptor).¹⁰³ La “falta administrativa” de la indocumentación ha sido “criminalizada” en sociedades intolerantes y represivas, agravando aún más los problemas sociales de que padecen. El drama de los refugiados y los emigrantes indocumentados sólo podrá ser eficazmente tratado mediante un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados.¹⁰⁴ En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de todos estos traumas.
16. En tiempos de la así llamada “globalización” (el neologismo disimulado y falso que está de moda en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los emigrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), y por el aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales.¹⁰⁵
17. Como circunstancias agravantes, el Estado abdica de su ineludible función social y entrega irresponsablemente al “mercado” los servicios públicos esenciales (educación y salud, entre otros), transformándolos en mercaderías a las cuales el acceso se torna cada vez más difícil para la mayoría de los individuos. Éstos últimos pasan a ser vistos como meros agentes de producción económica,¹⁰⁶ en medio de la triste mercantilización de las relaciones humanas. Verifícase hoy, además, a la par de un recrudescimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo¹⁰⁷ (véase *infra*, párrafos 36–42).

¹⁰³ H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, París, PUF, 1995, pp. 58–61, 66 y 111, y también pp. 48 y 82–85.

¹⁰⁴ J. Ruiz de Santiago, “Derechos humanos, migraciones y refugiados. Desafíos en los inicios del nuevo milenio”, *Memoria del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*, San José de Costa Rica, ACNUR-IIDH, 2001, pp. 37–72.

¹⁰⁵ Véase *v. gr.*, M. Lengellé-Tardy, *L’esclavage moderne*, París, PUF, 1999, pp. 8–13, 21–32 y 73–98.

¹⁰⁶ Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnológica que trata al individuo como simple agente de producción material; véase *v. gr.*, *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do homem*, Río de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, tercera edición, 1968, pp. 141–143 y 163–165.

¹⁰⁷ Véase, *v. gr.*, F. Crepeau, *Droit d’asile. De l’hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruselas, Bruylant-Éditions Universitaires de Bruxelles, 1995, pp. 17–353; Ph. Ségur, *La crise du droit d’asile*, París, PUF, 1998, pp. 5–171; A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, segunda edición, 2003, pp. 23–123.

Todos estos peligrosos desarrollos apuntan hacia un nuevo mundo vacío de valores, que se adhiere, sin mayor reflexión, a un modelo insostenible.

18. En el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi voto concurrente en el caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana (medidas provisionales de protección, resolución del 18/08/2000) señalé que, en este umbral del siglo XXI, “el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuida a los capitales y bienes –a pesar de todas las luchas del pasado y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores” (párrafo 4). Con el desarraigo –proseguí– uno pierde sus medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un proyecto de vida: “es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días” (párrafo 6).
19. Y, sobre este primer aspecto del problema, concluí que “el problema del desarraigo debe ser considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema –si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas. Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes” (párrafo 7). Acrecenté mi entendimiento en el sentido de que “la cuestión del desarraigo debe ser tratada no a la luz de la soberanía estatal, sino más bien como el problema de dimensión verdaderamente global que es (que requiere una concertación en el nivel universal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección” (párrafo 10).
20. A pesar de ser el desarraigo “un problema que afecta a toda la comunidad internacional”, continué advirtiendo que:

[...] sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin que parezcan darse cuenta de que el modelo westphaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus propios criterios de ordenamiento interno. [...] El Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración, y en particular de los procedimientos de deportaciones y expulsiones (párrafos 11–12).

III. La reacción de la conciencia jurídica universal (*Opinio iuris communis*)

21. Sobre este último punto cabe recordar que en 1986 la International Law Association adoptó (en su 62a. sesión, en Seúl), por consenso, la *Declaración de principios del derecho internacional sobre expulsión masiva*, en la cual, *inter alia*, expresó su “profunda preocupación” por “la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías”, incluidos los trabajadores migrantes (preámbulo). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como “piedra angular de la protección de los refugiados”, se aplica, aunque no hayan sido éstos admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). Instó además a los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de “alerta inmediato” (*early warning* –principio 19).¹⁰⁸ Cuatro años después, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990) prohibió las medidas de expulsión colectiva, y determinó que cada caso de expulsión debería ser “examinado y decidido individualmente” conforme a la ley (artículo 22).
22. Cabe además subrayar que el denominador común del ciclo de las conferencias mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo xx ¹⁰⁹ ha sido precisamente la atención especial dedicada a las condiciones de vida de la población (particularmente de los grupos vulnerables, con necesidad especial de protección, los cuales incluyen ciertamente a los emigrantes indocumentados), y de ahí ha resultado el reconocimiento universal de la necesidad de situar a los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo.¹¹⁰ En la presente *Opinión consultiva número 18*, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta los documentos finales de dos de aquellas conferencias (párrafos 116 y 164), a saber, el *Programa de acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* (El Cairo, 1994) y la *Declaración y programa de acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* (Durbán, 2001).
23. Los documentos finales de las recientes conferencias mundiales de las Naciones Unidas (realizadas en el periodo de 1992 a 2001) reflejan la reacción de la conciencia jurídica

¹⁰⁸ La referida *Declaración* llegó a vincular la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de “crimen internacional” (principio 9).

¹⁰⁹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, El Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhague, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Estambul, 1996. A éstas siguieron, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998; y la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durbán, 2001.

¹¹⁰ A. A. Cançado Trindade, “Desarrollo humano y derechos humanos en la agenda internacional del siglo XXI”, en *Memoria. Foro Desarrollo Humano y Derechos Humanos*, agosto de 2000, San José de Costa Rica, PNUD-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 25–42.

universal contra los atentados y afrentas a la dignidad de la persona humana en todo el mundo. En realidad, el referido ciclo de conferencias mundiales ha consolidado el reconocimiento de “la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional por las violaciones de los derechos humanos en todas partes y en cualquier momento”.¹¹¹ Tal como me permití señalar en mi voto concurrente en la *Opinión consultiva número 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (1999):

Las propias emergencia y consolidación del *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se deben a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección (párrafos 3–4).

24. En seguida, en el referido voto concurrente en la *Opinión consultiva número 16*, dejé constancia del reconocimiento en nuestros días de la necesidad de restituir al ser humano la posición central, “como sujeto del derecho tanto interno como internacional” (párrafo 12), y añadí:

Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última se han afirmado los derechos del ser humano emanados directamente del derecho internacional y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno (párrafo 14).

25. En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes indocumentados en búsqueda de la supervivencia, han en definitiva despertado la conciencia jurídica universal de la apremiante necesidad de volver a conceptuar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la conciencia jurídica universal para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo.¹¹² También en el caso *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (sentencia sobre el fondo del 25 de noviembre de 2000), me permití insistir en el punto; en mi voto razonado reafirmé que:

La existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la *opinio iuris communis*) [...] constituye, en mi entender, la fuente material por excelencia (más allá de las

¹¹¹ A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 413, y también p. 88.

¹¹² Tal como enfatiqué en mi ya citado voto concurrente en el caso de los haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana (medidas provisionales de protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párrafo 12).

fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico, sino también en el espiritual (párrafo 16, y véase también párrafo 28).

26. A partir de ahí urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes en este inicio del siglo XXI con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando la ser humano en la posición central¹¹³ y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo. La existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu, fue el punto de partida, *v. gr.*, de las reflexiones de Jacques Maritain, para quien el verdadero progreso significaba la ascensión de la conciencia, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia.¹¹⁴ La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años 60, de la dimensión internacional a la universal, bajo la gran influencia del desarrollo del propio derecho internacional de los derechos humanos. El reconocimiento de ciertos valores fundamentales sobre la base de un sentido de justicia objetiva en mucho ha contribuido a la formación de la *opinio iuris communis*¹¹⁵ en las últimas décadas del siglo XX, que cabe seguir desarrollando en nuestros días para hacer frente a las nuevas necesidades de protección del ser humano.
27. A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional de este inicio del siglo XXI encuéntrase, pues, demasiado distante de los ideales de los fundadores del derecho de gentes (*supra*), no hay que capitular ante esta realidad, sino más bien enfrentarla. Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto al de la época de Vitoria, Suárez y Grotius, quienes propugnaron por una *civitas maxima* regida por el derecho de gentes, el nuevo *ius gentium* reconstruido por ellos. Pero aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, o sea, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) como a los seres humanos (el derecho de gentes), de conformidad con ciertas pautas universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social. Hay, pues, que empeñarse en un verdadero retorno a los orígenes del derecho de gentes,

¹¹³ Trátase de una verdadera reconstrucción; hace más de medio siglo, Maurice Bourquin advertía que “ni au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique. [...] L'être humain [...] y occupe une place de plus en plus considérable”; M. Bourquin, “L'humanisation du droit des gens”, en *La technique et les principes du droit public. Études en l'honneur de Georges Scelle*, París, LGDJ, tomo I, 1950, pp. 53–54.

¹¹⁴ J. Maritain, *Los derechos del hombre y la ley natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982, pp. 12, 18, 38, 43 y 94–96, y véase también p. 69. Se imponía la liberación de las servidumbres materiales para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana (pp. 50 y 105–108). Al afirmar que “la persona humana trasciende el Estado”, por cuanto tiene “un destino superior al tiempo”, agregó que “cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal” (pp. 79–82, y también p. 104).

¹¹⁵ Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Ámsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y véanse también pp. 246, 253–255.

mediante el cual se impulsará el actual proceso histórico de humanización del derecho internacional.

28. Si es cierto que el drama de los numerosos refugiados, desplazados y migrantes indocumentados presenta hoy un enorme desafío a la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, también es cierto que las reacciones a las violaciones de sus derechos fundamentales son hoy inmediatas y contundentes, en razón precisamente del despertar de la conciencia jurídica universal de la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias. La emergencia y consagración del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo (véase *infra*) constituye, a mi modo de ver, una manifestación inequívoca de este despertar de la conciencia jurídica universal.
29. En el curso del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la presente *Opinión consultiva*, el Estado solicitante, México, destacó con pertinencia la importancia de la llamada cláusula Martens como elemento de interpretación del derecho (sobre todo humanitario), que podría incluso amparar a los migrantes. Al respecto, creo que es posible ir aún más allá: al menos una corriente de la doctrina jurídica contemporánea ha llegado a caracterizar la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general,¹¹⁶ y nadie osaría hoy negar que las “leyes de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública” invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *ius cogens*.¹¹⁷ La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla –como lo he afirmado en una obra reciente– como expresión de la razón de humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d’État*).¹¹⁸
30. Uno de los aportes significativos de la presente *Opinión consultiva número 18 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados* reside en su determinación del amplio alcance del debido proceso legal (párrafo 124). En su anterior *Opinión consultiva número 16 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, la Corte Interamericana subrayó la evolución histórica del debido proceso legal en el sentido de su expansión *ratione materiae* (párrafos 117 y 119), mientras que, en la presente *Opinión consultiva número 18* examina dicha expansión *ratione personae* y determina que “el derecho al debido proceso debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo migrante, independientemente de

¹¹⁶ F. Münch, “Le rôle du droit spontané”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al profesor Dr. A. Truyol Serra*, Madrid, Universidad Complutense, tomo II, 1986, p. 836.

¹¹⁷ S. Miyazaki, “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l’honneur de J. Pictet* (ed. de Christophe Swinarski), Ginebra y La Haya, CICR-Nijhoff, 1984, pp. 438 y 440.

¹¹⁸ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de derecho internacional*, *supra* nota 21, tomo III, p. 509, y véase también pp. 497–509.

su condición migratoria” (párrafo 122). La acertada conclusión de la corte, en el sentido de que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna” (punto resolutivo número 7), atiende efectivamente las exigencias y los imperativos del bien común.

IV. La construcción del derecho individual subjetivo al asilo

31. La propia noción del bien común debe ser considerada no en relación con un medio social *in abstracto*, sino con la totalidad de los seres humanos que lo componen, independientemente de la condición política o migratoria de cada uno. Los derechos humanos trascienden en mucho los llamados “derechos de la ciudadanía”, “concedidos” por el Estado. El bien común, como lo sostenía con acierto Jacques Maritain, se erige en la propia persona humana (más que en individuos o ciudadanos) y el concepto de personalidad abarca la dimensión más profunda del ser o del espíritu.¹¹⁹ El bien común es “común” porque se proyecta y se refleja en las personas humanas.¹²⁰ Si se requiriera de determinados individuos que capitulasen frente al todo social, que se despojasen de los derechos que le son inherentes (en razón, *v. gr.*, de su condición política o migratoria), que confiasen su destino enteramente al todo social artificial, en tales circunstancias la noción misma de bien común desaparecería por completo.¹²¹
32. A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a emigrar como corolario del derecho a la libertad de desplazamiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlativo de inmigrar, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal.¹²² Al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del derecho internacional, el derecho de gentes, y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes “ilegales”.
33. Por otro lado, también hay Estados que han buscado soluciones para el problema. El hecho de que 12 Estados acreditados participaran en el procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana que precedió a la adopción de la presente *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados* es sintomático del propósito

¹¹⁹ J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002, pp. 29–30, 40 y 105.

¹²⁰ *Ibid.*, pp. 49, 76 y 103–104. Cualquier entendimiento en contrario muy probablemente llevaría a abusos (propios del autoritarismo y de los regímenes represivos) y violaciones de los derechos humanos; *ibid.*, p. 50 y también pp. 95–97.

¹²¹ Véase *ibid.*, pp. 92–93.

¹²² A. A. Cañado Trindade, *Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados*, *infra* nota 178, pp. 15–16 y 18.

común de la búsqueda de dichas soluciones. Del análisis de los argumentos presentados en el transcurso del mencionado procedimiento por México, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica y Canadá se desprende, de modo alentador, como denominador común, el reconocimiento de que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones, a la luz del principio de la igualdad y la no discriminación, independientemente de que tales personas sean nacionales o extranjeras.

34. Además, en el mismo procedimiento ante la Corte Interamericana atinente a la presente *Opinión consultiva*, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), al enfatizar la situación de vulnerabilidad de los migrantes, se refirió al nexo existente entre migración y asilo, y agregó con lucidez que la naturaleza y complejidad de los desplazamientos contemporáneos dificultan establecer una clara línea de distinción entre refugiados y migrantes. Esta situación, que involucra a millones de seres humanos,¹²³ revela una nueva dimensión de la protección del ser humano en determinadas circunstancias, y subraya la importancia capital del principio fundamental de la igualdad y la no discriminación, al cual me referiré más adelante (véanse párrafos 59–64, *infra*).
35. Trátase, en realidad, de un gran desafío a la salvaguardia de los derechos de la persona humana en nuestros días en este inicio del siglo XXI. Al respecto, no hay que pasar sin advertir que, como ya se ha señalado, el *ius communicationis* y la libertad de desplazamiento, propugnados desde los siglos XVI y XVII, perduraron por mucho tiempo, y sólo en una época histórica más bien reciente pasaron a manifestarse restricciones a ellos (véase párrafo 9, *supra*). En efecto, sólo en la segunda mitad del siglo XIX, cuando la inmigración penetró en definitiva en la esfera del derecho interno, pasó a sufrir restricciones sucesivas y sistemáticas.¹²⁴ De ahí la importancia creciente de la prevalencia de determinados derechos, como el derecho de acceso a la justicia (el derecho a la justicia *lato sensu*), a la vida privada y familiar (comprendiendo la unidad familiar), a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes. Es éste un tema que trasciende la dimensión puramente estatal o interestatal,¹²⁵ y que tiene que ser abordado a la luz de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes, incluidos los indocumentados.
36. Tampoco hay que dejar de advertir en el presente contexto la doctrina más lúcida que llevó en el pasado a la configuración del estatuto del asilo territorial. En efecto, la historia *iuris* de la institución del asilo ha sido marcada por la tensión entre su caracterización

¹²³ Véanse notas 76 y 100, *supra*.

¹²⁴ F. Rigaux, “L’immigration: droit international et droits fondamentaux”, en *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruselas, Bruylant, 2000, pp. 693–696.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 707–708, 710–713, 717–720 y 722.

como una facultad discrecional del Estado o como un derecho individual subjetivo. No es mi propósito entrar a examinar a fondo este instituto en el presente voto concurrente, sino más bien referirme a un aspecto pertinente a la materia objeto de la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana. En los últimos años, con las crecientes restricciones en el uso por los Estados de la autoatribuida facultad de control migratorio, es la primera corriente que parece imponerse *de facto*,¹²⁶ en detrimento de la tesis del derecho individual subjetivo.

37. Recuérdese que la malograda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, realizada en Ginebra en 1977, no consiguió obtener un consenso universal en cuanto al asilo como derecho individual y, desde entonces, el unilateralismo estatal se tornó sinónimo de la precariedad del asilo.¹²⁷ Las medidas “proteccionistas” de los Estados industrializados (en relación con los flujos migratorios “indeseables”) se han alejado de la mejor doctrina jurídica y han generado distorsiones en la práctica relativa a la institución del asilo.¹²⁸
38. Sin embargo, el derecho internacional de los derechos humanos ha reaccionado para responder a las nuevas necesidades de protección, y es perfectamente posible que estemos testimoniando los inicios de la formación de un verdadero derecho humano a la asistencia humanitaria.¹²⁹ Estamos ante dos enfoques distintos del ordenamiento jurídico internacional, uno centrado en el Estado y el otro (que firmemente sostengo) centrado en la persona humana. Estaría en conformidad con este último la caracterización del derecho de asilo como un derecho individual subjetivo. El *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos contiene, en efecto, elementos que pueden conllevar a la construcción (o quizás reconstrucción) de un verdadero derecho individual al asilo.¹³⁰
39. Hay que tener presente que la institución del asilo es mucho más amplia que el sentido atribuido al asilo en el ámbito del derecho de los refugiados (*v. gr.*, equiparado al refugio).

¹²⁶ En ésta, como en otras áreas del ordenamiento jurídico internacional, ha persistido una tensión latente y recurrente entre la vigencia de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados y la insistencia de éstos en seguir buscando por sí mismos la satisfacción de sus propios intereses, tal como los perciben. Véase, *v. gr.*, J. G. Kim y J. M. Howell, *Conflict of International Obligations and State Interests*, La Haya, Nijhoff, 1972, pp. 68 y 112.

¹²⁷ Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, *op. cit.*, *supra* nota 107, pp. 107 y 140. Sobre la malograda Conferencia sobre Asilo Territorial de 1977, véase el relato “Diplomatic Conference on Territorial Asylum”, *Review of the International Commission of Jurists*, núm. 18, junio de 1977, pp. 19–24 y P. Weis, “The Present State of International Law on Territorial Asylum”, *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht/Annuaire suisse de droit international*, núm. 31, 1975, pp. 71–96.

¹²⁸ F. Crepeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, *supra* nota 107, pp. 306–317, 324–330 y 335–339.

¹²⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de las comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. Medidas provisionales de protección del 06/03/2003*, voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 6.

¹³⁰ Véase *v. gr.*, *Declaración universal de los derechos humanos*, artículo 14 (1); *Convención americana sobre derechos humanos*, artículo 22 (7); *Convención de la OUA (de 1969) rigiendo aspectos específicos de los problemas de refugiados en África*, artículo II (1) y (2).

Además, la institución del asilo (género al cual pertenece en particular la especie del asilo territorial) antecede históricamente en mucho tiempo el propio *corpus iuris* del derecho de los refugiados. El *aggiornamento* y una comprensión más integral del asilo territorial –que podrían realizarse a partir del artículo 22 de la *Convención americana sobre derechos humanos*– podrían venir en socorro de los trabajadores migrantes indocumentados, poniendo fin a su clandestinidad y vulnerabilidad. Para ello, tendría que ser o volver a ser reconocido precisamente como un derecho individual subjetivo¹³¹ y no como una facultad discrecional del Estado.

40. De igual modo, en cuanto a los refugiados se les “reconoce” y no se les “otorga” su condición; no se trata de una simple “concesión” de los Estados. Sin embargo, la terminología hoy día comúnmente empleada es un reflejo de los retrocesos que lamentablemente testimoniamos. Por ejemplo, hay términos, como “protección temporaria”, que parecen implicar una relativización de la protección integral otorgada en el pasado. Otros términos (*v. gr.*, “refugiados en órbita”, “desplazados en tránsito”, “*safe havens*”, “convención *plus*”) parecen revestirse de cierto grado de surrealismo, mostrándose francamente abiertos a todo tipo de interpretación (incluso retrógrada), en lugar de atenerse a lo esencialmente jurídico y a las conquistas del derecho en el pasado. Es quizá sintomático de nuestros días que se tengan que invocar las conquistas del pasado para frenar retrocesos aún mayores en el presente y en el futuro. En este momento –de sombras, más que de luz– que vivimos, hay al menos que preservar los avances logrados por generaciones pasadas para evitar un mal mayor.

41. No hay que olvidar, pues, que ha habido manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo que afirman el carácter de *ius cogens* del principio del *non-refoulement*.¹³² Esta postura se muestra conforme al pensamiento de los fundadores del derecho internacional: mientras Francisco de Vitoria sostenía el *ius communicationis*, Francisco Suárez, en la misma línea de pensamiento, visualizaba un “derecho natural subjetivo” propio del *ius gentium* en un sentido comparable al utilizado en nuestros días¹³³ en el universo conceptual del derecho internacional de los derechos humanos.

¹³¹ En el mismo año de la adopción de la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948, mientras se discutía en el seno del *Institut de Droit International* si el asilo era un derecho del Estado o del individuo (véase *Annuaire del Institut de Droit International*, 1948, pp. 199–201 y 204–205), frente a las incertidumbres manifestadas G. Scelle comentó que “el asilo se tornó una cuestión de *ordre public universal*” (*ibid.*, p. 202). Dos años después, el tema volvió a ser discutido en el mismo *Institut* (en los debates del 07-08/09/1950): con base en el impacto de los derechos humanos en el derecho internacional (véase *Annuaire de l’Institut de Droit International*, 1950, núm. II, p. 228) se planteó la posibilidad del establecimiento de *lege ferenda* de una obligación de los Estados de conceder asilo. A pesar de cierta oposición a la idea, afortunadamente no faltaron los juristas que respaldaron el establecimiento de dicha obligación estatal, o al menos la tomaron en serio; véase *ibid.*, pp. 204 y 221 (F. Castberg), p. 200 (H. Lauterpacht), 204-205 (P. Guggenheim) y 225 (A. de La Pradelle).

¹³² G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, *supra* nota 24, pp. 143–144, 146, 149 y 172–173.

¹³³ *Ibid.*, p. 23.

42. Naturalmente no faltarán los “realistas” que objetarán que el derecho individual subjetivo del asilo es una utopía. A ellos yo replicaría que la alternativa a la utopía es la desesperación. Hace más de tres décadas (y la situación de los millones de desarraigados sólo se ha agravado desde entonces) L. Legaz y Lacambra advertían que:

La existencia de “pueblos proletarios” significa un contrasentido si se afirma la idea de una comunidad internacional; y, sobre todo, constituye una injusticia cuando ya hay pueblos que han alcanzado una fase de máximo desarrollo y nivel económico, social y cultural, que contrasta duramente con la situación de miseria de tantos otros. Hay una obligación de la comunidad internacional hacia sus miembros más indigentes y necesitados que, en esa dimensión, encarnan también la idea de la humanidad como sujeto de derecho.

Se patentiza, pues, en la evolución del derecho un sentido humano –humanista y humanitario [...]: deja de ser un orden coactivo del Estado y se incorpora más y más a unas formas de vida social abiertas a la creciente comunicación entre todos los hombres [...]. Todo eso, y sólo eso, es lo que da sentido a la personalización y subjetivación jurídica de la humanidad.¹³⁴

43. En su biografía de Erasmo de Rotterdam (1467–1536) Stefan Zweig, uno de los más lúcidos escritores del siglo xx, destacó, en el precioso legado del gran humanista, la tolerancia para poner fin, sin violencia, a los conflictos que dividen a los seres humanos y a los pueblos. Erasmo, pacifista y defensor de la libertad de conciencia, identificaba en la intolerancia el mal hereditario de la sociedad humana que había que erradicar. Aunque el ideal de Erasmo no se haya realizado hasta la fecha, no por eso está desprovisto de valor. En las palabras penetrantes de Zweig:

Una idea que no llega a verse encarnada es, por ello, invencible, ya que no puede probarse su falsedad; lo necesario, aunque se dilate su realización, no por eso es menos necesario; muy a la inversa, sólo los ideales que no se han gastado y comprometido por la realización continúan actuando en cada generación como elemento de impulso moral. Sólo las ideas que no han sido cumplidas retornan eternamente. [...] Lo que Erasmo, este anciano desengañado y, sin embargo, no excesivamente desengañado, nos dejó como herencia [...] no era otra cosa sino el renovado y soñado antiquísimo deseo de todas las religiones y mitos de una futura y continuada humanización de la humanidad y de un triunfo de la razón. [...] Y aunque los cautos y fríos calculadores puedan volver a demostrar siempre la falta de porvenir del erasmismo, y aunque la realidad parezca darles cada vez la razón, siempre serán necesarios aquellos espíritus que señalan lo que liga entre sí a los pueblos más allá de lo que los separa, y que renuevan fielmente, en el corazón de la humanidad, la idea de una edad futura de más elevado sentimiento humano.¹³⁵

¹³⁴ L. Legaz y Lacambra, “La humanidad, sujeto de derecho”, en *Estudios de derecho internacional público y privado. Homenaje al profesor L. Sela Sampil*, Oviedo, Universidad de Oviedo, tomo II, 1970, pp. 558–559.

¹³⁵ S. Zweig, *Triunfo y tragedia de Erasmo de Rotterdam*, Barcelona, Ed. Juventud, quinta edición, 1986, pp. 205–207; S. Zweig, *Érasme. Grandeur et décadence d'une idée*, París, Grasset, 2002, pp. 183–185.

V. La posición y el papel de los principios generales del derecho

44. Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín *principium*) que, evocando las causas primeras, fuentes u orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos los que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico y su papel en el universo conceptual del derecho.
45. Los principios generales del derecho ingresaron en la cultura jurídica con raíces históricas que se remontan, *v. gr.*, al derecho romano, y pasaron a vincularse con la propia concepción del Estado democrático de derecho, sobre todo a partir de la influencia del pensamiento iluminista. A pesar de la aparente indiferencia con que fueron tratados por el positivismo jurídico (siempre buscando demostrar un “reconocimiento” de dichos principios en el orden jurídico positivo), y a pesar de la menor atención a ellos dispensada por la doctrina jurídica apresurada y reduccionista de nuestros días, nunca podremos prescindir de ellos.
46. De los *prima principia* emanan las normas y reglas que en ellos encuentran su sentido. Los principios se encuentran así presentes en los orígenes del propio derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos a buscar: el bien común (de todos los seres humanos y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, y la preservación de la paz. Al contrario de los que intentan —a mi juicio en vano— minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el “orden jurídico” simplemente no se realiza, y deja de existir como tal.
47. La identificación de los principios básicos ha acompañado *pari passu* la emergencia y consolidación de todos los dominios del derecho y todas sus ramas (civil, procesal civil, penal, procesal penal, administrativo, constitucional y así sucesivamente). Es así con el derecho internacional público,¹³⁶ con el derecho internacional de los derechos humanos,

¹³⁶ *V. gr.*, principio de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, principio de la solución pacífica de las controversias internacionales, principio de la no intervención en las relaciones interestatales, principio de la igualdad jurídica de los Estados, principio de la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, principio de la cooperación internacional. Véase A. A. Cançado Trindade, *O direito internacional em um mundo em transformação*, Río de Janeiro, Editorial Renovar, 2002, pp. 91–140.

con el derecho internacional humanitario,¹³⁷ con el derecho internacional de los refugiados,¹³⁸ con el derecho penal internacional.¹³⁹ Por más circunscrito o especializado que sea un régimen jurídico, ahí se encuentran sus principios básicos como, *v. gr.*, en el derecho ambiental internacional,¹⁴⁰ en el derecho del mar,¹⁴¹ en el derecho del espacio exterior,¹⁴² entre otros tantos. Como fue señalado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el procedimiento atinente a la presente *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, la propia OIT ha buscado identificar los “principios y derechos fundamentales en el trabajo” mediante la declaración adoptada en junio de 1998.

48. Algunos de los principios básicos son propios de determinadas áreas del derecho, otros están presentes en todas las áreas. La normativa jurídica (nacional o internacional) opera movida por los principios, algunos de ellos rigiendo las propias relaciones entre los seres humanos y el poder público (como los principios de la justicia natural, del Estado de derecho, de los derechos de la defensa, del derecho al juez natural, de la independencia de la justicia, de la igualdad de todos ante la ley y de la separación de los poderes, entre otros). Los principios alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad. De ahí el continuo y eterno “renacimiento” del derecho natural, el cual jamás ha desaparecido.

49. No se trata más de un retorno al derecho natural clásico, sino más bien de la afirmación o restauración de un patrón de justicia, anunciado por los principios generales del derecho, mediante el cual se evalúa el derecho positivo.¹⁴³ Al sostener que la *opinio iuris* está por encima de la voluntad estatal, F. Castberg ha ponderado con acierto que:

The experiences of our own age, with its repellent cruelties and injustice under cover of positive law, have in fact confirmed the conviction that something—even though it is only certain fundamental norms—must be objectively valid. This may consist of principles which

¹³⁷ Principio de humanidad, principio de la proporcionalidad, principio de distinción (entre combatientes y población civil), principio según el cual la elección de métodos o medios de combate no es ilimitada, principio que exige evitar sufrimientos innecesarios o males superfluos.

¹³⁸ Principio del *non-refoulement*, principio de humanidad.

¹³⁹ Principio de la legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), principio de la responsabilidad penal individual, principio de la presunción de la inocencia, principio de la no retroactividad, principio del juicio justo.

¹⁴⁰ *V. gr.*, principio de la precaución o la debida diligencia, principio de la prevención, principio de la responsabilidad común pero diferenciada, principio de la equidad intergeneracional, principio del pagador.

¹⁴¹ *V. gr.*, principio del patrimonio común de la humanidad (fondos oceánicos), principio de los usos pacíficos del mar, principio de la igualdad de derechos (en la alta mar), principio de la solución pacífica de las controversias, principios de la libertad de navegación y del paso inocente, principios de la equidistancia y de las circunstancias especiales (delimitación de espacios marítimos).

¹⁴² *V. gr.*, principio de la no apropiación, principio de los usos y fines pacíficos, principio de la repartición de los beneficios de la exploración espacial.

¹⁴³ C. J. Friedrich, *Perspectiva histórica da filosofia do direito*, Río de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196–197, 200–201 y 207. Véase además, en general, *v. gr.*, Y. R. Simon, *The Tradition of Natural Law. A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), Nueva York, Fordham University Press, 2000, pp. 3–189; A. P. d'Entrèves, *Natural Law*, Londres, Hutchinson University Library, 1972, pp. 13–203.

appear to be valid for every human community at any time. [...] The law can and should itself move forward in the direction of greater expedience and justice, and to a higher level of humanity.¹⁴⁴

Este “eterno retorno” del iusnaturalismo ha sido, así, reconocido por los propios iusinternacionalistas,¹⁴⁵ contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación del primado, en el orden de los valores, de las obligaciones en materia de derechos humanos *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo.¹⁴⁶ Lo que es cierto es que no hay derecho sin principios, los cuales informan y conforman las normas y reglas jurídicas.

50. En la medida en que se forma un nuevo *corpus iuris*, hay que atender a la apremiante necesidad de identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de “justificación” de la “realidad” de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico.¹⁴⁷

51. Los principios generales del derecho han contribuido a la formación de normativas de protección del ser humano. El recurso a dichos principios se ha dado, en el plano normativo, como respuesta a nuevas necesidades de protección del ser humano. Nadie osaría negar su relevancia, *v. gr.*, en la formación histórica del derecho internacional de los refugiados, o más recientemente en la emergencia, en los últimos años, de la normativa internacional atinente a los desplazados internos.¹⁴⁸ Nadie osaría negar su incidencia –para citar otro ejemplo– en el régimen jurídico aplicable a los extranjeros. Al respecto, se ha sugerido que

¹⁴⁴ F. Castberg, “Natural Law and Human Rights”, *Revue des droits de l’homme / Human Rights Journal*, núm. 3, 1968, p. 37 y también pp. 21–22. [Traducción: “las experiencias de nuestra época, con sus crueldades e injusticia repelentes encubiertas por el derecho positivo, han realmente confirmado la convicción de que algo –aunque sea solamente ciertas normas fundamentales– debe ser objetivamente válido. Esto puede consistir en principios que parecen ser válidos para toda comunidad humana en cualquier tiempo. [...] El derecho puede y debería avanzar hacia una mayor agilidad y justicia, y hacia un más alto nivel de humanidad”].

¹⁴⁵ Véase L. Le Fur, “La théorie du droit naturel depuis le xvii^e. siècle et la doctrine moderne”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 18, 1927, pp. 297–399; A. Truyol y Serra, “Théorie du droit international public. Cours général”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, 1981 pp. 142–143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, cuarta edición revisada, 1977, pp. 69 y 105; J. Puente Egido, “Natural Law”, en *Encyclopaedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), Amsterdam, North-Holland, vol. 7, 1984, pp. 344–349.

¹⁴⁶ J. A., Carrillo Salcedo, “Derechos humanos y derecho internacional”, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, núm. 22, Madrid, 2000, p. 75.

¹⁴⁷ G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 207, 1987, p. 378: “soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n’y a pas de système de tout”.

¹⁴⁸ Véase W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement. Annotations*, Washington DC, ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 6–74 y F. M. Deng, *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, Washington DC, Brookings Institution, 1993, pp. 1–148.

ciertos principios generales del derecho se aplican específica o predominantemente a los extranjeros, *v. gr.*, el principio de la unidad de la familia y el principio de la prohibición de la extradición siempre y cuando presente ésta riesgos de violaciones de los derechos humanos.¹⁴⁹

VI. Los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico

52. Los principios generales del derecho han inspirado así no sólo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso *legiferante* [*sic*] de su elaboración. Reflejan ellos la *opinio iuris*, la cual, a su vez, se encuentra en la base de la formación del derecho,¹⁵⁰ y es decisiva para la configuración del *ius cogens*¹⁵¹ (véase *infra*). Dichos principios marcan presencia en los planos tanto nacional como internacional. Si, en el marco de este último, se ha insistido en el capítulo de las “fuentes” (formales) del derecho internacional en los principios generales “reconocidos” *in foro domestico*, esto se debió a un afán de proceder con seguridad jurídica,¹⁵² pues dichos principios se encuentran presentes en todo y cualquier sistema jurídico (véase *supra*), en los niveles nacional o internacional. En suma, en todo sistema jurídico (de derecho interno o internacional) los principios generales marcan presencia, asegurando su coherencia y revelando su dimensión axiológica. Cuando uno se aleja de los principios se incurre en distorsiones y violaciones graves del orden jurídico, incluso positivo.

53. Hay principios generales del derecho que parecen ser verdaderamente fundamentales, a punto de identificarse con los propios fundamentos del sistema jurídico.¹⁵³ Dichos principios fundamentales revelan los valores y fines últimos del ordenamiento jurídico internacional, lo guían y lo protegen de las incongruencias de la práctica de los Es-

¹⁴⁹ C. Pierucci, “Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, núm. 10, 1999, nota 37, pp. 8, 12, 15, 17, 21, 24 y 29–30. Entre dichos principios, aplicables a los extranjeros, hay los consagrados inicialmente en el plano internacional (*v. gr.*, en el marco del derecho de la extradición y del derecho de asilo o refugio) que se han proyectado en el plano del derecho interno; véase *ibid.*, pp. 7–32, esp. pp. 8, 15–21 y 30–32.

¹⁵⁰ Sobre el amplio alcance de la *opinio iuris* en la formación del derecho internacional contemporáneo, véase A. A. Cançado Trindade, “A formação do direito internacional contemporâneo: Reavaliação crítica da teoria clássica de suas ‘fontes’”, *Curso de derecho internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano*, vol. 29, 2002, 51–65, esp. 54–57.

¹⁵¹ B. Simma, “International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis”, *Collected Courses of the Academy of European Law*, vol. 4, Florencia, 1993-II, pp. 226–229.

¹⁵² *Ibid.*, p. 224.

¹⁵³ G. Cohen-Jonathan, “Le rôle des principes généraux dans l’interprétation et l’application de la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, en *Mélanges en hommage à L. E. Pettiti*, Bruselas, Bruylant, 1998, pp. 192–193; F. Sudre, “Existe-t-il un ordre public européen?”, en *Quelle Europe pour les droits de l’homme?*, Bruselas, Bruylant, 1996, pp. 57–59.

tados, y atienden las necesidades de la comunidad internacional.¹⁵⁴ Dichos principios, como expresión de la “idea de justicia”, tienen un alcance universal; no emanan de la “voluntad” de los Estados, pero son dotados de un carácter objetivo que los imponen a la observancia de todos los Estados.¹⁵⁵ De ese modo —como lo señala lúcidamente A. Favre— aseguran la unidad del derecho a partir de la idea de la justicia en beneficio de toda la humanidad.¹⁵⁶

54. Es evidente que estos principios de derecho no dependen de la “voluntad”, ni del “acuerdo”, ni del consentimiento de los sujetos de derecho; siendo los derechos fundamentales de la persona humana el “fundamento necesario de todo orden jurídico”, que no conoce fronteras, el ser humano es titular de derechos inalienables que no dependen de su condición de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.¹⁵⁷ En el dominio del derecho internacional de los derechos humanos, un ejemplo de principios generales de derecho reside en el principio de la dignidad del ser humano; otro reside en el de inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano. En la presente *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana se ha referido expresamente a ambos principios (párrafo 157).

55. Además, en su *jurisprudence* constante, la Corte Interamericana, al interpretar y aplicar la *Convención americana*, ha recurrido siempre, asimismo, a los principios generales del derecho.¹⁵⁸ Entre estos principios, los que se revisten de carácter verdaderamente fundamental, a los cuales aquí me refiero, en realidad forman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, revelando el derecho al derecho de que son titulares todos los seres humanos,¹⁵⁹ independientemente de su condición de ciudadanía o cualquier otra circunstancia. Y no

¹⁵⁴ M. Koskenniemi, “General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law”, en *Sources of International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 360–365, 377, 381, 387, 390 y 395–398.

¹⁵⁵ A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, en *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginebra, IUHEI, 1968, p. 374 y también 369.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 375–376 y 379.

¹⁵⁷ *Ibid.*, pp. 376–380, 383, 386 y 389–390.

¹⁵⁸ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (C/IADH), *Caso de los cinco pensionistas vs. Perú* (sentencia del 28/02/2003), párrafo 156; C/IADH, caso *Cantos vs. Argentina* (Exc. prel., sentencia del 07/09/2001), párrafo 37; C/IADH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá* (sentencia del 02/02/2001), párrafo 98; C/IADH, *Caso Neira Alegría vs. Perú* (Exc. prel., sentencia del 11/12/1991), párrafo 29; C/IADH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (sentencia del 29/07/1988), párrafo 184 y véanse también C/IADH, *Opinión consultiva número 17 sobre la condición jurídica y derechos humanos del niño* (del 28/08/2002), párrafos 66 y 87; C/IADH, *Opinión consultiva número 16 sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* (del 01/10/1999), párrafos 58, 113 y 128; C/IADH, *Opinión consultiva número 14 sobre la responsabilidad internacional por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención americana sobre derechos humanos* (del 09/12/1994), párrafo 35.

¹⁵⁹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos, supra* nota 94, tomo III, pp. 524–525.

podría ser de otro modo, porque los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden sólo a los que el derecho positivo estatal considera ciudadanos, no amparando, pues, a los migrantes indocumentados. Como proclamó con vehemencia, en un raro momento de iluminación, la *Declaración universal de los derechos humanos* de 1948 (artículo 1): “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

56. La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su condición de ciudadanía o cualquier otra circunstancia.¹⁶⁰ El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano a su vez se identifica como una premisa básica de la construcción de todo el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos.
57. No puede haber dudas en cuanto al alcance de los referidos principios fundamentales, y si por ventura existieran dudas es función del jurista aclararlas y no perpetuarlas, para que el derecho realice su función primordial de impartir justicia.¹⁶¹ Es aquí que el ineluctable recurso a los principios generales del derecho puede ayudar a disipar cualquier duda que se pueda plantear en cuanto al alcance de los derechos individuales. Es cierto que las normas son jurídicamente obligatorias, pero cuando ellas se apartan de los principios su aplicación conlleva a lesiones de los derechos individuales y a graves injusticias (*v. gr.*, la discriminación *de iure*).
58. En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que forman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del *ius cogens*, del derecho imperativo (véase *infra*). En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el *ius cogens*) como identificado con los principios generales del derecho de orden material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión.¹⁶² Tales principios son indispensables (el *ius necessarium*), y son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una “idea de justicia objetiva” (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional.¹⁶³

¹⁶⁰ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l’homme*, París, CERIC-Université d’Aix-Marseille, 1999, p. 18.

¹⁶¹ M. Chemillier-Gendreau, “Principe d’égalité et libertés fondamentales en droit international”, en *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* (eds. E. Yakpo y T. Boumedra), La Haya, Kluwer, 1999, pp. 659–669.

¹⁶² R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, París, PUF, 2001, p. 98.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 104–105 y 110–112.

VII. El principio de la igualdad y la no discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos

59. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, otro de los principios fundamentales, no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha pero que permea todo su *corpus iuris*, es precisamente el principio de la igualdad y la no discriminación. Dicho principio, consagrado, como recuerda la Corte Interamericana en la presente *Opinión consultiva* (párrafo 86), en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, reviste especial importancia en relación con la protección de los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores migrantes indocumentados en particular. A la par del elemento constitutivo de la igualdad —esencial al propio Estado de derecho—¹⁶⁴ el otro elemento constitutivo, el de la no discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales,¹⁶⁵ cobra importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La discriminación es definida en las convenciones sectoriales destinadas a su eliminación esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción, limitación o privilegio en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados.¹⁶⁶ La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.

60. Sobre este asunto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y la no discriminación como uno de los pilares del derecho internacional de los derechos humanos,¹⁶⁷ e incluso elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario.¹⁶⁸ Al fin y al cabo, la normativa del derecho internacional “debe, por

¹⁶⁴ G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, París, LGDJ, 1996, p. 17.

¹⁶⁵ *Declaración universal de los derechos humanos*, artículos 2 y 7; *Pacto de derechos civiles y políticos*, artículos 2(1) y 26; *Pacto de derechos económicos, sociales y culturales*, artículos 2 y 3; *Convención europea de derechos humanos*, artículos 1(1) y 14; *Convención americana sobre derechos humanos*, artículos 1(1) y 24; *Carta africana de los derechos humanos y de los pueblos*, artículos 2 y 3; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículos 1(1) y 7; además del *corpus iuris* de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de la *Convención de la OIT sobre discriminación en materia de empleo y ocupación* (1958), de la *Convención de la UNESCO contra la discriminación en la educación* (1960), así como de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones* (1981).

¹⁶⁶ Véase, *v. gr.*, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, artículo 1(1); *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, artículo 1; *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, artículo 7; *Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad* (de 1999), artículo 1(2), entre otras.

¹⁶⁷ A. Eide y T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Instituto Noruego de Derechos Humanos, publicación número 1, 1990, p. 4 y también pp. 1–44 (estudio reproducido en T. Opsahl, *Law and Equality. Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165–206). Y, para un estudio general, véase M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1976, pp. 1–240.

¹⁶⁸ Y. Dinstein, “Discrimination and International Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 15, 1985, pp. 11 y 27.

definición, ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional”.¹⁶⁹ No es mi propósito abundar en este voto concurrente sobre la jurisprudencia internacional al respecto, por cuanto ya se encuentra analizada en detalle en una de mis obras.¹⁷⁰ Me limito, pues, a señalar aquí en resumen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general –al igual que la presente *Opinión consultiva número 18* de la Corte Interamericana (párrafos 84 y 168)– en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificación objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.

61. De acuerdo con el *Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas*, el Comité de Derechos Humanos ha efectivamente señalado el amplio alcance del artículo 26 del *Pacto*, que consagra el principio básico de la igualdad y la no discriminación: en su *Comentario general número 18* (de 1989), el comité sostuvo, sobre dicho principio, el entendimiento en el sentido de que el artículo 26 del *Pacto* consagra un “derecho autónomo”, y la aplicación de aquel principio en él contenido no se limita a los derechos estipulados en el *Pacto*.¹⁷¹ Esta postura avanzada del Comité de Derechos Humanos, sumada a la determinación por la Corte Europea de Derechos Humanos de una violación del artículo 14 de la *Convención europea de derechos humanos* en el caso *Gaygusuz vs. Austria* (1996), así como a los requisitos consagrados en la doctrina jurídica de qué “distinciones” deben ser razonables y conformes con la justicia (para no incurrir en discriminaciones), han llevado a la sugerencia de la emergencia y evolución de un verdadero derecho a la igualdad.¹⁷²
62. Pero a pesar de la búsqueda por la doctrina y la jurisprudencia internacionales de la identificación de bases ilegítimas de la discriminación, esto no me parece suficiente; hay que ir más allá, porque difícilmente la discriminación ocurre con base en un único elemento (*v. gr.*, raza, origen nacional o social, religión y sexo, entre otros), siendo antes una mezcla compleja de varios de ellos (e incluso existen casos de discriminación *de iure*). Además, cuando las cláusulas de no discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente preten-

¹⁶⁹ H. Mosler, “To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38 (1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?”, en *International Law and the Grotian Heritage* (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), La Haya, TMC Asser Instituut, 1985, p. 184.

¹⁷⁰ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Fabris Ed., tomo II, 1999, pp. 76–82.

¹⁷¹ Párrafo 12 del *Comentario general número 18*; el comité subrayó el carácter fundamental de dicho principio (párrafos 1 y 3); véase el texto reproducido en: ONU, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, doc. HRI/GEN/1/Rev. 3 de 1997, pp. 26–29.

¹⁷² Véase A. H. E. Morawa, “The Evolving Human Right to Equality”, *European Yearbook of Minority Issues*, vol. 1, 2001–2002, pp. 163, 168, 190 y 203.

den con esto es eliminar toda una estructura social discriminatoria, teniendo en vista los distintos elementos componentes.¹⁷³

63. Es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (*v. gr., inter alia, status social, renta, estado médico, edad y orientación sexual, entre otras*).¹⁷⁴ En realidad, las causas de las migraciones forzadas (en búsqueda de supervivencia, trabajo y mejores condiciones de vida –véase *supra*) no son fundamentalmente distintas de las del desplazamiento poblacional, y no es mera casualidad que el principio básico de la igualdad y la no discriminación ocupe una posición central en el documento adoptado por Naciones Unidas en 1998 y que contiene los principios básicos sobre desplazamiento interno (*Guiding Principles on Internal Displacement*).¹⁷⁵

64. La idea básica de todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden los derechos que les son inherentes como seres humanos en razón del desplazamiento y que estén protegidos por la normativa del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.¹⁷⁶ En la misma línea de razonamiento, la idea básica subyacente a la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares* (1990) es en el sentido de que todos los trabajadores calificados como migrantes según sus disposiciones deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica; de ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la no discriminación.¹⁷⁷ En suma, los trabajadores migrantes, incluidos los indocumentados, son titulares de los derechos humanos fundamentales que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no).¹⁷⁸ Como conclusión sobre este asunto, al principio fundamental de la igualdad y no discriminación está reservada, desde la *Declaración universal* de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos.

¹⁷³ E. W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, La Haya, Nijhoff, 1973, pp. 129–130.

¹⁷⁴ D. Türk (*rapporteur* especial de la Subcomisión de la ONU para la Prevención de la Discriminación y la Protección de las Minorías), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights. Final Report*, UN doc. E/CN.4/Sub. 2/1992/16, de 03/07/1992, p. 48 y además p. 55. Véase también, *v. gr.*, T. Clark y J. Niessen, “Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America. The Promise, the Practice and Some Remaining Issues”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, núm. 14, 1996, pp. 245–275.

¹⁷⁵ Véase ONU, documento E/CN.4/1998/L. 98 del 14/04/1998, p. 5; véase asimismo los principios 1(1), 4(1), 22 y 24(1). El principio 3(2), a su vez, afirma el derecho de los desplazados internos a la asistencia humanitaria. -

¹⁷⁶ R. Cohen y F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington DC, Brookings Institution, 1998, p. 74.

¹⁷⁷ Tal como se enuncia en su artículo 7.

¹⁷⁸ A. A. Cançado Trindade, *Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados*, ciudad de Guatemala, OIM/IIDH, “Cuadernos de Trabajo sobre Migración”, número 5, 2001, pp. 13 y 18.

VIII. Emergencia, contenido y alcance del *ius cogens*

65. En la presente *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana ha reconocido significativamente que el referido principio fundamental de la igualdad y no discriminación, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, “ha ingresado en el dominio del *ius cogens*”; sobre dicho principio, que “permea todo ordenamiento jurídico” –ha agregado acertadamente la corte– “descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional” (párrafo 101 y véanse los puntos resolutivos números 2 y 4). La corte, además, no se ha eximido de referirse a la evolución del concepto de *ius cogens*, trascendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, con el fin de alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional (párrafos 98–99). En respaldo a este importante pronunciamiento de la corte, me permito agregar algunas reflexiones.

66. La emergencia y consagración del *ius cogens* en el derecho internacional contemporáneo atienden la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *ius cogens* se incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de los tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general en los artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena* (de 1969) *sobre el derecho de los tratados*.¹⁷⁹ La *Convención* consagró el concepto de *ius cogens*, sin con esto adoptar la tesis –defendida en el pasado por A. McNair–¹⁸⁰ de que un tratado podría generar un régimen de carácter objetivo *erga omnes* en derogación del principio clásico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*.¹⁸¹ El concepto parece haber sido reconocido por la *Convención*

¹⁷⁹ Más de tres décadas antes, la expresión “*ius cogens*” fue utilizada por el juez Schücking en su célebre voto razonado en el caso *Oscar Chinn (Reino Unido vs. Bélgica)*, Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), serie A/B, número 63, 1934, pp. 148–150, esp. p. 149. Un año después, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Alfred Verdross también utilizó la expresión “*ius cogens*”, y se refirió al mencionado voto razonado del juez Schücking; véase A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 52, 1935, pp. 206 y 243.

¹⁸⁰ Véase A. D. McNair, “Treaties Producing Effects ‘*Erga Omnes*’”, *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, Milán, Giuffrè, vol. II, 1957, pp. 23–36.

¹⁸¹ S. Rosenne, “Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties”, *Transnational Law in a Changing Society. Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, y O. Lissitzyn), Nueva York y Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207 y véase también Ph. Cahier, “Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 143, 1974, pp. 589–736. Durante los *travaux préparatoires* de la *Convención* efectuados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la noción de “community interest” se hizo presente: primeramente utilizada por J. M. Yepes en 1950, la idea pasó después a aparecer en el primer informe de J. L. Brierly (el primer relator sobre la materia), en el primer informe de H. Lauterpacht (el segundo relator), ausentándose de los informes de G. Fitzmaurice (el tercer relator), para resurgir en el segundo informe de H. Waldock (el cuarto y último relator sobre el tema); S. Rosenne, *op. cit.*, *supra*, pp. 212–219.

de Viena de 1969 como un todo; si ésta dejó de adoptar la noción de tratados, estableciendo el de “regímenes jurídicos de carácter objetivo”, por otro lado consagró el concepto de *ius cogens*,¹⁸² *v. gr.*, de normas imperativas del derecho internacional general.¹⁸³ La consagración del *ius cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada.¹⁸⁴

67. Transcurrida una década y media, el concepto de *ius cogens* volvió a ser consagrado en la *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales* (1986). En mi intervención en la conferencia de las Naciones Unidas que la adoptó me permití advertir la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *ius cogens* de la concepción voluntarista del derecho internacional,¹⁸⁵ la cual se mostró incapaz de explicar siquiera la formación de reglas del derecho internacional general y la incidencia en el proceso de formación y evolución del derecho internacional contemporáneo de elementos independientes del libre arbitrio de los Estados.¹⁸⁶ Con la consagración del *ius cogens* en las dos convenciones de Viena sobre el derecho de los tratados, el próximo paso consistió en determinar su incidencia más allá del derecho de los tratados.

¹⁸² Para un análisis histórico del concepto, que se remonta al antiguo derecho romano y resurge principalmente a partir del siglo XIX, véase Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties. A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6–11 y 97–108.

¹⁸³ El término, como tal, apareció por primera vez en el tercer informe de G. Fitzmaurice, y volvió después a surgir en el segundo informe de H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit.*, *supra* nota 182, pp. 104–105 y 108. En los trabajos preparatorios, los debates de 1963 y 1966 de la VI Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se señaló la necesidad del establecimiento de criterios para la determinación de las reglas de derecho internacional que pudieran constituir *ius cogens*. Véase I. M. Sinclair, “Vienna Conference on the Law of Treaties”, *International and Comparative Law Quarterly*, núm. 19, 1970, pp. 66–69; I. M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124–129 y también pp. 129–131.

¹⁸⁴ Véase *v. gr.*, Ch. L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Ámsterdam, North Holland Publications Co., 1976, pp. 1 y *ss*; Ch. de Visscher “Positivism et *ius cogens*”, *Revue générale de Droit international public*, núm. 75, 1971, pp. 5–11; M. Virally, “Réflexions sur le *ius cogens*”, *Annuaire français de droit international*, núm. 12, 1966, pp. 5–29; A. Verdross, “*Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law*”, *American Journal of International Law*, núm. 60, 1966, pp. 55–63; J. A. Barberis, “La liberté de traiter des États et le *ius cogens*”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* [Z.F.A.O.R.U.V.], núm. 30, 1970, pp. 19–45; U. Scheuner, “Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law”, Z.F.A.O.R.U.V., núm. 27 y 29, 1967 y 1969, pp. 520–532 y 28–38, respectivamente; H. Mosler, “*Ius cogens im Völkerrecht*”, *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, núm. 25, 1968, pp. 1–40; K. Marek, “Contribution à l’étude du *ius cogens* en droit international”, *Recueil d’études de droit international en hommage à P. Guggenheim*, Ginebra, IUHDI, 1968, pp. 426–459; M. Schweitzer, “*Ius cogens im Völkerrecht*”, *Archiv des Völkerrechts*, núm. 15, 1971, pp. 197–223; G. Gaja, “*Jus Cogens beyond the Vienna Convention*”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, núm. 172, 1981, pp. 279–313; L. Alexidze, “Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law”, en *ibid.*, pp. 227–268, y otras fuentes citadas en las notas 182, 188, 196, 197, 198 y 204.

¹⁸⁵ Véase ONU, *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (Viena, 1986). *Official Records*, Nueva York, tomo I, 1995, pp. 187–188 (intervención de A. A. Cançado Trindade).

¹⁸⁶ Véase A. A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment”, *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, núm. 59, Ginebra, 1981, pp. 201–240.

68. De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas imperativas del derecho internacional el hecho de que no se limitan éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el hecho de que se extienden a todo y cualquier acto jurídico.¹⁸⁷ Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, es decir, de que el dominio del *ius cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general.¹⁸⁸ Además, el *ius cogens*, a mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el derecho) de la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.
69. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales inderogables. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas y de las ejecuciones sumarias y extra legales nos hacen ingresar decididamente en la *terra nova* del *ius cogens* internacional.¹⁸⁹ En el caso *A. Furundzija* (sentencia del 10/12/1998), el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la ex Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el derecho internacional tanto convencional (de acuerdo con determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *ius cogens* (párrafos 137–139, 144 y 160).¹⁹⁰ Esto ocurría en razón de la importancia de los valores protegidos (párrafo 153). Tal prohibición absoluta de la tortura –agregó el tribunal– impone a los Estados obligaciones *erga omnes* (párrafo 151); la naturaleza de *ius cogens* de esta prohibición la torna “uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional”, incorporando “un valor absoluto del cual nadie debe desviarse” (párrafo 154).
70. El concepto de *ius cogens* no se limita efectivamente al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los *Artículos sobre la responsabilidad de los Estados*, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. Entre los pasajes de dichos

¹⁸⁷ Véase A. A. Cançado Trindade, *Tratado de direito internacional*, *supra* nota 170, tomo II, pp. 415–416.

¹⁸⁸ Para la extensión del *ius cogens* a todos los actos jurídicos posibles, véase *v. gr.*, E. Suy, “The Concept of *Ius Cogens* in Public International Law”, en Grecia Langosini, *Papers and Proceedings of the Conference on International Law (03–08/04/1966)*, Ginebra, CEIP, 1967, pp. 17–77.

¹⁸⁹ A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, *supra* nota 107, tomo II, p. 415.

¹⁹⁰ Agregó el tribunal que dicha prohibición era tan absoluta que incidía no solamente sobre violaciones actuales, sino también potenciales (sobre todo a partir de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering vs. Reino Unido*, 1989), impidiendo así la expulsión, retorno o extradición de una persona a otro Estado en que pueda incurrir en el riesgo de ser sometida a tortura; sentencia del 10/12/1998 del Tribunal Penal Internacional, párrafos 144 y 148. Al respecto, sobre la práctica bajo el *Pacto de derechos civiles y políticos de Naciones Unidas*, véase F. Pocar, “*Patto internazionale sui diritti civili e politici ed estradizione*”, en Salutare G. Battaglini, *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione. Atti del Convegno di Ferrara (1999)*, F. Salerno (editor), Padúa, Cedam, 2003, pp. 89–90.

Artículos y sus comentarios que se refieren expresamente al *ius cogens*, hay uno en que se afirma que: “various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties”.¹⁹¹ En mi entendimiento, es en este capítulo central del derecho internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *ius cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (incluidos los unilaterales), e incidiendo (incluso más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios fundamentos de un derecho internacional verdaderamente universal.

71. A la responsabilidad internacional objetiva de los Estados corresponde necesariamente la noción de ilegalidad objetiva¹⁹² (uno de los elementos subyacentes al concepto de *ius cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de los actos de genocidio,¹⁹³ de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra legales y de desaparición forzada de personas, prácticas éstas que representan crímenes de lesa humanidad, condenadas por la conciencia jurídica universal,¹⁹⁴ a la par de la aplicación de tratados [sic]. Ya en su *Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención contra el genocidio*, de 1951, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a esa *Convención* eran reconocidamente “obligatorios para los Estados, aun en la ausencia de cualquier obligación convencional”.¹⁹⁵
72. Así como en el ámbito del derecho internacional de los refugiados se reconoció que el principio básico del *non-refoulement* pertenece al *ius cogens*,¹⁹⁶ en el dominio del derecho internacional de los derechos humanos se reconoció igualmente el carácter de *ius cogens* del principio fundamental de la igualdad y la no discriminación (véase *supra*). La ilegalidad objetiva no se limita a los actos y prácticas anteriormente mencionados. Como el *ius cogens* no es una categoría cerrada (*supra*), entiendo que nadie tampoco osaría negar que el trabajo esclavo y la denegación persistente de las más elementales garantías del debido proceso legal igualmente afrentan a la conciencia jurídica universal y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *ius cogens*. Esto es particularmente significativo para la salvaguardia de los derechos de los trabajadores emigrantes indocumentados. Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones *erga*

¹⁹¹ J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility. Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 188, y véase también pp. 246 y 127–128.

¹⁹² En su *Opinión consultiva del 21/06/1971 sobre Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió efectivamente a una situación que caracterizó como “ilegal *erga omnes*”; *ICJ Reports*, 1971, p. 56, párrafo 126.

¹⁹³ En su sentencia del 11 de julio de 1996 en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención contra el genocidio*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los derechos y obligaciones consagrados en aquella *Convención* eran “derechos y deberes *erga omnes*”; *ICJ Reports*, 1996, p. 616, párrafo 31.

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 24/01/1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 25 y también párrafos 23–24.

¹⁹⁵ CIJ, *Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951*, *ICJ Reports*, 1951, p. 23.

¹⁹⁶ Véase J. Allain, “The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*”, *International Journal of Refugee Law*, núm. 13, 2002, pp. 538–558.

omnes de protección (véase *infra*). Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos.

73. Las manifestaciones del *ius cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en éstos previstas, a los derechos humanos que consagran son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de derecho y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *ius dispositivum*, y no pueden ser considerados simplemente “negociables”;¹⁹⁷ todo lo contrario, penetran el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y como conclusión sobre el asunto en examen, la emergencia y consagración del *ius cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como el predominio del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*; el *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma y de los principios y valores fundamentales que la guían.¹⁹⁸

IX. Emergencia y alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección. Sus dimensiones horizontal y vertical

74. En la presente *Opinión consultiva sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no discriminación, por pertenecer al dominio del *ius cogens*, “acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, incluso particulares” (párrafo 110, y véase punto resolutivo número 5).¹⁹⁹ También sobre este particular me permito presentar algunas reflexiones en respaldo a lo determinado por la Corte Interamericana. Es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del *ius cogens* efectivamente acarrear obligaciones *erga omnes*.
75. En conocido *obiter dictum* en su sentencia en el caso de la *Barcelona Traction* (Segunda fase, 1970), la Corte Internacional de Justicia precisó que hay ciertas obligaciones internacionales *erga omnes*, obligaciones de un Estado *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo, que son del interés de todos los Estados; “tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el derecho internacional contemporáneo, de la prohibición de actos de agresión y de ge-

¹⁹⁷ J. A. Pastor Ridruejo, “La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el ‘*ius cogens*’ internacional”, en *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Mijaja de la Muela*, Madrid, Ed. Tecnos, tomo 1, 1979, pp. 581–590. Sobre la posibilidad de la incidencia del *ius cogens* en la propia elaboración de proyectos de instrumentos internacionales, véase la discusión en G. M. Danilenko, “International *Jus Cogens*: Issues of Law-Making”, *European Journal of International Law*, núm. 2, 1991, pp. 48–49 y 59–65.

¹⁹⁸ A. Gómez Robledo, *El jus cogens internacional. Estudio histórico crítico*, México, UNAM, 1982, pp. 20–21, 222–223 y 226 y además p. 140. Véase también R. St. J. Macdonald, “Fundamental Norms in Contemporary International Law”, *Annuaire canadien de Droit international*, núm. 25, 1987, pp. 133–134, 140–142 y 148.

¹⁹⁹ Véase también el párrafo 146.

nocidio, y también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluida la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección ingresaron en el *corpus* del derecho internacional general [...]; otros son atribuidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi universal”.²⁰⁰ Las prohibiciones citadas en este *obiter dictum* no son exhaustivas: a ellas se agregan nuevas prohibiciones, como las citadas en los párrafos 71–72 del presente voto concurrente, precisamente por no ser el *ius cogens* una categoría cerrada (*supra*).

76. En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *ius cogens*) y de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo). El *ius cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto que abarcan a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.
77. A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo.²⁰¹ En el marco del derecho internacional convencional vinculan a todos los Estados parte en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y en el ámbito del derecho internacional general vinculan a todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no parte en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto a los órganos y agentes del poder público (estatal), como a los simples particulares (en las relaciones interindividuales).
78. Para la formación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desatendidas en la doctrina jurídica

²⁰⁰ CIJ, sentencia del 5 de febrero de 1970, *ICJ Reports*, 1970, p. 32, párrafos 33–34 (énfasis acrescentado). La misma corte tuvo una oportunidad única de desarrollar estas consideraciones años después en el caso del *Timor Oriental*, pero la desperdió: en la sentencia del 30/06/1995 en que reafirmó la existencia de las obligaciones *erga omnes* (en relación con el derecho de autodeterminación de los pueblos), relacionó sin embargo dichas obligaciones con algo que es su antítesis, el consentimiento de un Estado tercero (Indonesia); desde una perspectiva bilateralista y voluntarista dejó así, desafortunadamente, de extraer las consecuencias de la existencia de dichas obligaciones *erga omnes*; véase CIJ, caso del *Timor Oriental (Portugal vs. Australia)*, *ICJ Reports*, 1995, pp. 90–106.

²⁰¹ CTIADH, caso *Blake vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 24/01/1998, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 26 y véanse además párrafos 27–30.

contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la *Convención americana sobre derechos humanos*. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la *Convención americana*, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) como con otros particulares.²⁰²

79. A su vez, las obligaciones *erga omnes* partes, en su dimensión horizontal, encuentran expresión también en el artículo 45 de la *Convención americana*, que prevé la vía (todavía no utilizada en la práctica en el sistema interamericano de derechos humanos) de reclamaciones o peticiones interestatales. Esta vía –como lo señalé en mi voto concurrente (párrafo 3) en el *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas provisionales de protección del 18/06/2002)– constituye no sólo un mecanismo *par excellence* de acción de garantía colectiva, sino también un verdadero embrión de *actio popularis* en el derecho internacional, en el marco de la *Convención americana*. De todos modos, estas dimensiones tanto horizontal como vertical revelan el amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección.

80. La consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana representa, en realidad, la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *ius cogens*.²⁰³ Por definición, todas las normas del *ius cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras que el *ius cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *ius cogens*.

81. Hay que dar seguimiento a los esfuerzos de mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del derecho internacional (*ius cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano,²⁰⁴ movidos sobre todo por la

²⁰² Véase al respecto, en general, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (IDI) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), en IDI, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, núm. 63, 1989-II, pp. 286 y 288–289.

²⁰³ Véase A. A. Cañado Trindade, “The International Law of Human Rights at the Dawn of the xxist Century”, *Cursos euromediterráneos Bancaja de derecho internacional*, vol. 3, Castellón, 1999, pp. 207–215.

²⁰⁴ Sobre la relación entre el *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, véanse M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 135, 201–202 y 213; Y. Dinstein, “The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights”, *Archiv des Völkerrechts*, núm. 30, 1992, pp. 16–37; A. J. J. de Hoogh, “The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective”, *Austrian Journal of Public and International Law*, núm. 42, 1991, pp. 183–214; C. Annacker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *Austrian Journal of Public and International Law*, núm. 46, 1994, pp. 131–166; M. Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, *Nordic Journal of International Law*, núm. 66, 1997, pp. 211–239; J. Juste Ruiz, “Las obligaciones *erga omnes* en derecho internacional público”, en *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, Madrid, Tecnos, tomo I, 1979, p. 228.

opinio iuris como manifestación de la conciencia jurídica universal en beneficio de todos los seres humanos.²⁰⁵ Mediante este desarrollo conceptual se avanzará en la superación de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de una verdadera *ordre public* internacional basada en el respeto y observancia de los derechos humanos. Dicho desarrollo contribuirá, así, a una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana.

82. Como me permití señalar en mi voto razonado en el caso *Las Palmeras* (Excepciones preliminares, 2000, párrafos 13–14) y en mis votos concurrentes en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas provisionales de protección, 18/06/2002, párrafos 2–9) y en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (Medidas provisionales de protección, 06/03/2003, párrafos 4–6), en un plano más circunscrito, la propia *Convención americana* sobre derechos humanos contiene mecanismos para aplicación de las obligaciones convencionales de protección *erga omnes* partes. Esto se reviste de particular relevancia en los planos tanto conceptual como operativo. La obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la *Convención americana*, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, tiene un carácter *erga omnes*.²⁰⁶

83. A mi juicio, no hay que minimizar las obligaciones *erga omnes* partes, tampoco en el plano conceptual, por cuanto, mediante el ejercicio de la garantía colectiva, tales obligaciones pueden servir de guía, o mostrar el camino, para la consagración, en el futuro, de las obligaciones *erga omnes latu sensu*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Y, en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes* partes bajo un tratado de derechos humanos como la *Convención americana* también cobran especial importancia ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la *Convención*, y que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), e incluso particulares (*v. gr.*, en las relaciones laborales).

84. Con esto se puede asegurar prontamente un mínimo de protección convencional, por ejemplo, a los trabajadores migrantes indocumentados en sus relaciones no sólo con el poder público, sino también con otros individuos, en particular sus empleadores. Se puede, así, sostener que los trabajadores migrantes, incluidos los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes*. En última instancia, el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa, y para poner fin a la misma. El Estado tiene el deber de asegurar la prevalencia del princi-

²⁰⁵ CIIADH, caso *Blake vs. Guatemala* (Fondo), sentencia del 24/01/1998, serie c, número 36, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 28; CIIADH, caso *Blake vs. Guatemala* (Reparaciones), sentencia del 22/01/1999, serie c, número 48, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, párrafo 40.

²⁰⁶ Véase, en este sentido, la resolución adoptada por el IDI en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), en IDI, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, núm. 63, 1989-II, pp. 286 y 288–289.

pio fundamental de la igualdad y la no discriminación que, como lo establece con acierto la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana, es un principio del *ius cogens* (párrafo 101 y punto resolutivo número 4). Haber aclarado este asunto básico constituye una valiosa contribución de la presente *Opinión consultiva número 18* de la corte.

85. El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana *erga omnes*, independientemente de su condición de ciudadanía o de migración o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, incluidos los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (*v. gr.*, los empleadores) en las relaciones interindividuales. El Estado no puede valerse del hecho de no ser parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y la no discriminación, por ser éste un principio de derecho internacional general, y del *ius cogens*, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados.

X. Epílogo

86. El hecho de que los conceptos tanto del *ius cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integran el universo conceptual del derecho internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica en beneficio de todos los seres humanos. Sólo así rescataremos la visión universalista de los fundadores del derecho de gentes y nos aproximaremos a la plenitud de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días y, de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del presente dominio de protección de la persona humana, así como, en última instancia, del propio derecho internacional como un todo.

87. No es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su “voluntad”, incluso en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cuál es el derecho. En la presente *Opinión consultiva número 18 sobre la condición jurídica y los derechos de los migrantes indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, con firmeza y claridad, cuál es el derecho. Este último no emana de la insondable “voluntad” de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no exenta de ambigüedades y contradicciones),

sino más bien de la *opinio iuris communis* de todos los sujetos del derecho internacional (los Estados, las organizaciones internacionales y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia.

88. El hecho de que, a pesar de todos los sufrimientos de las generaciones pasadas, persistan en nuestros días nuevas formas de explotación del hombre por el hombre –tales como la explotación de la fuerza laboral de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo, junto con el aumento comprobado de la pobreza, la exclusión y marginación sociales, el desarraigo y la desagregación familiar– no significa que “falta reglamentación” o que el derecho no exista. Significa más bien que el derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales están los migrantes indocumentados en todo el mundo. Al pronunciarse en contra de estas violaciones generalizadas de los derechos de los migrantes indocumentados, que afrontan la conciencia jurídica de la humanidad, la presente *Opinión consultiva* de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria humanización del derecho internacional.
89. Al hacerlo, la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y la unidad del género humano que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso histórico de formación del derecho de gentes. Al rescatar, en la presente *Opinión consultiva*, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del derecho internacional, la Corte Interamericana contribuye a la construcción del nuevo *ius gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales destacan el principio fundamental de la igualdad y la no discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *ius cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

**Voto razonado concurrente del juez
Sergio García Ramírez
a la *Opinión consultiva OC-18/03,*
sobre la condición jurídica y derechos
de los migrantes indocumentados
del 17 de septiembre de 2003
emitida por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos**

1. -La Corte Interamericana emite la *Opinión consultiva* oc-18/03 el 17 de septiembre del 2003 bajo el epígrafe “condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”. De esta manera abarca un amplio panorama: la situación de los migrantes indocumentados en general, es decir, de las personas que dejan un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él, pero no cuentan con la autorización para ello del Estado en el que pretenden residir, caracterización que se desprende del glosario que figura en el capítulo v de esta *Opinión consultiva* (párrafo 69). En esa situación se hallan muchas personas, independientemente del propósito que anime su traslado, de las condiciones en que se encuentren y de la actividad que desarrollen o quieran desarrollar.
2. -Una categoría específica en ese género es la que corresponde a los trabajadores migrantes indocumentados, esto es, a las personas que no disponen de autorización para ingresar y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo conforme a las leyes de ese Estado y a los acuerdos internacionales en los que éste sea parte y que, sin embargo, realizan esa actividad, como ha entendido la *Convención internacional sobre la protección de todos los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, de 1990, y se reconoce en el glosario citado en el párrafo anterior. Sobre estos últimos, trabajadores de la ciudad y del campo, versa principalmente –aunque no exclusivamente– la solicitud planteada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se requiere examinar los derechos que asisten a los millones de seres humanos, mujeres y hombres, que se han desplazado o se desplazan en el mundo entero –y, en ese mundo, en los países americanos– movidos por diversos factores e impulsados por una misma expectativa: ganarse la vida, como se suele decir, más allá del país en el que nacieron.

3. -Por sí misma, esta cuestión reviste la mayor importancia y ha merecido, en consecuencia, referencias destacadas en la solicitud de opinión y en las expresiones de los Estados y los particulares que intervinieron –éstos como *amici curiae*– en el proceso de la consulta. Esta materia destaca igualmente en las respuestas de la Corte Interamericana, que también podrían agruparse bajo otro epígrafe específico que destaque el universo que preocupa al solicitante y a los participantes y ocupa al tribunal interamericano: “condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados”.
4. -El tema al que se refiere esta *Opinión consultiva* reviste importancia fundamental en nuestro tiempo. La creciente relación entre los pueblos, el proceso de mundialización que se proyecta sobre diversos ámbitos y las heterogéneas condiciones de las economías nacionales, regionales y la global, han determinado la aparición y el crecimiento de corrientes migratorias que poseen características particulares y demandan soluciones racionales. En una resolución sobre “migración internacional y desarrollo” (A/RES/54/212 del 1 de febrero de 2000) que se menciona en la OC-18, la Asamblea General de las Naciones Unidas señaló que “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de amplios segmentos de la población de la economía mundial, han contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”.
5. -En una publicación reciente se recuerda que “la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar nuevas oportunidades o escapar de la pobreza”, sin ignorar otros motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. Al “final del siglo xx había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el 3% de la población mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente 60% de los migrantes internacionales, o sea unos 100 millones, están en países desarrollados” (Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana*, Nueva York, 2003, p. 45).
6. -Las nuevas corrientes migratorias, que constituyen el punto de referencia para la *Opinión consultiva* OC-18/2003, reflejan las condiciones de la economía en los países de origen y destino de los migrantes. En éstos operan factores de atracción que reclaman el aporte de la mano de obra de esos trabajadores, que concurren a la creación de riqueza y contribuyen de manera muy significativa –como han reconocido los analistas de estos procesos– al bienestar y desarrollo de los países receptores. Un análisis de esta materia por la OIT –que se invoca en la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)– menciona, con respecto a un universo de 152 países, que entre 1970 y 1990 el número de los clasificados como grandes receptores de inmigrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el de los considerados grandes emisores bajo el mismo concepto se elevó de 29 a 55. Las condiciones en que se producen algunos de estos

procesos y los resultados que tienen implican, de hecho, una especie de subsidio a las economías más desarrolladas, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes que prestan sus servicios en ellas y para los familiares que residen en los lugares de procedencia.²⁰⁷

7. - Estos procesos no pueden –o mejor: no deben– sustraerse a la observancia escrupulosa de los derechos humanos de los migrantes. Esta es la tesis central sostenida en la *Opinión consultiva OC-18/2003* y proyectada en las diversas áreas de interés que ésta abarca, una tesis que corresponde que corresponde al criterio rector del derecho nacional e internacional contemporáneo en sus mejores expresiones, a la doctrina y la práctica del Estado de derecho en una sociedad democrática y a los principios que gobiernan el derecho internacional de los derechos humanos y la aplicación de sus normas por parte de los Estados integrantes de la comunidad jurídica y las correspondientes jurisdicciones internacionales.
8. - Evidentemente, no es posible reducir un fenómeno de esta naturaleza a una cuestión de policía fronteriza, ni abarcarlo desde la simple perspectiva de la legalidad o ilegalidad, regularidad o irregularidad, de la estancia de extranjeros en determinado territorio. Esta óptica no permite entender y normar en forma racional y constructiva la oferta de trabajo lícito y creativo y la demanda que mantiene en operación los procesos económicos, con beneficio para quienes prestan sus servicios y para quienes los contratan. El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas.
9. - Quienes forman parte de esas corrientes migratorias se hallan sujetos, con gran frecuencia, a condiciones de grave *desvalimiento*, derivadas de su extrañeza social, económica y cultural con respecto al país en el que trabajan, y de la carencia de instrumentos para preservar sus derechos. En estas circunstancias constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas en sus relaciones laborales con respecto a los empleadores que utilizan sus servicios y a las autoridades del país en el que se encuentran. Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural. Su vertiente cultural, de carácter endógeno, se asocia –como sostiene el escrito de *amicus curiae* presentado por un académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México– a “condiciones suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes”.

²⁰⁷ Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión consultiva OC-4/84* del 19 de enero de 1984, serie A, número 4, párrafo 57.

10. Son bien conocidos los abundantes casos de agresión de migrantes indocumentados por parte de servidores públicos que incumplen o desvían el ejercicio de sus atribuciones, y por la mano de particulares, que aprovechan la situación de desventaja en la que se encuentran los migrantes indocumentados para someterlos a maltrato o hacerlos víctimas de delitos. Entre éstos figuran hechos de sangre y atropellos de diversas características, que regularmente quedan impunes o son sancionados con medidas leves que no guardan proporción alguna con la gravedad de los ilícitos cometidos. En una resolución sobre “protección de los migrantes” (A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000) –mencionada en la *Opinión consultiva*– la Asamblea General de las Naciones Unidas expresó su preocupación por “las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.
11. La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores “indocumentados”, “en situación irregular” o, peor todavía, “ilegales”. Lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una “etiqueta” que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos. Ese sector queda bajo un rótulo expresivo: es una “categoría sospechosa”, como indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en el escrito de otro *amicus curiae* se alude a “categoría sospechada”–, concepto elaborado a partir de la jurisprudencia europea y del derecho comparado. Se trata, en fin, de “personas bajo sospecha”, con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite.
12. No mencionaré aquí con detalle –pero es preciso tener en cuenta– las características del trato que se suele dar a los trabajadores indocumentados. En éste figuran abusos y atropellos de diversa naturaleza en los centros de trabajo, pero también fuera de ellos, a través de las condiciones de inseguridad que los agobian, el trato que reciben y otros aspectos, muy diversos, de su vida personal y familiar, incluso los más íntimos y delicados. Los relatos puntuales de esta situación, hechos por observadores de diversos países a propósito del estado de cosas que prevalece en distintos continentes, ejemplifican ampliamente sobre esta materia.
13. Ésta es la situación en la que viven, trabajan y padecen millones de personas en muchos países del mundo, entre ellos algunos que han figurado, históricamente, en la línea avanzada de los derechos humanos y la democracia. Así, cuando se alude al problema de los trabajadores migrantes indocumentados, tema central de la OC-18/2003, se hace referencia a un gran número de seres humanos localizados en diversos países, como se advierte a través de las aportaciones estadísticas de quienes acudieron, como representantes de Estados o *amici curiae*, al proceso de reflexión que condujo a esta *Opinión consultiva*.

14. La oc-18/2003 se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Esto corresponde, por lo demás, a la idea radical de los derechos fundamentales en los términos expresados por las declaraciones nacionales a partir del siglo XVIII y los instrumentos internacionales más destacados en el siglo XX. Ese reconocimiento, que se funda en la dignidad humana y trasciende todas las fronteras políticas, constituye el dato moral, jurídico y político más relevante en la etapa actual del orden jurídico. Las violaciones cometidas en aquella centuria y en la que ahora se inicia no reducen el estatuto contemporáneo del ser humano, producto de una larga y azarosa evolución, ni suprimen la exigibilidad de los derechos humanos frente a todos los Estados. Por el contrario, refuerzan una preocupación compartida por innumerables personas y ponen de manifiesto la necesidad de sostener la batalla por asegurar a todos el más amplio goce y ejercicio de aquellos derechos. No sobra decir que esta es la filosofía que anima a las grandes organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en los términos de sus cartas constitutivas, y compromete, por lo tanto, a los Estados que forman parte de ellas y han aceptado sus idearios y los compromisos que éstos representan.
15. En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Ésta trae consigo, primero implícitamente, luego en forma explícita que ya puebla numerosos documentos –como se indica en la presente *Opinión consultiva*– el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos. Aquella convicción profunda constituye la fuente de las luchas históricas del ser humano contra diversas formas de opresión –luchas que han culminado en la consagración de sucesivos conjuntos de derechos fundamentales– y son el cimiento sobre el que se construye el orden jurídico moderno.²⁰⁸
16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *ius cogens*, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones *erga omnes*.
17. Esa idea, que se afirma en la oc-18/2003, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que “habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de

²⁰⁸ Corte IDH, *Caso de los “niños de la calle” (Villagrán Morales y otros)*. Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, número 63, párrafo 144.

no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley deben ser consideradas normas de *ius cogens*, y en ese sentido se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de las normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados”. En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica.

18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan –para formar, por ejemplo, una relación de trabajo– el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye –o conoce perfectamente– que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.
19. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección –y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la *Opinión consultiva OC-16/99*, el concepto de debido proceso– que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal. Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al asunto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. “Todo derecho se pretende justo –dice el tratadista español– y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad” (“La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, *Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y 656). A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.
20. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar

el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirla, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es –bajo el mismo título de reproche– proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su condición migratoria.

21. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado –y hoy mismo se observa– en múltiples casos, por los más diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros.
22. La pretensión irreducible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue, es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *ius cogens* y deberes *erga omnes*, como se dijo. En algunos casos hay avances estimables, aunque todavía insuficientes –así, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que no alcanza, empero, a dominar la realidad y convertirse en unánime experiencia– y queda mucho por recorrer en otros, como sucede en el ámbito de las relaciones laborales, cuando en ella concurren trabajadores nacionales y extranjeros.
23. La oc-18/2003 desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara la condición jurídica humana y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas –citado en el escrito de *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires– ha puntualizado que “todas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la *Declaración universal de los derechos humanos*. Corresponde a todos los Estados respetar los

derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica”. Añade: “Un principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del inmigrante en situación irregular. Tampoco suprime la obligación de un Estado miembro (en un instrumento internacional) de protegerlos”. Sin embargo, no siempre se reconoce esto. Sucede, en cambio, como se dijo en la intervención de *amicus curiae* del representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), que cuando se cataloga a unas personas como migrantes, “lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos”.

24. La presente *Opinión consultiva* no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Desde luego, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.
25. En función de lo anterior, no sería admisible, por ejemplo, que se privara al indocumentado, por el hecho de serlo, de las libertades de pensamiento y opinión. Tampoco lo es sancionar el incumplimiento de disposiciones migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en éstos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, completamente ajenos a la infracción migratoria. Proceder de otra manera significaría, como sucede en efecto, desposeer a una persona, aduciendo faltas administrativas, del producto de un trabajo ya realizado: una expropiación, *lato sensu*, de aquello que obtuvo el operario con su trabajo, mediante acuerdo de voluntades con un tercero, y que ya produjo cierto beneficio a éste, que se transformaría en lucro indebido si se excluye la contraprestación –en sus diversas expresiones– por el trabajo realizado.
26. Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos, específicamente en lo que corresponde a estos extremos del *ius cogens*, aquellos deben desarrollarse, como se sostiene en la OC-18/2003, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza –es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado– la efectiva vigencia –no sólo la consagración nominal– de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un

Estado cumple sus obligaciones de *ius cogens* en esta materia que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales.

27. La oc-18/2003 examina particularmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados “económicos, sociales y culturales”, que algunos tratadistas califican como derechos de “segunda generación”. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamiento de éstos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron primero a los textos constitucionales y después a los internacionales, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados “civiles y políticos”. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas.
28. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos.
29. Los derechos humanos de los trabajadores, esto es, los derechos fundamentales de carácter laboral, derivan de dos fuentes que operan en forma concertada: a) primero, la condición humana del titular, que excluye, como ya se dijo, desigualdades inadmisibles y discriminaciones, y b) segundo, la relación de trabajo que se establece entre el titular de esos derechos y la persona jurídica, individual o colectiva, a la que prestará, presta o ha prestado sus servicios, relación que surge del hecho mismo de prestar, disponerse a prestar o haber prestado un servicio, independientemente de que aquélla se encuentre formalizada a través de un contrato, que no existe en un gran número de casos –la mayoría, probablemente– aunque sí exista –y esto es lo que verdaderamente importa– el hecho determinante de la relación laboral, que es al mismo tiempo fuente de derechos y obligaciones.
30. Hay que acentuar esas consideraciones en lo que respecta a todos los individuos que realizan actividades a cambio de cierta remuneración, pero principalmente –por tratarse de

la materia que se analiza en la OC-18/2003— en la hipótesis de quienes tienen la calidad de trabajadores conforme a la caracterización que sobre esta categoría suele proporcionar el derecho del trabajo: prestadores de servicios en forma dependiente y subordinada, que integran el más amplio contingente del grupo vulnerable a causa de su condición migratoria, principalmente cuando se trata de migrantes indocumentados.

31. En diversos instrumentos internacionales —además de en los textos nacionales más avanzados— se formulan listas o relaciones de derechos laborales que deben ser reconocidos y garantizados. Así, en la *Declaración universal de los derechos humanos*, la *Declaración americana de los derechos y deberes del hombre*, el *Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador)*, la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares* y la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* (86ª Reunión [de la OIT], Ginebra, 1998).
32. Éstos y otros instrumentos concurren a establecer los criterios internacionales en materia de derechos laborales invocados en esta *Opinión consultiva* y aplicables al derecho y a las prácticas que, conforme a éste, se presenten en los Estados. Tales estándares son el producto de una constante y acreditada evolución, expresan la opinión compartida por los miembros de la comunidad jurídica internacional y poseen, por lo tanto, el doble valor que le asignan esta circunstancia y la naturaleza propia de los instrumentos en los que aquéllos se inscriben.
33. Hay ciertos derechos, mencionados en la parte considerativa de la OC-18/2003, que poseen especial importancia en cuanto que son generalmente los más recogidos en las normas nacionales e internacionales, a menudo constituyen condiciones o factores de otros derechos laborales y por sus propias características determinan el marco general para la prestación del trabajo y la protección y el bienestar de quienes lo realizan. En la correspondiente relación —que no es exhaustiva— figuran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de discriminaciones en la prestación laboral, la abolición del trabajo infantil, la protección de las mujeres trabajadoras y los derechos correspondientes al salario, la jornada laboral, el descanso y las vacaciones, la higiene y seguridad en el trabajo, la asociación sindical y la negociación colectiva.
34. En el *Programa de acción* emitido por la *Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación social, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia* (Durbán, 2001) se instó a los Estados a asegurar la plena igualdad de los migrantes ante la ley, “incluida la legislación laboral”, y a que “eliminen los obstáculos, según proceda, para: la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales, el acceso a los tribunales judiciales y administrativos para plantear que-

jas, el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia y el trabajo en condiciones seguras y saludables” (*Programa de acción*, párrafo 28). También se les instó a adoptar “todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los sueldos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, y a la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural” (*Programa de acción*, párrafo 30, g).

35. La mención de estos derechos en la *Opinión consultiva OC-18* no sirve al propósito de establecer cierta organización jerárquica de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un conjunto que pudiera constituir el “núcleo duro” y otro que pudiera poseer otro carácter, de alguna manera secundario o prescindible. Sólo se trata de poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación.
36. La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello, es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.
37. A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza –entre ellas, obviamente, las laborales– y a las

peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

38. El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la OC-18/2003, entraña, por una parte, la mayor igualdad –equilibrio, “igualdad de armas”– entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue –en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo– cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, [supone] el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.
39. Estas precisiones por parte de la OC-18/2003 tienen especial relevancia. Efectivamente, los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares, que lamentablemente no son ajenas a la más frecuente experiencia de los migrantes indocumentados. De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial –acceso a la justicia– culmina en la privación de múltiples derechos. Conviene puntualizar que incluso en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias –como la deportación o la expulsión– el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral.
40. La *Opinión consultiva* a la que concurro con este voto razonado aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas –que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas– conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos. Entre esas políticas figuran las relativas a los procesos poblacionales, que incluyen las cuestiones migratorias, además de las concernientes al manejo de la economía, el empleo de la mano de obra, el fomento de ciertas actividades productivas, la protección de sectores específicos de la agricultura, la industria, el comercio y los servicios, etcétera.

41. Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado, entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado, que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna, generados por los grandes movimientos insurgentes y revolucionarios de Estados Unidos y Francia en el último tercio del siglo XVIII. Si este es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.
42. Sobre estas bases, la *Opinión consultiva oc-18/2003* remite a varios acuerdos –que se sustentan, hay que creerlo, en convicciones profundas– de la comunidad internacional a propósito de las políticas migratorias, tema de la consulta planteada por los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido figuran la *Declaración* y el *Programa de acción* emanados de la conferencia de Durbán y la *Resolución* sobre estos mismos temas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados por la Corte Interamericana en la presente *Opinión consultiva*. En el documento citado en primer término se puntualizó el derecho de los Estados a adoptar sus propias políticas de migración, e igualmente se afirmó “que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de los derechos humanos” (*Declaración*, párrafo 47).
43. Sería ilusorio creer que la opinión de un órgano jurisdiccional –apoyado, sin embargo, en las convicciones y las decisiones de Estados que representan, en este continente, a centenas de millones de personas– y las corrientes de progreso con justicia que animan a muchos hombres y mujeres de buena voluntad podrían invertir, en el corto plazo, tendencias antiguas que tienen su raíz en hondos prejuicios y cuantiosos intereses. Sin embargo, estas fuerzas, concertadas, pueden hacer su parte en el esfuerzo humano por mover montañas. Recorrerlo y culminarlo exige adoptar –como se dijo en Durbán– estrategias, políticas, programas y medidas que competen a la “responsabilidad de todos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil a nivel nacional, regional e internacional” (*Declaración de Durbán*, párrafo 122). En esta empresa, la oc-18/2003 cumple su propia misión. Lo hace, como corresponde a este tribunal, desde la perspectiva que le compete: la

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

jurídica, a partir de los principios germinales y radicales del sistema internacional de los derechos humanos.

Sergio García Ramírez
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Voto concurrente del juez Hernán Salgado Pesantes -

La presente *Opinión consultiva*, solicitada por el Estado de México y enriquecida con los criterios de otros Estados y con el aporte intelectual de las organizaciones no gubernamentales, permitió realizar numerosas reflexiones, de las cuales quiero retomar algunas como apoyo a los criterios expuestos:

1. - En la interrelación e indivisibilidad de los derechos humanos la igualdad y la no discriminación son derechos sobre los cuales, a manera de plataforma, se construyen otros, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, cuyos contenidos no pueden prescindir de aquéllos. Cosa similar sucede con la libertad.
2. - Inseparable de la igualdad está la no discriminación, que determina el alcance de la primera. Al momento actual de la evolución de los derechos humanos pienso que la igualdad y la no discriminación son dos derechos de contenido autónomo que tienen vida propia en ese marco de interrelación indivisible.
3. - Es sabido que la igualdad, cuando reconoce la diversidad de los seres humanos, acepta y propicia determinadas distinciones siempre que tiendan a fortalecer, y no a impedir, el goce y el ejercicio de todos los derechos, incluida la misma igualdad. Estas distinciones, en consecuencia, no afectan el derecho a no ser discriminado. Tampoco restringen el concepto de igualdad.
4. - En el marco de la presente opinión, esta corte ha diferenciado el término “distinción” de la discriminación (párrafo 84) y ha señalado sus elementos característicos, sobre los cuales quiero insistir.
5. - El concepto de distinción se refiere al trato diferente del que se aplica de modo general, es decir, se singulariza una situación concreta con fundamento en determinadas razones. Para que la distinción no se convierta en discriminación debe cumplir con las siguientes exigencias, establecidas por la doctrina y la jurisprudencia de los derechos humanos.
6. - Que persiga un fin legítimo y que tengan carácter objetivo, en el sentido de que haya una diferencia sustancial y no meramente formal, pues como señaló esta corte la distinción de trato debe estar fundada en “supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que ex-

presen de modo proporcionado una conexión fundamentada entre esas diferencias y los objetivos de la norma”.

7. - Además, esa diferencia debe ser relevante, poseer una importancia suficiente para justificar un trato distinto y ser necesaria y no únicamente conveniente o útil. Por ejemplo, no basta la diferencia entre el varón y la mujer para imponer un trato distinto en el trabajo, pero sí lo es el hecho del embarazo y de la maternidad.
8. - Debe haber proporcionalidad entre la diferencia fáctica y la jurídica, entre los medios escogidos y los fines; la desproporción entre el contenido del trato diferente y la finalidad propuesta lleva a la discriminación. Por ejemplo, para mantener una política laboral se dispone que al trabajador indocumentado se le despoje de sus derechos fundamentales.
9. - Junto a la proporcionalidad suele señalarse la idoneidad o adecuación, referida a las consecuencias jurídicas que se quieren alcanzar con el trato diferenciado y tomando en cuenta las condiciones concretas y actuales en que se va a aplicar la distinción.
10. Pero hay un común denominador frente a los anteriores, que afina el contenido y alcance de los otros elementos, y es la razonabilidad. El empleo de estos elementos permite detectar la presencia de la discriminación en una “categoría sospechosa”, dada en el presente caso por los migrantes trabajadores indocumentados.
11. Los migrantes trabajadores indocumentados tienen –como todo ser humano– los derechos de igualdad ante la ley y de no ser discriminados.
12. La igualdad ante la ley significa que deben ser tratados de la misma manera que los migrantes documentados y que los nacionales ante la ley del país receptor. La prohibición de trabajar tiene que ser considerada en este contexto. La condición de trabajador indocumentado no puede convertirse jamás en fundamento para que no tenga acceso a la justicia y al debido proceso, para perder salarios devengados, no tener prestaciones sociales y ser objeto de diversos abusos y arbitrariedades.
13. Tales situaciones demuestran fehacientemente la existencia de una serie de tratamientos discriminatorios que buscan fundarse en la distinción entre documentados e indocumentados.
14. Como se expresa en la *Opinión consultiva*, esta diferencia de trato no tiene justificación, no es necesaria ni proporcional, ni sus efectos son razonables; contradice el fin mayor del Estado de respetar y garantizar los derechos de toda persona que, por razones laborales, con documentos o sin ellos, se encuentre bajo su jurisdicción.
15. Hay que tener presente que las graves violaciones de derechos, como sucede con los trabajadores migrantes indocumentados, terminan afectando seriamente el derecho

a la vida. En este sentido, la Corte Interamericana manifestó que la vida abarca “no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.

16. Vale destacar que la obligación de respetar y garantizar la igualdad y la no discriminación (tanto como los demás derechos) que consagra el derecho internacional de los derechos humanos –con sus tratados y jurisprudencia– es también una obligación irrenunciable en el orden interno de los Estados constitucionales y democráticos.
17. En mi criterio, un punto de particular importancia en esta *Opinión consultiva* es la de establecer claramente la eficacia de los derechos humanos frente a terceros, en una concepción horizontal. Estos aspectos, como se sabe, han sido ampliamente desarrollados por la doctrina alemana (*Drittwirkung*) y recogidos por el constitucionalismo de nuestra época.
18. La obligación de respetar los derechos humanos no es sólo del Estado; es también de los particulares en su interrelación con otros particulares. El ámbito de la autonomía de la voluntad, que predomina en el derecho privado, no puede ser un obstáculo para que se diluya la eficacia vinculante *erga omnes* de los derechos humanos.
19. Los destinatarios de los derechos humanos –además del Estado (ámbito público– son también los terceros (ámbito privado) que los pueden violar en el campo de las relaciones particulares. Para los fines de esta *Opinión consultiva* nos limitamos básicamente al mundo del trabajo donde se ha establecido que se violan los derechos a la igualdad y a la no discriminación.
20. Los derechos laborales, en su conjunto, adquieren una real dimensión en las relaciones entre particulares; por tanto es frente a terceros que deben tener una eficacia vinculante. Con esta finalidad, todo Estado debe adoptar medidas legislativas o administrativas para impedir estas violaciones; los instrumentos procesales deben ser efectivos y ágiles.
21. En el plano de la responsabilidad internacional, toda violación de derechos que realicen los particulares serán imputables al Estado en el caso de no haber tomado medidas eficaces para prevenir tal violación o por tolerarla o por permitir la impunidad para sus autores.
22. Lo dicho significa que los instrumentos internacionales de derechos humanos también producen efectos vinculantes frente a terceros, y la responsabilidad de los particulares incide en la del Estado y lo comprometen.

OPINIONES CONSULTIVAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

He participado en esta *Opinión consultiva*, al igual que mis colegas, consciente de la importancia que ésta tiene para todos los países de nuestro continente.

Hernán Salgado Pesantes
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

Voto concurrente del juez Alirio Abreu Burelli -

Al unir mi voto al de los demás jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la emisión de la presente *Opinión consultiva*, me permito hacer, separadamente, las siguientes consideraciones:

I

La corte, en esta oportunidad, ha precisado el alcance de las obligaciones de los Estados miembro de la Organización de los Estados Americanos de respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores migrantes indocumentados, independientemente de su nacionalidad, al establecer que el principio de igualdad y no discriminación, que es fundamental para la salvaguardia de esos derechos, pertenece al *ius cogens*.²⁰⁹

Esta precisión conduce a la corte a declarar, igualmente, que los Estados, sean o no parte de un determinado tratado internacional, están obligados a proteger los derechos de igualdad y no discriminación y que esa obligación tiene efectos *erga omnes*, no sólo respecto a los Estados, sino también frente a terceros y particulares. Deben, por tanto, los Estados, respetar y garantizar los derechos laborales de los trabajadores, sea cual fuere su condición migratoria y, al mismo tiempo, deben impedir que empleadores privados violen los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados o que la relación laboral vulnere los criterios mínimos internacionales. Para que sea efectiva la tutela de los derechos laborales de los migrantes indocumentados es necesario que se garantice a éstos el acceso a la justicia y el debido proceso legal.²¹⁰

²⁰⁹ Afirmar que el principio de igualdad y no discriminación pertenece al dominio del *ius cogens* tiene, según la Corte Europea de Derechos Humanos varios efectos jurídicos: el reconocimiento de que la norma es jerárquicamente superior con respecto a cualquier norma de derecho internacional, exceptuando otras normas de *ius cogens*; en caso de conflicto, tendría primacía la norma de *ius cogens* frente a cualquier otra norma de derecho internacional, y sería nula o carecería de efectos legales la disposición que contradiga la norma imperativa (tomado de los argumentos de las Clínicas Jurídicas del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito).

²¹⁰ En la *Opinión consultiva* OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del *Pacto*

La observancia por el Estado del principio de la igualdad y la no discriminación y el derecho a un debido proceso legal no puede estar subordinada a objetivos de sus políticas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio.

Al dar mi voto a favor de la adopción de esta opinión, estoy consciente de su especial trascendencia al procurar dar respuestas jurídicas, en el orden internacional, al grave problema de la violación de los derechos humanos de los trabajadores migrantes. No obstante su naturaleza no contenciosa, las opiniones consultivas, en general, por su fuerza moral y por el principio de buena fe en que se fundamentan los tratados internacionales que las autorizan, tienen efectos innegables tanto en la actividad legislativa y administrativa de los Estados, como en la interpretación y aplicación, por los jueces, de las leyes y de los tratados sobre derechos humanos.

II

En esta opinión la corte se ha pronunciado sobre los derechos que deben ser reconocidos y aplicados por los Estados a los trabajadores que, por distintas circunstancias, emigran de sus países en busca de bienestar económico, y que al no tener condición migratoria legal pueden ser víctimas de violaciones de sus derechos, entre otros de sus derechos laborales, de sus derechos a la integridad, a la igualdad y la no discriminación. En tal sentido, el Estado solicitante de la opinión de la corte se refiere al hecho concreto de que casi seis millones de trabajadores mexicanos viven fuera del territorio nacional, de los cuales alrededor de dos millones y medio son trabajadores migrantes indocumentados. Añade que “tan sólo en cinco meses (del año 2002), México ha tenido que intervenir, a través de sus representaciones consulares, en alrededor de 383 casos en defensa de los trabajadores mexicanos por discriminación laboral, salarios no pagados, indemnizaciones por enfermedades adquiridas en los centros de trabajo y accidentes de trabajo, entre otros motivos”.

Igualmente, el juez Antonio Cançado Trindade, en un estudio sobre los flujos migratorios forzados, señala que “los migrantes en búsqueda de trabajo y mejores condiciones de vida totalizan hoy 80 millones de seres humanos [...]. Las causas de las migraciones forzadas no son fundamentalmente distintas de las del desplazamiento poblacional. En un *Informe analítico* sobre desplazados internos de 1992, el secretario general de las Naciones Unidas identificó, entre las causas de las migraciones masivas involuntarias dentro de las fronteras estatales, los desastres naturales, los conflictos armados, la violencia generalizada y las violaciones sistemáticas de los derechos humanos”.²¹¹

Otras causas de las migraciones masivas son, según el juez Cançado Trindade, “los múltiples conflictos internos, de carácter étnico y religioso, reprimidos en el pasado pero desencadenados en los últimos años. A éstos se suma el aumento de la pobreza crónica la cual, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, solamente en América Latina afecta

internacional de derechos civiles y políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del derecho internacional”.

²¹¹ A. A. Cançado Trindade, *Elementos para un enfoque de derechos humanos del fenómeno de los flujos migratorios forzados*, publicación de la Organización Internacional para las Migraciones y del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Guatemala 2001, p. 11.

hoy día a más de 270 millones de personas”. Según un informe del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas,²¹² las causas de las migraciones contemporáneas en busca de trabajo son, fundamentalmente, la pobreza y la incapacidad para ganar o producir suficiente para la propia subsistencia o la de la familia en el país de origen. Estas razones no sólo caracterizan la migración de Estados pobres a ricos; la pobreza alimenta también los movimientos de países en desarrollo hacia otros países donde las perspectivas de trabajo parecen, al menos desde la distancia, mejores. Existen otras razones –según el mencionado informe– que explican la salida al extranjero en busca de trabajo. La guerra, los conflictos civiles, la inseguridad o la persecución derivada de la discriminación por motivos de raza, origen étnico, color, religión, idioma u opiniones políticas son factores que contribuyen al flujo de trabajadores migrantes.

III

Limitada a un ámbito estrictamente jurídico fijado por los instrumentos convencionales, estatutarios y reglamentarios que rigen sus actuaciones, no puede la corte, en ejercicio de su competencia, ir más allá de la interpretación y aplicación de normas de derecho en sus sentencias u opiniones consultivas. No es posible, sin embargo, impedir que el drama humano que subyace en el fondo de los procesos que conoce quede reflejado en las actas y en la memoria de la corte. No pocas veces las declaraciones de las víctimas, o de sus familiares, que acuden a este tribunal en busca de justicia, han conmovido profundamente la sensibilidad de los jueces. La muerte arbitraria de niños, jóvenes y, en general, de toda persona; la desaparición forzosa; la tortura; la privación ilegítima de la libertad y otras violaciones de derechos humanos, puestos bajo el conocimiento y decisión de la corte, no alcanzan a resolverse en conceptos puramente jurídicos, ni siquiera con los esfuerzos del tribunal por tratar de reparar, más allá de las indemnizaciones patrimoniales, los daños sufridos por las víctimas. Sigue siendo un ideal –cuya realización depende de la formación de una nueva concepción colectiva sobre la justicia– que estas violaciones no vuelvan a repetirse nunca más y que, de ocurrir, sus autores sean severamente sancionados. En esta *Opinión*, expresada en términos jurídicos concretos –pero también humanísticos– y teniendo en cuenta las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, la corte ha precisado la conducta que éstos deben observar de respeto y garantía de los derechos de los migrantes indocumentados para evitar que sean víctimas de explotación o de discriminación en el goce y ejercicio de sus derechos laborales. Es un pronunciamiento de la corte sobre la interpretación y aplicación de normas vigentes de aceptación universal por estar fundadas en principios de *ius cogens*, que obligan por igual a todos los Estados, pero contiene igualmente un llamado implícito a la justicia social y a la solidaridad humana.

IV

Particularmente –y por la posibilidad de hacerlo en este voto separado– considero que no puede soslayarse por consideraciones solamente jurídicas la tragedia representada en cada caso de migración forzada, sea cual fuere su causa. Debe, por tanto, ser motivo de reflexión la tragedia representada en toda persona que, contra su voluntad, abandona su país de origen,

²¹² Citado por A. A. Cançado Trindade, *op. cit.*, p. 12.

su hogar, sus padres, mujer, hijos y recuerdos, para enfrentarse a una realidad generalmente hostil y convertirse en un blanco para la explotación humana y laboral debido a su condición especialmente vulnerable. La comunidad internacional, además de tratar de reparar las consecuencias de las migraciones forzadas a través de instrumentos de derecho internacional, de creación de tribunales, de políticas migratorias y de medidas administrativas o de cualquiera otra naturaleza, deberá igualmente preocuparse por indagar cuáles son las causas reales de las migraciones y procurar que la gente no se vea forzada a emigrar. Se encontrará así que, aparte de inevitables hechos naturales, en muchas ocasiones las migraciones son resultado del empobrecimiento de los países, causado por políticas económicas equivocadas, con exclusión de numerosos sectores de la población, a lo cual debe agregarse el hecho generalizado de la corrupción. Otros factores de distinta índole son las dictaduras o regímenes populistas; la extracción irracional, en los países pobres, de las materias primas para la industrialización foránea por empresas transnacionales y la explotación de los trabajadores con la tolerancia o complicidad de los gobiernos; los enormes desequilibrios sociales y económicos y la iniquidad; la carencia de políticas educativas nacionales que abarquen a la totalidad de la población, que garanticen la profesionalización y capacitación para el trabajo productivo; la excesiva publicidad que induce al consumismo y a la ilusión de bienestar en los países altamente desarrollados; la ausencia de una sincera cooperación internacional en los planes nacionales de desarrollo y las políticas de desarrollo macroeconómico que prescinden de la justicia social.

Frente a la magnitud de estos problemas se han formulado propuestas, entre otras, dirigidas a la construcción de un nuevo orden internacional basado en la justicia y en el fortalecimiento de la democracia. En su libro *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, el juez Cançado Trindade considera que:

El fenómeno corriente del empobrecimiento, según recientes datos del PNUD y de la CEPAL, del crecimiento considerable de los contingentes de “nuevos pobres” en tantos países latinoamericanos, revela la inobservancia, si no la violación generalizada de los derechos económicos, sociales y culturales. Determinados derechos, de carácter económico y social, como los derechos a no ser sometido a trabajo forzado y a discriminación en relación con el empleo y la ocupación, además de la libertad de asociación para fines sindicales, están íntimamente ligados a las llamadas libertades civiles [...]. El *Informe sobre el desarrollo humano* de 1992 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) señala que “la democracia y la libertad dependen de mucho más que de la urnas. La expansión de la democracia ha tenido como complemento un mayor reconocimiento de los derechos humanos.” En resumen, no hay derechos humanos sin democracia, así como no hay democracia sin derechos humanos [...]. La democracia participativa y, en último análisis, el propio desarrollo humano, sólo son posibles en el marco de los derechos humanos [...]. El concepto de democracia abarca hoy tanto la democracia política (con énfasis en los procesos democráticos formales) como la democracia del desarrollo: en esta última “los derechos civiles y políticos se consideran vehículos para hacer avanzar la igualdad de condición, no simplemente las oportunidades” [...]. La interrelación de los derechos humanos con la democracia en nuestros días encuentra expresión en las disposiciones de los propios instrumentos generales de derechos humanos en los planos global y regional.²¹³

²¹³ A. A. Cançado Trindade, *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

En la *Opinión consultiva OC 9/87*, del 6 de octubre de 1987, la corte puntualizó, como lo había hecho en anteriores opiniones (OC 5/85, OC 6/86, OC 8/87), que son consustanciales el Estado de derecho, la democracia y la libertad personal con el sistema interamericano y, en particular, con el régimen de protección de los derechos humanos contenido en la *Convención* y añadió: “En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.

Es posible que la formación de una sociedad justa comience con el fortalecimiento de una democracia verdadera, que garantice plenamente la dignidad del ser humano.

Alirio Abreu Burelli
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario

**Conferencia Mundial contra el Racismo,
la Discriminación Racial, la Xenofobia
y Otras Formas Conexas de Intolerancia
(*Conferencia de Durban*)**

Declaración -

Habiéndonos reunido en Durban (Sudáfrica), del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001;

Expresando nuestro profundo agradecimiento al gobierno de Sudáfrica por actuar como anfitrión de esta conferencia mundial;

Alentados por el ejemplo de la heroica lucha del pueblo de Sudáfrica contra el sistema institucionalizado del *apartheid* y a favor de la igualdad y la justicia en un clima de democracia, desarrollo, imperio de la ley y respeto de los derechos humanos, y recordando a este respecto la importante contribución de la comunidad internacional a esa lucha y, en particular, el papel central de los pueblos y gobiernos de África, y tomando nota de la importante función de diferentes agentes de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales, en esa lucha y en los esfuerzos que se siguen desplegando por combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Recordando que la *Declaración y programa de acción de Viena*, aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en junio de 1993, exige la rápida y completa eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;

Recordando la resolución 1997/74 del 18 de abril de 1997 de la Comisión de Derechos Humanos, la resolución 52/111 del 12 de diciembre de 1997 de la Asamblea General y las resoluciones posteriores de esos órganos sobre la convocatoria de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia y recordando, asimismo, las dos conferencias mundiales para combatir el racismo y la discriminación racial celebradas en Ginebra en 1978 y 1983, respectivamente;

Observando con grave preocupación que, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional, no se han alcanzado los principales objetivos de los tres decenios de lucha contra el racismo y la discriminación racial, y que aún hoy un sinnúmero de seres humanos siguen siendo víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Recordando que el año 2001 es el “Año Internacional de la Movilización contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia”, año que tiene por objeto señalar a la atención del mundo los objetivos de la conferencia mundial y dar nuevo impulso al compromiso político respecto de la eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;

Celebrando la decisión de la Asamblea General de proclamar el año 2001 “Año de las Naciones Unidas del Diálogo entre Civilizaciones”, y poniendo de relieve la tolerancia y el respeto por la diversidad, así como la necesidad de encontrar elementos comunes entre las

CONFERENCIA DE DURBÁN

civilizaciones y en el seno de las civilizaciones a fin de hacer frente a los desafíos comunes de la humanidad que amenazan los valores compartidos, los derechos humanos universales y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia mediante la cooperación, la colaboración y la inclusión;

Celebrando también la proclamación por la Asamblea General del periodo 2001–2010 como “Decenio de una Cultura de Paz y No Violencia para los Niños del Mundo”, así como la aprobación por la Asamblea General de la *Declaración y plan de acción sobre una cultura de paz*;

Reconociendo que la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, junto con el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”, ofrecen una oportunidad única de examinar las inestimables contribuciones de los pueblos indígenas al desarrollo político, económico, social, cultural y espiritual de nuestras sociedades en todo el mundo, así como los retos con que se enfrentan, en particular el racismo y la discriminación racial;

Recordando la *Declaración de las Naciones Unidas sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* de 1960;

Reafirmando nuestra determinación de defender los propósitos y principios consagrados en la *Carta de las Naciones Unidas* y en la *Declaración universal de los derechos humanos*;

Afirmando que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia constituyen una negación de los propósitos y principios de la *Carta de las Naciones Unidas*;

Reafirmando los principios de igualdad y no discriminación reconocidos en la *Declaración universal de los derechos humanos* y alentando el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición;

Convencidos de la importancia fundamental de la adhesión universal a la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, así como de su ratificación universal y del pleno cumplimiento de nuestras obligaciones que de ella dimanar como principal instrumento internacional para eliminar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Reconociendo la importancia fundamental de que los Estados, al combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, consideren la posibilidad de firmar o ratificar todos los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes, o de adherirse a ellos, con miras a lograr la adhesión universal;

Habiendo tomado nota de los informes de las conferencias regionales organizadas en Estrasburgo, Santiago, Dakar y Teherán y de otras aportaciones de los Estados, así como de los informes de los seminarios de expertos, las reuniones regionales de organizaciones no gubernamentales y otras reuniones organizadas en preparación de la conferencia mundial;

Tomando nota con reconocimiento de la declaración titulada *Visión para el siglo XXI* hecha por el Sr. Thabo Mbeki, presidente de Sudáfrica, suscrita por el Sr. Nelson Mandela,

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

primer presidente de la nueva Sudáfrica, por iniciativa de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos y secretaria general de la conferencia mundial, y firmada por 74 jefes de Estado, jefes de gobierno y dignatarios;

Reafirmando que la diversidad cultural es un valioso elemento para el adelanto y bienestar de la humanidad en general, y que debe valorarse, disfrutarse, aceptarse auténticamente y adoptarse como característica permanente que enriquece nuestras sociedades;

Reconociendo que la prohibición de la discriminación racial, el genocidio, el crimen de *apartheid* y la esclavitud, según se definen en las obligaciones que imponen los instrumentos de derechos humanos pertinentes, no admite excepción;

Habiendo escuchado a los pueblos del mundo y reconociendo sus aspiraciones a la justicia, la igualdad de oportunidades para todos, el disfrute de sus derechos humanos, incluido el derecho al desarrollo, a vivir en paz y libertad y a la participación en condiciones de igualdad y sin discriminación en la vida económica, social, cultural, civil y política;

Reconociendo que la participación equitativa de todos los individuos y pueblos en la formación de sociedades justas, equitativas, democráticas y no excluyentes puede contribuir a un mundo libre de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;

Destacando la importancia de la participación equitativa de todos, sin discriminación alguna, en la adopción de decisiones en los niveles nacional y mundial;

Afirmando que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, cuando equivalen a racismo y discriminación racial, constituyen graves violaciones de todos los derechos humanos y obstáculos al pleno disfrute de esos derechos, niegan la verdad evidente de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, constituyen un obstáculo a las relaciones pacíficas y de amistad entre los pueblos y las naciones y figuran entre las causas básicas de muchos conflictos internos e internacionales, incluidos conflictos armados y el consiguiente desplazamiento forzado de poblaciones;

Reconociendo que es preciso tomar medidas en los niveles nacional e internacional para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de asegurar el pleno disfrute de todos los derechos humanos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, que son universales, indivisibles, interdependientes e interrelacionados, y para mejorar las condiciones de vida de los hombres, mujeres y niños de todas las naciones;

Reafirmando la importancia de aumentar la cooperación internacional para la promoción y protección de los derechos humanos y para el logro de los objetivos de la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Reconociendo que la xenofobia en sus diferentes manifestaciones es una de las principales fuentes y formas contemporáneas de discriminación y conflicto, y que para combatirla los Estados y la comunidad internacional tienen que prestarle atención urgente y adoptar rápidamente medidas;

Plenamente conscientes de que, pese a los esfuerzos realizados por la comunidad internacional, los gobiernos y las autoridades locales, el flagelo del racismo, la discriminación racial,

CONFERENCIA DE DURBÁN

la xenofobia y las formas conexas de intolerancia persiste y sigue siendo causa de violaciones de los derechos humanos, sufrimientos, desventajas y violencia, que deben combatirse por todos los medios disponibles y apropiados como cuestión de la máxima prioridad, de preferencia en cooperación con las comunidades afectadas;

Observando con preocupación que persisten los casos violentos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y que incluso hoy en día se siguen proponiendo, de una u otra forma, las teorías de la superioridad de ciertas razas y culturas que fueron fomentadas y practicadas durante la era colonial;

Alarmados por el resurgimiento y la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las manifestaciones conexas de intolerancia en sus formas y manifestaciones contemporáneas más insidiosas, así como de otras ideologías y prácticas basadas en la discriminación o la superioridad racial o étnica;

Rechazando enérgicamente toda doctrina basada en la superioridad racial, así como las teorías que pretenden demostrar la existencia de razas humanas presuntamente distintas;

Reconociendo que el hecho de no combatir y denunciar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, que es tarea de todos, especialmente de las autoridades públicas y los políticos en todos los niveles, es un factor que alienta su perpetuación;

Reafirmando que los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género¹ que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres, y que el disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales es indispensable para el desarrollo de las sociedades en todo el mundo;

Reconociendo los retos y las oportunidades que presenta un mundo cada vez más globalizado en relación con la lucha por erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Resueltos, en una época en que la globalización y la tecnología han contribuido considerablemente a unir a los pueblos, a llevar a la práctica el concepto de una familia humana basada en la igualdad, la dignidad y la solidaridad y a hacer del siglo XXI un siglo de los derechos humanos, de la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y la realización de una auténtica igualdad de oportunidades y de trato para todos los individuos y pueblos;

Reafirmando los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos y recordando que todos los seres humanos nacen iguales en dignidad y en derechos, subrayando que esa igualdad debe ser protegida como asunto de la máxima prioridad y reco-

¹ A los efectos de la presente *Declaración* y del *Programa de acción* queda entendido que el término "género" se refiere a ambos sexos, varón y mujer, en el contexto de la sociedad. El término "género" no indica ningún otro significado distinto del expuesto.

nociendo el deber de los Estados de adoptar medidas rápidas, decisivas y apropiadas para eliminar todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;

Dedicados a combatir el flagelo del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia de manera plena y eficaz y con carácter prioritario, y sacando al mismo tiempo las lecciones de las manifestaciones de racismo y las experiencias del pasado en todas las partes del mundo con miras a evitar que vuelvan a repetirse;

Uniéndonos en un espíritu de compromiso y de renovada voluntad política respecto de la igualdad, la justicia y la dignidad universales para rendir homenaje a todas las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todo el mundo y adoptar solemnemente la *Declaración y Programa de acción de Durbán*;²

Cuestiones generales

1. - Declaramos que, a los efectos de los presentes *Declaración y Programa de acción*, las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia son los individuos o grupos de individuos que son o han sido afectados negativamente por esas plagas, sometidos a ellas o blanco de las mismas;
2. - Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se producen por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico y que las víctimas pueden sufrir formas múltiples o agravadas de discriminación por otros motivos conexos como el sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen social, situación económica, nacimiento u otra condición;
3. - Reconocemos y afirmamos que al comenzar el tercer milenio la lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todas sus manifestaciones odiosas y en constante evolución es un asunto prioritario para la comunidad internacional, y que esta conferencia ofrece una oportunidad única e histórica de evaluar y determinar todas las dimensiones de esos males devastadores de la humanidad con vistas a lograr su eliminación total, entre otras cosas mediante la adopción de enfoques innovadores y *holistas* y el fortalecimiento y la promoción de medidas prácticas y eficaces en los niveles nacional, regional e internacional;
4. - Expresamos nuestra solidaridad con los pueblos de África en su lucha incesante contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y reconocemos los sacrificios que han hecho y los esfuerzos que realizan para crear conciencia pública de estas tragedias inhumanas en el plano internacional;

² - Véase el capítulo VII del informe de la Conferencia, en el que figuran todas las reservas y declaraciones formuladas respecto de la *Declaración y el Programa de acción*.

CONFERENCIA DE DURBÁN

5. -Afirmamos también la gran importancia que atribuimos a los valores de solidaridad, respeto, tolerancia y multiculturalismo, que constituyen el fundamento moral y la inspiración de nuestra lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, tragedias inhumanas que durante demasiado tiempo han afectado a los pueblos de todo el mundo, especialmente de África;
6. -Afirmamos asimismo que todos los pueblos e individuos constituyen una única familia humana rica en su diversidad, y que han contribuido al progreso de las civilizaciones y las culturas que constituyen el patrimonio común de la humanidad. La preservación y el fomento de la tolerancia, el pluralismo y el respeto de la diversidad pueden producir sociedades más abiertas;
7. - Declaramos que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y están dotados de la posibilidad de contribuir constructivamente al desarrollo y al bienestar de sus sociedades. Toda doctrina de superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa y debe rechazarse, junto con las teorías que tratan de determinar la existencia de razas humanas separadas;
8. -Reconocemos que la religión, la espiritualidad y las creencias desempeñan un papel central en la vida de millones de mujeres y hombres, en el modo en que viven y en el modo en que tratan a otras personas. La religión, la espiritualidad y las creencias pueden contribuir a la promoción de la dignidad y el valor inherentes de la persona humana y a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
9. - Observamos con preocupación que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia pueden verse agravadas, entre otras cosas, por una distribución no equitativa de la riqueza, la marginación y la exclusión social;
10. Reafirmamos que toda persona tiene derecho a un orden social e internacional en el que puedan realizarse todos los derechos humanos de todos, sin discriminación de ningún tipo;
11. Observamos que el proceso de globalización es una fuerza potente y dinámica que debería ser aprovechada para el beneficio, desarrollo y prosperidad de todos los países, sin exclusión. Reconocemos que los países en desarrollo tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental. Aunque la globalización brinda grandes oportunidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual, lo mismo que sus costos. Así, expresamos nuestra determinación de prevenir y mitigar los efectos negativos de la globalización. Esos efectos pueden agravar, en particular, la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social, la homogeneización cultural y las desigualdades económicas que pueden producirse conforme a criterios raciales, dentro de los Estados y entre ellos, con consecuencias negativas. Expresamos también nuestra determinación de ampliar al máximo los beneficios de la globalización, entre otras cosas

mediante el fortalecimiento y el mejoramiento de la cooperación internacional para promover la igualdad de oportunidades para el comercio, el crecimiento económico y el desarrollo sostenible, las comunicaciones mundiales gracias al empleo de nuevas tecnologías y el incremento de los intercambios interculturales mediante la preservación y la promoción de la diversidad cultural, lo que puede contribuir a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Sólo desplegando esfuerzos amplios y sostenidos para crear un futuro común, basado en nuestra humanidad común y en toda su diversidad, se podrá lograr que la globalización sea plenamente incluyente y equitativa;

12. Reconocemos que la migración interregional e intrarregional, en particular del Sur al Norte, ha aumentado como consecuencia de la globalización, y subrayamos que las políticas relativas a la migración no deben basarse en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y sus formas conexas de intolerancia;

Orígenes, causas, formas y manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia conexas

13. Reconocemos que la esclavitud y la trata de esclavos, en particular la trata transatlántica, fueron tragedias atroces en la historia de la humanidad, no sólo por su aborrecible barbarie, sino también por su magnitud, su carácter organizado y, especialmente, su negación de la esencia de las víctimas, y reconocemos asimismo que la esclavitud y la trata de esclavos, especialmente la trata transatlántica de esclavos, constituyen, y siempre deberían haber constituido, un crimen de lesa humanidad y son una de las principales fuentes y manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, asiáticos y personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas de esos actos y continúan siéndolo de sus consecuencias;
14. Reconocemos que el colonialismo ha llevado al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que los africanos y afrodescendientes, las personas de origen asiático y los pueblos indígenas fueron víctimas del colonialismo y continúan siéndolo de sus consecuencias. Reconocemos los sufrimientos causados por el colonialismo y afirmamos que, dondequiera y cuando quiera que ocurran deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo. Lamentamos también que los efectos y la persistencia de esas estructuras y prácticas se cuenten entre los factores que contribuyen a las desigualdades sociales y económicas duraderas en muchas partes del mundo de hoy;
15. Reconocemos que el *apartheid* y el genocidio constituyen en derecho internacional crímenes de lesa humanidad y son fuentes y manifestaciones principales de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; reconocemos los indecibles males y sufrimientos causados por esos actos y afirmamos que donde quiera y cuando quiera que ocurran deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo;

CONFERENCIA DE DURBÁN

16. Reconocemos que la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, refugiados y solicitantes de asilo constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo, y que las violaciones de los derechos humanos cometidas contra los miembros de esos grupos se producen ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas;
17. Observamos la importancia de prestar especial atención a las nuevas manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia a las que pueden estar expuestos los jóvenes y otros grupos vulnerables;
18. Recalcamos que la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas están estrechamente vinculadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las prácticas conexas de intolerancia y contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza;
19. Reconocemos las consecuencias económicas, sociales y culturales negativas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que han contribuido en forma significativa al subdesarrollo de los países en desarrollo y, en particular, de África, y resolvemos liberar a todos los hombres, mujeres y niños de las condiciones abyectas y deshumanizadoras de la pobreza extrema a la que en la actualidad están sometidos más de mil millones de seres humanos, así como hacer realidad para todos el derecho al desarrollo y librar a toda la humanidad de la necesidad;
20. Reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se encuentran entre las causas básicas de los conflictos armados y muchas veces son una de sus consecuencias, y recordamos que la no discriminación es un principio fundamental del derecho internacional humanitario. Subrayamos la necesidad de que todas las partes en los conflictos armados respeten escrupulosamente ese principio y de que los Estados y la comunidad internacional permanezcan especialmente alertas durante los periodos de conflicto armado y sigan combatiendo todas las formas de discriminación racial;
21. Expresamos nuestra profunda preocupación por que el desarrollo socioeconómico esté siendo obstaculizado por conflictos internos generalizados que se deben, entre otras causas, a violaciones manifiestas de los derechos humanos, incluidas las derivadas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y a la falta de un gobierno democrático, incluyente y participativo;
22. Expresamos nuestra preocupación porque en algunos Estados las estructuras o instituciones políticas y jurídicas, algunas de ellas heredadas y que hoy persisten, no corresponden a las características multiétnicas, pluriculturales y plurilingües de la población y, en muchos casos, constituyen un factor importante de discriminación en la exclusión de los pueblos indígenas;

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

23. Reconocemos plenamente los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con los principios de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, y recalamos por lo tanto que deben adoptarse las medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales apropiadas, incluidas las que resulten de los instrumentos internacionales aplicables;
24. Declaramos que la expresión “pueblos indígenas” en la *Declaración y el programa de acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* se utiliza en el contexto de negociaciones internacionales en curso sobre textos que tratan específicamente de esta cuestión y sin prejuzgar el resultado de esas negociaciones, y no debe interpretarse en el sentido de que tenga repercusión alguna en cuanto a los derechos reconocidos por las normas jurídicas internacionales;
25. Expresamos nuestro profundo repudio del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que persisten en algunos Estados en el funcionamiento de los sistemas penales y en la aplicación de la ley, así como en las medidas y actitudes de las instituciones y las personas encargadas de hacer cumplir la ley, especialmente en los casos en que esto ha contribuido a que algunos grupos estén excesivamente representados entre los detenidos o presos;
26. Afirmamos la necesidad de poner fin a la impunidad de las violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas y los grupos que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;
27. Expresamos nuestra preocupación porque, más allá del hecho de que el racismo esté ganando terreno, las formas y manifestaciones contemporáneas del racismo y la xenofobia están tratando de volver a adquirir reconocimiento político, moral e incluso jurídico en muchas formas, entre otras mediante las plataformas de algunas organizaciones y partidos políticos y la difusión de ideas basadas en el concepto de la superioridad racial mediante las modernas tecnologías de la comunicación;
28. Recordamos que la persecución de todo grupo, colectividad o comunidad con una identidad propia por motivos raciales, nacionales, étnicos o de otra índole que están universalmente reconocidos como inaceptables en el derecho internacional, así como el crimen de *apartheid*, constituyen graves violaciones de los derechos humanos y, en algunos casos, pueden ser calificados de crímenes de lesa humanidad;
29. Condenamos enérgicamente el hecho de que la esclavitud y las prácticas análogas a la esclavitud sigan existiendo hoy en algunas partes del mundo e instamos a los Estados a que tomen con carácter prioritario medidas inmediatas para poner fin a dichas prácticas, que constituyen violaciones manifiestas de los derechos humanos;

CONFERENCIA DE DURBÁN

30. Afirmamos la urgente necesidad de prevenir, combatir y eliminar todas las formas de trata de personas, en particular de mujeres y niños, y reconocemos que las víctimas de esa trata están especialmente expuestas al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;

**Víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia
y otras formas conexas de intolerancia**

31. También expresamos nuestra profunda preocupación por los casos en que los indicadores en esferas como la educación, el empleo, la salud, la vivienda, la mortalidad infantil y la esperanza de vida de muchos pueblos revelan una situación de desventaja, en particular cuando entre los factores que contribuyen a ello están el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;

32. Reconocemos el valor y la diversidad del patrimonio cultural de los africanos y los afrodescendientes y afirmamos la importancia y necesidad de asegurar su completa integración en la vida social, económica y política con miras a facilitar su plena participación en todos los niveles del proceso de adopción de decisiones;

33. Consideramos esencial que todos los países de la región de las Américas y todas las demás zonas de la diáspora africana reconozcan la existencia de su población de origen africano y las contribuciones culturales, económicas, políticas y científicas que ha hecho esa población, y que admitan la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia que la afectan de manera específica; y reconocemos que, en muchos países, la desigualdad histórica en lo que respecta, entre otras cosas, al acceso a la educación, la atención de la salud y la vivienda ha sido una causa profunda de las disparidades socioeconómicas que la afectan;

34. Reconocemos que los afrodescendientes han sido durante siglos víctimas del racismo, la discriminación racial y la esclavización, y de la denegación histórica de muchos de sus derechos, y afirmamos que deben ser tratados con equidad y respeto por su dignidad, y que no deben sufrir discriminación de ningún tipo. Por lo tanto, se deben reconocer sus derechos a la cultura y a la propia identidad; a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural; al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a tener, mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus propios idiomas; a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico; al uso, disfrute y conservación de los recursos naturales renovables de su hábitat y a participar activamente en el diseño, aplicación y desarrollo de sistemas y programas de educación, incluidos los de carácter específico y propio y, cuando proceda, a las tierras que han habitado desde tiempos ancestrales;

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

35. Reconocemos que, en muchas partes del mundo, los africanos y los afrodescendientes tienen que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas y nos comprometemos a trabajar para erradicar todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas con que se enfrentan los africanos y los afrodescendientes;
36. Reconocemos que, en muchas partes del mundo, los asiáticos y las personas de origen asiático tienen que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas y nos comprometemos a trabajar para erradicar todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas a que se enfrentan los asiáticos y las personas de origen asiático;
37. Observamos con reconocimiento que, a pesar del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que se han enfrentado durante siglos, las personas de origen asiático han aportado y siguen aportando una contribución importante a la vida económica, social, política, científica y cultural de los países en que viven;
38. Instamos a todos los Estados a que examinen y, de ser necesario, revisen todas las políticas de inmigración que sean incompatibles con los instrumentos internacionales de derechos humanos, a fin de eliminar todas las políticas y prácticas discriminatorias contra los migrantes, incluidos los asiáticos y los de origen asiático;
39. Reconocemos que los pueblos indígenas han sido víctimas de discriminación durante siglos y afirmamos que son libres e iguales en dignidad y derechos y no deberían sufrir ningún tipo de discriminación, particularmente por su origen e identidad indígenas, y destacamos la necesidad de tomar constantemente medidas para luchar contra la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que los afectan;
40. Reconocemos el valor y la diversidad de las culturas y el patrimonio de los pueblos indígenas, cuya singular contribución al desarrollo y pluralismo cultural de la sociedad y cuya plena participación en todos los aspectos de la sociedad, en particular en temas que les preocupan, son fundamentales para la estabilidad política y social y para el desarrollo de los Estados en que viven;
41. Reiteramos nuestra convicción de que la plena realización por los pueblos indígenas de sus derechos humanos y libertades fundamentales es indispensable para eliminar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia. Reiteramos firmemente nuestra determinación de promover el pleno disfrute, en condiciones de igualdad, de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como de los beneficios del desarrollo sostenible, con pleno respeto de sus características distintivas y de sus propias iniciativas;

CONFERENCIA DE DURBÁN

42. Insistimos en que para que los pueblos indígenas puedan expresar libremente su propia identidad y ejercer sus derechos no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación, lo que necesariamente implica el respeto de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Se está haciendo actualmente un esfuerzo por garantizar el reconocimiento universal de estos derechos en las negociaciones acerca del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, incluidos los derechos siguientes: a ser llamados por su propio nombre; a participar libremente y en condiciones de igualdad en el desarrollo político, económico, social y cultural de un país; a mantener sus propias formas de organización, sus estilos de vida, culturas y tradiciones; a mantener y utilizar su propio idioma; a mantener su propia estructura económica en las zonas en que habitan; a participar en el desarrollo de sus sistemas y programas de educación; a administrar sus tierras y recursos naturales, incluidos los derechos de caza y pesca y a tener acceso a la justicia en condiciones de igualdad;
43. Reconocemos también la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra como base de su existencia espiritual, física y cultural, y alentamos a los Estados a que, siempre que sea posible, velen por que los pueblos indígenas puedan mantener la propiedad de sus tierras y de los recursos naturales a que tienen derecho conforme a la legislación interna;
44. Celebramos la decisión de crear en el sistema de las Naciones Unidas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, que da expresión concreta a los principales objetivos del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo y de la *Declaración y programa de acción de Viena*;
45. Celebramos el nombramiento por las Naciones Unidas del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y nos comprometemos a colaborar con el relator especial;
46. Reconocemos las positivas contribuciones económicas, sociales y culturales de los migrantes, tanto para los países de origen como para los de destino;
47. Reafirmamos el derecho soberano de los Estados a formular y aplicar su propio régimen jurídico y políticas de migración, y afirmamos asimismo que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de derechos humanos aplicables y deben estar formuladas de modo que se asegure que no están contaminadas por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;
48. Observamos con preocupación y condenamos enérgicamente las manifestaciones y actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra los migrantes y los estereotipos que corrientemente se les aplican; reafirmamos la responsabilidad de los Estados de proteger los derechos humanos de los migrantes que se hallan bajo su jurisdicción y la responsabilidad de los Estados de salvaguardar y proteger a los migrantes contra los actos ilícitos o violentos, en particular los actos de discriminación racial y los delitos cometidos por motivos racistas o xenófobos por individuos o grupos, y

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

destacamos la necesidad de que se les dé un trato justo, imparcial y equitativo en la sociedad y en el lugar de trabajo;

49. Destacamos la importancia de crear condiciones que favorezcan una mayor armonía, tolerancia y respeto entre los migrantes y el resto de la sociedad del país en que se encuentran a fin de eliminar las manifestaciones de racismo y xenofobia contra ellos. Subrayamos que la reunificación de las familias tiene un efecto positivo en la integración y destacamos la necesidad de que los Estados faciliten esa reunificación;
50. Tenemos presente la situación de vulnerabilidad en que con frecuencia se hallan los migrantes, entre otras cosas porque están fuera de sus países de origen y por las dificultades con que tropiezan en razón de las diferencias de idioma, costumbres y cultura, así como por las dificultades y obstáculos económicos y sociales para el retorno de migrantes indocumentados o en situación irregular;
51. Reafirmamos la necesidad de eliminar la discriminación racial contra los migrantes, en particular contra los trabajadores migrantes, en cuestiones tales como el empleo, los servicios sociales, incluidos los de educación y salud, así como en el acceso a la justicia, y que el trato que se les dé debe ajustarse a los instrumentos internacionales de derechos humanos, sin racismo, discriminación racial, xenofobia ni formas conexas de intolerancia;
52. Observamos con preocupación que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, entre otros factores, contribuyen al desplazamiento forzado y a la salida de personas de sus países de origen como refugiados y solicitantes de asilo;
53. Reconocemos también con preocupación que, pese a los esfuerzos por combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, sigue habiendo casos de distintas formas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas contra los refugiados, los solicitantes de asilo y las personas internamente desplazadas, entre otros;
54. Ponemos de relieve la urgencia de hacer frente a las causas básicas del desplazamiento y de hallar soluciones duraderas para los refugiados y las personas desplazadas, en particular el regreso voluntario en condiciones de seguridad y dignidad a los países de origen, así como el reasentamiento en terceros países y la integración local, cuando resulte apropiado y factible;
55. Reafirmamos nuestro compromiso de respetar y aplicar nuestras obligaciones humanitarias relacionadas con la protección de los refugiados, los solicitantes de asilo, los repatriados y las personas internamente desplazadas, y señalamos a este respecto la importancia de la solidaridad internacional, la distribución de la carga y la cooperación internacional para compartir la responsabilidad de la protección de los refugiados, a la vez que reafirmamos

CONFERENCIA DE DURBÁN

- que la convención de 1951 y su protocolo de 1967 sobre el estatuto de los refugiados siguen siendo la base del régimen internacional de los refugiados y reconocemos la importancia de su plena aplicación por los Estados parte;
56. Reconocemos la existencia en muchos países de una población mestiza con diversos orígenes étnicos y raciales y su valiosa contribución a la promoción de la tolerancia y el respeto en esas sociedades, y condenamos la discriminación de que es víctima, especialmente porque la naturaleza sutil de esa discriminación puede hacer que se niegue su existencia;
 57. Somos conscientes de que la historia de la humanidad está repleta de grandes atrocidades resultantes de violaciones manifiestas de los derechos humanos y pensamos que puede aprenderse de la historia, rememorándola, para evitar futuras tragedias;
 58. Recordamos que jamás debe olvidarse el Holocausto;
 59. Reconocemos con profunda preocupación la intolerancia religiosa contra algunas comunidades religiosas, así como la aparición de actos hostiles y de violencia contra esas comunidades a causa de sus creencias religiosas y su origen racial o étnico en diversas partes del mundo, que limitan en particular su derecho a practicar libremente sus creencias;
 60. También reconocemos con honda preocupación la existencia en varias partes del mundo de intolerancia religiosa contra comunidades religiosas y sus miembros, en particular la limitación de su derecho a practicar libremente sus creencias, así como la aparición cada vez más frecuente de estereotipos negativos, actos de hostilidad y violencia contra esas comunidades a causa de sus creencias religiosas y de su origen étnico o de su presunto origen racial;
 61. Reconocemos con profunda preocupación el creciente antisemitismo e islamofobia en diversas partes del mundo, así como la aparición de movimientos raciales y violentos basados en el racismo e ideas discriminatorias contra las comunidades judía, musulmana y árabe;
 62. Somos conscientes de que la historia de la humanidad está repleta de terribles injusticias infligidas por la falta de respeto a la igualdad de los seres humanos; observamos con alarma la intensificación de esas prácticas en diversas partes del mundo e instamos a las personas, sobre todo en situaciones de conflicto, a que desistan de la incitación al racismo y del uso de expresiones despectivas y de estereotipos negativos;
 63. Nos preocupan los padecimientos del pueblo palestino sometido a ocupación extranjera. Reconocemos el derecho inalienable del pueblo palestino a la libre determinación y al establecimiento de un Estado independiente; reconocemos el derecho a la seguridad de todos los Estados de la región, incluido Israel, y hacemos un llamamiento a todos los Estados para que apoyen el proceso de paz y lo lleven a una pronta conclusión;

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

64. Pedimos una paz justa, general y duradera en la región, en la que todos los pueblos coexistan y disfruten de igualdad, justicia y derechos humanos internacionalmente reconocidos, y seguridad;
65. Reconocemos el derecho de los refugiados a regresar voluntariamente a sus hogares y bienes en condiciones de dignidad y seguridad, e instamos a todos los Estados a que faciliten ese retorno;
66. Afirmamos que debe protegerse la identidad étnica, cultural, lingüística y religiosa de las minorías cuando las haya, y que las personas pertenecientes a esas minorías deben ser tratadas en pie de igualdad y deben disfrutar de sus derechos humanos y sus libertades fundamentales sin discriminación de ningún tipo;
67. Reconocemos que los miembros de algunos grupos con una identidad cultural propia se enfrentan a obstáculos atribuibles a un complejo conjunto de factores étnicos, religiosos o de otra índole, así como a sus tradiciones y costumbres, e instamos a los Estados a que se aseguren de que las medidas, políticas y programas destinados a erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia aborden los obstáculos que crea este conjunto de factores;
68. Reconocemos con honda preocupación las actuales manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, así como de violencia, a que hacen frente los romaníes, gitanos, sintis y nómadas, y reconocemos la necesidad de elaborar políticas eficaces y mecanismos de aplicación para lograr su plena igualdad;
69. Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las políticas, estrategias y programas de acción pertinentes contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación;
70. Reconocemos la necesidad de elaborar un enfoque más coherente y sistemático para evaluar y vigilar la discriminación racial contra las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades a que hacen frente las mujeres para el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
71. Deploramos los intentos de obligar a mujeres que pertenecen a ciertas religiones y minorías religiosas a renunciar a su identidad cultural y religiosa o a limitar su expresión legítima, o de discriminar contra ellas en lo que se refiere a las oportunidades de educación y empleo;

CONFERENCIA DE DURBÁN

72. Observamos con preocupación el gran número de menores y jóvenes, particularmente niñas, que figuran entre las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y destacamos la necesidad de incorporar medidas especiales, de conformidad con el principio del interés superior del niño y el respeto de sus opiniones, en los programas contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, a fin de prestar atención prioritaria a los derechos y a la situación de los menores y los jóvenes que son víctimas de esas prácticas;
73. Reconocemos que a un niño que pertenece a una minoría étnica, religiosa o lingüística o que es indígena no debe negársele el derecho, individualmente o en comunidad con otros miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a utilizar su idioma;
74. Reconocemos que el trabajo infantil está relacionado con la pobreza, la falta de desarrollo y las condiciones socioeconómicas conexas y que, en algunos casos, podría perpetuar la pobreza y la discriminación racial al privar de manera desproporcionada a los niños de los grupos afectados de la posibilidad de adquirir las aptitudes humanas necesarias para la vida productiva y para beneficiarse del crecimiento económico;
75. Observamos con profunda preocupación que en muchos países las personas infectadas o afectadas por el VIH-sida, así como las presuntamente infectadas, pertenecen a grupos vulnerables al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, lo que incide negativamente sobre su acceso a la atención de su salud y los medicamentos y lo obstaculiza;

Medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia en los ámbitos nacional, regional e internacional

76. Reconocemos que las condiciones políticas, económicas, culturales y sociales no equitativas pueden engendrar y fomentar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, que a su vez exacerbaban la desigualdad. Creemos que una auténtica igualdad de oportunidades para todos en todos los campos, incluido el desarrollo, es fundamental para la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
77. Afirmamos que la adhesión universal a la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* y su pleno cumplimiento tienen importancia primordial para la promoción de la igualdad y la no discriminación en el mundo;
78. Reafirmamos el compromiso solemne de todos los Estados de fomentar el respeto universal, la observancia y la protección de todos los derechos humanos, económicos, sociales, culturales, civiles y políticos, incluido el derecho al desarrollo, como factor fundamental

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

para la prevención y eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

79. Estamos firmemente convencidos de que los obstáculos para vencer la discriminación racial y conseguir la igualdad racial radican principalmente en la falta de voluntad política, la legislación deficiente y la falta de estrategias de aplicación y de medidas concretas por los Estados, así como en la prevalencia de actitudes racistas y estereotipos negativos;
80. Creemos firmemente que la educación, el desarrollo y la aplicación cabal de todas las normas y obligaciones de derechos humanos internacionales, en particular la promulgación de leyes y estrategias políticas, sociales y económicas, son fundamentales para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
81. Reconocemos que la democracia y un gobierno transparente, responsable y participativo que responda a las necesidades y aspiraciones de la población, y el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales y el Estado de derecho son esenciales para la prevención y la eliminación efectivas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Reafirmamos que toda forma de impunidad por delitos motivados por actitudes racistas y xenófobas contribuye a debilitar el Estado de derecho y la democracia y tiende a fomentar la repetición de tales actos;
82. Afirmamos que el diálogo entre civilizaciones constituye un proceso para lograr la identificación y la promoción de bases comunes entre las civilizaciones, el reconocimiento y la promoción de la dignidad inherente a todos los seres humanos y de la igualdad de derechos de éstos, y el respeto de los principios fundamentales de justicia; de este modo, puede disipar los conceptos de superioridad racial basados en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y facilitar la construcción de un mundo reconciliado para la familia humana;
83. Destacamos la función clave que los dirigentes y los partidos políticos pueden y deben desempeñar en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y alentamos a los partidos políticos a que tomen medidas concretas para promover la solidaridad, la tolerancia y el respeto;
84. Condenamos la persistencia y la reaparición del neonazismo, el neofascismo y de las ideologías nacionalistas violentas basadas en prejuicios raciales o nacionales y declaramos que esos fenómenos no se pueden justificar en ningún caso ni bajo ninguna circunstancia;
85. Condenamos las plataformas y organizaciones políticas basadas en el racismo, la xenofobia o las doctrinas de la superioridad y la discriminación raciales, así como la legislación y las prácticas basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia por ser incompatibles con la democracia y la gobernanza transparente y responsable. Reafirmamos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia

CONFERENCIA DE DURBÁN

- y las formas conexas de intolerancia permitidos por las políticas gubernamentales violan los derechos humanos y pueden poner en peligro las relaciones de amistad entre los pueblos, la cooperación entre las naciones y la paz y la seguridad internacionales;
86. Recordamos que la difusión de todas las ideas basadas en la superioridad o en el odio racial deberá ser declarada delito punible por ley, teniendo debidamente en cuenta los principios consagrados en la *Declaración universal de los derechos humanos* y los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*;
87. Observamos que el párrafo b del artículo 4 de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* impone a los Estados la obligación de mostrarse vigilantes y de tomar medidas contra las organizaciones que difunden ideas basadas en la superioridad o el odio racial, cometen actos de violencia o incitan a cometer tales actos. Esas organizaciones deberán ser condenadas y desalentadas;
88. Reconocemos que los medios de comunicación deben representar la diversidad de la sociedad multicultural y desempeñar su función en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. A este respecto destacamos la fuerza de la publicidad;
89. Tomamos nota con pesar de que algunos medios de comunicación, al promover imágenes falsas y estereotipos negativos de grupos y personas vulnerables, en particular migrantes y refugiados, han contribuido a la difusión de sentimientos racistas y xenófobos entre el público y, en algunos casos, han alentado la violencia por parte de individuos y grupos racistas;
90. Reconocemos la contribución positiva que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, en particular por los medios de comunicación y las nuevas tecnologías, incluida Internet, y el pleno respeto de la libertad de buscar, recibir y comunicar información pueden hacer a la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Reiteramos la necesidad de respetar la independencia de la prensa y la autonomía de los medios de comunicación a este respecto;
91. Expresamos nuestra profunda preocupación por el uso de las nuevas tecnologías de la información, como Internet, con fines contrarios al respeto de los valores humanos, la igualdad, la no discriminación, el respeto por los demás y la tolerancia, en particular para propagar el racismo, el odio racial, la xenofobia, la discriminación racial y las formas conexas de intolerancia y, sobre todo, por la posibilidad de que los niños y los jóvenes que tienen acceso a esa información se vean negativamente influidos por ella;
92. Reconocemos también la necesidad de promover la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, particularmente Internet, para contribuir a la

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Las nuevas tecnologías pueden ayudar a promover la tolerancia y el respeto de la dignidad humana, así como los principios de la igualdad y la no discriminación;

93. Afirmamos que todos los Estados deberían reconocer la importancia de los medios de información de la comunidad que permiten expresarse a las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
94. Reafirmamos que la estigmatización de las personas de diferentes orígenes mediante actos u omisiones de las autoridades públicas, instituciones, medios de información, partidos políticos u organizaciones nacionales o locales no sólo es un acto de discriminación racial, sino que además puede incitar a la repetición de tales actos, resultando así en la creación de un círculo vicioso que refuerza las actitudes y los prejuicios racistas, y que debe condenarse;
95. Reconocemos que la educación en todos los niveles y a todas las edades, incluso en la familia, y en especial la educación en materia de derechos humanos, es la clave para modificar las actitudes y los comportamientos basados en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y para promover la tolerancia y el respeto de la diversidad en las sociedades. Afirmamos además que una educación de este tipo es un factor determinante en la promoción, difusión y protección de los valores democráticos de justicia y equidad, que son fundamentales para prevenir y combatir el avance del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
96. Reconocemos que la calidad de la educación, la eliminación del analfabetismo y el acceso a la enseñanza primaria gratuita para todos pueden contribuir a promover sociedades menos excluyentes, equidad, relaciones estables y armoniosas y amistad entre las naciones, los pueblos, grupos e individuos, y una cultura de la paz, favoreciendo la comprensión mutua, la solidaridad, la justicia social y el respeto de todos los derechos humanos para todos;
97. Hacemos hincapié en los vínculos entre el derecho a la educación y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y en la función esencial de la educación, en particular la educación sobre los derechos humanos y la educación que reconozca y respete la diversidad cultural, especialmente entre los niños y los jóvenes, para prevenir y erradicar todas las formas de intolerancia y discriminación;

Establecimiento de recursos y medidas eficaces de reparación, resarcimiento, indemnización y de otra índole en los niveles nacional, regional e internacional

98. Subrayamos la importancia y la necesidad de enseñar los hechos y la verdad de la historia de la humanidad, desde la antigüedad hasta el pasado reciente, así como de enseñar los hechos y la verdad de la historia, las causas, naturaleza y consecuencias del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, a fin de llegar a conocer de manera amplia y objetiva las tragedias del pasado;

CONFERENCIA DE DURBÁN

99. -Reconocemos y lamentamos profundamente los sufrimientos humanos masivos y el trágico padecimiento de millones de hombres, mujeres y niños causados por la esclavitud, la trata de esclavos, la trata transatlántica de esclavos, el *apartheid*, el colonialismo y el genocidio; hacemos un llamamiento a los Estados interesados para que honren la memoria de las víctimas de pasadas tragedias y afirmamos que donde quiera y cuando quiera que hubieran ocurrido deben ser condenados y ha de impedirse que ocurran de nuevo. Lamentamos que esas prácticas y estructuras políticas, socioeconómicas y culturales hayan causado el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
100. Reconocemos y lamentamos profundamente los indecibles sufrimientos y males infligidos a millones de hombres, mujeres y niños como resultado de la esclavitud, la trata de esclavos, la trata transatlántica de esclavos, el *apartheid*, el genocidio y pasadas tragedias. Observamos también que algunos Estados han tomado la iniciativa de pedir perdón y han pagado una indemnización, en los casos procedentes, por las violaciones graves y masivas perpetradas;
101. Con miras a dar por clausurados estos terribles capítulos de la historia y como medio de reconciliación y cicatrización de las heridas, invitamos a la comunidad internacional y a sus miembros a que honren la memoria de las víctimas de esas tragedias. La conferencia observa también que algunos han tomado la iniciativa de lamentar lo sucedido, expresar remordimiento o pedir perdón, y hace un llamamiento a quienes todavía no hayan contribuido a restablecer la dignidad de las víctimas para que encuentren la manera adecuada de hacerlo y, en este sentido, expresa su agradecimiento a los Estados que ya lo han hecho;
102. Somos conscientes de la obligación moral que tienen todos los Estados interesados, y hacemos un llamamiento a esos Estados a fin de que adopten medidas adecuadas y eficaces para hacer cesar e invertir las consecuencias duraderas de esas prácticas;
103. Reconocemos las consecuencias de las formas pasadas y contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas como graves desafíos a la paz y la seguridad mundiales, la dignidad humana y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales de muchas personas en el mundo, en particular africanos, afrodescendientes, personas de origen asiático y pueblos indígenas;
104. Reafirmamos enérgicamente también que es requisito ineludible de justicia que se dé acceso a la justicia a las víctimas de violaciones de los derechos humanos resultantes del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, especialmente a la luz de su situación vulnerable social, cultural y económicamente, así como asistencia jurídica, si procede, y protección y recursos eficaces y apropiados, incluso el derecho a pedir y recibir justa y adecuada indemnización o satisfacción por los daños

sufridos de resultas de esa discriminación, de acuerdo con lo consagrado en numerosos instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, en particular la *Declaración universal de los derechos humanos* y la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*;

105. Inspirada en los principios enunciados en la *Declaración del milenio* y en el reconocimiento de que tenemos la responsabilidad colectiva de defender los principios de la dignidad humana, la igualdad y la equidad y de garantizar que la mundialización llegue a ser una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, la comunidad internacional se compromete a trabajar en pro de la beneficiosa integración de los países en desarrollo en la economía mundial y a combatir su marginación, determinada a lograr el crecimiento económico acelerado y el desarrollo sostenible y a erradicar la pobreza, la desigualdad y las privaciones;
106. Subrayamos que recordar los crímenes e injusticias del pasado, cuando quiera y donde quiera que ocurrieron, condenar inequívocamente las tragedias racistas y decir la verdad sobre la historia son elementos esenciales para la reconciliación internacional y la creación de sociedades basadas en la justicia, la igualdad y la solidaridad;

Estrategias para lograr una igualdad plena y efectiva que abarquen la cooperación internacional y el fortalecimiento de las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

107. Destacamos la necesidad de diseñar, promover y aplicar en los planos nacional, regional e internacional estrategias, programas y políticas, así como una legislación adecuada que pueda incluir medidas especiales y positivas, para promover un desarrollo social equitativo y la realización de los derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales de todas las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, particularmente ofreciéndoles un acceso más efectivo a las instituciones políticas, judiciales y administrativas, así como también destacamos la necesidad de incrementar el acceso efectivo a la justicia y de garantizar que los beneficios del desarrollo, la ciencia y la tecnología contribuyan efectivamente a mejorar la calidad de vida de todos, sin discriminación;
108. Reconocemos la necesidad de adoptar medidas afirmativas o medidas especiales a favor de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia para promover su plena integración en la sociedad. Esas medidas de acción efectiva, que han de incluir medidas sociales, deben estar destinadas a corregir las condiciones que menoscaban el disfrute de los derechos y a introducir medidas especiales para alentar la participación igual de todos los grupos raciales y culturales, lingüísticos y religiosos en todos los sectores de la sociedad y para situarlos en pie de igualdad. Entre estas

CONFERENCIA DE DURBÁN

medidas deberían figurar medidas especiales para lograr una representación apropiada en las instituciones de enseñanza, la vivienda, los partidos políticos, los parlamentos y el empleo, y en particular en los órganos judiciales, la policía, el ejército y otros servicios civiles, lo que en algunos casos puede exigir reformas electorales, reformas agrarias y campañas en pro de la participación equitativa;

109. Recordamos la importancia de fomentar la cooperación internacional para promover:
- a) la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
 - b) la aplicación efectiva de los tratados e instrumentos internacionales que prohíben esas prácticas;
 - c) los objetivos de la *Carta de las Naciones Unidas* a este respecto;
 - d) -el logro de las metas establecidas por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro en 1992, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social celebrada en Copenhague en 1995, la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) celebrada en Estambul en 1996 y la Cumbre Mundial sobre la Alimentación celebrada en Roma en 1996, velando por que esas metas beneficien en forma equitativa a todas las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
110. Reconocemos la importancia de la cooperación entre los Estados, las organizaciones internacionales y regionales pertinentes, las instituciones financieras internacionales, las organizaciones no gubernamentales y los particulares en la lucha mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y que para el éxito de esta lucha se requiere específicamente tener en cuenta las quejas, opiniones y exigencias de las víctimas de esa discriminación;
111. Reiteramos que la respuesta y la política internacionales, incluida la asistencia financiera con respecto a los refugiados y las personas desplazadas en diferentes partes del mundo, no deben basarse en la discriminación por motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico de los refugiados y las personas desplazadas de que se trate y, en este contexto, exhortamos a la comunidad internacional a prestar asistencia suficiente, y equitativa a los países de acogida, en particular cuando se trate de países en desarrollo o de países en transición;
112. Reconocemos la importancia de unas instituciones nacionales independientes de derechos humanos que se ajusten a los *Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, anexos a la Resolución 48/134 de

DECLARACIÓN CONTRA EL RACISMO, LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, LA XENOFOBIA Y LA INTOLERANCIA

- la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993, y de otras instituciones especializadas pertinentes creadas por ley para la promoción y protección de los derechos humanos (como la del defensor del pueblo) en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como para la promoción de los valores democráticos y el Estado de derecho. Alentamos a los Estados a que establezcan tales instituciones, según proceda, y exhortamos a las autoridades y a la sociedad en general de los países en que esas instituciones están desempeñando sus funciones de promoción, protección y prevención a que cooperen en la mayor medida posible con dichas instituciones, respetando al mismo tiempo su independencia;
113. Reconocemos el importante papel que pueden desempeñar los órganos regionales competentes, incluidas las asociaciones regionales de instituciones nacionales de derechos humanos, en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y la función crucial de supervisión y sensibilización de la opinión pública respecto de la intolerancia y la discriminación que pueden desempeñar en el plano regional, y reafirmamos el apoyo a esos órganos donde existen y recomendamos su creación;
114. Reconocemos la importancia fundamental que tienen los parlamentos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en la tarea de adoptar legislación apropiada, supervisar su aplicación y asignar los recursos financieros necesarios;
115. Destacamos la importancia de la participación de los agentes sociales y otras organizaciones no gubernamentales en el diseño y la aplicación de programas de formación y desarrollo;
116. Reconocemos el importante papel que desempeña la sociedad civil en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular en la asistencia a los gobiernos para desarrollar reglamentos y estrategias, así como para adoptar medidas y desplegar actividades contra esas formas de discriminación y observar su aplicación;
117. Reconocemos también que la promoción de un mayor respeto y confianza entre los diferentes grupos de la sociedad debe ser una responsabilidad compartida pero diferenciada de las instituciones gubernamentales, los dirigentes políticos, las organizaciones de base y los ciudadanos. Subrayamos que la sociedad civil desempeña un papel importante en la promoción de los intereses públicos, especialmente en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
118. Acogemos complacidos la función catalítica que desempeñan las organizaciones no gubernamentales, promoviendo la enseñanza de los derechos humanos y sensibilizando al público acerca del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas

CONFERENCIA DE DURBÁN

de intolerancia. Esas instituciones también pueden desempeñar una función importante en la tarea de señalar esas cuestiones a la atención de los órganos pertinentes de las Naciones Unidas, sobre la base de sus experiencias nacionales, regionales o internacionales. Teniendo presentes las dificultades a que hacen frente, nos comprometemos a establecer un clima propicio para el funcionamiento eficaz de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, en particular de las organizaciones no gubernamentales antirracistas, en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Reconocemos la precaria situación de las organizaciones no gubernamentales de derechos humanos, incluidas las que luchan contra el racismo, en muchas partes del mundo y expresamos nuestro compromiso de cumplir nuestras obligaciones internacionales y de eliminar todo obstáculo ilícito que entorpezca su funcionamiento eficaz;

119. Alentamos la plena participación de las organizaciones no gubernamentales en el seguimiento de la conferencia mundial;
120. Reconocemos que el intercambio y el diálogo internacional y nacional y el desarrollo de una red mundial entre los jóvenes son elementos importantes y fundamentales en la formación de la comprensión intercultural y el respeto y contribuirán a la eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
121. Destacamos la utilidad de hacer participar a los jóvenes en el desarrollo de estrategias y políticas nacionales, regionales e internacionales orientadas hacia el futuro para luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
122. Afirmamos que nuestro esfuerzo mundial por lograr la eliminación total del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como las recomendaciones contenidas en el *Programa de acción*, se hacen en un espíritu de solidaridad y cooperación internacional y se inspiran en los propósitos y principios de la *Carta de las Naciones Unidas* y otros instrumentos internacionales pertinentes. Esas recomendaciones se formulan teniendo debidamente en cuenta el pasado, el presente y el futuro, y con un enfoque constructivo y orientado al futuro. Reconocemos que la formulación y aplicación de esas estrategias, políticas, programas y medidas, que deberían ponerse en práctica con rapidez y eficiencia, son responsabilidad de todos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil en los niveles nacional, regional e internacional.

Programa de acción -

Reconociendo la necesidad urgente de convertir los objetivos de la *Declaración* en un programa de acción práctico y aplicable, la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia:

I. - Orígenes, causas, formas y manifestaciones contemporáneas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

1. - Insta a los Estados a que, en el marco de sus iniciativas nacionales y en cooperación con otros Estados y con organizaciones e instituciones financieras regionales e internacionales, promuevan la utilización de inversiones públicas y privadas en consulta con las comunidades afectadas a fin de erradicar la pobreza, en particular en las zonas donde viven predominantemente las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
2. - Exhorta a los Estados a que adopten todas las disposiciones necesarias y apropiadas para poner fin a la esclavitud y a las formas contemporáneas de prácticas análogas a la esclavitud, y a que inicien un diálogo constructivo entre Estados y apliquen medidas con el fin de remediar los problemas y reparar los daños que ocasionan;

II. Las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

Víctimas en general

3. - Insta a los Estados a que trabajen en el nivel nacional y en cooperación con otros Estados y con las organizaciones y los programas regionales e internacionales pertinentes para fortalecer los mecanismos nacionales de promoción y protección de los derechos humanos de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que estén contagiadas, o presuntamente contagiadas, con enfermedades pandémicas como el VIH-sida y a que adopten medidas concretas, en particular de prevención y de facilitación del acceso a medicamentos y tratamientos y programas de educación, capacitación e información pública con el fin de eliminar la violencia, la estigmatización, la discriminación, el desempleo y otras consecuencias negativas de esas pandemias;

CONFERENCIA DE DURBÁN

Africanos y afrodescendientes

4. - Insta a los Estados a que faciliten la participación de los afrodescendientes en todos los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales de la sociedad y en el adelanto y el desarrollo económico de sus países, y a que promuevan el conocimiento y el respeto de su patrimonio y su cultura;
5. - Pide a los Estados que, apoyados en su caso por la cooperación internacional, consideren favorablemente la posibilidad de concentrar nuevas inversiones en sistemas de atención sanitaria, educación, salud pública, electricidad, agua potable y control del medio ambiente, así como en otras medidas de acción afirmativa o positiva en las comunidades integradas principalmente por afrodescendientes;
6. - Pide a las Naciones Unidas, a las instituciones financieras y de desarrollo internacionales y a otros mecanismos internacionales competentes que elaboren programas de fomento a la capacidad destinados a los africanos y a los afrodescendientes de las Américas y de todo el mundo;
7. - Pide a la Comisión de Derechos Humanos que considere la posibilidad de establecer un grupo de trabajo u otro mecanismo en las Naciones Unidas para que estudie los problemas de discriminación racial a que hacen frente los afrodescendientes que viven en la diáspora africana y haga propuestas para la eliminación de la discriminación racial contra esas personas;
8. - Exhorta a las instituciones financieras y de desarrollo y a los programas operacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que, de conformidad con sus presupuestos ordinarios y los procedimientos de sus órganos rectores:
 - a) - Atribuyan especial prioridad y destinen suficientes recursos financieros, dentro de sus esferas de competencia y en sus presupuestos, a la mejora de la situación de los africanos y los afrodescendientes, prestando especial atención a las necesidades de estas poblaciones en los países en desarrollo, entre otras cosas mediante la preparación de programas de acción específicos;
 - b) - Realicen proyectos especiales, por los conductos apropiados y en colaboración con los africanos y los afrodescendientes, para prestar apoyo a sus iniciativas comunitarias y facilitar el intercambio de información y de conocimientos técnicos entre estas poblaciones y los expertos en estas esferas;
 - c) - Elaboren programas destinados a los afrodescendientes por los que se inviertan recursos adicionales en sistemas de salud, educación, vivienda, electricidad, agua potable y medidas de control del medio ambiente, y que promuevan la igualdad de oportunidades en el empleo, así como otras iniciativas de acción afirmativa o positiva;

9. - Pide a los Estados que refuercen las medidas y políticas públicas a favor de las mujeres y los jóvenes afrodescendientes, teniendo presente que el racismo los afecta más profundamente, poniéndolos en situación de mayor marginación y desventaja;
10. Insta a los Estados a que garanticen el acceso a la educación y promuevan el acceso a las nuevas tecnologías de modo que los africanos y los afrodescendientes, en particular las mujeres y los niños, dispongan de suficientes recursos para la educación, el desarrollo tecnológico y el aprendizaje a distancia en las comunidades locales, y los insta también a que hagan lo necesario para que en los programas de estudios se incluya la enseñanza cabal y exacta de la historia y la contribución de los africanos y los afrodescendientes;
11. Alienta a los Estados a que determinen los factores que impiden el igual acceso y la presencia equitativa de los afrodescendientes en todos los niveles del sector público, incluida la administración pública, y en particular la administración de justicia; a que adopten las medidas apropiadas para eliminar los obstáculos identificados y a que alienten a su vez al sector privado a promover la igualdad de acceso y la presencia equitativa de los afrodescendientes en todos los niveles de sus organizaciones;
12. Hace un llamamiento a los Estados para que adopten medidas concretas que garanticen el acceso pleno y efectivo de todas las personas, en particular de los afrodescendientes, al sistema judicial;
13. Insta a los Estados a que, con arreglo a la normativa internacional de los derechos humanos y a sus respectivos ordenamientos jurídicos, resuelvan los problemas de la propiedad respecto de las tierras habitadas desde épocas ancestrales por afrodescendientes y promuevan la utilización productiva de la tierra y el desarrollo integral de esas comunidades, respetando su cultura y sus modalidades particulares de adopción de decisiones;
14. Insta a los Estados a que reconozcan los problemas particularmente graves del prejuicio y la intolerancia religiosos con que tropiezan muchos afrodescendientes y a que apliquen políticas y medidas encaminadas a prevenir y eliminar toda discriminación basada en la religión y las creencias que, combinada con ciertas otras formas de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple;

Pueblos indígenas

15. Insta a los Estados a:
 - a) Que adopten o sigan aplicando, en concierto con ellos, medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales y todas las disposiciones necesarias para promover, proteger y garantizar el ejercicio por los pueblos indígenas de sus derechos, así como para garantizarles el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre la base de la igualdad, la no discriminación y la participación plena y

CONFERENCIA DE DURBÁN

- libre en todas las esferas de la sociedad, en particular en los asuntos que les afectan o interesan;
- b) Que promuevan el conocimiento y el respeto de las culturas y el patrimonio indígenas, y celebra las medidas ya adoptadas por los Estados a este respecto;
16. Insta a los Estados a que trabajen con los pueblos indígenas para estimular su acceso a la actividad económica e incrementar sus índices de empleo, cuando proceda, mediante el establecimiento, adquisición o expansión de empresas por los pueblos indígenas y medidas como capacitación, prestación de asistencia técnica y servicios de crédito;
17. Insta a los Estados a que trabajen con los pueblos indígenas para establecer y poner en marcha programas que les brinden acceso a medios de formación y a servicios que puedan contribuir al desarrollo de sus comunidades;
18. Pide a los Estados que adopten políticas públicas y den impulso a programas a favor de las mujeres y las niñas indígenas en concierto con ellas con el fin de: promover sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; poner fin a su situación de desventaja por razones de género y origen étnico; resolver los apremiantes problemas que las afectan en materia de educación, salud física y mental y vida económica y el problema de la violencia contra la mujer, incluida la violencia en el hogar; y eliminar la situación de discriminación exacerbada que padecen las mujeres y las niñas indígenas al combinarse el racismo con la discriminación sexual;
19. Recomienda que los Estados examinen, de conformidad con los instrumentos y normas internacionales de derechos humanos pertinentes, sus constituciones, leyes, ordenamientos jurídicos y políticas con el fin de identificar y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, ya sean implícitos, explícitos o inherentes, contra los pueblos y las personas indígenas;
20. Invita a los Estados interesados a cumplir y respetar los tratados y acuerdos concertados con los pueblos indígenas y a reconocerlos y observarlos debidamente;
21. Pide a los Estados que consideren cabal y debidamente las recomendaciones formuladas por los pueblos indígenas en sus propios foros sobre la conferencia mundial;
22. Pide a los Estados que:
- a) -Creen mecanismos institucionales, y cuando ya existan les den su apoyo, para promover el logro de los objetivos y medidas relativos a los pueblos indígenas acordados en el presente *Plan de acción*;
- b) -Promuevan, en colaboración con las organizaciones indígenas, autoridades locales y organizaciones no gubernamentales, medidas encaminadas a superar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia contra los

- pueblos indígenas y efectúen evaluaciones periódicas de los progresos logrados a este respecto;
- c) - Promuevan la comprensión en la sociedad en general de la importancia de las medidas especiales para superar las desventajas a que hacen frente los pueblos indígenas;
 - d) Consulten a los representantes indígenas en el proceso de adopción de decisiones relativas a las políticas y medidas que les afecten directamente;
23. Invita a los Estados a que reconozcan los problemas particulares a que hacen frente los pueblos y personas indígenas que viven en un entorno urbano y los exhorta a aplicar estrategias eficaces para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia con que tropiezan, prestando especial atención a las oportunidades para que continúen practicando sus modos de vida tradicionales, culturales, lingüísticos y espirituales;

Migrantes

24. Pide a todos los Estados que luchen contra las manifestaciones de rechazo generalizado de los migrantes y que se opongan activamente a todas las manifestaciones racistas y actos que engendren conductas xenófobas y sentimientos negativos hacia los migrantes o su rechazo;
25. Invita a las organizaciones no gubernamentales internacionales y nacionales a que incorporen la vigilancia y la protección de los derechos humanos de los migrantes en sus programas y actividades y a que sensibilicen a los gobiernos y aumenten la conciencia pública en todos los Estados respecto de la necesidad de prevenir los actos racistas, las manifestaciones de discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia contra los migrantes;
26. Pide a los Estados que promuevan y protejan cabal y efectivamente los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, de conformidad con la *Declaración universal de los derechos humanos* y con sus obligaciones en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos, prescindiendo de la situación de inmigración de los migrantes [*sic*];
27. Alienta a los Estados a promover la educación sobre los derechos humanos de los migrantes y a organizar campañas de información para velar por que el público esté debidamente informado sobre los migrantes y de los asuntos de los migrantes, incluida la contribución positiva de éstos a sus sociedades de acogida y su vulnerabilidad, particularmente la de quienes están en una situación irregular;
28. Invita a los Estados a que faciliten la reunión de familias en forma rápida y eficaz, la cual favorece la integración de los migrantes, tomando debidamente en cuenta el deseo de muchos miembros de las familias de ser independientes;

CONFERENCIA DE DURBÁN

29. Insta a los Estados a que adopten medidas concretas que eliminen el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en el lugar de trabajo contra todos los trabajadores, en particular los migrantes, y aseguren la plena igualdad de todos ante la ley, incluida la legislación laboral, e insta además a los Estados a que eliminen los obstáculos, según proceda, a la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales; el acceso a los tribunales judiciales y administrativos para plantear quejas; el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia y el trabajo en condiciones seguras y saludables;
30. Insta a los Estados a que:
- a) -Elaboren y pongan en práctica políticas y planes de acción, y refuercen y apliquen medidas preventivas, para promover la armonía y la tolerancia entre los migrantes y las sociedades que los acogen con el fin de eliminar las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, incluidos actos de violencia, por parte de personas o grupos en muchas sociedades;
 - b) -Revisen y modifiquen, según proceda, sus leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar de ellos todo elemento de discriminación racial y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos;
 - c) -Apliquen medidas concretas que abarquen a la comunidad de acogida y a los migrantes para fomentar el respeto de la diversidad cultural, promover el trato equitativo de los migrantes y desarrollar programas, según proceda, que faciliten su integración en la vida social, cultural, política y económica;
 - d) Garanticen que los migrantes, independientemente de su situación, que hayan sido detenidos por las autoridades públicas sean tratados de forma humana e imparcial y reciban protección jurídica y, en su caso, la asistencia de un intérprete competente de acuerdo con las normas pertinentes del derecho internacional y de derechos humanos, particularmente durante los interrogatorios;
 - e) -Velen por que la policía y las autoridades de inmigración traten a los migrantes de forma digna y no discriminatoria de acuerdo con las normas internacionales mediante, entre otras cosas, la organización de cursos de formación especializada para administradores, policías, funcionarios de inmigración y otros grupos interesados;
 - f) -Consideren la cuestión de promover el reconocimiento de las credenciales educacionales, profesionales y técnicas de los migrantes con miras a aumentar al máximo su contribución a sus nuevos Estados de residencia;
 - g) -Adopten todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los suel-

dos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, así como a la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural;

- h) Consideren la posibilidad de adoptar y aplicar políticas y programas de inmigración que permitan a los inmigrantes, en particular a las mujeres y los niños que son víctimas de la violencia conyugal o doméstica, a escapar de unas relaciones opresivas;
31. Insta a los Estados, en vista de que aumenta la proporción de las mujeres migrantes, a que presten una atención especial a las cuestiones de género, en especial a la discriminación sexual, y en particular cuando los múltiples obstáculos con que tropiezan las mujeres migrantes se combinan; a que realicen investigaciones exhaustivas, no sólo sobre las violaciones perpetradas contra los derechos humanos de las mujeres migrantes sino también sobre la contribución que esas mujeres hacen a las economías de sus países de origen y de sus países de acogida; y a que incluyan los resultados de esas investigaciones en los informes destinados a los órganos creados en virtud de tratados;
32. Exhorta a los Estados a que reconozcan las mismas oportunidades y responsabilidades económicas a los migrantes documentados que son residentes a largo plazo que a los demás miembros de la sociedad;
33. Recomienda que los países de acogida de los migrantes consideren la posibilidad de prestar servicios sociales adecuados, en particular en materia de salud, educación y una vivienda adecuada, como cuestión prioritaria, en cooperación con los organismos de las Naciones Unidas, las organizaciones regionales y las instituciones financieras internacionales; pide también que estos organismos den una respuesta adecuada a las solicitudes de tales servicios;

Refugiados

34. Exhorta a los Estados a cumplir sus obligaciones dimanantes de la normativa internacional de los derechos humanos y del derecho de los refugiados y humanitario que se refieren a los refugiados, los solicitantes de asilo y las personas desplazadas e insta a la comunidad internacional a que les brinde protección y asistencia de forma equitativa y teniendo debidamente en cuenta sus necesidades en diversas partes del mundo, de conformidad con los principios de la solidaridad internacional, el reparto de la carga y la cooperación internacional, para compartir las responsabilidades;
35. Insta a los Estados a que reconozcan el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a que están expuestos los refugiados al intentar integrarse

CONFERENCIA DE DURBÁN

en la vida de las sociedades de sus países de acogida y alienta a los Estados a que preparen estrategias para hacer frente a esta discriminación y a que faciliten el pleno disfrute de los derechos humanos de los refugiados, de acuerdo con sus obligaciones y compromisos internacionales. Los Estados parte deberían procurar que todas las medidas relacionadas con los refugiados estén en perfecta consonancia con la *Convención sobre el estatuto de los refugiados* de 1951 y su *Protocolo* de 1967;

36. Insta a los Estados a que adopten medidas eficaces para proteger a las mujeres y las niñas internamente desplazadas o refugiadas contra actos de violencia, para investigar ese tipo de violaciones y enjuiciar a los responsables en colaboración con las organizaciones competentes, según corresponda;

Otras víctimas

37. Insta a los Estados a que adopten todas las medidas posibles para garantizar que todas las personas, sin discriminación, estén inscritas en el registro y tengan acceso a la documentación necesaria que refleje su identidad jurídica y les permita beneficiarse de los procedimientos y recursos legales disponibles y de las oportunidades de desarrollo, así como para reducir la trata de personas;
38. Reconoce que las víctimas de la trata están particularmente expuestas al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Los Estados garantizarán que todas las medidas adoptadas contra la trata de personas, en particular las que afectan a las víctimas de la trata, correspondan a los principios internacionalmente reconocidos de la no discriminación, incluida la prohibición de la discriminación racial y la existencia de un resarcimiento jurídico apropiado;
39. Hace un llamamiento a los Estados para que garanticen a los niños y los jóvenes romaníes, gitanos, sintis y nómadas, y en particular a las niñas, igualdad de oportunidades de acceso a la educación y que los programas de estudio de todos los niveles, incluidos los programas complementarios para la educación intercultural que puedan, entre otras cosas, incluir la oportunidad de aprender el idioma oficial en la etapa preescolar, la contratación de maestros y ayudantes de clase romaníes, gitanos, sintis y nómadas y oportunidades para estos niños y jóvenes de aprendizaje en la lengua materna, respondan a sus necesidades;
40. Alienta a los Estados a que adopten políticas y medidas apropiadas y concretas, y desarrollen mecanismos de aplicación en los casos en que todavía no existan, e intercambien experiencias, en cooperación con representantes de los romaníes, gitanos, sintis y nómadas, para erradicar la discriminación contra ellos, permitirles lograr la igualdad y asegurar su pleno disfrute de todos los derechos humanos, según recomendó el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en el caso de los romaníes en su recomendación general XXVII, con objeto de atender sus necesidades;

41. Recomienda que las organizaciones intergubernamentales aborden debidamente en sus proyectos de cooperación con diversos Estados y de asistencia a ellos la situación de las comunidades romaníes, gitanas, sintis y nómadas y promuevan su desarrollo económico, social y cultural;
42. Insta a los Estados y alienta a las organizaciones no gubernamentales a que aumenten la conciencia sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que experimentan los romaníes, gitanos, sintis y nómadas y a que promuevan el conocimiento y el respeto de su cultura e historia;
43. Alienta a los medios de comunicación a que promuevan el acceso igual y la participación de los romaníes, gitanos, sintis y nómadas en los medios de información y a que los protejan de informaciones racistas, estereotipadas y discriminatorias e insta a los Estados a que faciliten los esfuerzos de los medios de comunicación al respecto;
44. Invita a los gobiernos a formular políticas encaminadas a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia basadas en datos estadísticos fiables que reconozcan los motivos de preocupación existentes, determinados en consulta con los propios romaníes, gitanos, sintis y nómadas, y que reflejen con la mayor precisión posible su situación en la sociedad. Toda esa información deberá reunirse de conformidad con las disposiciones relativas a los derechos humanos y las libertades fundamentales, como la reglamentación sobre la protección de datos y las garantías de respeto de la intimidad, y en consulta con las personas interesadas;
45. Alienta a los Estados a que aborden los problemas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia contra las personas de ascendencia asiática y los exhorta a que adopten todas las medidas necesarias para eliminar las barreras con que tropiezan esas personas para participar en la vida económica, social, cultural y política;
46. Insta a los Estados a que garanticen dentro de su jurisdicción que las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, puedan ejercer plena y efectivamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna y en condiciones de plena igualdad ante la ley, y también exhorta a los Estados y a la comunidad internacional a que promuevan y protejan los derechos de esas personas;
47. Exhorta a los Estados a garantizar el derecho de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, individualmente o en comunidad con otros miembros de sus grupos, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión y a utilizar su propio idioma, en privado y en público, libremente y sin injerencia, y a participar efectivamente en la vida cultural, social, económica y política del país en que viven, a fin de protegerlos de cualquier forma de racismo, discriminación racial, xenofobia o intolerancia conexas de que sean objeto o puedan serlo;

CONFERENCIA DE DURBÁN

48. Insta a los Estados a que reconozcan el efecto que la discriminación, la marginación y la exclusión social han tenido y siguen teniendo para muchos grupos raciales que viven en una situación numéricamente minoritaria dentro de un Estado; a que se cercioren de que las personas pertenecientes a esos grupos puedan, como miembros individuales de ellos, ejercer plena y efectivamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales sin ninguna distinción y en condiciones de plena igualdad ante la ley, y a que, si procede, tomen medidas apropiadas con respecto al empleo, la vivienda y la educación con miras a evitar la discriminación racial;
49. Insta a los Estados a que adopten, según proceda, medidas apropiadas para prevenir la discriminación racial contra las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas con respecto al empleo, atención sanitaria, vivienda, servicios sociales y educación y a que, en este contexto, tengan en cuenta las formas de discriminación múltiple;
50. Insta a los Estados a que incorporen una perspectiva de género en todos los programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y a que consideren la carga de discriminación que recae particularmente en las mujeres indígenas, africanas y asiáticas, las de ascendencia africana o asiática, las migrantes y las mujeres de otros grupos desfavorecidos, de manera que se asegure su acceso a los recursos de producción en condiciones de igualdad con los hombres como medio de promover su participación en el desarrollo económico y productivo de sus comunidades;
51. Insta a los Estados a que, en sus esfuerzos por erradicar la discriminación, incluyan a las mujeres, especialmente a las víctimas de racismo, discriminación, xenofobia y formas conexas de intolerancia, en los procesos de decisión en todo nivel, y a que adopten medidas concretas para incorporar las consideraciones relativas a la raza y el género en la aplicación de todos los aspectos del *Programa de acción* y en los planes de acción nacionales, en particular en los programas y servicios de empleo y en la asignación de recursos;
52. Reconoce que la pobreza determina la situación económica y social y crea obstáculos a la participación política efectiva de mujeres y hombres de maneras diferentes y en distinta medida, e insta a los Estados a que emprendan análisis basados en el género de todos los programas y medidas económicos y sociales, especialmente de las medidas de erradicación de la pobreza, incluidas las concebidas y aplicadas en beneficio de personas o grupos que son víctimas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;
53. Insta a los Estados y alienta a todos los sectores de la sociedad a que potencien a las mujeres y las niñas que son víctimas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, a fin de que puedan ejercitar plenamente sus derechos en todas las esferas de la vida pública y privada, y aseguren la participación plena, efectiva y en pie

de igualdad de la mujer en los procesos de decisión en todo nivel, en particular en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas y medidas que les conciernen;

54. Exhorta a los Estados:

- a) -A que reconozcan que la violencia sexual que se ha utilizado sistemáticamente como arma de guerra, a veces con la aquiescencia o instigación del Estado, es una grave violación del derecho internacional humanitario que, en determinadas circunstancias, constituye un crimen de lesa humanidad y/o un crimen de guerra, y que la incidencia de la discriminación por motivos de raza y de género hace especialmente vulnerables a las mujeres y las niñas a este tipo de violencias que a menudo están relacionadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
- b) -A que pongan fin a la impunidad y enjuicien a los responsables de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluidos los delitos de violencia sexual u otro tipo de violencia basada en el género contra las mujeres y las niñas, y a que velen por que se identifique, investigue, enjuicie y castigue a las autoridades que sean responsables de esos delitos por el hecho de cometer, ordenar, solicitar, inducir a la comisión, apoyar, encubrir o ayudar de cualquier manera a la comisión de esos delitos o a la tentativa de cometerlos;

55. Pide a los Estados que, en colaboración de ser necesario con organizaciones internacionales y teniendo presente ante todo el interés superior del niño, ofrezcan protección contra los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia hacia los niños, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, y presten una atención especial a esos niños al formular las políticas, estrategias y programas pertinentes;

56. Insta a los Estados a que, de conformidad con su legislación nacional y sus obligaciones dimanantes de los instrumentos internacionales pertinentes, tomen todas las medidas, utilizando al máximo los recursos disponibles, para garantizar sin discriminación alguna el derecho equitativo de todos los niños a la inscripción inmediata en el registro al nacer para permitirles ejercer sus derechos humanos y libertades fundamentales. Los Estados concederán a las mujeres iguales derechos que a los hombres en lo que respecta a la nacionalidad;

57. Insta a los Estados y a las organizaciones internacionales y regionales y alienta a las organizaciones no gubernamentales y al sector privado a que se ocupen de la situación de las personas con discapacidades que también están sometidas al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y formas conexas de intolerancia; insta también a los Estados a que adopten las medidas necesarias para garantizar su pleno disfrute de todos los derechos humanos y para facilitar su plena integración en todos los ámbitos de la vida;

III. Medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia en los ámbitos nacional, regional e internacional

58. Insta a los Estados a adoptar y aplicar, en los ámbitos nacional e internacional, medidas y políticas eficaces, además de la legislación nacional vigente de lucha contra la discriminación y los instrumentos y mecanismos internacionales pertinentes, que alienten a todos los ciudadanos e instituciones a oponerse al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y a reconocer, respetar y maximizar los beneficios de la diversidad dentro de todas las naciones y entre ellas al aunar sus esfuerzos para construir un futuro armonioso y productivo, poniendo en práctica y promoviendo valores y principios como la justicia, la igualdad y la no discriminación, la democracia, la lealtad y la amistad, la tolerancia y el respeto dentro de las comunidades y naciones y entre ellas, en particular mediante programas de información pública y educación destinados a mejorar el conocimiento y la comprensión de los beneficios de la diversidad cultural, incluidos programas en que las autoridades públicas actúen en asociación con organizaciones internacionales y no gubernamentales y otros sectores de la sociedad civil;
59. Insta a los Estados a que incorporen una perspectiva de género en la formulación y preparación de medidas de prevención, educación y protección encaminadas a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todos los niveles, a fin de poder hacer frente con eficacia a las distintas situaciones de las mujeres y los hombres;
60. Insta a los Estados a que adopten o refuercen, según proceda, programas nacionales destinados a erradicar la pobreza y reducir la exclusión social en que se tengan en cuenta las necesidades y experiencias de las personas o grupos víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, e insta también a los Estados a que intensifiquen sus esfuerzos por fomentar la cooperación bilateral, regional e internacional al aplicar esos programas;
61. Insta a los Estados a que traten de garantizar que sus sistemas políticos y legales reflejen la diversidad multicultural de la sociedad y, de ser necesario, a mejorar las instituciones democráticas a fin de que éstas sean más participativas y así evitar la marginación, la exclusión y la discriminación de determinados sectores de la sociedad;
62. Insta a los Estados a que adopten todas las medidas necesarias para hacer frente específicamente, mediante políticas y programas, al racismo y a la violencia de motivación racial contra las mujeres y las niñas, y para incrementar la cooperación, las respuestas normativas y la aplicación efectiva de la legislación nacional y de sus obligaciones con arreglo a los instrumentos internacionales pertinentes, y las demás medidas de protección y prevención destinadas a eliminar todas las formas de discriminación y violencia de motivación racial contra las mujeres y las niñas;

63. Alienta al sector empresarial, en particular a la industria turística y a los proveedores de servicios de Internet, a que elaboren códigos de conducta con el fin de impedir la trata de seres humanos y de proteger a las víctimas de esa trata, especialmente las implicadas en la prostitución, contra la discriminación motivada por el género y la raza y promover sus derechos, su dignidad y su seguridad;
64. Insta a los Estados a que elaboren y apliquen, y en su caso refuercen, en los planos nacional, regional e internacional, las medidas encaminadas a prevenir, combatir y eliminar eficazmente todas las formas de trata de mujeres y niños, en particular niñas, mediante estrategias integrales contra la trata que incluyan medidas legislativas, campañas de prevención e intercambios de información. Exhorta también a los Estados a que habiliten los recursos necesarios para poner en marcha programas integrales de asistencia, protección, tratamiento, reinserción y rehabilitación social de las víctimas. Los Estados deberán establecer o reforzar la capacitación en ese ámbito de los funcionarios de las fuerzas del orden, los funcionarios de inmigración y los demás funcionarios que se ocupan de las víctimas de tal trata;
65. Alienta a los órganos, organismos y programas pertinentes del sistema de las Naciones Unidas y a los Estados a que promuevan y utilicen los *Principios rectores aplicables a los desplazamientos internos* (E/CN.4/1998/53/Add.2), en particular las disposiciones relativas a la no discriminación;

A. -MEDIDAS EN EL PLANO NACIONAL

1. *-Medidas legislativas, judiciales, normativas, administrativas y de otro tipo para la prevención y protección contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*
66. Insta a los Estados a establecer y ejecutar sin demora políticas y planes de acción nacionales para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular las manifestaciones basadas en el género;
67. Insta a los Estados a que conciban, promuevan y apliquen medidas legislativas y administrativas eficaces, así como otras medidas preventivas, o refuercen las existentes, para remediar la grave situación en que se encuentran ciertos grupos de trabajadores, como los migrantes, que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia. Debe prestarse especial atención a la protección de los trabajadores domésticos extranjeros y a las víctimas de trata contra la discriminación y la violencia, así como a la lucha contra los prejuicios de que son objeto;
68. Insta a los Estados a que adopten y apliquen leyes y medidas administrativas en el nivel nacional o refuercen las existentes con miras a combatir expresa y específicamente el racis-

CONFERENCIA DE DURBÁN

mo y prohibir la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, directas o indirectas, en todas las esferas de la vida pública, de conformidad con sus obligaciones dimanantes de la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, velando por que sus reservas no sean contrarias al objeto y propósito de la *Convención*;

69. Insta a los Estados a que aprueben y apliquen, según proceda, leyes para reprimir la trata de personas, en especial mujeres y niños, y el tráfico de migrantes, teniendo en cuenta las prácticas que ponen en peligro vidas humanas o provocan diversas formas de servidumbre y explotación, como la servidumbre por deudas, la esclavitud y la explotación sexual o laboral; también alienta a los Estados a que creen, si todavía no los hay, mecanismos para combatir tales prácticas y a que asignen recursos suficientes para garantizar la aplicación de la ley y la protección de los derechos de las víctimas, y a que refuercen la cooperación bilateral, regional e internacional, en particular con las organizaciones no gubernamentales que prestan asistencia a las víctimas, para combatir la trata de personas y el tráfico de migrantes;
70. Insta a los Estados a que adopten las medidas constitucionales, legislativas y administrativas necesarias para fomentar la igualdad entre las personas y los grupos víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia o las formas conexas de intolerancia, y a que reexaminen las medidas vigentes para enmendar o derogar las leyes nacionales y las disposiciones administrativas que puedan dar lugar a esas formas de discriminación;
71. Insta a los Estados, incluidos los organismos encargados de hacer cumplir la ley, a que elaboren y apliquen cabalmente políticas y programas eficaces para prevenir y detectar los casos de faltas graves de los funcionarios de policía y otros miembros de las fuerzas del orden motivadas por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y a que enjuicien a los autores de esas faltas;
72. Insta a los Estados a que elaboren, apliquen y hagan cumplir medidas eficaces para eliminar el fenómeno conocido comúnmente como “establecimiento de perfiles raciales” y que comprende la práctica de los agentes de policía y otros funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de basarse, en uno u otro grado, en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico como motivo para someter a las personas a actividades de investigación o para determinar si una persona realiza actividades delictivas;
73. Insta a los Estados a que adopten medidas a fin de impedir que la investigación genética o sus aplicaciones se utilicen para promover el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como a proteger la confidencialidad de la información contenida en el código genético de las personas y a evitar que esa información se utilice con fines discriminatorios o racistas;

74. Insta a los Estados, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado a que:

- a) - Establezcan y apliquen políticas que promuevan una policía variada, de gran calidad y exenta de toda discriminación por motivos de raza, y a que se esfuercen por contratar a personas de todos los grupos, incluidas las minorías, para la administración pública, en particular en la policía y otros organismos del sistema de justicia penal, como las fiscalías;
- b) - Traten de reducir la violencia, en particular la violencia por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia:
 - i) - Elaboren material docente para enseñar a los jóvenes la importancia de la tolerancia y el respeto;
 - ii) - Combatán los prejuicios antes de que éstos den lugar a actividades delictivas violentas;
 - iii) Establezcan grupos de trabajo compuestos, entre otras personas, por dirigentes comunitarios locales y agentes del orden público nacionales y locales para mejorar la coordinación, participación comunitaria, capacitación, educación y reunión de datos a fin de prevenir las actividades delictivas violentas;
 - iv) Garanticen que las leyes de derechos civiles que prohíben las actividades delictivas violentas se apliquen con rigor;
 - v) - Mejoren la reunión de datos sobre la violencia motivada por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
 - vi) Presten asistencia apropiada a las víctimas e impartan educación pública para impedir futuros incidentes de violencia motivada por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Ratificación y aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos internacionales y regionales pertinentes relativos a los derechos humanos y a la no discriminación

75. Insta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de ratificar los instrumentos internacionales de derechos humanos de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, o a que se adhieran a esos instrumentos y, en particular, a que se adhieran con carácter urgente a la *Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial* con miras a su ratificación universal para el año 2005; los insta también a que consideren la posibilidad de hacer la declaración prevista en el artículo 14, a que cumplan su obligación de presentar informes y a que publiquen y apliquen las observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. También insta a los Estados a que retiren las reservas contrarias a los propósitos y objetivos de la *Convención* y a que consideren la posibilidad de retirar otras reservas;

CONFERENCIA DE DURBÁN

76. Insta a los Estados a tener debidamente en cuenta las observaciones y recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. A tal fin, los Estados deberían considerar la posibilidad de establecer mecanismos nacionales adecuados de supervisión y evaluación para asegurar que se adopten todas las medidas apropiadas para el seguimiento de esas observaciones y recomendaciones;
77. Insta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de hacerse parte en el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y en el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, así como de acceder a los protocolos facultativos del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*;
78. Insta a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de firmar y ratificar los siguientes instrumentos o de adherirse a ellos:
- a) - *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, de 1948;
 - b) - *Convenio (número 97) sobre los trabajadores emigrantes* (revisado), de 1949, de la OIT;
 - c) - *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, de 1949;
 - d) - *Convención sobre el estatuto de los refugiados*, de 1951, y su Protocolo de 1967;
 - e) - *Convenio (número 111) sobre la discriminación* (empleo y ocupación), de 1958, de la OIT;
 - f) - *Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, aprobada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura;
 - g) - *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 1979, con miras a lograr su ratificación universal en el plazo de cinco años, y su *Protocolo facultativo*, de 1999;
 - h) - *Convención sobre los derechos del niño*, de 1989, y sus dos protocolos facultativos de 2000; *Convenio (número 138) sobre la edad mínima* [para el trabajo], de 1973, y *Convenio (número 182) sobre las peores formas de trabajo infantil*, de 1999, de la OIT;
 - i) - *Convenio (número 143) sobre los trabajadores emigrantes* (disposiciones suplementarias), de 1975, de la OIT;
 - j) - *Convenio (número 169) sobre pueblos indígenas y tribales*, de 1989, de la OIT; y *Convenio sobre la diversidad biológica*, de 1992;
 - k) - *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familias*, de 1990;
 - l) - *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, de 1998;

m) *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que complementa la *Convención y el protocolo contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, mar y aire*, que complementa la *Convención de 2000*;

Insta además a los Estados parte en estos instrumentos a que los apliquen plenamente;

79. Exhorta a los Estados a que protejan y promuevan el ejercicio de los derechos enunciados en la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones*, proclamada por la Asamblea General en su resolución 36/55 del 25 de noviembre de 1981, para evitar la discriminación religiosa que, combinada con otros tipos de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple;

80. Insta a los Estados a que traten de que se respete plenamente y se cumpla la *Convención de Viena sobre relaciones consulares* de 1963, especialmente en lo relacionado con el derecho de los extranjeros, cualquiera que sea su condición jurídica y su situación en materia de inmigración, a ponerse en contacto con el funcionario consular de su propio Estado en caso de detención o encarcelamiento;

81. Insta a todos los Estados a que prohíban el trato discriminatorio basado en la raza, color, ascendencia o el origen nacional o étnico de los extranjeros y los trabajadores migrantes, entre otras cosas y, en su caso, en lo que se refiere a la concesión de visados y permisos de trabajo, la vivienda, la atención de la salud y el acceso a la justicia;

82. Subraya la importancia de luchar contra la impunidad, incluso en los casos de delitos de motivación racista o xenófoba, también en el ámbito internacional, y señala que la impunidad por las violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario es un grave obstáculo para un sistema de justicia justo y equitativo y, en última instancia, para la reconciliación y la estabilidad; apoya también plenamente la labor de los tribunales penales internacionales existentes y la ratificación del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, e insta a todos los Estados a que cooperen con estos tribunales penales internacionales;

83. Insta a los Estados a que hagan todo lo posible para aplicar plenamente las disposiciones pertinentes de la *Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo* de 1998, de la Organización Internacional del Trabajo, a fin de combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

Enjuiciamiento de los autores de actos racistas

84. Insta a los Estados a que adopten medidas eficaces para combatir los delitos motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; a que adopten medidas para que esas motivaciones se consideren circunstancia agravante

CONFERENCIA DE DURBÁN

al imponer la pena, a que impidan que esos delitos queden impunes y a que garanticen el imperio de la ley;

85. Insta a los Estados a que efectúen investigaciones para examinar las posibles vinculaciones entre el enjuiciamiento penal, la violencia policial y las sanciones penales, por un lado, y el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, por el otro, a fin de disponer de pruebas que permitan adoptar las medidas necesarias para eliminar esas vinculaciones y prácticas discriminatorias;
86. Exhorta a los Estados a que promuevan medidas para desalentar la aparición y contrarrestar las ideologías nacionalistas neofascistas y violentas que promueven el odio racial y la discriminación racial, así como los sentimientos racistas y xenófobos, incluidas medidas para combatir la influencia negativa de esas ideologías, especialmente entre los jóvenes, a través de la educación académica y no académica, los medios de comunicación y los deportes;
87. Insta a los Estados parte a promulgar la legislación necesaria para cumplir las obligaciones que hayan contraído de enjuiciar y castigar a las personas que hayan cometido u ordenado que se cometan violaciones graves de los *Convenios de Ginebra* del 12 de agosto de 1949 y a su *Primer protocolo adicional*, así como otras violaciones graves de las leyes y usos de la guerra, en particular en relación con el principio de no discriminación;
88. Exhorta a los Estados a que tipifiquen como delito la trata de personas, en particular de mujeres y niños, en todas sus formas, y a que condenen y sancionen a los tratantes e intermediarios, garantizando a la vez protección y asistencia a las víctimas de la trata, en el pleno respeto de sus derechos humanos;
89. Insta a los Estados a que lleven a cabo sin demora y a fondo investigaciones exhaustivas e imparciales sobre todos los actos de racismo y discriminación racial y que persigan de oficio los delitos de carácter racista o xenófobo, cuando proceda, o promuevan o faciliten los procedimientos pertinentes instruidos respecto de los delitos de carácter racista o xenófobo; a que garanticen que se dé alta prioridad, de forma coherente y enérgica, a las investigaciones penales y civiles y al enjuiciamiento por los delitos de carácter racista o xenófobo; y a que garanticen el derecho a la igualdad de trato ante los tribunales y todos los demás órganos de administración de justicia. A este respecto, la conferencia mundial subraya la importancia de sensibilizar a los diversos agentes del sistema de justicia penal y de capacitarlos para que la ley se aplique de manera equitativa e imparcial. En este contexto, recomienda que se establezcan servicios de vigilancia para luchar contra la discriminación;

Establecimiento y consolidación de instituciones nacionales especializadas e independientes y de procedimientos de mediación

90. Insta a los Estados a que, cuando proceda, establezcan, fortalezcan, examinen y promuevan la eficacia de las instituciones nacionales independientes de derechos humanos, en

particular sobre cuestiones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, de conformidad con los *Principios relativos al estatuto de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos*, anexos a la resolución 48/134 de la Asamblea General del 20 de diciembre de 1993, y las doten de recursos financieros adecuados, competencia y capacidad de encuesta, investigación, educación y actividades de sensibilización del público para combatir esos fenómenos;

91. Insta asimismo a los Estados a:

- a) - Promover la cooperación entre esas instituciones y otras instituciones nacionales;
- b) - Adoptar medidas para asegurar que las personas y grupos que sean víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia puedan participar plenamente en esas instituciones;
- c) - Apoyar a esas instituciones y órganos análogos, entre otras cosas, mediante la publicación y divulgación de la legislación y la jurisprudencia nacionales vigentes y la cooperación con instituciones de otros países a fin de poder obtener conocimientos sobre las manifestaciones, el funcionamiento y los mecanismos de esas prácticas y sobre las estrategias destinadas a prevenirlas, luchar contra ellas y erradicarlas;

2. - *Políticas y prácticas. Reunión y desglose de datos, investigación y estudios*

92. Insta a los Estados a que recojan, recopilen, analicen, difundan y publiquen datos estadísticos fidedignos en el nivel nacional y local y a que tomen todas las demás medidas conexas necesarias para evaluar periódicamente la situación de los individuos y los grupos que son víctimas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia:

- a) - Esos datos estadísticos deberán estar desglosados de conformidad con la legislación nacional; toda esta información se recogerá, según proceda, con el consentimiento explícito de las víctimas, teniendo en cuenta la forma en que se definan a sí mismas y de conformidad con las normas relativas a los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como con las disposiciones sobre protección de datos y las garantías de la intimidad; esta información no deberá utilizarse indebidamente;
- b) - Los datos estadísticos y la información deberían reunirse con el objetivo de vigilar la situación de los grupos marginados y el desarrollo y la evaluación de la legislación, las políticas, las prácticas y otras medidas encaminadas a prevenir y combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, así como con el fin de determinar si algunas medidas tienen un impacto involuntario desigual sobre las víctimas; con ese fin, se recomienda la elaboración de estrategias voluntarias, consensuadas y participativas en el proceso de reunión, elaboración y utilización de la información;

CONFERENCIA DE DURBÁN

- c) - La información deberá tener en cuenta indicadores económicos y sociales tales como, cuando resulte apropiado, la salud y la situación de salud, la mortalidad infantil y materna, la esperanza de vida, la tasa de alfabetización, la educación, el empleo, la vivienda, la propiedad de la tierra, los servicios de salud mental y física, el agua, el saneamiento, la energía y los servicios de comunicaciones, la pobreza y el ingreso medio disponible a fin de elaborar políticas de desarrollo social y económico con miras a reducir las disparidades existentes en las condiciones sociales y económicas;
93. Invita a los Estados, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y al sector privado a que mejoren los conceptos y métodos de recolección y análisis de datos; a que promuevan la investigación, intercambien experiencias, se comuniquen las prácticas que hayan tenido éxito y conciben actividades de promoción en esta esfera, y a que elaboren indicadores de los progresos y de la participación de los individuos y los grupos de la sociedad que son objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;
94. Reconoce que las políticas y los programas encaminados a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia deben basarse en investigaciones cuantitativas y cualitativas en que se incorpore una perspectiva de género; en esas políticas y programas se deben tener en cuenta las prioridades identificadas por las personas y los grupos que sean víctimas u objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;
95. Insta a los Estados a que lleven a cabo una fiscalización periódica de los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia en los sectores público y privado, incluidos los cometidos por las fuerzas del orden público;
- 96 - Invita a los Estados a que promuevan y lleven a cabo estudios y adopten un objetivo integral y un criterio a largo plazo respecto de todas las etapas y aspectos de la migración, y a que aborden de forma eficaz tanto sus causas como manifestaciones; estos estudios y criterios deben prestar especial atención a las causas profundas de las corrientes migratorias, tales como la falta de pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y a los efectos de la globalización económica sobre las tendencias migratorias;
97. -Recomienda que se hagan nuevos estudios sobre la manera en que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia pueden reflejarse en las leyes, políticas, instituciones y prácticas y de qué forma pueden haber contribuido a la victimización y la exclusión de los emigrantes, en particular las mujeres y los niños;
98. -Recomienda que los Estados incluyan, según proceda, en sus informes periódicos a los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos, en una forma apropiada, información estadística relativa a las personas, miembros de los grupos y comunidades dentro de su jurisdicción, en particular datos estadísticos sobre su

participación en la vida política y sobre su situación económica, social y cultural; toda esta información se reunirá de acuerdo con las disposiciones sobre derechos humanos y libertades fundamentales, tales como las normas de protección de la información y las garantías de la intimidad;

Políticas orientadas a la adopción de medidas y planes de acción, incluidas las medidas positivas para garantizar la no discriminación, en particular sobre el acceso a los servicios sociales, empleo, vivienda, educación, atención de la salud, etcétera

99. -Reconoce que la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia es una responsabilidad primordial de los Estados. Por consiguiente, alienta a los Estados a elaborar o desarrollar planes de acción nacionales para promover la diversidad, igualdad, equidad, justicia social, igualdad de oportunidades y participación de todos. Con ayuda de, entre otras cosas, medidas y estrategias afirmativas o positivas, esos planes deberían tener por finalidad crear las condiciones necesarias para que todos participaran efectivamente en el proceso de adopción de decisiones y ejercieran los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales en todas las esferas de la vida sobre la base de la no discriminación. La conferencia mundial alienta a los Estados a que, al elaborar y desarrollar dichos planes, establezcan, o refuercen, un diálogo con las organizaciones no gubernamentales a fin de hacerlas participar más estrechamente en la formulación, aplicación y evaluación de las políticas y programas;
100. Insta a los Estados a que establezcan, sobre la base de información estadística, programas nacionales, con inclusión de medidas afirmativas o positivas, para promover el acceso de personas y grupos que sean o puedan ser víctimas de la discriminación racial a los servicios sociales básicos, incluidas la enseñanza primaria, la atención primaria de salud y la vivienda adecuada;
101. Insta a los Estados a que establezcan programas para promover el acceso, sin discriminación alguna, de las personas que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a la atención de la salud, y promueve que se hagan enérgicos esfuerzos para eliminar las diferencias, entre otras cosas, en las tasas de mortalidad infantil y materna, la inmunización infantil, el VIH-sida, las enfermedades cardíacas, el cáncer y las enfermedades contagiosas;
102. Insta a los Estados a que promuevan la integración, en cuanto a residencia, de todos los miembros de la sociedad en la etapa de planificación de los planes de ordenación urbana y otros asentamientos humanos y cuando se renueven las zonas abandonadas de las viviendas públicas, para contrarrestar la exclusión social y la marginación;

CONFERENCIA DE DURBÁN

Empleo

103. Insta a los Estados a que promuevan y apoyen, cuando proceda, la organización y el funcionamiento de empresas propiedad de personas que sean víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, promoviendo el acceso en pie de igualdad al crédito y los programas de capacitación;
104. Insta a los Estados y alienta a las organizaciones no gubernamentales y al sector privado a:
- a) - Apoyar la creación de lugares de trabajo en que no haya discriminación mediante una estrategia múltiple que incluya el cumplimiento de los derechos civiles, la enseñanza pública y la comunicación en el lugar de trabajo, y a promover y proteger los derechos de los trabajadores que son objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;
 - b) - Promover la creación, crecimiento y ampliación de empresas dedicadas a mejorar las condiciones económicas y educacionales en zonas con pocos servicios y desfavorecidas, aumentando su acceso al capital mediante, entre otras cosas, bancos de desarrollo comunitario, y reconociendo que las nuevas empresas pueden tener una repercusión positiva y dinámica en las comunidades necesitadas; y a trabajar con el sector privado para crear puestos de trabajo, ayudar a mantener los puestos existentes y estimular el crecimiento industrial y comercial en las zonas económicamente deprimidas;
 - c) - Mejorar las posibilidades de los grupos fijados como objetivo que tropiezan, entre otras cosas, con los mayores obstáculos para encontrar, conservar o recuperar un trabajo, en particular un empleo cualificado; deberá prestarse especial atención a las personas que son objeto de discriminación múltiple;
105. Insta a los Estados a que, al formular y aplicar leyes y políticas destinadas a aumentar la protección de los derechos de los trabajadores, presten especial atención a la grave situación de falta de protección y, en algunos casos, de explotación, como en el caso de las personas objeto de trata y los emigrantes ingresados clandestinamente, [situación] que los hace más vulnerables a los malos tratos, como el confinamiento en el caso de los empleados domésticos, y también a ser empleados en trabajos peligrosos y mal remunerados;
106. Insta a los Estados a que eviten los efectos negativos de las prácticas discriminatorias, el racismo y la xenofobia en el empleo y la ocupación mediante la promoción de la aplicación y la observancia de los instrumentos y las normas internacionales sobre los derechos de los trabajadores;
107. Exhorta a los Estados y alienta a los representantes de los sindicatos y el sector empresarial a promover prácticas no discriminatorias en el lugar de trabajo y a proteger los derechos de los trabajadores, en particular los de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

108. Exhorta a los Estados a que proporcionen un acceso efectivo a los procedimientos administrativos y jurídicos, así como a otros recursos, a las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en el lugar de trabajo;

Salud y medio ambiente

109. Insta a los Estados a que, individualmente y mediante la cooperación internacional, mejoren las medidas encaminadas a satisfacer el derecho de cada persona a disfrutar el máximo nivel alcanzable de salud física y mental con miras a eliminar las diferencias en el estado de salud que se reflejan en los índices de salud normalizados y que puedan ser resultado del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

110. Insta a los Estados y alienta a las organizaciones no gubernamentales y el sector privado a:

- a) - Establecer mecanismos eficaces para la vigilancia y eliminación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en el sistema de atención de la salud, tales como la aprobación y aplicación de leyes eficaces contra la discriminación;
- b) - Adoptar medidas para asegurar a todas las personas el acceso en pie de igualdad a servicios de salud completos, asequibles y de calidad, incluida la atención primaria de la salud de las personas con acceso deficiente a servicios médicos; facilitar la capacitación de una fuerza de trabajo en el sector de la salud que tenga diversidad y esté motivada para trabajar en comunidades con pocos servicios; y procurar aumentar la diversidad en la profesión de atención de la salud contratando a mujeres y hombres de todos los grupos, sobre la base del mérito y del potencial, que representen la diversidad de sus sociedades, para las profesiones de atención de la salud, y manteniéndolos en esas profesiones;
- c) - Trabajar con profesionales de la salud, personal de atención de la salud de la comunidad, organizaciones no gubernamentales, investigadores científicos y la industria privada como medio de mejorar el estado de la salud de las comunidades marginalizadas, en particular de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
- d) Trabajar con profesionales de la salud, investigadores científicos y organizaciones regionales de salud para estudiar las diferentes consecuencias de los tratamientos médicos y las estrategias de salud en las distintas comunidades;
- e) - Adoptar y aplicar políticas y programas para mejorar la prevención del VIH-sida en comunidades de alto riesgo y hacer lo posible para ampliar la disponibilidad de atención, tratamiento y otros servicios de apoyo en relación con el VIH-sida;

CONFERENCIA DE DURBÁN

111. Invita a los Estados a estudiar medidas no discriminatorias para garantizar un entorno seguro y saludable para los individuos y los miembros de grupos víctimas u objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y en particular a:
- a) - Mejorar el acceso a la información pública sobre cuestiones de salud y medio ambiente;
 - b) - Velar por que se tengan en cuenta los intereses pertinentes en el proceso público de adopción de decisiones sobre el medio ambiente;
 - c) - Compartir las tecnologías y las prácticas que hayan dado mejores resultados para promover la salud de las personas y el medio ambiente en todas las zonas;
 - d) Adoptar las medidas correctivas apropiadas para limpiar, reutilizar y rehabilitar en lo posible los lugares contaminados y, cuando corresponda, trasladar a los interesados a otras zonas de manera voluntaria y después de consultarlos;

Participación, en pie de igualdad, en la adopción de decisiones políticas, económicas, sociales y culturales

112. Insta a los Estados y alienta al sector privado y a las instituciones financieras y de desarrollo internacionales, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, a promover la participación de las personas o grupos que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en la adopción de decisiones económicas, culturales y sociales en todas las fases, en particular en la elaboración y aplicación de estrategias de alivio de la pobreza, proyectos de desarrollo y programas de asistencia en la esfera del comercio y acceso a los mercados;
113. Insta a los Estados a que promuevan, cuando proceda, el acceso efectivo en pie de igualdad de todos los miembros de la comunidad, en especial de los que son víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, al proceso de adopción de decisiones de la sociedad en todos los niveles y, en particular, en el plano local, e insta también a los Estados y alienta al sector privado a que faciliten la participación efectiva de esas personas en la vida económica;
114. Insta a todas las instituciones financieras y de desarrollo multilaterales, en particular al Banco Mundial, al Fondo Monetario Internacional, a la Organización Mundial del Comercio y a los bancos regionales de desarrollo a que promuevan, con cargo a su presupuesto ordinario y con arreglo a los procedimientos de sus órganos rectores, la participación de todos los miembros de la comunidad internacional en los procesos de adopción de decisiones en todas las fases y en todos los niveles con objeto de facilitar la realización de proyectos de desarrollo y, en su caso, de programas de comercio y de acceso a los mercados;

Papel de los políticos y los partidos políticos

115. Destaca el papel clave que pueden desempeñar los políticos y los partidos políticos en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y alienta a los partidos políticos a que tomen medidas concretas para promover la igualdad, la solidaridad y la no discriminación en la sociedad, entre otras cosas mediante el establecimiento de códigos voluntarios de conducta que incluyan medidas disciplinarias internas por las violaciones de esos códigos, de manera que sus miembros se abstengan de hacer declaraciones o de realizar acciones públicas que alienen o inciten al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
116. Invita a la Unión Interparlamentaria a que aliente la realización de debates y la adopción de decisiones por los parlamentos sobre diversas medidas, incluidas leyes y políticas, para luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

3. Educación y sensibilización

117. Insta a los Estados a que, cuando proceda y en colaboración con otros órganos pertinentes, asignen recursos financieros a la educación contra el racismo y a campañas de información que promuevan los valores de la aceptación, tolerancia, diversidad y respeto por las culturas de todos los pueblos indígenas que viven dentro de sus fronteras nacionales. En particular, los Estados deberían promover la comprensión cabal de la historia y la cultura de los pueblos indígenas;
118. Insta a las Naciones Unidas, a otras organizaciones internacionales y regionales competentes y a los Estados a que contrarresten la minimización de la contribución de África a la historia y la civilización mundiales, desarrollando y aplicando a tal efecto un programa específico y amplio de investigación, educación y comunicación social a fin de difundir ampliamente una visión equilibrada y objetiva de la fundamental y valiosa contribución de África a la humanidad;
119. Invita a los Estados y a las organizaciones internacionales y no gubernamentales pertinentes a que aprovechen las actividades del proyecto *La ruta del esclavo* de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, así como su tema “Romper el silencio”, preparando textos y testimonios, creando programas y/o centros multimedia sobre la esclavitud que reúnan, organicen, expongan y publiquen los datos existentes que guarden relación con la historia de la esclavitud y con la trata de esclavos transatlántica, mediterránea y del océano Índico, prestando especial atención a los pensamientos y actos de las víctimas de la esclavitud y la trata de esclavos en su búsqueda de la libertad y la justicia;

CONFERENCIA DE DURBÁN

120. Encomia los esfuerzos que la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura realiza en el marco del proyecto *La ruta del esclavo*, y pide que los resultados se pongan lo antes posible a disposición de la comunidad internacional;

Acceso a la educación sin discriminación

121. Insta a los Estados a que se comprometan a garantizar el acceso, en particular de todos los niños, tanto mujeres como varones, a la enseñanza primaria gratuita y el acceso de los adultos al aprendizaje y la enseñanza permanentes, sobre la base del respeto de los derechos humanos, la diversidad y la tolerancia, sin discriminación de ningún tipo;

122. Insta a los Estados a que garanticen a todos la igualdad de acceso a la enseñanza en la legislación y en la práctica, y a que se abstengan de adoptar medidas jurídicas o de otro tipo que contribuyan a imponer cualquier forma de segregación racial en el acceso a las instituciones docentes;

123. Insta a los Estados a que:

- a) Adopten y apliquen leyes que prohíban la discriminación por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico en todos los niveles de la enseñanza, tanto académica como no académica;
- b) Adopten todas las medidas apropiadas para eliminar los obstáculos que limitan el acceso de los niños a la educación;
- c) Garanticen que todos los niños tengan acceso, sin discriminación alguna, a una enseñanza de buena calidad;
- d) Elaboren y apliquen métodos estandarizados para evaluar y controlar el rendimiento académico de los niños y jóvenes marginados;
- e) Asignen recursos para eliminar, cuando exista, toda desigualdad en el rendimiento académico de los niños y los jóvenes;
- f) Apoyen las medidas para garantizar un entorno seguro en las escuelas, que no haya violencia ni hostigamiento motivados por el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; y
- g) Consideren la posibilidad de poner en marcha programas de asistencia financiera para que todos los estudiantes, independientemente de su raza, color, ascendencia u origen étnico o nacional, puedan asistir a las instituciones de enseñanza superior;

124. Insta a los Estados a que, cuando proceda, adopten medidas adecuadas para garantizar que las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas tengan acceso a la educación sin discriminación de ningún tipo y a que, cuando sea posible, tengan oportunidad de aprender su propia lengua a fin de protegerlas de toda for-

ma de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas de la que puedan ser objeto;

Educación sobre los derechos humanos

125. Pide a los Estados que incluyan la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia entre las actividades del Decenio de las Naciones Unidas para la Educación sobre los Derechos Humanos (1995–2004) y que tengan en cuenta las recomendaciones del informe de evaluación de mitad de periodo del Decenio;
126. Alienta a todos los Estados a que, en cooperación con las Naciones Unidas, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y otras organizaciones internacionales competentes, inicien y desarrollen programas culturales y educativos de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, con objeto de garantizar el respeto de la dignidad humana y el valor de todos los seres humanos, así como de aumentar la comprensión mutua entre todas las culturas y civilizaciones. Insta además a los Estados a que apoyen y lleven a cabo campañas de información pública y programas concretos de formación en la esfera de los derechos humanos formulados, cuando proceda, en las lenguas locales, para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y promover el respeto de los valores de la diversidad, el pluralismo, la tolerancia, el respeto mutuo, la sensibilidad cultural, la integración y la cohesión. Esos programas y campañas deberán dirigirse a todos los sectores de la sociedad, en particular los niños y los jóvenes;
127. Insta a los Estados a que intensifiquen sus esfuerzos en la esfera de la enseñanza, incluida la enseñanza de los derechos humanos, a fin de promover el conocimiento y la comprensión de las causas, las consecuencias y los males del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, e insta también a los Estados, en consulta con las autoridades educativas y el sector privado, cuando proceda, y alienta a las autoridades educativas y al sector privado a que, cuando proceda, elaboren material didáctico, en particular libros de texto y diccionarios, dirigidos a luchar contra esos fenómenos y, en ese contexto, exhorta a los Estados a que den importancia, si procede, a la revisión y modificación de los libros de texto y los programas de estudio a fin de eliminar todo elemento que pueda promover el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia o pueda reforzar estereotipos negativos, y a que incluyan material que invalide esos estereotipos;
128. Insta a los Estados, si procede, en cooperación con las organizaciones competentes, incluidas las organizaciones juveniles, a que apoyen y apliquen programas oficiales de enseñanza académica y no académica destinados a promover el respeto de la diversidad cultural;

CONFERENCIA DE DURBÁN

Educación sobre derechos humanos para niños y jóvenes

129. Insta a los Estados a que introduzcan y, en su caso, refuercen los elementos de lucha contra la discriminación y el racismo en los programas de derechos humanos de los planes de estudio escolares, preparen o mejoren los materiales didácticos pertinentes, tales como manuales de historia y otros libros de texto, y se aseguren de que todos los maestros estén bien formados y debidamente motivados para inculcar actitudes y pautas de comportamiento basados en los principios de la no discriminación, el respeto mutuo y la tolerancia;
130. Exhorta también a los Estados a que emprendan y faciliten actividades para educar a los jóvenes en materia de derechos humanos, valores democráticos y civismo, y a que les inculquen la solidaridad, el respeto y el aprecio de la diversidad, en particular el respeto a los grupos diferentes. Debe hacerse un esfuerzo especial por enseñar a los jóvenes a respetar los valores democráticos y los derechos humanos y sensibilizarlos al respecto a fin de luchar contra las ideologías basadas en la falaz teoría de la superioridad racial;
131. Insta a los Estados a que alienten a todas las escuelas a que consideren la posibilidad de desarrollar actividades educacionales incluso de carácter no académico para aumentar la concienciación sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, entre otras cosas mediante la conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la Discriminación Racial (21 de marzo);
132. Recomienda a los Estados que en los programas de estudios y en las instituciones de enseñanza superior introduzcan o fortalezcan la enseñanza de los derechos humanos con el fin de eliminar los prejuicios que propician la discriminación racial y de promover la comprensión, la tolerancia y la amistad entre los distintos grupos raciales o étnicos, y que apoyen los programas de enseñanza académica y no académica concebidos para promover la diversidad cultural y fomentar la autoestima de las víctimas;

Educación sobre derechos humanos para los funcionarios públicos y los profesionales

133. Insta a los Estados a que organicen y refuercen las actividades de capacitación sobre los derechos humanos con un enfoque antirracista y antisexistista para los funcionarios públicos, incluido el personal de la administración de justicia, especialmente el de los servicios de seguridad, penitenciarios y de policía, así como entre las autoridades de salud, enseñanza y migración;
134. Insta a los Estados a que presten especial atención a los efectos negativos del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en la administración de justicia y en la imparcialidad de los juicios y a que realicen campañas en el nivel nacional, entre otras medidas, a fin de dar a conocer a los órganos estatales y a los funcionarios públicos las obligaciones que les corresponden en virtud de la *Convención inter-*

nacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y otros instrumentos pertinentes;

135. Pide a los Estados que organicen y faciliten, cuando proceda en colaboración con organizaciones intergubernamentales, instituciones nacionales, organizaciones no gubernamentales y el sector privado, actividades de capacitación, en particular cursos o seminarios, sobre las normas internacionales que prohíben la discriminación racial y su aplicación en el derecho interno, y sobre sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para fiscales, miembros de la judicatura y otros funcionarios públicos;
136. Exhorta a los Estados a que velen por que en la enseñanza y la capacitación, especialmente en la capacitación de maestros, se promueva el respeto de los derechos humanos y la lucha contra el racismo, la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia, y que las instituciones de enseñanza apliquen la igualdad de oportunidades y programas acordados por las autoridades pertinentes sobre la igualdad entre los sexos y la diversidad cultural, religiosa y de otra índole y velen por su aplicación con la participación de los maestros, padres y alumnos. Insta además a todos los educadores, incluidos los profesores de los distintos niveles de educación, a las comunidades religiosas y a la prensa escrita y electrónica, a que desempeñen una labor eficaz en el ámbito de la educación de los derechos humanos y también como medio de lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
137. Alienta a los Estados a considerar la posibilidad de adoptar medidas para aumentar la contratación, retención y ascenso de mujeres y hombres pertenecientes a los grupos que estén actualmente insuficientemente representados en el sector de la enseñanza como consecuencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, y a garantizarles un acceso efectivo en pie de igualdad a ese sector. Se debe hacer todo lo posible por contratar a mujeres y hombres que tengan capacidad para interrelacionarse de modo eficaz con todos los grupos;
138. Insta a los Estados a que refuercen las actividades de capacitación y sensibilización en materia de derechos humanos destinadas a los funcionarios de inmigración, la policía de fronteras, el personal de los centros de detención y las cárceles, las autoridades locales y otros funcionarios de orden público, así como los maestros, prestando especial atención a los derechos humanos de los emigrantes, refugiados y solicitantes de asilo con el fin de prevenir actos de discriminación racial y xenofobia y evitar situaciones en que los prejuicios puedan hacer que se adopten decisiones basadas en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;
139. Insta a los Estados a que impartan o intensifiquen la capacitación a las fuerzas del orden, los funcionarios de inmigración y otros funcionarios competentes sobre la prevención de la trata de personas. La capacitación debería centrarse en los métodos de prevención de la

CONFERENCIA DE DURBÁN

trata, el enjuiciamiento de los responsables y la protección de los derechos de las víctimas, en particular protegiéndolas de los tratantes. En la capacitación también debería tenerse en cuenta la necesidad de prestar atención a los derechos humanos y las cuestiones relacionadas con los derechos del niño y de la mujer, y se debería fomentar la cooperación con las organizaciones no gubernamentales, otras organizaciones pertinentes y otros sectores de la sociedad civil;

4. Información, comunicaciones y medios de difusión, incluidas las nuevas tecnologías

140. Acoge favorablemente la contribución positiva que aportan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet, a la lucha contra el racismo gracias a una comunicación rápida y de gran alcance;
141. Señala las posibilidades de aumentar la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet, para crear redes educativas y de sensibilización contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en las escuelas y fuera de ellas, y el potencial del Internet para promover el respeto universal de los derechos humanos, así como el respeto del valor de la diversidad cultural;
142. Subraya la importancia de reconocer el valor de la diversidad cultural y de adoptar medidas concretas para que las comunidades marginadas tengan acceso a los medios de comunicación tradicionales y alternativos, en particular mediante la presentación de programas que reflejen sus culturas e idiomas;
143. Expresa preocupación por el aumento del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, incluidas sus formas y manifestaciones contemporáneas, como la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet, para difundir ideas de superioridad racial;
144. Insta a los Estados y alienta al sector privado a que promuevan la elaboración por los medios de difusión, incluidos la prensa y los medios electrónicos, entre ellos Internet y los medios de comunicación, incluidos las publicaciones impresas y los medios electrónicos, Internet y la publicidad, teniendo en cuenta su independencia y a través de sus asociaciones y organizaciones pertinentes en niveles nacional, regional e internacional, de un código de conducta de carácter voluntario, medidas de autorregulación, y políticas y prácticas encaminadas a:
 - a) Luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
 - b) Promover una representación justa, equilibrada y equitativa de la diversidad de sus sociedades, así como garantizar que esa diversidad se refleje en su personal;

- c) Luchar contra la proliferación de ideas de superioridad racial y la justificación del odio racial y de toda forma de discriminación;
 - d) Promover el respeto, la tolerancia y la comprensión entre todas las personas, pueblos, naciones y civilizaciones, por ejemplo apoyando las campañas de sensibilización de la opinión pública;
 - e) Evitar toda clase de estereotipos, y en particular la promoción de falsas imágenes de los emigrantes, incluidos los trabajadores emigrantes y refugiados, a fin de prevenir la difusión de sentimientos xenófobos entre el público y de fomentar una representación objetiva y equilibrada de las personas, los acontecimientos y la historia;
145. Insta a los Estados a que, de conformidad con el derecho internacional relativo a los derechos humanos pertinente, apliquen sanciones legales contra la incitación al odio racial mediante las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet, y los insta asimismo a que apliquen todos los instrumentos de derechos humanos pertinentes en los que sean parte, en particular la *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, a fin de luchar contra el racismo en Internet;
146. Insta a los Estados a que alienten a los medios de comunicación a que eviten los estereotipos basados en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
147. Pide a los Estados que, teniendo plenamente en cuenta las normas internacionales y regionales existentes en relación con la libertad de expresión, y al tiempo que adoptan todas las medidas necesarias para garantizar el derecho a la libertad de opinión y expresión, consideren la posibilidad de:
- a) - Alentar a los proveedores de servicios de Internet a que establezcan y difundan códigos de conducta específicos de carácter voluntario y medidas de autorregulación contra la difusión de mensajes racistas y mensajes que promuevan la discriminación racial, la xenofobia o toda forma de intolerancia y discriminación; a esos efectos, se debe alentar a los proveedores de servicios de Internet a que establezcan órganos mediadores en los planos nacional e internacional en los que participen las instituciones pertinentes de la sociedad civil;
 - b) Adoptar y, en la medida de lo posible, aplicar leyes apropiadas para enjuiciar a los responsables de la incitación al odio o la violencia racial por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet;
 - c) - Hacer frente al problema de la difusión de material racista por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, incluido el Internet, entre otras cosas impartiendo capacitación al personal de las fuerzas de orden público;

CONFERENCIA DE DURBÁN

- d) Denunciar y desalentar activamente la transmisión de mensajes racistas y xenófobos a través de todos los medios de comunicación, incluidas las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet;
- e) Estudiar la posibilidad de una respuesta internacional pronta y coordinada al fenómeno, en rápida evolución, de la difusión de mensajes de odio y material racista mediante las tecnologías de la información y las comunicaciones, en particular Internet y, en este contexto, fortalecer la cooperación internacional;
- f) Alentar el acceso de todos a Internet y el uso por todos de ese medio como foro internacional e imparcial, teniendo presente que hay disparidades en la utilización de Internet y en el acceso a éste;
- g) Examinar formas de mejorar la contribución positiva que aportan las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet, reproduciendo buenas prácticas para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
- h) Alentar la representación de la diversidad de las sociedades entre el personal de las organizaciones de medios de difusión y las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, como Internet, mediante la promoción de una presencia adecuada de los distintos sectores de las sociedades en todos los niveles de su estructura organizacional;

B. MEDIDAS EN EL PLANO INTERNACIONAL

- 148. Insta a todos los que actúan en el plano internacional a que establezcan un orden internacional basado en la inclusión, justicia, igualdad y equidad, dignidad humana, comprensión mutua y promoción y respeto de la diversidad cultural y de los derechos humanos universales, y a que rechacen todas las doctrinas de la exclusión basada en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
- 149. Considera que todos los conflictos y controversias deberían ser resueltos por medios pacíficos y por el diálogo político. La conferencia hace un llamamiento a todas las partes implicadas en esos conflictos a que hagan muestra de moderación y respeten los derechos humanos y el derecho internacional humanitario;
- 150. Exhorta a los Estados a que, en la lucha contra todas las formas de racismo, reconozcan la necesidad de oponerse al antisemitismo, el antiarabismo y la islamofobia en todo el mundo e insta a todos los Estados a que adopten medidas eficaces para prevenir la aparición de movimientos basados en el racismo y en ideas discriminatorias contra esas comunidades;
- 151. En cuanto a la situación en el Oriente Medio, pide el fin de la violencia y la pronta reanudación de las negociaciones, el respeto del derecho internacional humanitario y de

los derechos humanos, el respeto del principio a la libre determinación y el fin de todos los sufrimientos, permitiendo así a Israel y a los palestinos reanudar el proceso de paz y crecer y prosperar en un clima de seguridad y libertad;

152. Alienta a los Estados y a las organizaciones regionales e internacionales, entre ellas las instituciones financieras, así como a la sociedad civil, a que traten los aspectos de la globalización que puedan propiciar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en el seno de los mecanismos existentes o, en caso necesario, establezcan o elaboren mecanismos para tratar esos problemas;
153. Recomienda que el Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, de la Secretaría y otros organismos, órganos y programas pertinentes de las Naciones Unidas fortalezcan su coordinación con objeto de percibir mejor las pautas de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho humanitario para poder evaluar el riesgo de que siga empeorando la situación hasta llegar al genocidio, a crímenes de guerra o a crímenes de lesa humanidad;
154. Alienta a la Organización Mundial de la Salud y a otras organizaciones internacionales pertinentes a que promuevan y realicen actividades que permitan reconocer el impacto del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia como importantes determinantes sociales del estado de salud física y mental, incluida la pandemia del VIH-sida, y del acceso a la atención de salud, y a que preparen proyectos específicos, en particular de investigación, para que las víctimas tengan acceso a sistemas de salud equitativos;
155. Alienta a la Organización Internacional del Trabajo a que efectúe actividades y programas para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en el mundo del trabajo, y a que respalde las medidas de los Estados, organizaciones de empleadores y sindicatos en esta esfera;
156. Exhorta a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura a que preste apoyo a los Estados en la preparación de materiales e instrumentos didácticos con el fin de fomentar la enseñanza, la formación y las actividades educacionales relacionadas con los derechos humanos y la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

IV. Establecimiento de remedios, recursos, vías de reparación y otras medidas eficaces en los ámbitos nacional, regional e internacional

157. Reconoce los esfuerzos de los países en desarrollo, y en particular el compromiso y la determinación de los dirigentes africanos para abordar seriamente los desafíos de la pobreza, el subdesarrollo, la marginalización, la exclusión social, las disparidades económicas, la inestabilidad y la inseguridad mediante iniciativas tales como la Nueva Iniciativa

CONFERENCIA DE DURBÁN

Africana y otros mecanismos innovadores como el Fondo Mundial de Solidaridad para la Erradicación de la Pobreza, e insta a los países desarrollados, las Naciones Unidas y sus organismos especializados, así como a las instituciones financieras internacionales, a que proporcionen, por conducto de sus programas operacionales, los recursos financieros nuevos y adicionales que convenga en apoyo de esas iniciativas;

158. Reconoce que estas injusticias históricas han contribuido innegablemente a la pobreza, subdesarrollo, marginalización, exclusión social, desigualdades económicas, inestabilidad e inseguridad que afectan a muchas personas en diferentes partes del mundo, sobre todo en los países en desarrollo. La conferencia reconoce la necesidad de elaborar programas para el desarrollo social y económico de esas sociedades y la diáspora, en el marco de una nueva asociación basada en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo, en las siguientes esferas:

- - Alivio de la deuda;
- - Erradicación de la pobreza;
- - Creación o fortalecimiento de instituciones democráticas;
- - Fomento de las inversiones extranjeras directas;
- - Acceso a los mercados;
- - Intensificación de los esfuerzos para alcanzar las metas convenidas internacionalmente para las transferencias de asistencia oficial para el desarrollo a los países en desarrollo;
- - Nuevas tecnologías de información y comunicación para cerrar la brecha digital;
- - Agricultura y seguridad alimentaria;
- - Transferencia de tecnología;
- - Gobernanza transparente y responsable;
- - Inversión en las infraestructuras de salud para hacer frente al VIH-sida, la tuberculosis y el paludismo, en particular a través del Fondo Mundial contra el Sida y para la Salud;
- - Desarrollo de las infraestructuras;
- - Desarrollo de los recursos humanos, incluido el fomento de la capacidad;
- - Educación, capacitación y desarrollo cultural;
- - Asistencia jurídica mutua para la repatriación de fondos obtenidos y transferidos (acumulados) ilegalmente, de conformidad con los instrumentos nacionales e internacionales;

- - Tráfico ilícito de armas pequeñas y armas ligeras;
 - - Restitución de objetos de arte, artefactos históricos y documentos a sus países de origen, de conformidad con los acuerdos bilaterales o instrumentos internacionales;
 - - Trata de personas, en particular de mujeres y niños;
 - - Facilitación del ansiado regreso y reasentamiento de los descendientes de los esclavos africanos;
159. Insta a las instituciones financieras y de desarrollo internacionales y a los programas operacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que den mayor prioridad y asignen recursos financieros adecuados a los programas destinados a hacer frente a los problemas del desarrollo de los Estados y sociedades afectados, en particular los del continente africano y la diáspora;

Asistencia legal

160. Insta a los Estados a que adopten todas las medidas indispensables para atender con urgencia la necesidad apremiante de justicia en favor de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y garantizarles que tengan pleno acceso a la información, apoyo, protección efectiva y remedios administrativos y judiciales nacionales, incluido el derecho de solicitar una reparación o satisfacción justa y adecuada por los daños sufridos, así como la asistencia legal, cuando sea necesario;
161. Insta a los Estados a que faciliten el acceso de las víctimas de la discriminación racial, incluidas las víctimas de torturas y malos tratos, a todos los procedimientos judiciales apropiados y a que les proporcionen gratuitamente asistencia jurídica en una forma que se adapte a sus necesidades específicas y su vulnerabilidad, en particular mediante la representación legal;
162. Insta a los Estados a que garanticen la protección de los denunciantes y los testigos de actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia contra la victimización y a que, cuando proceda, consideren la adopción de medidas tales como proporcionar asistencia legal, incluida asistencia letrada, a los denunciantes que buscan amparo legal y, si fuera factible, dar a las organizaciones no gubernamentales la posibilidad de proporcionar apoyo a los denunciantes de actos de racismo, previo consentimiento de éstos, en los procedimientos legales incoados;

Leyes y programas nacionales

163. A los efectos de luchar eficazmente contra el racismo y la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, la conferencia recomienda a todos los Estados

CONFERENCIA DE DURBÁN

que en sus marcos legislativos nacionales se prohíba expresa y específicamente la discriminación racial y se proporcionen remedios o vías de reparación eficaces, judiciales y de otro tipo, entre otras cosas mediante la designación de órganos nacionales independientes y especializados;

164. Insta a los Estados a que, en relación con los recursos procesales previstos en su legislación interna, tengan en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) El acceso a estos recursos debe ser lo más amplio posible, sobre una base de igualdad y no discriminatoria;
- b) Los recursos procesales existentes deben darse a conocer en el contexto de las acciones pertinentes, y debe ayudarse a las víctimas de discriminación racial a que utilicen estos recursos de acuerdo con cada caso particular;
- c) Debe procederse a la investigación de las denuncias de discriminación racial y al examen judicial de esas denuncias con la mayor rapidez posible;
- d) Las personas que sean víctimas de discriminación racial deberían recibir asistencia letrada y ayuda, en forma gratuita cuando proceda, para la tramitación de las denuncias y, en caso necesario, deberá facilitárseles la ayuda de intérpretes competentes para la tramitación de dichas denuncias o en cualquier acción civil o penal derivada de ellas o conexas con ellas;
- e) La creación de órganos nacionales competentes para investigar eficazmente las denuncias de discriminación racial y brindar protección a los denunciantes contra todo acto de intimidación u hostigamiento es una medida conveniente y debe adoptarse; deben tomarse medidas para promulgar leyes que prohíban las prácticas discriminatorias por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico y que prevean la aplicación de castigos adecuados a los infractores y la existencia de recursos, incluida la indemnización adecuada de las víctimas;
- f) Debe facilitarse el acceso de las víctimas de discriminación a los recursos legales y, a este respecto, debe considerarse seriamente la innovación de conferir a instituciones nacionales u otras instituciones, así como a las organizaciones no gubernamentales pertinentes, la capacidad de prestar asistencia a esas víctimas, y deben elaborarse programas para que los grupos más vulnerables tengan acceso al sistema legal;
- g) Deben estudiarse y, cuando sea posible, establecerse métodos y procedimientos nuevos e innovadores de solución de conflictos, mediación y conciliación entre las partes involucradas en conflictos o controversias basados en el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;

- h) La elaboración de políticas y programas de justicia reparadora en beneficio de las víctimas de las formas de discriminación correspondientes es una medida conveniente que debe considerarse seriamente;
- i) Los Estados que han hecho la declaración con arreglo al artículo 14 de la *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial* deben hacer mayores esfuerzos para informar a la opinión pública de la existencia del mecanismo de denuncia previsto en el artículo 14;

Remedios, reparaciones e indemnizaciones

- 165. Insta a los Estados a que refuercen la protección contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia garantizando a todas las personas el acceso a remedios eficaces y adecuados y el derecho a dirigirse a los tribunales nacionales competentes y otras instituciones nacionales para pedir una reparación o satisfacción justa y adecuada por los perjuicios que les ocasionen esas formas de discriminación. Asimismo, subraya la importancia de que los denunciados víctimas de actos de racismo y discriminación racial tengan acceso a la protección de la ley y de los tribunales, y señala la necesidad de dar a conocer ampliamente los recursos judiciales y otros remedios legales existentes y de que éstos sean fácilmente accesibles, rápidos y no excesivamente complicados;
- 166. Insta a los Estados a que adopten las medidas necesarias, conforme a lo previsto en la legislación nacional, para garantizar el derecho de las víctimas a obtener una reparación o satisfacción justa y adecuada a fin de combatir los actos de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, y a que adopten medidas efectivas para impedir la repetición de esos actos;

V. - Estrategias para lograr una igualdad plena y efectiva que abarquen la cooperación internacional y el fortalecimiento de las Naciones Unidas y otros mecanismos internacionales en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia, y su seguimiento

- 167. Exhorta a los Estados a que apliquen con diligencia todos los compromisos asumidos por ellos en las declaraciones y planes de acción de las conferencias regionales en las que hayan participado, y a que formulen políticas y planes de acción nacionales para luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia de conformidad con los objetivos establecidos en dichas declaraciones y planes y según se prevé en otros instrumentos y decisiones pertinentes, y les pide también que, en caso de contar ya con dichas políticas y planes de acción nacionales para luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, incluyan en ellos los acuerdos emanados de las conferencias regionales;

CONFERENCIA DE DURBÁN

168. Insta a los Estados que todavía no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de adherirse a los *Convenios de Ginebra* de 12 de agosto de 1949 y sus dos protocolos adicionales de 1977, así como a otros tratados de derecho humanitario internacional, y a que promulguen, con la máxima prioridad, la legislación apropiada, adoptando a tal efecto las medidas necesarias para cumplir plenamente con las obligaciones que les incumben en virtud del derecho humanitario internacional, en particular en lo que se refiere a las normas que prohíben la discriminación;
169. Insta a los Estados a que elaboren programas de cooperación para promover la igualdad de oportunidades a favor de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y los alienta a que propongan la creación de programas multilaterales de cooperación con el mismo objetivo;
170. Invita a los Estados a que incluyan en los programas de trabajo de los organismos de integración regional y de los foros de diálogo regional transfronterizo el tema de la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
171. Insta a los Estados a que reconozcan los obstáculos con que tropiezan las personas de razas, colores, ascendencias, orígenes nacionales o étnicos, religiones o idiomas socialmente diferentes que tratan de vivir juntos y establecer sociedades multirraciales y multiculturales armoniosas; insta también a los Estados a que reconozcan que deben estudiarse y analizarse los ejemplos positivos de las sociedades multirraciales y multiculturales que han tenido relativo éxito, como algunas de las sociedades de la región del Caribe, y que también deben estudiarse y fomentarse sistemáticamente las técnicas, mecanismos, políticas y programas para solucionar los conflictos basados en factores relacionados con la raza, el color, la ascendencia, el idioma, la religión o el origen nacional o étnico y establecer sociedades multirraciales y multiculturales armoniosas. Pide en consecuencia a las Naciones Unidas y a sus organismos especializados competentes que consideren la posibilidad de establecer un centro internacional de estudios multirraciales y multiculturales y de elaboración de políticas en esta esfera que se encargaría de llevar a cabo esta labor de importancia crítica en provecho de la comunidad internacional;
172. Insta a los Estados a que protejan la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías en sus respectivos territorios y a que adopten las medidas legislativas y de otra índole apropiadas para fomentar condiciones que permitan promover dicha identidad, a fin de protegerla de cualquier tipo de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia. En este contexto, deben tenerse plenamente en cuenta las formas de discriminación múltiple;
173. Insta además a los Estados a que garanticen la igual protección y promoción de la identidad de las comunidades históricamente desfavorecidas en las circunstancias particulares en que proceda;

174. Insta a los Estados a que tomen medidas o refuercen las existentes, en particular mediante la cooperación bilateral o multilateral, para atacar causas fundamentales como la pobreza, el subdesarrollo y la falta de igualdad de oportunidades, algunas de las cuales pueden estar vinculadas a prácticas discriminatorias, que hacen que haya personas, especialmente mujeres y niños, que están expuestas a la trata, lo que puede ser motivo de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;
175. Alienta a los Estados a que, en cooperación con las organizaciones no gubernamentales, realicen campañas destinadas a explicar las oportunidades, limitaciones y derechos en caso de migración para ayudar a todas las personas, en particular a las mujeres, a tomar decisiones con conocimiento de causa e impedir que lleguen a ser víctimas del tráfico de migrantes;
176. Insta a los Estados a que aprueben y apliquen políticas de desarrollo social basadas en datos estadísticos fiables y centradas en el logro, antes del año 2015, de los compromisos de atender las necesidades básicas de todos, establecidos en el párrafo 36 del *Programa de acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social*, celebrada en Copenhague en 1995, con el fin de superar de forma significativa los desfases existentes en las condiciones de vida a que hacen frente las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular en lo que respecta a las tasas de analfabetismo, enseñanza primaria universal, mortalidad infantil, mortalidad de los niños menores de 5 años, salud, atención de la salud reproductiva para todos y acceso al agua potable. En la aprobación y aplicación de esas políticas también se tendrá en cuenta la promoción de la igualdad entre los géneros;

Marco jurídico internacional

177. Insta a los Estados a que sigan cooperando con el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y otros órganos de vigilancia creados en virtud de tratados de derechos humanos a fin de promover, en particular mediante un diálogo constructivo y transparente, la aplicación efectiva de los instrumentos correspondientes y la debida consideración de las recomendaciones aprobadas por esos órganos respecto de las denuncias de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia;
178. Solicita recursos adecuados para el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial a fin de que pueda desempeñar cabalmente su mandato y subraya la importancia de proporcionar recursos suficientes a todos los órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de los tratados de derechos humanos;

Instrumentos internacionales generales

179. Apoya los esfuerzos de la comunidad internacional, en particular las medidas tomadas con los auspicios de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Cien-

CONFERENCIA DE DURBÁN

cia y la Cultura, de promover el respeto y preservar la diversidad cultural dentro de las comunidades y las naciones y entre ellas, con miras a crear un mundo multicultural armonioso, en particular mediante la elaboración de un posible instrumento internacional sobre la materia de forma compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos;

180. Invita a la Asamblea General de las Naciones Unidas a que considere la posibilidad de elaborar una convención internacional integral y amplia para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas discapacitadas, que comprenda especialmente disposiciones para abordar las prácticas y tratos discriminatorios que las afectan;

Cooperación regional e internacional

181. Invita a la Unión Interparlamentaria a que contribuya a las actividades del Año Internacional de la Movilización contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, animando a los parlamentos nacionales a debatir los progresos hechos en la realización de los objetivos de la conferencia;
182. Alienta a los Estados a que participen en diálogos regionales sobre los problemas de la migración y los invita a que consideren la posibilidad de negociar acuerdos bilaterales y regionales sobre los trabajadores emigrantes y a que elaboren y pongan en práctica programas con los Estados de otras regiones con el fin de proteger los derechos de los emigrantes;
183. Insta a los Estados a que, en consulta con la sociedad civil, apoyen los diálogos regionales amplios que estén en marcha sobre las causas y consecuencias de la migración o, si no existen, a que los establezcan, para debatir no sólo los temas de la aplicación de la ley y el control en las fronteras, sino también las cuestiones de la promoción y protección de los derechos humanos de los emigrantes y la relación entre migración y desarrollo;
184. Alienta a las organizaciones internacionales que se ocupan específicamente de las cuestiones relativas a la migración a que, con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, intercambien información y coordinen sus actividades en asuntos relacionados con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia contra los emigrantes, incluidos los trabajadores emigrantes;
185. Expresa su profunda preocupación por la gravedad de los sufrimientos humanitarios de las poblaciones civiles afectadas y por la carga que tienen que soportar muchos países de acogida, particularmente países en desarrollo y países en transición, y pide a las instituciones internacionales competentes que aseguren que se mantenga en un nivel suficiente la asistencia financiera y humanitaria urgente a los países de acogida para que

éstos puedan ayudar a las víctimas y hacer frente, de manera equitativa, a las dificultades de las poblaciones expulsadas de sus hogares, y pide que se adopten salvaguardias suficientes para permitir a los refugiados ejercer libremente su derecho a regresar voluntariamente a sus países de origen en condiciones de seguridad y dignidad;

186. Alienta a los Estados a que adopten acuerdos bilaterales, subregionales, regionales e internacionales para combatir el problema de la trata de mujeres y niños, en particular de niñas, así como el tráfico clandestino de emigrantes;
187. Pide a los Estados que promuevan, cuando proceda, intercambios en los planos regional e internacional entre instituciones nacionales independientes y, según los casos, otros órganos independientes pertinentes con miras a fomentar la cooperación en la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
188. Insta a los Estados a que apoyen las actividades de los órganos o centros regionales que combaten el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia cuando existan en su región, y recomienda la creación de tales órganos o centros allí donde no existan. Esos órganos o centros pueden llevar a cabo, entre otras, las actividades siguientes: evaluar y seguir la situación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y de los grupos que sean víctimas de esas prácticas o vulnerables a ellas; identificar las tendencias, cuestiones y problemas; reunir, difundir e intercambiar información relativa, entre otras cosas, a los resultados de las conferencias regionales y de la conferencia mundial y crear redes con ese fin; dar a conocer ejemplos de buenas prácticas; organizar campañas de sensibilización; elaborar propuestas, soluciones y medidas preventivas, cuando sea posible y procedente, mediante un esfuerzo conjunto en coordinación con las Naciones Unidas, organizaciones regionales y [otros] Estados, así como con las instituciones nacionales de derechos humanos;
189. Insta a las organizaciones internacionales a que, en el ámbito de sus mandatos, contribuyan a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
190. Alienta a las instituciones financieras y de desarrollo y a los programas operacionales y organismos especializados de las Naciones Unidas a que, de conformidad con sus presupuestos ordinarios y los procedimientos de sus órganos rectores:
 - a) Concedan particular prioridad y asignen fondos suficientes, en sus esferas de competencia y sus presupuestos, al mejoramiento de la situación de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de combatir las manifestaciones de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia y las incluyan en la elaboración y ejecución de los proyectos que les conciernan;

CONFERENCIA DE DURBÁN

- b) Integren los principios y normas de derechos humanos en sus políticas y programas;
- c) Consideren la inclusión, en los informes que presentan periódicamente a sus consejos de administración, de información sobre su contribución al fomento de la participación de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en sus programas y actividades, así como información sobre los esfuerzos realizados para facilitar dicha participación y asegurar que esas políticas y prácticas contribuyan a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
- d) Examinen de qué manera sus políticas y prácticas afectan a las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y se cercioren de que esas políticas y prácticas contribuyan a la erradicación de esos fenómenos;

191. La conferencia mundial:

- a) Exhorta a los Estados a que, en consulta con las instituciones nacionales de derechos humanos, con otras instituciones creadas por ley para combatir el racismo y con la sociedad civil, elaboren y proporcionen [a la Oficina del] Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos planes de acción y otro material pertinente sobre las medidas emprendidas para aplicar las disposiciones de la presente *Declaración* y el *Programa de acción*;
- b) Pide a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que, como seguimiento de la conferencia mundial, coopere con cinco eminentes expertos independientes, uno de cada región, nombrados por el secretario general entre los candidatos propuestos por el presidente de la Comisión de Derechos Humanos, tras consultar a los grupos regionales, para que supervisen la aplicación de las disposiciones de la *Declaración* y el *Programa de acción*. El Alto Comisionado presentará a la Comisión de Derechos Humanos y a la Asamblea General un informe anual sobre la marcha de la aplicación de estas disposiciones, teniendo en cuenta la información y las opiniones proporcionadas por los Estados, los órganos competentes creados en virtud de los tratados de derechos humanos, los procedimientos especiales y otros mecanismos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos;
- c) Celebra la intención de la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos de establecer, como parte de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, una dependencia de lucha contra la discriminación para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y para promover la igualdad y la no discriminación, e invita a la alta comisionada a que considere la posibilidad de incluir en el mandato de esa dependencia,

entre otras cosas, la recolección de información sobre la discriminación racial y su desarrollo, la prestación de apoyo y asesoramiento jurídico y administrativo a las víctimas de discriminación racial y la reunión de material de antecedentes proporcionado por los Estados, las organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales, y las instituciones nacionales de derechos humanos conforme a el mecanismo de seguimiento de la conferencia mundial;

- d) Recomienda que la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, en cooperación con los Estados, las organizaciones internacionales, regionales y no gubernamentales y las instituciones nacionales de derechos humanos, elabore una base de datos que contenga información sobre: los medios prácticos de hacer frente al racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular los instrumentos internacionales y regionales y la legislación nacional, incluida la legislación contra la discriminación, así como los medios legales existentes para combatir la discriminación racial; los recursos que brindan los mecanismos internacionales a las víctimas de discriminación racial, así como los recursos existentes en el ámbito nacional; los programas de educación y prevención aplicados en los distintos países y regiones; las mejores prácticas para luchar contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; las posibilidades de cooperación técnica y los estudios académicos y documentos especializados, y que vele por que las autoridades y el público en general tengan el máximo acceso posible a esa base de datos a través del sitio de la oficina en la red electrónica y por otros medios apropiados;

192. Invita a las Naciones Unidas y a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura a seguir organizando reuniones de alto nivel y otras reuniones sobre el diálogo entre civilizaciones y a movilizar fondos y promover asociaciones con ese fin;

Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

193. -Alienta a la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos a que continúe y amplíe el nombramiento y la designación de embajadores de buena voluntad en todos los países del mundo con el fin, entre otras cosas, de promover el respeto de los derechos humanos y una cultura de tolerancia y de aumentar la sensibilización acerca de la lacra del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
194. Insta a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos a que continúe sus esfuerzos encaminados a dar a conocer mejor la labor del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y de otros órganos de las Naciones Unidas creados en virtud de tratados de derechos humanos;

CONFERENCIA DE DURBÁN

195. Invita a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos a que celebre consultas periódicas con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y las organizaciones no gubernamentales que desempeñan actividades en la esfera de la promoción y protección de los derechos humanos y a que aliente las actividades de investigación encaminadas a reunir, mantener y actualizar la información y los materiales técnicos, científicos y educacionales producidos por todas las culturas del mundo con el objeto de combatir el racismo;
196. Pide a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos que preste especial atención a las violaciones de los derechos humanos de las víctimas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular de los emigrantes, incluidos los trabajadores emigrantes, que promueva la cooperación internacional en la lucha contra la xenofobia y que, a tal fin, elabore programas que se puedan aplicar en los países sobre la base de acuerdos de cooperación apropiados;
197. Invita a los Estados a que presten ayuda a la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos a fin de elaborar y financiar, a petición de los Estados, proyectos específicos de cooperación técnica destinados a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
198. La conferencia mundial:
 - a) Invita a la Comisión de Derechos Humanos a que incluya en los mandatos de los relatores especiales y de los grupos de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, en particular el relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, recomendaciones para que, en el ejercicio de sus mandatos, examinen las disposiciones de la *Declaración* y el *Programa de acción*, en especial presentando informes a la Asamblea General y a la Comisión de Derechos Humanos y a que consideren asimismo la utilización de cualquier otro medio apropiado para dar seguimiento los resultados de la conferencia mundial;
 - b) Hace un llamamiento a los Estados para que cooperen con los procedimientos especiales pertinentes de la Comisión de Derechos Humanos y otros mecanismos de las Naciones Unidas en cuestiones relacionadas con el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en particular con los relatores especiales, los expertos independientes y los representantes especiales;
199. Recomendamos que la Comisión de Derechos Humanos prepare normas internacionales complementarias que fortalezcan y actualicen los instrumentos internacionales contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, en todos sus aspectos;

Decenios

200. Insta a los Estados y a la comunidad internacional a que apoyen las actividades del Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial;
201. Recomienda que la Asamblea General considere la posibilidad de proclamar un año o decenio de las Naciones Unidas contra el tráfico de personas, especialmente de mujeres, jóvenes y niños, a fin de proteger su dignidad y sus derechos humanos;
202. Insta a los Estados a que, en estrecha cooperación con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, promuevan la aplicación de la *Declaración y plan de acción sobre una cultura de la paz* y los objetivos del Decenio Internacional de una Cultura de Paz y No Violencia para los Niños del Mundo, que comenzó el año 2001, e invita a la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura a que contribuya a esas actividades;

Pueblos indígenas

203. Recomienda que el secretario general de las Naciones Unidas efectúe una evaluación de los resultados del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo (1995–2004) y formule recomendaciones respecto de la forma de celebrar el final de este decenio, incluidas medidas de seguimiento apropiadas;
204. Pide a los Estados que garanticen financiación suficiente para establecer un marco operacional y crear unas bases firmes para el desarrollo futuro del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en el sistema de las Naciones Unidas;
205. Insta a los Estados a que cooperen con la labor del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y pide al secretario general y a la alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos que tomen las disposiciones del caso para que el relator especial sea dotado de los recursos humanos, técnicos y financieros necesarios para que el desempeño de sus funciones;
206. Exhorta a los Estados a que concluyan las negociaciones y aprueben cuanto antes el texto del proyecto de *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, objeto de debates en el grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos establecido para elaborar un proyecto de declaración, de conformidad con la resolución 1995/32 de la comisión de 3 de marzo de 1995;
207. Insta a los Estados a que, teniendo presente la relación que hay entre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia y la pobreza, la marginación y la exclusión social de los pueblos y las personas tanto en el plano nacional como en el internacional, refuercen sus políticas y medidas destinadas a reducir la des-

CONFERENCIA DE DURBÁN

igualdad de ingresos y de riqueza y adopten medidas apropiadas, individualmente o mediante la cooperación internacional, para promover y proteger los derechos económicos, sociales y culturales sin discriminación alguna;

208. Insta a los Estados y a las instituciones financieras y de desarrollo a que mitiguen los efectos negativos de la globalización examinando, entre otras cosas, de qué forma sus políticas y prácticas afectan a las poblaciones nacionales en general y a los pueblos indígenas en particular, asegurándose de que sus políticas y prácticas contribuyan a erradicar el racismo mediante la participación de las poblaciones nacionales y, en particular, de los pueblos indígenas en los proyectos de desarrollo, democratizando las instituciones financieras internacionales y consultando a los pueblos indígenas sobre cualquier asunto que pueda afectar a su integridad física, espiritual o cultural;
209. Invita a las instituciones financieras y de desarrollo y a los programas operacionales y los organismos especializados de las Naciones Unidas a que, de conformidad con su presupuesto ordinario y con los procedimientos vigentes de sus órganos rectores:
- a) Den especial prioridad y asignen recursos suficientes, en sus ámbitos de competencia, al mejoramiento de la situación de los pueblos indígenas, prestando especial atención a las necesidades de esas poblaciones en los países en desarrollo, en particular mediante la preparación de programas de acción específicos con miras a lograr los objetivos del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo;
 - b) Realicen proyectos especiales, por los conductos apropiados y en colaboración con los pueblos indígenas, para apoyar sus iniciativas en el nivel comunitario y facilitar el intercambio de información y de conocimientos técnicos entre los pueblos indígenas y los expertos en la materia;

Sociedad civil

210. Exhorta a los Estados a que estrechen la cooperación, establezcan asociaciones y consulten regularmente a las organizaciones no gubernamentales y todos los demás sectores de la sociedad civil a fin de aprovechar su experiencia y sus conocimientos y contribuir así a la elaboración de leyes, políticas y otras iniciativas gubernamentales, y asociarlas más estrechamente a la formulación y aplicación de políticas y programas encaminados a combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia;
211. Insta a los líderes de las comunidades religiosas a que sigan combatiendo el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia mediante, entre otras cosas, la promoción y el patrocinio de diálogos y asociaciones para conseguir la reconciliación, la concordia y la armonía en el seno de las sociedades y entre las sociedades, invita a las comunidades religiosas a participar en la tarea de fomentar la revitaliza-

ción económica y social, y alienta a los líderes religiosos a que promuevan una mayor cooperación y un mayor contacto entre los diversos grupos raciales;

212. Insta a los Estados a que establezcan formas eficaces de colaboración con todos los actores pertinentes de la sociedad civil, incluidas las organizaciones no gubernamentales que se esfuerzan en promover la igualdad de género y el adelanto de la mujer, especialmente de las mujeres víctimas de discriminación múltiple, a que refuercen las formas de colaboración existentes y a que les proporcionen, según proceda, el apoyo necesario, con el fin de promover la aplicación de un enfoque integrado y global en la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y las jóvenes;

Organizaciones no gubernamentales

213. Insta a los Estados a que creen un medio abierto y propicio para que las organizaciones no gubernamentales puedan funcionar libre y abiertamente en el seno de sus sociedades, y contribuyan así de manera efectiva a eliminar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia en todo el mundo y a promover una mayor participación de las organizaciones de base;
214. Exhorta a los Estados a que exploren los medios de potenciar el papel de las organizaciones no gubernamentales en la sociedad mediante, entre otras cosas, el estrechamiento de los lazos de cooperación entre los ciudadanos, el fomento de una mayor confianza por encima de las divisiones de raza y de clase y la promoción de una mayor participación y cooperación voluntaria de los ciudadanos;

Sector privado

215. Insta a los Estados a que adopten medidas, incluso, cuando proceda, medidas legislativas, para asegurar que las empresas transnacionales y otras empresas extranjeras que operen en sus territorios nacionales respeten principios y prácticas que excluyan el racismo y la discriminación, y alienta además al sector empresarial, incluidas las empresas transnacionales y las empresas extranjeras, a colaborar con los sindicatos y otros sectores pertinentes de la sociedad civil en la elaboración de códigos de conducta voluntarios para todas las empresas destinados a prevenir, combatir y erradicar el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia;

Jóvenes

216. Insta a los Estados a que fomenten la participación plena y activa y una colaboración más estrecha de los jóvenes en la elaboración, planificación y realización de actividades para combatir el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intole-

CONFERENCIA DE DURBÁN

rancia, y exhorta a los Estados a que, en asociación con organizaciones no gubernamentales y otros sectores de la sociedad, faciliten el diálogo nacional e internacional de la juventud sobre el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a través del Foro Mundial de la Juventud del sistema de las Naciones Unidas y mediante la utilización de nuevas tecnologías, los intercambios y otros conductos;

217. Insta a los Estados a fomentar y facilitar el establecimiento de mecanismos juveniles, establecidos por organizaciones de jóvenes y por los propios hombres y mujeres jóvenes, con el espíritu de la lucha contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, mediante actividades como las siguientes: difusión e intercambio de información y creación de redes con tal fin; organización de campañas de sensibilización y participación en programas multiculturales de educación; elaboración de propuestas y soluciones cuando resulte posible y apropiado; cooperación y consultas regulares con las organizaciones no gubernamentales y otros agentes de la sociedad civil para la elaboración de iniciativas y programas destinados a promover los intercambios y el diálogo interculturales;
218. Insta a los Estados a que, en cooperación con las organizaciones intergubernamentales, el Comité Olímpico Internacional y las federaciones deportivas internacionales y regionales, intensifiquen la lucha contra el racismo en los deportes, en particular educando a los jóvenes del mundo en la práctica de los deportes sin discriminación de ningún tipo y en el espíritu olímpico, lo que requiere la comprensión humana, la tolerancia, el juego limpio y la solidaridad;
219. Reconoce que para que el presente *Programa de acción* tenga éxito se necesitarán voluntad política y fondos suficientes en los ámbitos nacional, regional e internacional, así como la cooperación internacional.

Resoluciones aprobadas por la Conferencia

Resolución 1

Credenciales de los representantes en la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia

La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas Conexas de Intolerancia, habiendo examinado el informe de la Comisión de Verificación de Poderes y la recomendación que figura en éste, aprueba el informe de la Comisión de Verificación de Poderes.

Resolución 2

Presentación del informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia

La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, habiéndose reunido en Durbán del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, pide a su presidenta que presente el informe de la Conferencia Mundial a la Asamblea General en su quincuagésimo sexto periodo de sesiones.

Resolución 3

Agradecimiento al país anfitrión

Nosotros, los representantes de los Estados participantes en esta Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, habiéndonos reunido en Durbán del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001,

1. Reiteramos nuestro homenaje a la heroica lucha del pueblo sudafricano por la libertad, la igualdad y la dignidad;
2. Elogiamos la actuación del jefe de Estado, el gobierno y el pueblo de Sudáfrica, firmemente empeñados en la construcción de una sociedad armoniosa y movilizados por el noble principio de la reconciliación, a pesar de las injusticias del pasado;
3. Expresamos nuestro agradecimiento y admiración a la Sra. Zuma, presidenta de la conferencia, por la autoridad, competencia y dedicación con que desempeñó sus funciones, que contribuyeron decisivamente al éxito de nuestras deliberaciones;
4. Expresamos nuestra gratitud a Sudáfrica por haber acogido la conferencia mundial, este importante foro mundial cuyo tema encarna los valores humanistas en su expresión más acabada, y por haber realizado en este contexto considerables esfuerzos para crear las condiciones que permitieran el éxito de esta conferencia gracias al sentido de responsabilidad, cooperación, diálogo y perseverancia que guió nuestras deliberaciones.

Resolución 4

Agradecimiento a la Sra. Mary Robinson

Nosotros, los representantes de los Estados participantes en esta Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia, habiéndonos reunido en Durbán del 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001:

CONFERENCIA DE DURBÁN

1. - Manifestamos nuestra profunda gratitud y todo nuestro aprecio y consideración a la Sra. Mary Robinson, alta comisionada de las Naciones Unidas para los derechos humanos y secretaria general de la conferencia mundial, cuya actuación estuvo invariablemente guiada por el interés en hacer prevalecer la causa de los derechos humanos;
2. - Apoyamos a la Sra. Mary Robinson por haber impulsado con convicción y perseverancia las actividades de las Naciones Unidas en la esfera de los derechos humanos, en particular mediante un criterio de apertura, diálogo y cooperación;
3. - Expresamos a la Sra. Mary Robinson, como secretaria general de la conferencia mundial, nuestro sincero reconocimiento por los incansables esfuerzos que realizó durante el proceso preparatorio y durante la conferencia para asegurar el éxito de este importante encuentro

Bibliografía anotada -

Bibliografía anotada -

La más amplia recopilación de materiales normativos que existe en México en materia de derecho internacional de los derechos humanos es, hasta donde tengo información, la de Miguel Carbonell, Sandra Moguel y Karla Pérez Portilla (compiladores), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos* (segunda edición, Porrúa-Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2003, 2 tomos, 1574 pp.). En esta obra se incluyen los principales textos emanados de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Organización Internacional del Trabajo (OIT), así como las observaciones generales dictadas por los principales comités de derechos humanos de la ONU (29 referidas al *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, 14 al *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, una del Comité contra la Tortura, una del Comité de los Derechos del Niño y 24 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido reunida y publicada por Sergio García Ramírez (coordinador), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001). Se trata de una obra muy recomendable, realizada por un profundo conocedor del funcionamiento de la Corte y destacado protagonista de los pronunciamientos que ha dictado en los últimos años.

La construcción conceptual del principio de no discriminación debe mucho en la actualidad a la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos, sobre todo a la de su Suprema Corte, por lo que siempre es recomendable revisar los principales textos de derecho constitucional de ese país, así como la información jurisprudencial respectiva sobre el tema. El mejor manual de derecho constitucional de Estados Unidos, que además contiene cientos de páginas dedicadas a los derechos fundamentales con abundantes referencias jurisprudenciales, es el de Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, publicado por la Foundation Press en 1988. También se puede consultar el de John Nowak y Ronald R. Rotunda, *Constitutional Law* (sexta edición, West Group, Saint Paul, 2000), entre otros. Para la jurisprudencia estadounidense puede ser útil, de entre las muchas disponibles, la obra de Kermit L. Hall (editor), *The Oxford Guide to the United States Supreme Court Decisions* (Oxford University Press, Oxford, 2000).

Para tener una idea general del significado de los derechos fundamentales en el Estado constitucional de nuestros días es importante consultar el libro de Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (cuarta reimpresión, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Consti-

MIGUEL CARBONELL

tucionales, 2002). Aunque Alexy se propone realizar una exposición de los derechos fundamentales en la *Constitución* alemana, en realidad aborda casi todas las cuestiones generales que son importantes en materia de derechos; es muy relevante su aportación sobre la diferencia entre los principios y las reglas en materia de derechos, así como las aplicaciones que hace de la lógica deóntica a los diferentes tipos de derechos.

Una de las obras más influyentes en materia de derechos en toda la segunda mitad del siglo xx es la de Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (traducción de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1989). Su lectura es muy recomendable. Contiene algunos capítulos dedicados al tema de la no discriminación, sobre todo en referencia a la justificación de las acciones afirmativas.

Un autor que ha hecho aportaciones muy relevantes en nuestra materia es Luigi Ferrajoli, de quien pueden consultarse las siguientes obras: *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2001); “Contra los poderes salvajes del mercado; para un constitucionalismo de derecho privado”, en varios autores, *Estrategias y propuestas para la reforma del Estado* (segunda edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002); “El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (coordinadores), *Poder, derecho y corrupción* (Siglo XXI-Instituto Tecnológico Autónomo de México-Instituto Federal Electoral, México, 2003); *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Trotta, Madrid, 1999); *El garantismo y la filosofía del derecho* (Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000); e *Igualdad y diferencia de género* (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2005).

En los últimos años el libro más importante y sugerente que se ha publicado sobre el tema de la igualdad es, desde mi punto de vista, el de Ronald Dworkin, *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad* (Paidós, Barcelona, 2003).

Una perspectiva más general, construida desde la filosofía y desde la economía, puede apreciarse en las obras de John Rawls y de Amartya K. Sen. De Rawls puede ser útil comenzar con su *Teoría de la justicia* (Fondo de Cultura Económica, México, 2002; la primera edición en inglés, como se sabe, es de 1971); de Sen es recomendable abordar su pensamiento a partir del libro *Nuevo examen de la desigualdad* (Alianza, Madrid, 1999).

Una obra muy completa para los asuntos internacionales es la de Carlos Villán Durán, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos* (Trotta, Madrid, 2002), ya que ofrece una amplia explicación de los órganos encargados de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, así como una minuciosa exposición de los procedimientos que siguen.

Finalmente, ofrecemos a continuación un elenco de obras sobre estos temas.

ALBERT LÓPEZ-IBOR, ROCÍO

2002 - *Economía y discriminación. La regulación antidiscriminación por razón de sexo*, Minerva Ediciones, Madrid.

AÑON, MARÍA JOSÉ -

2001 *Igualdad, diferencias y desigualdades*, Fontamara, México. -

APARISI MIRALLES, ÁNGELA -

1995 “Notas sobre el concepto de discriminación”, *Derechos y libertades*, núm. 5, julio-diciembre, 1995, Madrid.

BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA -

2005 *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Ediciones Cátedra, Valencia. -

BALLESTER, MARÍA AMPARO -

1994 - *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

BARRÉRE UNZUETA, MARÍA

2001 - “Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades”, *Revista vasca de administración pública*, núm. 60, mayo-agosto.

BERNAL PULIDO, CARLOS

2003 - *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

2002 - “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, en Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

BILBAO UBILLOS, JUAN MARÍA y FERNANDO REY MARTÍNEZ

2003 - “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos México.

CALLINICOS, ALEX -

2003 *Igualdad*, Siglo XXI de España Editores, Madrid. -

CARBONELL, MIGUEL, compilador -

2003 - *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México

MIGUEL CARBONELL

CARBONELL, MIGUEL

2003 - "Igualdad constitucional", en *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, 2003.

2003 - "Discriminación (prohibición de)", en *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México, 2003.

2002 - "Legislar contra la discriminación", en *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

COMISIÓN CIUDADANA DE ESTUDIOS CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

2001 *La discriminación en México: por una nueva cultura de la igualdad*, México.

DE ASÍS ROIG, RAFAEL

2000 - "La igualdad en el discurso de los derechos", en José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid.

DE LUCAS, JAVIER

1999 - "La lucha contra la discriminación", en varios autores, *Consolidación de derechos y garantías: los grandes retos de los derechos humanos en el siglo XXI*, CGPJ, Madrid.

DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA

2002 - "Sobre la igualdad ante la ley", en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC-UPM-Tribunal Constitucional, Madrid, tomo I.

DWORKIN, RONALD

1993 - "Eguaglianza", en *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. III, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma.

ELÓSEGUI ITXASO, MARÍA

2003 - *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ, ENCARNACIÓN -

2003 *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003. -

GARCÍA AÑÓN, JOSÉ -

2003 - "Derechos sociales e igualdad", en Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, Fontamara, México.

GIMÉNEZ GLÜCK, DAVID -

2004 *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, Barcelona. -

1999 - *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS

2000 - *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

JIMÉNEZ CAMPO, JAVIER

1983 - "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 9, Madrid.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA

2003 - "Las acciones positivas", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003.

LAPORTA, FRANCISCO J.

1994 - "Problemas de la igualdad", en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.

1985 - "El principio de igualdad: introducción a su análisis", *Sistema*, núm. 67, Madrid.

LERNER, NATAN

2002 - *Discriminación racial y religiosa en el derecho internacional*, segunda edición, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

LÓPEZ GUERRA, LUIS

2000 - "Igualdad, no discriminación y acción positiva en la Constitución de 1978", en varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

MARAVALL, JOSÉ MARÍA, editor -

1999 *Dimensiones de la desigualdad*, Visor, Madrid. -

MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES -

2003 *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid. -

MCCRUDDEN, CHRISTOPHER, compilador -

1991 *Anti-Discrimination Law*, New York University Press, Nueva York. -

PACE, ALESSANDRO -

2003 - "Igualdad y libertad", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México.

PECES-BARBA, GREGORIO

2000 "De la igualdad normativa a la igualdad de hecho. Las cuotas femeninas en las elec-

MIGUEL CARBONELL

ciones”, en José Antonio López García y J. Alberto del Real (eds.), *Los derechos: entre la ética, el poder y el derecho*, Dykinson, Madrid.

PÉREZ PORTILLA, KARLA

2005 - *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México.

2003 - “Acciones positivas”, en *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México.

PRIETO, LUIS

2004 - “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Miguel Carbonell, Juan Antonio Cruz Parceroy y Rodolfo Vázquez (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, tercera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa, México.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO

2005 - *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México.

2000 - “Principales problemas jurídico-constitucionales que afectan a las mujeres en las relaciones de trabajo”, en varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

2000 - “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, *ABZ. Información y análisis jurídicos*, núm. 121, Morelia.

RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL

2001 - “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y derecho*, núm. 44.

RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL y MARÍA F. FERNÁNDEZ LÓPEZ

1986 *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid.

RODRÍGUEZ RUIZ, BLANCA

2000 - “Discriminación y participación”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 110, octubre, Madrid.

ROSENFELD, MICHEL

2003 - “Hacia una reconstrucción de la igualdad constitucional”, en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

2000 - “Igualdad y acción afirmativa para las mujeres en la Constitución de los Estados Unidos”, en varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

1991 - *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, Nueva Haven.

RUBIO LLORENTE, FRANCISCO

2001 - "Igualdad", en Manuel Aragón (coord), *Temas básicos de derecho constitucional*, tomo III, Civitas, Madrid.

1993 - "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", en Francisco Rubio Llorente, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO

2003 - "Sobre el concepto de igualdad", en Miguel Carbonell (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México.

2002 - "La igualdad política", *Derechos y libertades*, núm. 11, enero-diciembre, Madrid.

1999 - "Paridad electoral y cuotas femeninas", *Claves de razón práctica*, núm. 94, julio-agosto, Madrid.

1996 - "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, núm. 19, Alicante.

1994 - "Discriminación inversa e igualdad", en Amelia Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid.

SEN, AMARTYA K. -

1999 *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid. -

1979 *Sobre la desigualdad económica*, Editorial Crítica, Barcelona. -

SLONIMSKI, PABLO -

2001 *La ley antidiscriminatoria*, FJD editor, Buenos Aires. -

SUAY RINCÓN, JOSÉ

1991 - "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid.

1985 - *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid.

YOUNG, IRIS MARION

2000 - *La justicia y la política de la diferencia*, traducción de Silvina Álvarez, Ediciones Cátedra, Madrid.

WESTEN, PETER

1990 - *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton.

*Instrumentos jurídicos internacionales
en materia de no discriminación,
Volumen 2,*

Colección Estudios, número 1, editado por la
Dirección General Adjunta de Vinculación,
Programas Educativos y Divulgación,
del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED),
se terminó de imprimir en octubre de 2006
en Impresora y Encuadernadora Progreso SA de CV,
tirándose 5,000 ejemplares más sobrantes para reposición Ê